

Éléments de droit civil,
par M. de La Bigne de
Villeneuve... avec la
collaboration de Ernest
Jac... 2e édition...

La Bigne de Villeneuve, Marcel-Marie de, Jac, Ernest. Éléments de droit civil, par M. de La Bigne de Villeneuve... avec la collaboration de Ernest Jac... 2e édition.... 1902.

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.



ÉLÉMENTS
DE
DROIT CIVIL

PAR

M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ LIBRE DE DROIT D'ANGERS

AVEC LA COLLABORATION DE

ERNEST JAC

PROFESSEUR A LA MÊME FACULTÉ

DEUXIÈME ÉDITION

*entièrement refondue et mise au courant de la législation,
de la doctrine et de la jurisprudence.*

TOME PREMIER

PARIS

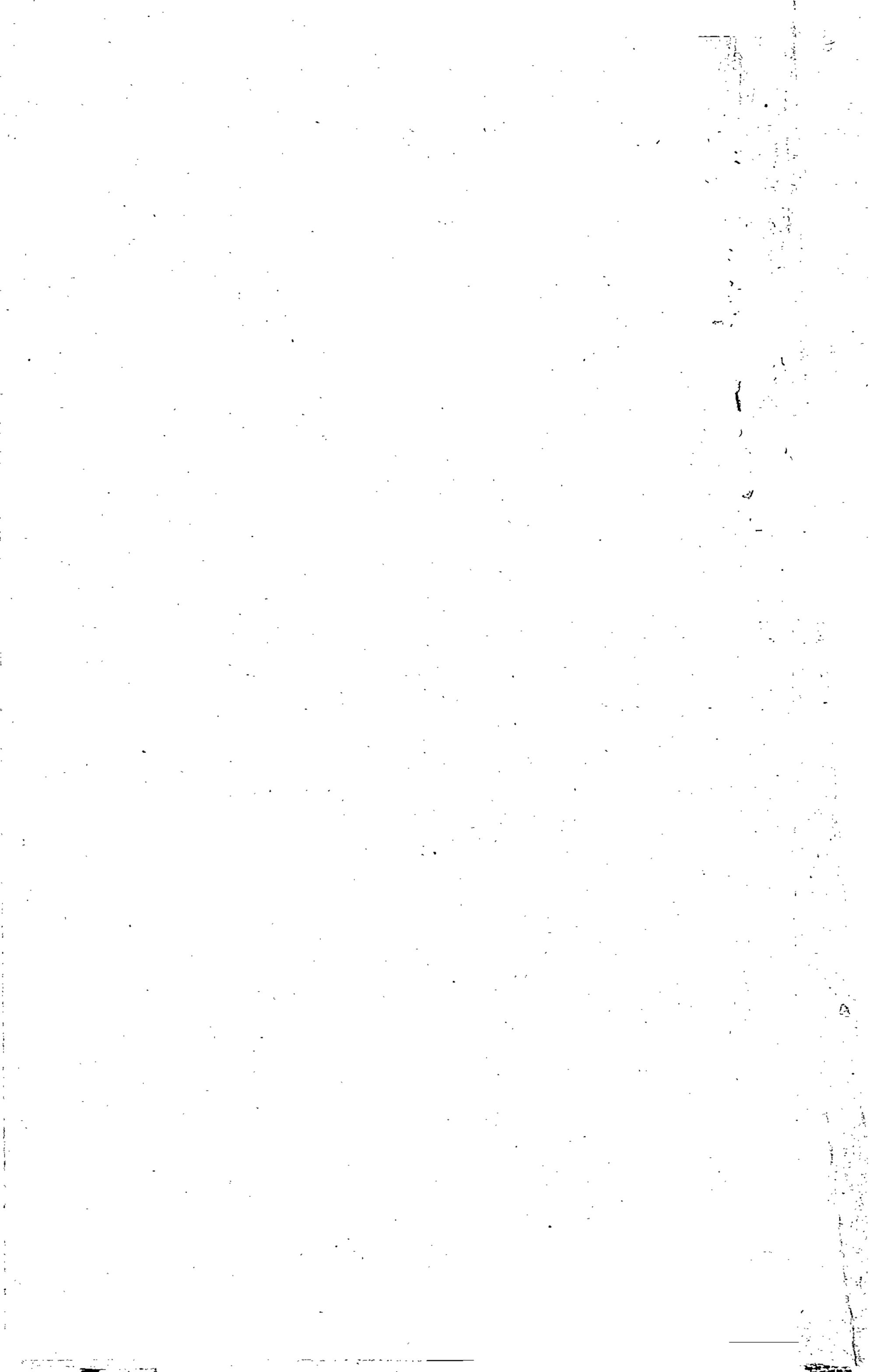
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

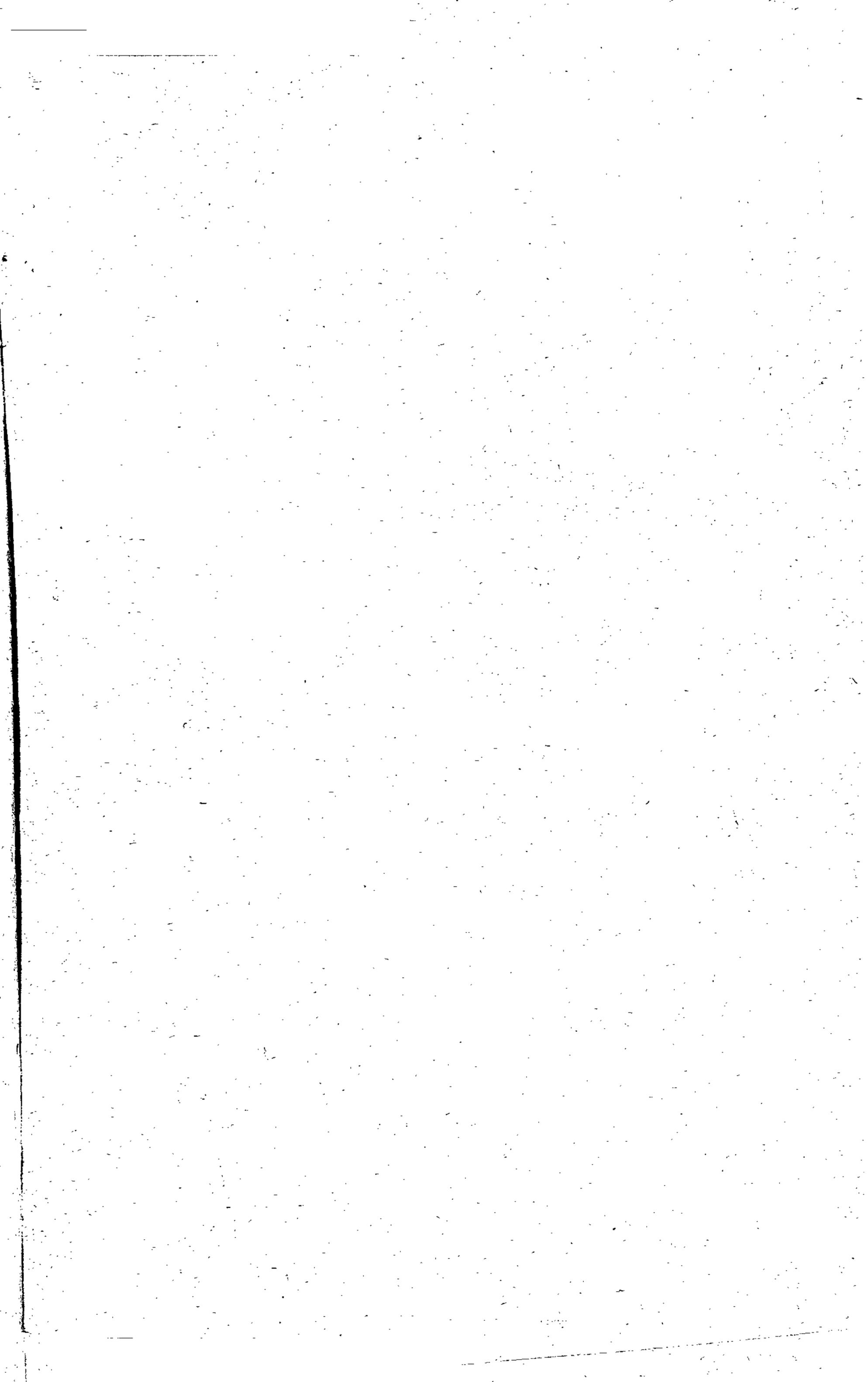
MARCHAL ET BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

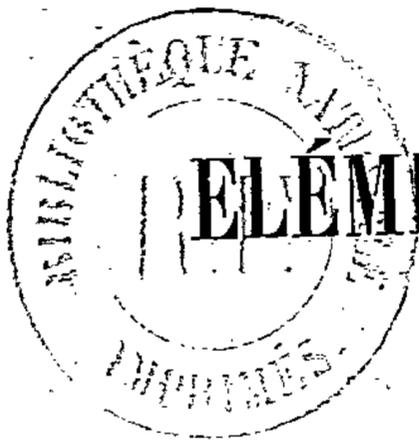
PLACE DAUPHINE, 27

—
1902









ELEMENTS DE DROIT CIVIL

6199

so F

C13459

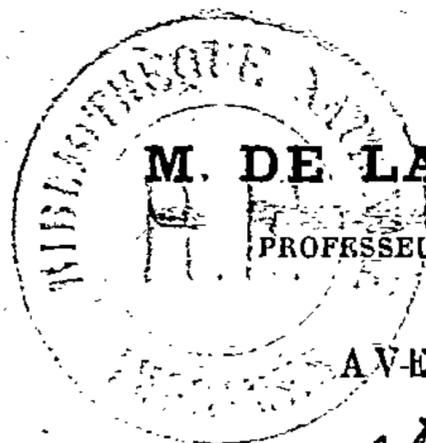
—●●—
IMP. ORIENTALE A. BURDIN ET Cie, ANGERS.
—●●—

ÉLÉMENTS

DE

DROIT CIVIL

PAR



M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ LIBRE DE DROIT D'ANGERS

AVEC LA COLLABORATION DE

et

ERNEST JAC

PROFESSEUR A LA MÊME FACULTÉ

DEUXIÈME ÉDITION

*entièrement refondue et mise au courant de la législation,
de la doctrine et de la jurisprudence.*

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

MARCHAL ET BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

PLACE DAUPHINE, 27

—
1902



AVERTISSEMENT

L'arrêté ministériel du 24 juillet 1895, relatif à la répartition des matières du droit civil entre les examens des trois années de la licence en droit, est ainsi conçu :

« Art. 1^{er}. — Les dispositions du code civil concernant la nationalité
« et la condition des étrangers en France sont détachées de l'enseigne-
« ment du droit civil et comprises dans l'enseignement du droit inter-
« national privé.

« Art. 2. — Les matières du droit civil sont réparties entre les exa-
« mens des trois années de la licence de la manière suivante :

PREMIÈRE ANNÉE.

« Code civil, titre préliminaire; livre 1^{er}, titre II, titre III, titre IV,
« chapitres 1 et 2, et les autres textes se rattachant à la théorie générale
« de l'état et de la capacité des personnes; livre 2, en entier; livre 3,
« dispositions générales; art. 1138 à 1141, art. 939 à 942, en y ratta-
« chant la loi du 23 mars 1855, art. 1 à 3; titre XX (pour les textes re-
« latifs à la prescription acquisitive).

« (Le programme de droit civil pour l'examen de la première année,
« où d'ailleurs il ne lui est accordé qu'un suffrage, a été sensiblement
« allégé. On a voulu laisser au professeur une certaine partie de son temps
« dont il disposera librement pour l'orientation générale de son ensei-
« gnement, soit qu'il la réserve pour l'exposition de théories générales,
« soit qu'il en use d'une autre manière, conformément aux dispositions
« de l'art. 3.)

DEUXIÈME ANNÉE.

« Code civil, livre 3, titres III et IV (théorie générale des obligations);
« titres VI à XIX (contrats spéciaux; sûretés personnelles et sûretés
« réelles); titre XX (pour les textes relatifs à la prescription libéra-
« toire).

TROISIÈME ANNÉE.

« Code civil, livre 1^{er}, titres V à XI (rapports de famille); titre IV,
« chapitres 3 et 4 (complément des règles sur l'absence); livre 3,
« titres I et II (transmission des biens d'une personne décédée et modes
« de disposer des biens à titre gratuit), et titre V (contrat de mariage),
« en y joignant toutes les règles relatives au droit des biens entre époux
« et notamment une étude complémentaire de l'hypothèque légale de
« la femme mariée.

« Art. 3. — Chaque professeur demeure libre de distribuer les ma-
« tières de son enseignement, soit dans chaque année, soit dans l'en-
« semble des trois années, suivant le plan et la méthode qui lui paraî-
« tront préférables, en tenant seulement compte de la nécessité pour
« les étudiants d'être préparés, à l'époque de chaque examen, sur les
« matières qui y sont comprises. »

Le présent volume, rédigé suivant l'ordre du code civil, renferme donc certaines matières qui sont étrangères à l'examen de première année. Les étudiants qui préparent cet examen devront connaître d'une façon complète et approfondie les questions traitées sous les n^{os} 1 à 83, 164 à 248, 341 à 362, 960 à 1182. Ils trouveront au début du tome II (2^e édition), l'explication des art. 711 à 717, 1138 à 1141, 939 à 942, ainsi que l'exposé des règles relatives à la prescription acquisitive.

A ces notions textuellement exigées par l'arrêté ministériel, il y aura lieu de joindre la connaissance des divers textes que l'élasticité du programme permet au professeur de rattacher à la théorie générale de l'état et de la capacité des personnes.

INTRODUCTION

I

Du droit en général et de ses principales divisions.

1. Le *droit*, dans le sens le plus large de ce mot, est l'ensemble des règles qui gouvernent la conduite de l'homme à l'égard de ses semblables, au point de vue du juste et de l'injuste.

Les règles dont se compose le droit se nomment *lois*.

Les lois sont *divines* ou *humaines*, suivant qu'elles ont été portées par Dieu lui-même ou par les hommes en vertu du pouvoir de commander qu'ils ont reçu de Dieu directement ou indirectement.

Les lois divines se divisent à leur tour en lois *naturelles* et en lois *positives*.

Les premières sont celles qui dérivent nécessairement de la nature donnée à l'homme par son Créateur et qui sont révélées par la conscience et la raison.

Les secondes sont celles que Dieu a imposées à l'homme depuis la création par une manifestation sensible de sa volonté. On les appelle *positives* parce qu'elles ont été posées, *positæ*, par un acte spécial et *ad hoc* du législateur suprême. Les unes, consignées dans l'Ancien Testament et relatives au peuple juif, ont, pour la plupart, cessé d'exister avec la mission de ce peuple. Les autres, formulées par Jésus-Christ pendant sa vie terrestre et transmises par le Nouveau Testament ou la tradition, s'adressent à tous les hommes et doivent durer jusqu'à la fin des temps.

Les lois humaines sont toutes des lois positives.

Rappeler en termes exprès et précis les prescriptions des lois divines dont la notion est trop souvent affaiblie ou obscurcie par l'ignorance, les passions ou l'intérêt, prévenir leur transgression en ajoutant une sanction immédiate aux sanctions lointaines de l'autre vie, résoudre les questions secondaires que ces lois n'ont pas tranchées, déterminer leur mode variable d'application suivant les circonstances de temps et de lieu, tel est le rôle des législateurs humains.

Dieu ayant établi pour le gouvernement du monde deux autorités

distinctes, l'autorité ecclésiastique et l'autorité civile, les lois humaines se subdivisent par là même en deux classes : les lois *ecclésiastiques* ou *canoniques* et les lois *civiles*. La mission différente des deux puissances détermine la compétence législative de chacune d'elles.

L'Église a pour mission de conduire les hommes à la félicité éternelle. Son pouvoir législatif s'étend donc à tout ce qui se rapporte directement à cette fin suprême, c'est-à-dire à toutes les questions d'ordre spirituel. Les questions relatives aux intérêts purement temporels relèvent au contraire exclusivement du pouvoir civil.

Mais il y a des questions qui sont à la fois spirituelles et temporelles, c'est-à-dire qui intéressent en même temps la fin éternelle de l'homme et sa destinée terrestre. Si, dans ces questions mixtes, le spirituel et le temporel sont unis d'une façon indivisible, l'Église, à raison de la prééminence de la fin dernière sur les fins intermédiaires, peut gouverner le temporel connexe au spirituel, et ses prescriptions sur la matière sont, en cas de conflit avec la loi civile, seules obligatoires aux yeux de la conscience (1). C'est ce qu'on appelle le pouvoir indirect de l'Église sur le temporel. Bien qu'il ait été fréquemment contesté par les princes temporels, par leurs légistes, et même par des théologiens complaisants, ce pouvoir ne saurait logiquement être nié, car il dérive de la nature même des choses (2).

2. Les lois émanant du pouvoir civil forment, en France, l'objet exclusif des études juridiques. C'est actuellement le seul droit qui y soit enseigné officiellement. Suivant son origine, ou suivant la nature des rapports qu'il régit, il comporte plusieurs divisions. Il est :

- 1° Écrit ou non écrit;
- 2° Public ou privé;
- 3° National ou international;
- 4° Théorique ou pratique.

3. Au premier abord on pourrait être tenté de croire que le *droit écrit* est celui qui est constaté par l'écriture et le *droit non écrit* celui qui n'a pas été ainsi constaté. Ce serait une erreur. C'est à la manière dont le droit a pris naissance qu'il faut s'attacher pour distinguer le droit écrit du droit non écrit. Le droit écrit est celui qui a été formulé expressément par la puissance publique. On l'appelle ainsi parce que le législateur exprime sa volonté par écrit. Le droit non écrit ou *droit coutumier* est celui qui s'est introduit par l'usage, avec le consentement tacite de l'autorité publique qui l'a laissé s'établir. Peu importe qu'il ait été constaté par écrit à un moment

1) *Syllabus*, prop. XLII; Encyclique *Immortale Dei*.

2) De Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, § VII, nos 4 et 8.

donné. Ainsi le droit suivi dans les diverses provinces de l'ancienne France n'a point cessé d'être un droit non écrit ou coutumier par suite de la rédaction dont il a été l'objet en vertu de l'ordonnance de Montil-les-Tours du mois d'avril 1453.

Aujourd'hui, presque tout notre droit a le caractère de droit écrit. Cependant le droit coutumier n'a pas entièrement disparu. Il existe, de nos jours encore, des usages obligatoires (voyez notamment les art. 590, 593, 663, 671, 674, 1135, 1736, 1748, 1753, 1754, 1758, 1759, 1762, 1777 du Code civil).

4. Le *droit public* règle l'organisation de l'État, définit ses fonctions et détermine ses rapports avec les membres du corps social. Il se subdivise en *droit constitutionnel*, *droit administratif* et *droit criminel*.

Le *droit privé*, ou *droit civil*, règle les rapports des particuliers entre eux. On le subdivise communément en deux branches : le *droit privé général*, applicable à tous les particuliers indistinctement, et le *droit privé spécial*, applicable seulement à certaines personnes dont la situation particulière nécessite des règles à part. A cette dernière branche appartiennent notamment le *droit commercial* et une partie du *droit forestier*.

Le Code civil est le code du droit privé général.

5. Le *droit national* est le droit propre à chaque peuple.

Le *droit international* ou *droit des gens*, *jus inter gentes*, est celui qui gouverne les rapports de peuple à peuple.

Comme le droit national, le droit international est *public* ou *privé*.

Le premier est l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports des États entre eux au point de vue de leurs intérêts généraux. Il a sa source dans les traités ou conventions diplomatiques, par lesquels les nations s'imposent certaines obligations les unes envers les autres, et dans les usages réciproquement observés entre elles. A la différence du droit propre à chaque nation, ce droit ne jouit pas d'une garantie complète d'efficacité, puisque, sauf dans les fédérations d'États, il n'existe point d'autorité supérieure pour le faire respecter. Quand une nation se croit lésée par une autre, et qu'elle ne parvient pas à obtenir à l'amiable la satisfaction qui lui est due, elle n'a d'autre ressource que de recourir à la force. « Entre particuliers, c'est un principe que nul ne se fait justice à soi-même; entre nations, le principe est renversé » (1).

Le *droit international privé* est celui qui régit, dans chaque pays, la condition des étrangers au point de vue de leurs intérêts privés.

6. Le *droit théorique* détermine les règles applicables aux divers cas, aux diverses situations qui peuvent se présenter. Le *droit pratique* ou *procédure* indique la marche à suivre, les moyens à employer, pour assurer

1) Acollas, *Manuel de droit civil*, t. I, p. vii.

l'application effective de ces règles et en imposer le respect à ceux qui les violent.

7. Outre la signification que nous lui avons reconnue jusqu'ici, le mot *droit* a plusieurs autres acceptions très usuelles.

On l'emploie tout d'abord, dans un sens qui s'éloigne peu du précédent, pour désigner l'ensemble des lois relatives à un même objet, ou la collection des lois d'une nation : le *droit de la propriété*, le *droit des obligations*, le *droit romain*, le *droit français*, le *droit anglais*. Il est alors synonyme de *législation*. Ce dernier mot a du reste, de son côté, une autre signification. Il désigne non plus les lois existantes, *leges latae*, mais les lois à faire, les dispositions qu'il conviendrait d'insérer dans la législation, *leges ferendæ*. On dira par exemple en ce sens : Telle solution est exacte *en droit*, elle est conforme à la loi existante, mais une autre solution serait préférable *en législation*.

Le mot *droit* exprime également les facultés ou prérogatives reconnues et garanties par la loi. C'est dans ce sens que l'on dit : le *droit de puissance paternelle*, le *droit de créance*, le *droit d'hypothèque*, etc.

Souvent aussi il est synonyme d'*impôts* : *droits de timbre*, *droits de mutation*, *droits d'enregistrement*.

Enfin il signifie la *science des lois*, la connaissance acquise de leurs dispositions. Ceux qui possèdent cette science se nomment *jurisconsultes*.

La science des lois est aussi qualifiée parfois de *jurisprudence*. Mais cette expression, empruntée au droit romain, a, de nos jours, deux autres significations plus usuelles. Elle désigne l'habitude prise par un tribunal d'interpréter et d'appliquer la loi de telle ou telle manière dans un cas donné. On dit par exemple : *La jurisprudence de la Cour de Lyon est, sur tel point, contraire à celle de la Cour de Paris*. On emploie aussi le mot *jurisprudence* pour désigner le résultat de cette habitude, c'est-à-dire l'ensemble des décisions semblables intervenues sur une question.

II

Du droit français en particulier. — Confection du Code civil.

8. Deux législations se partageaient l'ancienne France. Dans les provinces du midi, appelées *pays de droit écrit*, le fond de la législation était le droit romain, modifié sur certains points par des coutumes locales. Les provinces du nord, appelées *pays de coutumes*, étaient régies par un grand nombre de coutumes diverses qui, conservées d'abord par la tradition, furent, à partir de la fin du xv^e siècle, rédigées officiellement par écrit. On dit souvent que la Loire formait la ligne de démarcation entre ces deux parties de la France et l'on désigne les pays coutumiers sous le nom de *pays en*

deçà de la Loire (par rapport à Paris), et les pays de droit écrit sous le nom de *pays au delà de la Loire*. Mais cette division est loin d'être exacte. Les coutumes s'étendaient très loin sur la rive gauche de la Loire. En réalité, la ligne séparative des pays de coutumes et des pays de droit écrit suivait, en partant de l'embouchure de la Charente, la limite septentrionale de la Saintonge, du Périgord, du Limousin, traversait l'Auvergne à la hauteur de Murat et de Saint-Flour, passait au nord du Mâconnais et aboutissait à Gex (1).

Il y avait en France environ soixante coutumes dites *générales*, parce qu'elles étaient observées dans une vaste étendue de territoire, par exemple dans une province ou dans une portion notable d'une province. Mais, dans le ressort de chaque coutume générale, on rencontrait des coutumes *spéciales* ou *locales*, propres à une ville, à un bourg ou à un simple village, qui réglaient seulement certains points particuliers, en laissant les autres sous l'empire de la coutume générale. Ces coutumes locales étaient au nombre de trois cents environ.

Seules, les ordonnances royales étaient applicables dans tout le royaume. Encore fallait-il pour cela qu'elles eussent été enregistrées par tous les Parlements. Lorsqu'elles ne l'avaient été que par quelques-uns, elles n'étaient pas exécutoires dans le ressort des Parlements qui en avaient refusé l'enregistrement.

9. Les assemblées révolutionnaires durent conserver provisoirement la division en pays de coutumes et pays de droit écrit et se borner à remplacer celles des dispositions des lois anciennes qui étaient inconciliables avec le nouvel ordre de choses. Mais leur préoccupation constante fut d'arriver à réaliser l'unité de législation. La loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 (titre II, art. 19) avait annoncé que « les lois civiles seraient revues et réformées par la législature et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution. » Cette promesse n'ayant pu être remplie, la constitution des 3-14 septembre 1791 imposa aux législateurs qui allaient succéder à l'Assemblée constituante l'obligation de rédiger un code de lois civiles communes à tout le royaume. Mais l'Assemblée législative eut une existence trop courte et trop tourmentée pour pouvoir accomplir cette tâche.

La Convention chargea son comité de législation de lui présenter un projet de Code civil. Le projet dressé par ce comité fut soumis à la Convention par Cambacérès le 9 août 1793 (2); mais il n'obtint pas l'approbation de l'Assemblée qui le trouva trop compliqué, malgré sa concision, et trop

1) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 718.

2) *Projet de code civil présenté à la Convention nationale au nom du comité de législation*, par Cambacérès. Paris, 1793.

peu conforme aux idées du jour. La Convention imagina alors de confier le travail de codification à une commission de philosophes. Cette résolution n'eut pas de suite, et le 23 fructidor an II (9 septembre 1794) Cambacérès déposa un nouveau projet (1) qui fut mis en discussion, mais dont quelques articles seulement avaient été votés lorsque la Convention se sépara pour faire place aux deux assemblées établies par la constitution du 5 fructidor an III, le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens. Un troisième projet, soumis par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents le 24 prairial an IV (12 juin 1796), n'aboutit pas davantage (2).

La loi du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799), qui remplaça le Directoire par trois consuls provisoires et les Conseils des Anciens et des Cinq-Cents par deux commissions législatives composées chacune de vingt-cinq membres, disposait dans son article 14 : « Les deux commissions sont chargées de préparer un Code civil ». Le 30 frimaire suivant (21 décembre), c'est-à-dire au moment même où la constitution du 22 frimaire allait entrer en vigueur, Jacqueminot, membre du Conseil des Cinq-Cents, présenta à la commission législative de ce Conseil un projet partiel qui eut le même sort que les précédents.

Il était réservé au Consulat de doter la France d'une législation uniforme.

10. Le 24 thermidor an VII (12 août 1800), un arrêté des consuls nomma une commission de quatre membres pour rédiger un nouveau projet de Code civil. Les commissaires désignés étaient *Tronchet*, président du Tribunal de cassation, *Bigot-Préameneu* commissaire du gouvernement près du même Tribunal, *Portalis*, commissaire du gouvernement près du Conseil des prises, et *Maleville*, juge au Tribunal de cassation. Tronchet était le président de la commission; Maleville devait remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur.

Au bout de quatre mois le projet était rédigé. Il fut immédiatement imprimé et soumis à l'examen du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, qui furent invités à formuler leurs observations (3). Ces observations furent également imprimées par ordre du gouvernement (4).

1) *Rapport sur le code civil*, par Cambacérès. Paris, an II.

2) *Projet de code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents au nom de la commission de classification des lois*, par Cambacérès. Paris, an IV.

3) *Projet de code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII*. Paris, an IX.

4) *Observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de code civil*. Paris, ans IX-X. — Voyez aussi : *Conférence des observations des tribunaux d'appel sur le projet de code civil*, ans IX-X, et *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation rapprochées du texte*, par Crusaire. Paris, 1804.

Il restait à transformer le projet en la loi. A cet effet, le gouvernement qui, d'après la constitution du 22 frimaire an VIII, avait l'initiative des lois, l'adressa au Conseil d'État avec les observations du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel. C'était à cette assemblée qu'il appartenait de donner au projet un caractère officiel et une forme définitive. Chaque titre fut d'abord examiné par la section de législation, puis soumis à l'assemblée générale du Conseil d'État présidée par le Premier Consul ou par Cambacérès (1). Les membres de la commission de rédaction furent admis à assister aux délibérations pour défendre leur œuvre et donner, le cas échéant, les éclaircissements nécessaires. Trois conseillers d'État désignés par le gouvernement étaient chargés de porter au Corps législatif les titres dont la rédaction était définitivement arrêtée.

Après avoir entendu l'*Exposé des motifs* présenté par un de ces conseillers d'État (2), le Corps législatif communiquait le projet au Tribunal qui le discutait, sans pouvoir le modifier, émettait un vœu d'adoption ou de rejet et choisissait trois de ses membres pour aller soutenir ce vœu devant le Corps législatif (3).

Le projet revenait alors au Corps législatif. Les orateurs du Tribunal exposaient et motivaient le vœu émis par cette assemblée; la discussion s'engageait au besoin entre eux et les conseillers d'État, et finalement le Corps législatif, sans prendre lui-même aucune part à la discussion qui avait lieu devant lui, votait l'adoption ou le rejet du projet. En cas d'adoption, la loi était dite *décrétée* par le Corps législatif.

11. L'organisation défectueuse du mécanisme législatif faillit un instant compromettre le succès du travail de codification. Ne pouvant pas amender les projets qui lui étaient soumis, le Tribunal se trouvait dans la nécessité d'émettre un vœu d'adoption, bien qu'il désapprouvât certaines de leurs dispositions, ou un vœu de rejet, alors même qu'il les approuvait en partie. Composé d'hommes peu favorables aux idées du Premier Consul, il devait être porté à prendre de préférence ce dernier parti. Le Corps législatif

1) Sur la part prise par le Premier Consul aux travaux préparatoires du Code civil, on consultera avec fruit les ouvrages suivants : E. Madelin, *Le Premier Consul législateur*. Paris, 1865. — E. Jac, *L'influence personnelle exercée par le Premier Consul sur notre législation civile*. 1895. Ces deux ouvrages ont été couronnés par l'Académie de législation.

2) Les conseillers d'État qui reçurent la mission d'exposer les motifs des divers titres du Code civil furent Berlier, Bigot-Préameneu, Emmery, Galli, Portalis, Réal, Thibaudeau et Treilhard.

3) Les orateurs du Tribunal furent Albisson, Bertrand de Greuille, Bouteville, Carion-Nisas, Chabot, Duveyrier, Faure, Favard, Gary, Gillet, Goupil-Préfeln; Grenier, Huguet, Jaubert, Lahary, Leroy, Malherbe, Mourricault, Perreau, Savoie-Rollin, Tarrible, Vezin.

ayant, conformément au vœu du Tribunat, rejeté le titre préliminaire du Code civil et le même sort paraissant réservé au titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, le Premier Consul adressa, le 13 nivôse an X, au Corps législatif un message ainsi conçu : « Législateurs, le gouvernement a arrêté de retirer les projets de lois 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 venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent ».

Cependant l'ajournement ne fut pas de longue durée. Le travail fut repris après que le sénatus-consulte du 22 ventôse an X (13 mars 1802) eut éliminé du Tribunat et du Corps législatif les principaux opposants. En vue d'en assurer le succès, une communication *officieuse* des projets fut organisée au profit du Tribunat divisé désormais en trois sections. Avant d'être présentés au Corps législatif, les projets durent être adressés à la section de législation du Tribunat qui consignait dans un procès-verbal les observations et les amendements qu'elle croyait devoir proposer. Ce procès-verbal était ensuite transmis à la section de législation du Conseil d'État. Si cette section n'admettait pas les modifications proposées, elle se mettait en relation avec la section de législation du Tribunat en vue d'arriver à une entente. Puis le Conseil d'État en assemblée générale, après avoir examiné les observations respectives de sa section de législation et de celle du Tribunat, adoptait une rédaction définitive. Le projet était alors porté au Corps législatif et communiqué *officiellement* au Tribunat, lequel, ayant participé à sa rédaction, ne pouvait guère manquer d'émettre un vœu d'adoption (1).

12. Ainsi furent présentées, discutées et adoptées successivement les diverses lois, au nombre de trente-six, dont chacune forme un titre du Code civil. Une fois décrétées par le Corps législatif, elles furent promulguées, conformément à l'article 37 de la constitution du 22 frimaire

1) Il existe deux collections comprenant l'ensemble des travaux préparatoires du Code civil. L'une est intitulée : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, contenant sans morcellement : 1° le texte du projet; 2° celui des observations du Tribunal de cassation et des Tribunaux d'appel; 3° toutes les discussions littéralement puisées tant dans les procès-verbaux du Conseil d'État que dans ceux du Tribunat; 4° les exposés de motifs, rapports et discours tels qu'ils ont été prononcés au Corps législatif et au Tribunat*, par Fenet. Paris, 1827 et 1828, 15 vol. in-8. — L'autre a pour titre : *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, par Locré. Paris, 1827-1832, 31 vol. in-8. Les seize premiers volumes se rapportent au Code civil. Mais cette collection, à la différence de la précédente, ne contient pas les observations du Tribunal de cassation et des Tribunaux d'appel.

an VIII, le dixième jour qui suivit leur adoption. De là vient que chaque titre du Code porte deux dates, distantes l'une de l'autre de dix jours. L'œuvre étant achevée, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) réunit en un seul corps, sous une seule série d'articles, avec le titre de *Code civil des Français*, les trente-six lois séparément promulguées et mises en vigueur, en les rangeant dans un ordre plus méthodique que celui dans lequel elles avaient été votées (1). Elle divisa le Code en trois livres précédés d'un titre préliminaire. Le premier livre, intitulé *Des personnes*, contient onze titres. Le second, intitulé *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, en renferme quatre. Le troisième, intitulé *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, en comprend vingt. Les titres sont divisés en chapitres subdivisés, s'il y a lieu, en sections et en paragraphes. Le Code renferme 2281 articles.

13. L'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII est ainsi conçu : « 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 desdites lois composant le présent Code. » C'est l'abrogation expresse de toutes les dispositions de l'ancien droit relatives aux matières réglées par le Code civil. Ces dispositions sont abrogées d'une façon absolue, par cela seul que le Code s'est occupé des matières qui en étaient l'objet; elles n'ont plus force de loi, même sur les points particuliers que le Code n'a pas traités. Si le législateur n'avait pas eu le soin de faire cette déclaration, on aurait dû appliquer ici les règles de l'abrogation tacite, et par suite le droit ancien serait demeuré en vigueur dans toutes ses dispositions qui ne sont pas inconciliables avec celles du Code civil. La diversité de législation, à laquelle on voulait mettre fin, aurait ainsi persisté dans une certaine mesure. Quant aux lois anciennes qui réglaient des matières non prévues par le Code civil, elles demeurent applicables toutes les fois qu'elles ne sont pas incompatibles avec la législation nouvelle.

L'art. 7 de la loi du 30 ventôse ne parle point du droit intermédiaire. Il y a donc lieu de lui appliquer le droit commun, c'est-à-dire le principe de l'abrogation tacite. Ce droit n'est abrogé que dans celles de ses dispositions qui sont inconciliables avec les règles tracées par le Code. Son abrogation est donc moins complète que celle qui frappe le droit ancien; ce qui tient sans doute à ce que l'unité de législation ne se trouve pas alors

1) Par exception, les art. 152 à 157 au titre *du Mariage* furent décrétés et promulgués à part, formant ainsi à eux seuls une loi particulière. De plus l'art. 530, au titre *de la Distinction des biens*, fut voté en même temps que la loi du 30 ventôse an XII.

en jeu, les lois de l'époque révolutionnaire étant applicables dans toute la France.

14. « Le caractère du Code civil est de constituer une œuvre de transaction, dans la composition de laquelle ses rédacteurs ont accepté, à côté des idées nouvelles, un grand nombre d'idées anciennes, en les coordonnant de manière à former un tout harmonique et scientifique » (1). Le droit romain, les coutumes, les ordonnances royales, la jurisprudence des Parlements, le droit canonique et la législation intermédiaire, telles sont les principales sources auxquelles ses rédacteurs ont puisé. Mais c'est l'élément coutumier qui y domine. Le droit coutumier régissait en effet la majeure partie de l'ancienne France et les hommes qui ont pris part à la confection du Code étaient, pour la plupart, originaires des pays de coutume (2).

Introduit à la suite des armées françaises dans les pays conquis par Napoléon, le Code civil a été conservé dans plusieurs d'entre eux après leur séparation de la France, et il a exercé une grande influence sur toutes les législations européennes (3).

15. Le Code ne resta pas longtemps dans son état primitif. L'Empire ayant remplacé le Consulat, on jugea à propos de faire une nouvelle édition de ce corps de lois afin de le mettre en harmonie avec l'ordre de choses qui venait de s'établir. Ce fut l'objet d'une loi du 3 septembre 1807. En vertu de cette loi, le Code civil devint le *Code Napoléon*. Les modifications opérées furent du reste pour la plupart de pure forme. Elles consistèrent dans la substitution des mots *Empereur*, *Empire*, *État*, à ceux de *Premier Consul*, *République*, *Nation*. Les modifications de fond furent au nombre de trois seulement. La loi de 1807 ordonnait : 1° le retranchement d'un numéro à l'art. 17; 2° l'addition d'un alinéa à l'art. 896 et une légère modification à l'art. 897; 3° la suppression de l'art. 2261 et son remplacement, pour ne pas changer le numérotage des articles, par un alinéa détaché de l'art. 2260.

1) De Folleville, *Introduction historique à l'étude du Code civil*, n° 98.

2) Dufour, *Code civil, avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*. Paris, 1806. — Dard, *Conférence du Code civil avec les lois anciennes*. Paris, 1827. — Taillandier, *Des sources du Code civil* (Rev. de lég. et de jurispr., 1850). — Zaepfl, *De l'élément germanique dans le Code Napoléon* (Revue de droit français et étranger, 1842). — Bénech, *De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napoléon* (Revue de lég. et de jurispr., 1853). — D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*. Paris, 1857. — Sévin, *Origines révolutionnaires du Code Napoléon* (Revue pratique, 1866 et 1870).

3) Glasson, *La codification en Europe au XIX^e siècle* (Revue politique et parlementaire, 1894).

Le rétablissement de la royauté en 1814 amena une troisième édition du Code auquel l'article 68 de la Charte avait restitué le nom de *Code civil*. Prescrite par l'ordonnance du 17 juillet 1816, cette nouvelle édition fut publiée par l'ordonnance du 30 août suivant. Elle n'eut d'autre but que de mettre le langage du Code en rapport avec les institutions existantes. C'est la dernière édition officielle du Code civil. De là vient qu'il renferme des expressions qui ne sont pas en harmonie avec le régime actuel.

Un décret du 27 mars 1852 a conféré de nouveau au Code civil la dénomination officielle de *Code Napoléon*. Bien que ce décret n'ait pas été abrogé, la qualification de *Code civil* a prévalu dans l'usage depuis la révolution du 4 septembre 1870. L'Assemblée nationale saisie en 1872 d'une proposition tendant à consacrer législativement cette pratique estima qu'il était inutile de statuer à cet égard.

16. Depuis l'achèvement du Code civil, il est intervenu un grand nombre de lois qui, tout en conservant à l'œuvre du législateur de 1804 sa physionomie générale, ont modifié ou complété certaines de ses dispositions. Telles sont notamment, en suivant l'ordre chronologique :

- La loi du 3 septembre 1807, sur le taux de l'intérêt de l'argent ;
- La loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce ;
- La loi du 14 juillet 1819, portant abolition des droits d'aubaine et de détraction ;
- La loi du 17 mai 1826, sur les substitutions ;
- La loi du 16 avril 1832, autorisant, moyennant dispenses accordées par le chef de l'État, les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs ;
- La loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps ;
- La loi du 12 mai 1835, sur les majorats ;
- La loi du 20 mai 1838, concernant les vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques ;
- La loi du 30 juin 1838, sur les aliénés ;
- La loi du 29 avril 1845, sur les irrigations ;
- La loi du 11 juillet 1847, sur le droit d'appui en matière d'irrigation ;
- La loi du 22 mars 1849, modifiant l'art. 9 ;
- La loi du 7 mai 1849, sur les majorats et les substitutions ;
- La loi du 3 décembre 1849, sur la naturalisation ;
- La loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage ;
- La loi du 6 décembre 1850, sur le désaveu de paternité en cas de séparation de corps ;
- La loi du 7 février 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés et les enfants des étrangers naturalisés ;
- La loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile ;
- La loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage ;

- La loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire;
- La loi du 29 juin 1867, sur la naturalisation;
- La loi du 22 juillet 1867, abolissant la contrainte par corps;
- La loi du 2 août 1868, abrogeant l'art. 1781;
- Le décret du 5 novembre 1870, relatif à la promulgation des lois et décrets;
- La loi du 12 février 1872, sur le privilège du bailleur en cas de faillite du preneur;
- La loi du 15 juin 1872, sur les titres au porteur;
- La loi du 10 décembre 1874, qui rend les navires susceptibles d'hypothèque;
- La loi du 16 décembre 1874, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés;
- La loi du 23 décembre 1874, sur la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons;
- La loi du 5 janvier 1875, modifiant l'art. 2200;
- La loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits et à la conversion de ces valeurs en titres au porteur;
- La loi du 20 août 1881 (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'enclavé;
- La loi du 14 février 1882, relative aux enfants nés en France d'un père étranger, naturalisé après leur naissance;
- La loi du 5 janvier 1883, sur les risques locatifs;
- La loi du 28 juin 1883, relative aux enfants mineurs nés en France d'une femme française mariée avec un étranger;
- La loi du 27 juillet 1884, portant rétablissement du divorce;
- La loi du 2 août 1884 (code rural), relative aux vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques;
- La loi du 28 mars 1885, sur les marchés à terme;
- La loi du 12 janvier 1886, relative au taux de l'intérêt de l'argent;
- La loi du 18 avril 1886, sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps;
- La loi du 13 février 1889, portant modification de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 (hypothèque légale de la femme mariée);
- La loi du 19 février 1889, relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances;
- La loi du 4 mars 1889, sur les faillites, modifiant les art. 2101, al. 4 et 2146;
- La loi du 18 avril 1889, complétant l'art. 1953;

La loi du 26 juin 1889, sur la nationalité;

La loi du 9 juillet 1889 (code rural), portant abolition des droits de parcours et de vaine pâture et fixant la durée du louage des domestiques et ouvriers ruraux (modifiée par la loi du 22 juin 1890);

La loi du 18 juillet 1889 (code rural), sur le bail à colonat partiaire;

La loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés;

La loi du 27 décembre 1890, sur le contrat de louage, modifiant l'art. 1780;

La loi du 9 mars 1891, modifiant les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint;

La loi du 11 juillet 1892, ajoutant un alinéa à l'art. 2280;

La loi du 6 février 1893, portant modification du régime de la séparation de corps;

La loi du 16 mars 1893, relative à la publicité des décisions prononçant l'interdiction ou donnant un conseil judiciaire;

La loi du 8 juin 1893, portant modification des dispositions du Code civil relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime;

La loi du 17 juin 1893, appliquant l'art. 2151 aux créances privilégiées;

La loi du 22 juillet 1893, sur la nationalité;

La loi du 30 novembre 1894, relative aux habitations à bon marché complétée par la loi du 31 mars 1896;

La loi du 6 mars 1895, modifiant l'art. 16 du Code civil;

La loi du 31 juillet 1895, relative aux vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques, modifiant les lois du 21 juillet 1881 et du 2 août 1884;

La loi du 25 mars 1896, sur les droits des enfants naturels dans la succession de leurs pères et mères;

La loi du 20 juin 1896, portant modification de plusieurs dispositions relatives au mariage en vue de le rendre plus facile;

La loi du 17 août 1877, modifiant les art. 45, 49, 70, 76 et 331;

La loi du 7 décembre 1897, accordant aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général;

La loi du 1^{er} mars 1898, modifiant l'art. 2075;

La loi du 24 mars 1898, modifiant les art. 843, 844 et 919;

La loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux (code rural);

La loi du 25 mars 1899 portant modification de l'art. 1007;

La loi du 14 février 1900, modifiant l'art. 1094;

La loi du 7 avril 1900, sur le taux de l'intérêt légal de l'argent, modifiant les art. 1153 et 1904;

La loi du 17 mai 1900, complétant les dispositions de la loi du 8 juin 1893

relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits aux armées.

17. De nombreux ouvrages ont été publiés sur le Code civil. Laissant de côté, pour le moment, ceux qui sont relatifs seulement à telle ou telle matière en particulier, sauf à les signaler quand l'occasion s'en présentera, nous nous bornerons à mentionner ici ceux qui portent sur l'ensemble du droit civil. Les plus remarquables sont les suivants :

Cours de droit civil, par Delvincourt, doyen de la Faculté de droit de Paris, 3 vol., 5^e édition, 1843.

Cours de droit français, par Proudhon, doyen de la Faculté de droit de Dijon. Les deux volumes qui ont paru comprennent seulement le droit des personnes, c'est-à-dire le premier livre du Code civil. Ils ont été revus et augmentés par Valette, 1848.

Proudhon a publié en outre un *Traité du domaine public*, 5 vol. ; un *Traité du domaine de propriété*, 3 vol., et un *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, 7 vol.

Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, par Toullier, doyen de la Faculté de droit de Rennes, 15 vol., 6^e édit., 1844-1848. Demeuré inachevé, l'ouvrage a été continué par Duvergier, 6 vol., 1835-1843. Troplong, premier président de la Cour de cassation, a également continué, sous une forme différente, l'œuvre de Toullier, 27 vol.

Cours de droit français suivant le Code civil, par Duranton, professeur à la Faculté de droit de Paris, 22 vol., 4^e édition, 1844.

Commentaire sur le Code civil, par Boileux, 7 vol., 7^e édition, 1866. L'ouvrage n'a pas été terminé. Il est précédé d'un *Précis de l'histoire du droit civil*, par Poncelet, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Théorie raisonnée du Code civil, par Taulier, 7 vol., 1840-1848.

Commentaire théorique et pratique du Code civil, par Ducaurroy, professeur à la Faculté de droit de Paris, avec la collaboration de Bonnier et Roustain, professeurs à la même Faculté. L'ouvrage devait comprendre 6 volumes. Deux seulement ont paru en 1848 et 1851.

Éléments de droit civil français, ou explication méthodique du Code civil, par Marcadé, avocat à la Cour de cassation, ouvrage continué par Paul Pont, conseiller à la Cour de cassation, 13 vol. 7^e édit., 1872-1884.

Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris, par Demante, 3 vol., 3^e édit., 1840.

Cours analytique de Code civil, par Demante et Colmet de Santerre, doyen de la Faculté de droit de Paris, ouvrage formant le complément du précédent, 9 vol. 1891-1895.

Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires, par Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris, 1 vol., 1859.

Cours de Code civil professé à la Faculté de Paris, par Valette, Le t. I,

seul paru, contient l'explication du titre préliminaire et du livre premier, 1872.

Répétitions écrites sur le Code civil, par Mourlon, 3 vol., 12^e édition revue par M. Demangeat, 1892.

Cours de droit civil français, d'après la méthode du jurisconsulte allemand Zachariæ, par Aubry et Rau, professeurs à la Faculté de Strasbourg, puis conseillers à la Cour de cassation, 8 vol., 5^e édition, revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau, Falcmagne et Gault, 1897.

L'ouvrage de Zachariæ a été également traduit, annoté et classé dans l'ordre du Code civil, par Massé et Vergé, 5 vol., 1854-1860.

Cours de Code civil, par Demolombe, doyen de la Faculté de droit de Caen, 31 vol., 1845-1885. L'ouvrage s'arrête à la fin du titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles*. Il est continué par M. Guillouard, professeur à la Faculté de droit de Caen.

Principes de droit civil français, par Laurent, professeur à l'Université de Gand, 33 vol., 3^e édit., 1869-1878. L'auteur a publié sous le titre de *Cours élémentaire de droit civil*, un résumé de ce grand ouvrage.

Cours de droit civil français, par Arntz, professeur à l'Université de Bruxelles, 4 vol., 2^e édit., 1879.

Cours de droit civil professé à l'Université de Liège, par Thiry, 4 vol., 1892.

Explication élémentaire du Code civil, par Delsol, 3 vol., 3^e édit., revue par Lescoeur, 1877-1878.

Précis de droit civil, par M. Baudry-Lacantinerie, doyen de la Faculté de droit de Bordeaux.

Traité théorique et pratique de droit civil, par M. Baudry-Lacantinerie, avec la collaboration de plusieurs professeurs des Facultés de droit.

Commentaire théorique et pratique du Code civil, par M. Huc, professeur honoraire des Facultés de droit, 1891 et années suivantes.

Cours de droit civil français, par M. Beudant, professeur à la Faculté de droit de Paris, publié par son fils, professeur à la Faculté de Grenoble, 1896 et années suivantes.

Cours élémentaire de droit civil français, par M. Vigié, doyen de la Faculté de droit de Montpellier, 3 vol., 2^e édit., 1893.

Traité élémentaire de droit civil, par M. Planiol, professeur à la Faculté de droit de Paris.

A l'étude des auteurs, le jurisconsulte doit joindre celle de la jurisprudence des tribunaux. Si les décisions judiciaires n'ont, en dehors du cas sur lequel elles ont statué, aucune force obligatoire, elles n'en présentent pas moins, pour la formation juridique, une importance considérable. C'est par elles qu'on s'initie à la connaissance pratique du droit, qu'on acquiert la justesse du coup d'œil dans l'appréciation des faits et la sagacité dans l'application de la loi. Du Moulin exprimait en mauvais latin une idée très

juste lorsqu'il disait : *Leges in scholis deglutiuntur, in palatiis digeruntur.*

Il existe plusieurs recueils périodiques dans lesquels sont publiés et commentés les arrêts et jugements les plus intéressants au point de vue juridique. Les principaux sont :

1° *La Jurisprudence générale* de Dalloz, paraissant actuellement deux fois par mois. Ce recueil est divisé en cinq parties. La première renferme les arrêts de la Cour de cassation; la seconde, les arrêts des cours d'appel, les jugements des tribunaux français et les décisions des cours et tribunaux étrangers; la troisième, les décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits; la quatrième, les lois et décrets avec les exposés des motifs et un extrait des rapports et des discussions législatives; la cinquième une table des matières et quelques décisions diverses. Les recherches sont facilitées par une table générale des vingt-deux premières années du recueil et par des tables décennales.

MM. Dalloz ont publié en outre : 1° un *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, qu'un *Supplément* a mis récemment au courant des modifications survenues dans ces dernières années, et 2° des *Codes annotés*;

2° Le *Recueil général des lois et des arrêts*, fondé par J.-B. Sirey. Comme le précédent, ce recueil paraît par livraisons formant chaque année un volume et se divise en plusieurs parties. On y a également rattaché : 1° un *Répertoire général alphabétique du droit français* et 2° des *Codes annotés*;

3° Le *Journal du Palais*. Originellement distinct du recueil de Sirey, le *Journal du Palais* a aujourd'hui la même rédaction et la même administration;

4° Les *Pandectes françaises*, comprenant trois publications : 1° le *Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*; 2° les *Pandectes chronologiques* ou collection de jurisprudence de 1789 à 1886; 3° le *Recueil mensuel de jurisprudence et de législation*.

La Cour de cassation possède un recueil spécial de ses arrêts intitulé : *Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile et en matière criminelle*.

18. Outre le Code civil, il existe sept autres codes français :

1° *Le Code de procédure civile*, achevé en 1806 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1807;

2° *Le Code de commerce*, terminé en 1807 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1808;

3° *Le Code d'instruction criminelle*, voté en 1808;

4° *Le Code pénal*. Achevé en 1808, il fut, comme le Code d'instruction criminelle, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1811.

5° *Le code forestier*, voté le 21 mai 1827 et promulgué le 31 juillet suivant.

6° *Le code de justice militaire pour l'armée de terre* (9 juin 1857).

7° *Le code de justice militaire pour l'armée de mer* (4 juin 1858).

Ces divers codes, et plus spécialement le code de procédure civile, le code de commerce, le code d'instruction criminelle et le code pénal, ont été complétés ou modifiés par des lois postérieures dont nous n'avons pas à faire ici l'énumération.

Depuis de longues années un neuvième code est en préparation. Il portera le nom de *code rural*. A l'heure actuelle, la majeure partie des lois qui doivent le former ont été votées et mises en vigueur séparément. Plusieurs d'entre elles modifient les dispositions du code civil.

Seules, les lois administratives n'ont jamais été l'objet d'aucune codification.

CODE CIVIL

TITRE PRÉLIMINAIRE

De la publication, des effets et de l'application des lois en général

19. Ce titre, composé de six articles, renferme un certain nombre de principes applicables non seulement aux lois civiles, mais à toutes les lois. C'est une sorte d'introduction à la législation générale de la France. Mais le code civil étant le plus important des codes français et ayant été rédigé le premier, il a paru que ces principes avaient leur place naturelle au début de ce recueil.

La commission chargée par le gouvernement consulaire de préparer un projet de code civil avait placé en tête de son œuvre un *livre préliminaire* comprenant plusieurs titres. La plupart des dispositions contenues dans ce livre furent supprimées comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la législation. Quelques autres furent reportées ailleurs. Les six articles maintenus n'étant plus suffisants pour constituer un livre, ont formé un simple titre préliminaire.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PUBLICATION DES LOIS ET DE LEUR ABROGATION

SECTION PREMIÈRE

DE LA PUBLICATION DES LOIS

20. La loi ne devient obligatoire qu'autant qu'elle a passé par trois phases successives. Il faut d'abord qu'elle ait été élaborée et rédigée par le pouvoir compétent. Il faut en second lieu qu'elle ait été promulguée. Il faut enfin qu'elle ait été publiée. Avant d'indiquer de quelle manière s'opère la publication de la loi, il est donc nécessaire de traiter de sa confection et de sa promulgation.

21. Depuis que l'Assemblée constituante a fait de la séparation des pou-

voirs *législatif, exécutif et judiciaire* une des bases de notre droit public, l'organisation du pouvoir législatif a subi de fréquentes variations. Tantôt la confection de la loi a appartenu exclusivement à une ou plusieurs assemblées délibérantes. Tantôt le chef du pouvoir exécutif y a participé dans une certaine mesure, soit par le droit d'initiative, soit par le droit de sanction, soit même par l'un et l'autre à la fois.

L'*initiative* de la loi est le droit de la proposer.

La *sanction* est l'adhésion donnée par le chef du pouvoir exécutif au vote de l'Assemblée en des Assemblées législatives. En refusant sa sanction, le chef de l'État empêche la loi d'exister, de se former définitivement (1).

D'après les lois constitutionnelles actuellement en vigueur (2), l'initiative de la loi appartient concurremment au Président de la République, chef du pouvoir exécutif, et aux membres des deux Chambres. La discussion et le vote de la loi appartiennent aux deux Chambres, le Sénat et la Chambre des députés, qui jouissent à cet égard de pouvoirs égaux. Toutefois, les lois de finances doivent être présentées en premier lieu à la Chambre des députés et votées par elle ; d'où il suit que les sénateurs ne sont pas investis du droit d'initiative en pareille matière (loi du 24 février 1875, art. 8, al. 2).

La loi est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux Chambres. Le Président de la République n'a pas à la sanctionner. Il peut seulement, dans le délai qui lui est imparti pour promulguer la loi, demander aux Chambres, par un message motivé, une nouvelle délibération, qui ne peut être refusée. Mais les Chambres demeurent entièrement libres de maintenir la loi telle qu'elles l'avaient précédemment votée (loi du 16 juillet 1875, art. 7, al. 2) (3).

22. A côté de la *loi* proprement dite, émanant du pouvoir législatif, se placent les *règlements* faits par le pouvoir exécutif en vue d'assurer l'exécution de la loi. Les lois se bornent en effet à poser des principes, sans se préoccuper des mesures de détail que comporte leur application. Il appartient au pouvoir exécutif de prescrire ces mesures de détail. Les règlements par lui faits sont obligatoires comme la loi elle-même, dont ils forment le complément nécessaire. Cette attribution du pouvoir exécutif, appelé à participer en sous-ordre à la puissance législative, porte le nom de *pouvoir réglementaire*.

Les règlements peuvent être faits :

1° *Par le chef de l'État*, seul investi, en principe, du droit de faire des

1) Appliqué aux lois le mot *sanction* a encore une autre signification. Il désigne la peine édictée contre ceux qui les transgressent.

2) Ces lois sont : la loi du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics ; la loi du 24 février 1875, relative à l'organisation du Sénat, et la loi du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

3) Voyez *Éléments de droit constitutionnel*, par de la Bigne de Villeneuve, nos 452 et suiv.

règlements généraux. Ces règlements ont porté, suivant les époques, des noms divers. Sous le Directoire et le Consulat on les appelait *arrêtés*, sous la Restauration et le Gouvernement de juillet *ordonnances royales*. Aujourd'hui on les qualifie de *décrets*, expression déjà usitée sous le premier et le second Empire et sous la République de 1848. Les uns ne peuvent être rendus qu'après que le Conseil d'État a été consulté. Ce sont les décrets ou règlements rendus en Conseil d'État, les *règlements d'administration publique*. Les autres peuvent être rendus sans cette consultation préalable. Ce sont les règlements ou décrets ordinaires.

2° *Par les ministres*, mais exceptionnellement et en vertu d'une délégation formelle du législateur. Les règlements faits par les ministres se nomment *arrêtés réglementaires*.

3° *Par les préfets et par les maires*.

23. Une fois votée par le pouvoir législatif, la loi existe, mais elle n'est pas encore *exécutoire*. Pour qu'elle le devienne, il faut qu'elle ait été *promulguée*. On appelle promulgation l'acte par lequel le chef de l'État atteste, certifie l'existence de la loi et enjoint aux citoyens de lui obéir, aux autorités administratives et judiciaires de prêter la main à son exécution.

L'intervention du pouvoir exécutif pour rendre la loi exécutoire est une conséquence de la séparation des pouvoirs. En votant la loi, le pouvoir législatif a terminé son rôle. Ce n'est pas à lui qu'il appartient d'en poursuivre l'exécution ; ce soin regarde le pouvoir exécutif. Mais il importe avant tout que ceux que la loi va régir connaissent exactement et d'une façon officielle les dispositions auxquelles ils devront se conformer. Tel est le but de la promulgation.

La constitution des 3-14 septembre 1791 et celle du 5 fructidor an III avaient déterminé elles-mêmes la formule de promulgation des lois. Les constitutions postérieures étant demeurées muettes à cette égard, la formule de promulgation a toujours été depuis lors fixée simplement par ordonnance ou par décret. Elle est réglée actuellement par le décret du 6 avril 1876 ainsi conçu :

« A l'avenir les lois seront promulguées dans la forme 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'État.*

Fait à... »

Cette formule n'indique point à quelle date la loi promulguée a été définitivement adoptée par celle des deux assemblées législatives à laquelle elle a été soumise en dernier lieu. Aussi l'usage s'est-il introduit de désigner les lois votées sous le régime actuel par la date du décret de promul-

gation. C'est un tort. Le Président de la République n'ayant pas le droit de sanction, les lois existent au moment du dernier vote législatif. La date de ce vote devrait donc être indiquée dans la promulgation et c'est par cette date que les lois devraient régulièrement être désignées (1).

Le *délai* dans lequel la promulgation doit avoir lieu est déterminé en ces termes par l'art. 7, al. 1 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Le Président de la République doit promulguer 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. »

Les décrets émanant du chef de l'État lui-même, il ne saurait être question pour eux de promulgation, mais seulement de publication.

24. La *publication* est l'ensemble des mesures destinées à porter à la connaissance des citoyens la loi promulguée. Exécutoire en théorie une fois qu'elle a été promulguée, la loi n'est susceptible d'être effectivement exécutée, elle ne devient *obligatoire* pour les citoyens qu'après la publication, un ordre d'exécution ne pouvant lier ceux auxquels il s'adresse qu'autant qu'il est connu d'eux.

La publication s'est opérée d'une façon différente suivant les époques (2).

25. Avant la Révolution elle consistait dans la lecture de la loi, c'est-à-dire de l'ordonnance royale, en audience publique des parlements, bailliages ou sénéchaussées. L'Assemblée constituante voulant rendre la publicité plus effective décida que le texte de la loi promulguée serait adressé non seulement aux tribunaux, mais aux corps administratifs et aux municipalités et qu'après avoir été transcrit par ces autorités sur un registre spécial, il serait porté à la connaissance des citoyens par proclamations publiques et par affiches. « La transcription sur les registres, lecture, publication et affiches, disait la loi du 9 novembre 1789, seront faites sans délai, aussitôt que les lois seront parvenues aux tribunaux, corps administratifs et municipalités ; et elles seront mises à exécution dans le ressort de chaque tribunal du jour où ces formalités y auront été remplies. »

D'après la loi du 14 frimaire an II, la publication dut être faite dans chaque commune à son de trompe ou de tambour. A cet effet le *Bulletin des lois*, institué par la loi du 12 frimaire an II, était adressé aux municipalités auxquelles il était enjoint d'en faire donner lecture publique dans les vingt-quatre heures de sa réception. Les lois insérées dans chaque

1) Ducrocq, *De la formule actuelle de promulgation des lois* (Revue générale du droit), 1877.

2) Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur les différents modes de publication des lois depuis les Romains jusqu'à nos jours*. Paris, 1809.

numéro du *Bulletin* étaient obligatoires dans chaque commune aussitôt après cette lecture (1).

Ce mode de publication présentait un inconvénient. La mise en vigueur de la loi pouvait être retardée dans certaines communes par la négligence ou le mauvais vouloir des municipalités. Afin de remédier à cette situation, la loi du 12 vendémiaire an IV disposa que la publication de la loi résulterait désormais de la distribution au chef-lieu de chaque département du numéro du *Bulletin* qui la contenait. Le jour de la distribution devait être constaté sur un registre par les soins de l'administration départementale. La loi était obligatoire le lendemain dans toute l'étendue du département. A la publication effective prescrite par la législation antérieure, la loi du 12 vendémiaire an IV substituait donc une publication simplement présumée. Mais la présomption admise par elle ne reposait sur aucun fondement sérieux, l'arrivée du *Bulletin des lois* au chef-lieu de département

1) Depuis sa création par la loi du 12 frimaire an II, le *Bulletin des lois* n'a jamais cessé d'exister. Il forme la collection officielle des lois et des actes du gouvernement français à partir du 22 prairial an II. C'est un recueil périodique, paraissant par cahiers ou fascicules, mais dont la périodicité est irrégulière. — Le *Bulletin des lois* est divisé en séries dont chacune correspond à une forme de gouvernement ou à un règne. Il comprend, jusqu'à présent, douze séries :

La 1 ^{re} série	correspond	à la Convention ;
La 2 ^e	— —	au Directoire ;
La 3 ^e	— —	au Consulat ;
La 4 ^e	— —	au premier Empire ;
La 5 ^e	— —	à la première Restauration ;
La 6 ^e	— —	aux Cents-Jours ;
La 7 ^e	— —	à la deuxième Restauration ;
La 8 ^e	— —	au règne de Charles X ;
La 9 ^e	— —	à la monarchie de Juillet ;
La 10 ^e	— —	à la deuxième République ;
La 11 ^e	— —	au second Empire ;
La 12 ^e	— —	à la troisième République.

A partir de la 9^e série, c'est-à-dire depuis 1830, chaque série est divisée en deux parties, l'une principale, l'autre supplémentaire. La première renferma d'abord seulement les lois proprement dites et la seconde les ordonnances royales. Mais, en 1835, ce classement, reconnu défectueux, fut abandonné. Depuis cette époque, la partie principale reçoit les lois et autres actes d'intérêt général, et la partie supplémentaire les lois ou autres actes qui ne présentent qu'un caractère individuel ou local.

Chaque document inséré au *Bulletin des lois* porte un numéro d'ordre ; mais l'insertion n'a point lieu suivant l'ordre chronologique, ce qui rend les recherches très difficiles.

et sa distribution à un petit nombre d'abonnés demeurant ignorées de la masse des citoyens.

26. Les auteurs du code civil se contentèrent, eux aussi, d'une publication présumée; mais ils l'organisèrent d'une façon différente. Aux termes de l'art. 1^{er}, « *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.* »

Ainsi, d'après le code civil, la loi devient obligatoire par cela seul qu'il s'est écoulé un certain délai, variable suivant les distances, depuis la promulgation et sans qu'aucun acte effectif de publication ait révélé cette promulgation. L'insertion de la loi au *Bulletin des lois*, insertion qui peut avoir lieu à une époque quelconque, est désormais sans influence aucune sur sa force obligatoire, laquelle résulte uniquement de l'expiration du délai fixé par le code. Pendant ce délai la nouvelle de la promulgation est réputée se répandre de proche en proche de manière à parvenir à la connaissance de tous les citoyens. Suivant l'expression de Portalis, la publication a donc alors pour objet bien moins de faire connaître la loi que de fixer une époque où elle sera censée connue.

Le délai de la publication est d'un seul jour *dans le département de la résidence royale*. La première édition du code portait : *dans le département où siège le Gouvernement*. Ces deux formules employées comme synonymes désignent non une simple résidence de fait, mais la résidence légale, le siège du gouvernement tel qu'il est déterminé par la constitution. Pour les autres départements le délai est augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation a été faite (lisez : *la ville où siège le gouvernement*) et le chef-lieu du département.

Le jour ou les jours qui constituent le délai légal de publication sont des jours francs et pleins, de minuit à minuit. Une loi promulguée à Paris le 1^{er} décembre est donc, d'après le système du code, obligatoire dans tout le département de la Seine le 3 décembre à partir de minuit et, dans les autres départements, le 4, le 5 ou le 6 décembre, suivant que le chef-lieu de ces départements est éloigné de la capitale de 10, 20 ou 30 myriamètres.

Un arrêté consulaire du 25 thermidor an XI, pour faciliter l'application de l'art. 1^{er} du code civil, a déterminé d'une manière officielle la distance de Paris aux différents chefs-lieux de département. Le tableau annexé à cet arrêté a été rectifié et complété pour Ajaccio, Montauban et La Rochelle

par les ordonnances des 7 juillet 1824, 1^{er} novembre 1826 et 12 juin 1834, et pour Annecy, Chambéry et Nice par le décret du 14 août 1860.

27. Le code ne dit pas si l'on doit tenir compte pour calculer le délai de la publication des fractions de myriamètres. De là des dissidences.

Une première opinion, appliquant ici la maxime *Major pars trahit ad se minorem*, estime qu'une fraction de dix myriamètres doit entraîner une augmentation d'un jour, lorsqu'elle dépasse cinq myriamètres, et qu'on doit au contraire en faire abstraction lorsqu'elle est inférieure à ce chiffre. Bien qu'elle soit très rationnelle, cette opinion n'est pas admissible parce qu'elle est purement arbitraire et n'a aucune base dans le texte de la loi.

Suivant une seconde opinion, on doit toujours tenir compte des fractions de dix myriamètres, quelque minimes qu'elles soient, et par suite augmenter le délai d'un jour pour neuf ou pour un myriamètres comme pour dix, de deux jours pour dix-neuf ou pour onze myriamètres comme pour vingt, etc. En effet, dit-on, l'art. 1^{er} présume que dix myriamètres sont le maximum de distance que la loi peut parcourir en un jour. Il y a donc lieu de prolonger le délai, dès lors que la distance est plus considérable. L'art. 1^{er} présente d'ailleurs le département dans lequel la promulgation est faite comme le seul dans lequel le délai n'est que d'un jour. Or, si on ne tenait pas compte des fractions de dix myriamètres, le délai ne serait également que d'un jour dans les départements les plus rapprochés de Paris (1).

Après avoir adopté cette opinion dans deux arrêts du 16 avril 1831 et du 16 mars 1851, la Cour de cassation l'a abandonnée depuis pour se rallier à un troisième système d'après lequel les fractions de dix myriamètres ne doivent pas entrer en ligne de compte. Ce troisième système se fonde d'abord sur le texte de l'art. 1^{er}. Le délai doit, d'après cet article, être augmenté *d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres* entre la ville où la promulgation a été faite et le chef-lieu de chaque département. Or dans 22, 25 ou 29 myriamètres, par exemple, il n'y a pas trois fois dix myriamètres. Donc le délai ne doit pas être augmenté de trois jours, mais seulement de deux. On invoque d'autre part le sénatus consulte du 15 brumaire an XIII et l'ordonnance du 7 juillet 1824 qui ont appliqué cette interprétation, le premier au département des Forêts et la seconde à la Corse (2).

1) Demolombe, t. I, n° 27. Comp. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 100.

2) Aubry et Rau, § 26, texte et note 5; Durantou, t. I, n° 46; Demante, t. I, n° 4 bis; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 16; Marcadé, sur l'art. 1; Vallette sur Proudhon, t. I, p. 18; Beudant, n° 90; Cour de cassation, 27 juin 1854; Dalloz, année 1855, 1^{re} partie, page 261; Sirey, 1855, 1^{re} partie, p. 497; — 9 avril 1856, D., 53, 1, 187, S., 56, 1, 808.

Par suite du décret du 5 novembre 1870, qui régit actuellement la promulgation des lois, l'intérêt pratique de la question a presque entièrement disparu.

28. L'art. 1^{er} du code civil n'ayant point parlé des décrets, un avis du Conseil d'État du 25 prairial an XIII fit cesser les incertitudes auxquelles ce silence avait donné lieu. Aux termes de cet avis, les décrets insérés textuellement au *Bulletin des lois* devenaient obligatoires dans chaque département du jour où le numéro du *Bulletin* qui les contenait avait été distribué au chef-lieu, conformément à la loi du 12 vendémiaire an IV. Quant à ceux qui n'étaient pas insérés au *Bulletin des lois*, ou qui n'y étaient mentionnés que par leur titre, ils ne devenaient obligatoires que du jour où ils avaient été portés, par une notification, à la connaissance des personnes qu'ils concernaient.

29. Le mode de publication établi par le code civil laissait beaucoup à désirer. Il est sans doute très rationnel de faire de l'accomplissement d'un délai un des éléments constitutifs de la publication ; mais il est absolument illogique de faire consister toute la publication dans un délai. La promulgation résultant, au moment de la rédaction du code civil, du seul fait de l'apposition de la signature du chef de l'État au bas de la formule attestant l'existence de la loi et ordonnant son exécution, ce fait, secret par lui-même, ne recevait évidemment de l'expiration d'un délai aucune publicité. Pour défendre le système admis par le code, on disait que les lois devant, d'après la constitution du 22 frimaire an VIII, alors en vigueur, être promulguées le dixième jour après celui où elles avaient été votées par le Corps législatif, il était facile aux citoyens qui apprenaient par les feuilles publiques l'adoption d'une loi de déterminer d'avance le jour où elle serait promulguée, et par conséquent le jour où elle deviendrait obligatoire. On oubliait en raisonnant ainsi « que c'est la promulgation qui doit faire connaître le vote de la loi et non le vote de la loi qui doit faire connaître la promulgation... Si la loi est réputée connue avant d'être promulguée, à quoi bon la promulgation ? Ce n'est plus qu'une formalité sans but et sans utilité. Si on maintient la promulgation, c'est-à-dire l'attestation solennelle de l'existence de la loi, c'est que la loi est réputée, jusque-là, ignorée du public, que les citoyens ne peuvent suivre la procédure législative et que la volonté du législateur n'est pas, malgré le vote, suffisamment extérieure et certaine. Dès lors comment une loi inconnue peut-elle annoncer et montrer au public une promulgation mystérieuse » ? (1)

30. Défectueux sous l'empire de la constitution de l'an VIII, le mode de publication établi par le code devint tout à fait impraticable après que

1) De Vareilles-Sommières, *De la promulgation et de la publication des lois* (Revue de Lille, nos d'avril, mai et juin, 1893).

la charte de 1814 eut exigé la sanction royale pour la perfection de la loi, sans imposer au Roi l'obligation de promulguer à jour fixe les lois revêtues de sa sanction. Le point de départ du délai fixé par l'art. 1^{er} étant forcément inconnu, il pouvait arriver que ce délai expirât avant même que l'on sût qu'il avait commencé à courir. Il était donc indispensable de modifier le système du code. C'est ce que fit l'ordonnance du 27 novembre 1816 ainsi conçue :

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

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

« Art. 3. — Les lois et ordonnances seront exécutoires, dans chacun des autres départements du Royaume, après l'expiration du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département, suivant le tableau annexé à l'arrêté du 25 thermidor an XI.

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

D'après cette ordonnance, le délai fixé par l'art. 1^{er} du code civil a pour point de départ non plus la simple apposition de la signature du chef de l'État au bas de la formule de promulgation, fait secret, ignoré du public, mais l'insertion de la loi, encadrée de la formule de promulgation, dans le *Bulletin des lois*, fait sensible, pouvant être connu des citoyens. Le vice principal que présentait le système du code se trouvait par là même corrigé.

31. L'ordonnance du 27 novembre 1816 était cependant critiquable à un double point de vue. Faire courir le délai de la publication du jour de la réception du *Bulletin des lois* au ministère de la justice, c'était lui donner comme point de départ une date qui n'était pas connue du public d'une façon précise. Depuis le mois d'avril 1818, on remédia en partie à cet inconvénient, en indiquant au bas de chaque numéro du *Bulletin* le jour de son arrivée au ministère. — D'un autre côté, l'ordonnance était allée trop loin en disposant que, dans le cas où le gouvernement jugerait à propos de hâter l'exécution des lois et ordonnances, celles-ci seraient exécutoires (lisez *obligatoires*) du jour où elles seraient parvenues au préfet, lequel devrait en constater la réception sur un registre. Outre que cette disposition dérogeait à l'art. 1^{er} du code civil et par conséquent empiétait sur le domaine du pouvoir législatif, qui seul peut modifier la loi, il était manifestement excessif

de considérer une loi et surtout une simple ordonnance comme connue dans toute l'étendue d'un département par cela seul que son texte était parvenu au préfet. Une nouvelle ordonnance du 18 janvier 1817 vint corriger sur ce dernier point l'art. 4 de l'ordonnance du 27 novembre 1816 en prescrivant aux préfets de prendre immédiatement un arrêté ordonnant l'impression et l'affichage de la loi ou de l'ordonnance.

On a adressé une autre critique à l'ordonnance de 1816. Aux termes de son art. 1^{er}, la *promulgation* des lois résulte de leur insertion au Bulletin officiel. Cette formule n'est pas exacte, a-t-on dit. L'insertion au *Bulletin des lois* ne constitue pas la promulgation. Elle est un acte de divulgation de la loi et appartient par conséquent à la publication et non à la promulgation, laquelle consiste uniquement dans l'apposition de la signature du chef de l'État au bas de la formule attestant l'existence de la loi et ordonnant son exécution (1). Nous ne saurions pour notre part nous associer à cette critique et nous ne voyons aucune bonne raison pour rattacher l'insertion au *Bulletin des lois* à la publication plutôt qu'à la promulgation. Lorsque la constitution ou une loi spéciale ne fixe pas la forme de la promulgation, c'est au chef du pouvoir exécutif qu'il appartient de la déterminer. Or rien ne s'oppose à ce qu'il la fasse consister dans l'insertion de la loi, revêtue de la formule d'exécution et de sa signature, dans un recueil officiel, ou tout au moins qu'il ne la considère comme complètement et définitivement opérée que par cette insertion. La promulgation ainsi faite donne sans doute par elle-même à la loi une certaine publicité; mais la seule conclusion à tirer de là est que la publication, au lieu de résulter exclusivement de l'expiration d'un délai à partir de la promulgation, se compose alors de deux éléments, le fait même de la promulgation et l'accomplissement d'un délai; il ne s'ensuit nullement que l'insertion au *Bulletin des lois* ne soit pas la promulgation même, ou, si l'on veut, une des formalités constitutives de la promulgation. Il nous est impossible de comprendre pourquoi la promulgation devrait consister uniquement dans l'apposition de la signature du chef de l'État au bas de la formule qui atteste l'existence de la loi et ordonne de l'exécuter.

32. Les dispositions législatives que nous venons d'analyser ont été profondément modifiées par un décret du 5 novembre 1870, actuellement en vigueur.

« Dorénavant, dit l'art. 1^{er} de ce décret, 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* (2). — Le *Bulletin des lois*

1) Aubry et Rau, § 26, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 101; De Vareilles-Sommières, *loc. cit.*

2) Le *Journal Officiel* existait longtemps avant le décret du 5 novembre 1870. Il portait d'abord le titre de *Moniteur*. Fondé en 1789, le *Moniteur* devint une

continuera à être publié et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal Officiel* en opérera promulgation » (1).

L'art. 2 ajoute : « Les lois et 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. »

Il existe donc aujourd'hui deux modes différents de promulgation et par voie de conséquence deux modes de publication des lois : l'insertion au *Journal Officiel* et l'insertion au *Bulletin des lois*. Le délai après lequel la loi est réputée connue diffère suivant que la promulgation a eu lieu par le *Journal Officiel* ou par le *Bulletin*. Dans le premier cas, la loi est obligatoire, dans le lieu où siège le gouvernement, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans chaque arrondissement, un jour franc après que le numéro du *Journal Officiel* dans lequel l'insertion a été faite est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Dans le second cas, il n'y a pas d'innovation ; la loi reste, quant à sa force obligatoire, régie par l'art. 1^{er} du code civil et l'ordonnance du 27 novembre 1816. La publication ne s'opère donc point par arrondissement comme celle qui a lieu par la voie du *Journal Officiel*, mais par département. Elle s'empare en même temps d'un département tout entier, au lieu de s'emparer seulement d'un arrondissement.

En fait, toutes les lois sont aujourd'hui insérées à la fois au *Journal Officiel* et au *Bulletin des lois*. Aussitôt qu'une des publications est complète pour un département ou pour un arrondissement, la loi y est obligatoire et l'autre mode de publication n'a plus aucun effet à produire.

Afin d'assurer aux actes législatifs une publicité plus complète, le décret du 5 novembre 1870 dispose, dans son art. 3, que les préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour les faire imprimer et afficher partout

gazette officielle le 7 nivôse an VIII et conserva ce caractère jusqu'au 31 décembre 1868. Son titre actuel date du 1^{er} janvier 1869. Il a sur le *Bulletin des lois* l'avantage d'être quotidien et d'être tenu beaucoup plus régulièrement au point de vue chronologique. Les communes chefs-lieux de département, d'arrondissement ou de canton sont tenues de s'y abonner ainsi qu'au *Bulletin des lois*. Cet abonnement était également obligatoire, depuis 1837, pour les autres communes ; mais un décret du 12 février 1852 a créé, pour les communes rurales, un recueil spécial et moins dispendieux, le *Moniteur des communes*, aujourd'hui *Bulletin des communes*, dans lequel sont insérés les actes législatifs les plus importants. Chaque commune reçoit deux exemplaires de ce Bulletin, dont l'un doit être affiché et l'autre déposé aux archives de la commune.

1) Ce second alinéa ne figurait pas dans le texte primitif du décret. Il y fut ajouté quelques jours plus tard sous la forme d'un *erratum* inséré au *Journal Officiel* du 9 novembre 1870.

où besoin sera. Mais cette formalité ne constitue pas un élément essentiel de la publication légale, et son omission est sans influence sur l'effet obligatoire de la loi.

Comme l'ordonnance du 27 novembre 1816, le décret du 5 novembre 1870 s'applique aux décrets aussi bien qu'aux lois. Les décrets peuvent donc, comme les lois, être publiés soit par la voie du *Journal Officiel*, soit par la voie du *Bulletin des lois* et, dans ce dernier cas, ils demeurent régis par l'ordonnance de 1816. Le gouvernement peut, en cas d'urgence, ordonner l'exécution immédiate d'un décret, avant l'expiration du délai normal de publication. C'est surtout en pareil cas que la publicité spéciale prescrite par l'art. 3 présentera son utilité. Le gouvernement jouit-il également du droit d'ordonner l'exécution immédiate d'une loi? Nous ne le pensons pas. A la différence des ordonnances de 1816 et de 1817, le décret de 1870 ne parle en effet que des décrets et comme il s'agit d'une exception au droit commun, on ne saurait l'étendre au delà de ses termes. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que, sous l'empire de la Charte de 1814, le roi participait à la confection des lois par la sanction et que cette prérogative n'appartient pas aujourd'hui au chef l'État. Il n'y a donc pas lieu de raisonner par analogie (1).

33. Il résulte des règles qui viennent d'être exposées que les lois et décrets ne deviennent pas obligatoires au même moment dans la France entière. Afin de déterminer la date de leur entrée en vigueur, il faut faire une opération particulière pour chaque localité : pour chaque département, dans les cas où l'art. 1^{er} du code civil demeure applicable et pour chaque arrondissement dans les cas où s'applique le décret du 5 novembre 1870. Toute modification apportée aux lois existantes a ainsi pour résultat de briser momentanément l'unité de législation, certaines contrées se trouvant déjà soumises à la loi nouvelle, alors que les autres sont encore régies par la loi ancienne. Le seul système rationnel et pratique consisterait à déclarer la loi obligatoire à une date unique dans toute l'étendue du pays, après l'expiration d'un délai uniforme à partir de la promulgation.

34. Une fois que les délais de publication sont expirés, la loi est applicable à tous ceux qu'elle doit régir, alors même qu'en fait ils n'en auraient pas eu connaissance. *Nemo legem ignorare censetur*. Il n'y aurait pas de gouvernement possible s'il fallait discuter avec chaque citoyen la question de savoir s'il a ou non connu la loi. Par exception, les citoyens sont admis à exciper de leur ignorance de la loi dans les cas suivants :

1° Quand un événement de force majeure, comme une invasion ou une inondation, a intercepté les communications entre une localité et le reste du pays. Cette exception, commandée par l'équité et le bon sens, résulte également des termes de l'art. 1^{er} du code civil : « *Les lois seront exécutées*

1) Aubry et Rau, § 26, texte et note 14 *ter*.

du jour où la promulgation en pourra être connue. » Si donc il a été impossible de connaître la promulgation, la loi n'est pas obligatoire. Elle ne le deviendra qu'après le rétablissement des communications.

2° Aux termes de l'art. 4 du décret du 5 novembre 1870, « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation ». On a fait remarquer avec raison que la faveur concédée par cette disposition se réduit en réalité à fort peu de chose. Les trois jours de tolérance qu'elle accorde courent en effet à partir de la promulgation, c'est-à-dire à partir de l'insertion au *Journal Officiel* ou au *Bulletin des lois*. Ils ont par conséquent le même point de départ que le délai de publication pendant lequel la loi n'est obligatoire pour personne, et ce délai doit en être retranché. Les trois jours se trouvent ainsi réduits à deux à Paris, à un seul dans les arrondissements au chef-lieu desquels l'*Officiel* arrive en vingt-quatre heures et à rien dans les arrondissements où il n'arrive qu'en quarante-huit heures. En supposant une loi promulguée par la voie du *Bulletin*, la faveur est nulle pour tous les départements dont le chef-lieu est à plus de vingt myriamètres de Paris, c'est-à-dire pour la majeure partie de la France. Pour que la concession valût la peine d'être faite et qu'elle profitât également à tout le monde, il aurait fallu faire courir les trois jours non de la promulgation, mais de l'expiration du délai de la publication.

3° Une personne est admise en principe à établir son ignorance de la loi lorsqu'il s'agit d'une disposition légale ayant pour objet de protéger ceux qui n'ont agi que par erreur ou de favoriser ceux qui ont agi de bonne foi (art. 201, 549, 1110, 1377, 2265) (1).

35. Il arrive quelquefois que le législateur renvoie la mise à exécution d'une loi à une époque postérieure à celle de l'expiration du délai de publication, en fixant lui-même le moment précis à partir duquel cette loi sera obligatoire. Ainsi l'art. 10 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, portait que cette loi ne serait mise en vigueur qu'à partir du 1^{er} janvier 1856. La loi du 11 janvier 1892, relative à l'établissement du tarif général des douanes (art. 18), contient une disposition analogue. En rendant une loi obligatoire au même moment dans la France entière, ce mode de procéder évite les inconvénients inhérents au système de l'art. 1 du code civil et du décret du 5 novembre 1870. Parfois aussi la loi suspend sa propre exécution jusqu'à la survenance d'un fait dont la date est incertaine. Ainsi les lois dont l'exécution est subordonnée à la confection d'un règlement d'administration publique ne sont point obligatoires tant que le décret réglementaire nécessaire à leur mise à exécution n'a pas été rendu.

1) Aubry et Rau, § 28, texte et note 5.

36. Le mode de publication admis par le code civil et par les actes législatifs postérieurs n'est applicable que dans les limites du territoire français. Et cependant, parmi les lois françaises, il en est qui étendent leur empire au delà des frontières, en ce sens que les Français y sont soumis alors même qu'ils se trouvent en pays étranger (art. 3). A quel moment ces lois deviennent-elles obligatoires pour les Français résidant à l'étranger? En l'absence de toute disposition légale qui détermine ce moment, il n'y a d'autre solution possible que de laisser aux tribunaux le soin de décider, d'après les circonstances, si une loi a pu être connue de ceux qu'elle doit régir. En un mot, la question est toute de fait. Au nombre des circonstances dont les tribunaux auront à tenir compte pour la résoudre, on peut citer notamment l'époque plus ou moins éloignée à laquelle le Français a quitté son pays, son âge, son degré d'instruction, la distance à laquelle il se trouve, la rapidité des communications postales entre la France et le pays qu'il habite, les relations personnelles qu'il a pu conserver avec la France, etc. (1).

37. Les colonies, y compris l'Algérie, sont, au point de vue de la promulgation et de la publication des lois, soumises à des règles particulières dans le détail desquelles le caractère élémentaire de cet ouvrage ne nous permet pas d'entrer (2).

38. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des lois et décrets. Il nous reste à dire un mot des *arrêtés* ou règlements locaux faits par certains agents administratifs, les préfets et les maires. Pour ces règlements, comme pour les décrets, il ne peut être question de promulgation, mais seulement de publication. Cette publication ne s'opère point par voie d'insertion dans une feuille officielle. Les arrêtés des préfets sont ordinairement publiés par voie d'affiches. Ils sont réputés connus et par suite obligatoires, d'après la jurisprudence, le lendemain de leur affichage. Ceux des maires sont régis par les articles 95 et 96 de la loi municipale du 5 avril 1884. Il résulte de ces articles que les arrêtés individuels sont obligatoires dès qu'ils ont été notifiés aux intéressés. Les autres arrêtés sont obligatoires le lendemain de l'affichage, lorsqu'ils sont temporaires, et, s'ils sont permanents, un mois seulement après leur transmission au préfet ou au sous-préfet, sauf au préfet à en ordonner l'exécution immédiate en cas d'urgence.

1) De Folleville, *De la promulgation et de l'application des lois et des décrets*, n° 9; Cour de cass., 22 juin 1891, D., 91, 1, 353, S., 91, 1, 289.

2) Voyez, pour l'Algérie, les ordonnances du 1^{er} septembre 1834 et du 16 avril 1845 et le décret du 27 octobre 1858; pour les autres colonies, le décret du 15 janvier 1853, le sénatus-consulte du 3 mai 1854 et le décret du 12 décembre 1874.

SECTION II

DE L'ABROGATION DES LOIS

39. Les lois promulguées et publiées conservent leur autorité tant qu'elles n'ont pas été détruites par une autre loi. C'est au législateur seul qu'il appartient d'anéantir son œuvre. La destruction d'une loi par une loi nouvelle se nomme *abrogation*.

L'abrogation est *expresse* ou *tacite*. Expresse, quand la loi nouvelle contient la déclaration formelle qu'elle abroge en tout ou en partie la loi ancienne. Tacite, quand les dispositions de la loi nouvelle sont incompatibles avec celles de la loi ancienne. La formule suivante qui se rencontre fréquemment à la fin des lois : « Les lois antérieures sont abrogées dans toutes celles de leurs dispositions qui sont contraires à la présente loi », ne fait autre chose que consacrer le principe de l'abrogation tacite.

L'abrogation a lieu dans la mesure de l'incompatibilité existant entre les deux lois. Si donc la contrariété porte seulement sur une disposition de la loi ancienne, l'abrogation n'atteint que cette disposition et celles qui en sont des corollaires et des développements. Mais si elle porte sur le principe même qui servait de base à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à cette loi tout entière.

L'abrogation tacite supposant une incompatibilité absolue entre deux lois de date différente ne saurait en principe, et sauf manifestation d'une volonté contraire du législateur, résulter, quant aux lois qui règlent une matière spéciale, de la promulgation d'une loi générale postérieure; une exception pouvant subsister bien que la règle soit modifiée. *Legi speciali per generalem non derogatur*.

Il était admis dans notre ancien droit que la loi pouvait être abrogée par un usage contraire ou tomber en désuétude par le non usage. Cette solution qui se comprenait à une époque où la loi était l'expression de la volonté du chef de l'État et où, d'autre part, l'usage avait lui-même force législative, est inadmissible aujourd'hui, sous un régime politique qui établit la division des pouvoirs et soumet l'exercice de la puissance législative à des conditions et à des formes spéciales (1).

De même la loi ne perd pas sa force obligatoire par suite de la cessation de l'état de choses en vue duquel elle a été faite. C'est en effet de la volonté du législateur et non des motifs qui l'ont inspirée que la loi tire sa force obliga-

1) Demolombe, t. I, nos 35 et 130; Aubry et Rau, § 29; Huc, t. I, nos 49 et 50; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 123. — *Contra*, Demante, t. I, n° 20; Duranton, t. I, nos 107 et 108; Beudant, n° 105.

toire. Bien que les motifs primitifs aient disparu, il peut d'ailleurs être nécessaire de la maintenir par des motifs nouveaux.

Comme les lois, les règlements généraux ou locaux cessent d'exister par l'abrogation dont ils sont l'objet de la part de l'autorité dont ils émanent. Mais l'abrogation n'est plus la seule cause qui les dépouille de leur force obligatoire. Il faut y joindre l'*annulation* prononcée par l'autorité supérieure pour inopportunité, incompétence, excès de pouvoir, etc.

CHAPITRE II

DES EFFETS DES LOIS

40. Les effets des lois sont envisagés ici :

1° Quant au temps qu'elles régissent (art. 2);

2° Quant aux personnes et aux choses sur lesquelles leur autorité s'exerce (art. 3).

Avec l'art. 2, nous assisterons au conflit de deux lois françaises de date différente relatives au même objet; avec l'art. 3, au conflit de la loi française et de la loi étrangère.

SECTION I

DES EFFETS DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT (1).

41. « *La loi ne dispose que pour l'avenir, dit l'art. 2; elle n'a point d'effet rétroactif.* »

Cette règle se justifie d'elle-même. La rétroactivité des lois serait *illogique*, car la loi étant une règle de conduite, ne saurait raisonnablement s'appliquer qu'à l'avenir et non au passé; elle serait *injuste* pour les citoyens exposés à se voir dépouillés, par un changement de législation, des droits dont ils étaient légitimement investis; enfin elle serait *contraire à l'intérêt social*, la société ne pouvant prospérer si elle ne donne pleine et entière sécurité aux droits individuels.

42. Le principe de la non-rétroactivité des lois était inscrit dans nos premières constitutions et s'imposait par conséquent au législateur lui-même. La constitution des 3-14 septembre 1791 (Déclar. des droits, art. 8) et celle du 24 juin 1793 (Déclar. des droits, art. 14), l'avaient formulé expressément

1) Mailher de Chassat, *Traité de la rétroactivité des lois*; Kalindero, *De la non-rétroactivité des lois*; Duvergier, *De l'effet rétroactif des lois* (Revue de droit français et étranger, 1845); Jouselin, *Effet rétroactif et droits acquis* (Revue critique, 1852); de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la non-rétroactivité des lois* (Revue critique, 1893).

en matière pénale. La Convention nationale ayant fait de nombreuses lois rétroactives en matière civile, la constitution du 5 fructidor an III, en vue de prévenir le retour de cet abus, prohiba d'une façon absolue toute rétroactivité des lois, tant en matière civile qu'en matière pénale : « Aucune loi, ni criminelle ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif. » (Déclar. des droits, art. 14). Mais, depuis lors, aucune de nos constitutions n'a reproduit cette prohibition. La règle de la non-rétroactivité des lois n'est donc plus aujourd'hui un principe constitutionnel. L'art. 2 du code civil est une disposition législative ordinaire, s'adressant non au législateur mais aux juges. En statuant sur les contestations qui leur sont soumises les magistrats ne doivent pas appliquer la loi d'une façon rétroactive, mais le législateur reste le maître d'attacher un effet rétroactif aux lois qu'il fait. Des considérations d'ordre supérieur et général peuvent exceptionnellement exiger qu'une loi rétroagisse. Il convient dès lors que le législateur conserve sa liberté d'action, sauf à lui à n'user de son pouvoir qu'avec une extrême circonspection et avec tous les ménagements commandés par l'équité.

43. Simple et évident en lui-même, le principe de la non-rétroactivité des lois présente dans l'application les plus sérieuses difficultés.

Il est incontestable que les faits entièrement accomplis lors de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle et qui, à ce moment, ont produit tous les effets dont ils sont susceptibles échappent complètement à l'empire de cette loi et demeurent régis par la loi antérieure.

Il est également certain que les faits non encore commencés au moment où une loi devient obligatoire sont soumis d'une façon absolue à son application, sans que la loi précédente ait rien à y voir.

Mais la limite entre le passé et l'avenir n'est pas toujours aussi tranchée. Un fait qui a commencé sous l'empire d'une première loi, se continue ou produit des conséquences sous l'empire d'une loi nouvelle; par quelle loi ces conséquences seront-elles régies? Sera-ce par la loi ancienne ou par la loi nouvelle?

Le législateur prend soin quelquefois de résoudre lui-même la question en déterminant, par des dispositions spéciales, appelées *dispositions transitoires*, l'influence de la loi nouvelle sur les conséquences des faits antérieurs. A défaut de semblables dispositions traçant au juge la voie à suivre, voici, d'après l'opinion généralement admise, le principe dont il doit s'inspirer. Toute loi nouvelle constituant nécessairement, aux yeux de son auteur, une amélioration, un progrès sur l'état de choses existant auparavant, l'intérêt social, tel qu'il est compris par le législateur, demande qu'elle remplace la loi ancienne le plus tôt possible et le plus complètement possible. Elle doit par suite être appliquée même aux situations antérieurement établies toutes les fois que cette application peut se faire sans nuire à personne, et même lorsqu'il en résulte un dommage pour quelqu'un, si ce dommage consiste

dans la lésion d'un simple intérêt, d'une expectative née sous l'empire de la loi ancienne. Dans ce conflit de deux intérêts opposés, l'intérêt général doit en effet l'emporter sur l'intérêt privé. Il y a lieu, au contraire, d'écarter l'application de la loi nouvelle, toutes les fois que cette application aurait pour résultat de porter atteinte non à un simple intérêt, mais à un véritable droit né sous l'empire de la loi ancienne.

Dire que la loi n'a point d'effet rétroactif, c'est donc dire que les droits déjà acquis lors de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle demeurent en dehors de son domaine; à tous autres égards, cette loi est seule applicable désormais (1). Les droits acquis, sur lesquels la loi nouvelle reste sans influence, à moins que le législateur n'ait manifesté clairement une volonté contraire, sont les avantages dont une personne est d'ores et déjà investie et appropriée au moment du changement de législation. Les simples expectatives sont les avantages attendus, sur lesquels une personne est fondée à compter d'après l'état de la législation, mais qui ne sont pas encore obtenus et réalisés.

Le principe étant posé, faisons-en l'application aux matières les plus importantes du droit civil.

1° *Lois relatives à l'état des personnes.*

44. L'état d'une personne est sa situation légale dans la société, situation qui varie suivant qu'elle est Française ou étrangère, du sexe masculin ou du sexe féminin, enfant légitime ou enfant naturel, mariée ou non mariée, etc. Les diverses qualités dont l'ensemble constitue l'état d'une personne, soit qu'elles résultent d'un fait pur et simple, soit qu'elles exigent un acte juridique soumis par la loi à certaines conditions, forment des droits acquis, dès le moment de la réalisation de ce fait, ou de l'accomplissement de cet acte, avec toutes les conditions requises par la législation existante. L'accomplissement partiel de ces conditions ne confère qu'une simple expectative pouvant être enlevée par une loi nouvelle.

De là découlent notamment les conséquences suivantes :

1° Les étrangers devenus Français par la naturalisation ne seraient pas dépouillés de cette qualité par une loi nouvelle qui soumettrait la naturalisation à des conditions plus rigoureuses que celles qui étaient exigées auparavant. Mais ceux qui, au moment de la mise en vigueur de cette loi, n'auraient pas encore rempli toutes les conditions requises par la loi ancienne, ne pourraient obtenir la nationalité française qu'en se soumettant aux prescriptions de la loi nouvelle;

2° Les mariages valablement contractés subsistent avec tous leurs effets nonobstant la survenance d'une loi nouvelle établissant des empêchements

1) Beudant, n° 128.

qui, s'il avaient existé antérieurement, auraient formé obstacle à leur validité (1).

3° Une loi modifiant les conditions de la reconnaissance des enfants naturels ou celles de l'adoption serait sans influence sur le sort des reconnaissances ou des adoptions valablement faites sous l'empire de la loi ancienne.

2° *Lois relatives à la capacité des personnes.*

45. A la différence de l'état, la capacité ne constitue jamais un droit acquis. Elle n'est autre chose que l'aptitude légale à accomplir valablement tel ou tel acte. L'usage de la capacité, la mise en œuvre de l'aptitude reconnue par la loi, peut donner naissance à des droits, mais la capacité en elle-même, l'aptitude non utilisée, n'est pas un droit. Une personne peut avoir intérêt à rester capable ou incapable; elle n'a pas un droit acquis à conserver cette situation. Les lois relatives à la capacité des personnes saisissent donc immédiatement tous les individus qui se trouvent dans la situation prévue par elles, soit qu'elles élargissent, soit qu'elles restreignent leur capacité telle qu'elle était réglée par la loi antérieure. La non-rétroactivité de ces lois consiste uniquement à respecter la capacité passée et les actes faits en vertu de cette capacité. Ainsi une loi qui reculerait à vingt-cinq ans l'âge de la majorité, fixé actuellement à vingt et un ans, ferait immédiatement retomber en minorité et rendrait par suite incapables, de capables qu'elles étaient, les personnes âgées de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq ans lors de sa mise en vigueur, mais elle laisserait subsister les actes régulièrement accomplis par ces personnes pendant leur majorité passagère. Réciproquement, une loi qui abaisserait à vingt ans l'âge de la majorité rendrait immédiatement majeures toutes les personnes âgées de plus de vingt ans; mais elle ne validerait point les actes faits par ces personnes depuis l'accomplissement de leur vingtième année, c'est-à-dire qu'elle ne les dépouillerait point du droit qui leur appartient d'en faire prononcer l'annulation. De même les lois modifiant la capacité de la femme mariée et la puissance maritale sont applicables aux personnes déjà mariées au moment où elles interviennent; mais les actes accomplis antérieurement par ces personnes demeurent régis par la loi ancienne. C'est ainsi notamment que la loi du 6 février 1893, qui confère aux femmes séparées de corps le plein exercice de la capacité civile, les a rendues capables pour l'avenir, mais n'a point validé les actes précédemment faits par elles sans l'autorisation maritale.

3° *Lois relatives aux biens.*

46. A. *Contrats.* Les contrats engendrent des droits aussitôt qu'ils sont formés. Qu'ils aient pour but de transférer la propriété ou un droit réel quel-

1) Chambéry, 7 février 1885, D., 85, 2, 241, S., 86, 2, 217.

conque, ou de créer des obligations à la charge des contractants ou de l'un d'eux, ce but est immédiatement atteint. Les contrats sont donc régis, quant aux *conditions de fond ou de forme* requises pour leur validité, par la loi en vigueur au moment où ils sont passés et ne doivent recevoir aucune atteinte d'une loi postérieure soumettant les contrats semblables à des conditions nouvelles. Ainsi, les renonciations à succession future, que notre ancien droit permettait dans les contrats de mariage, sont demeurées valables sous l'empire du code qui prohibe absolument ces renonciations (art. 791). De même la loi du 3 septembre 1807 qui limitait à 5 0/0 en matière civile et à 5 0/0 en matière commerciale le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent, laissé libre par le code civil, est demeurée sans application aux contrats antérieurs à sa mise en vigueur. Cette loi avait pris soin de le déclarer expressément (art. 5) ; mais elle aurait pu sans inconvénient se dispenser de le faire, la solution allant de soi. A l'inverse, la loi du 12 janvier 1886 qui admet la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale n'a point validé les conventions faites sous l'empire de la loi de 1807 et réputées usuraires d'après cette loi.

47. C'est également la loi en vigueur au moment où un contrat est formé qui régit les *effets* de ce contrat. Le législateur, lorsqu'il détermine les effets des divers contrats, se fonde sur l'intention présumée des parties contractantes. Afin de les dispenser de tout prévoir et de tout régler en détail, il se charge lui-même de ce soin, tout en leur laissant la faculté de déroger à ses dispositions si elles le jugent à propos. Les effets des contrats dépendent donc toujours de la volonté des contractants, lesquels sont réputés s'être référés à la loi, par cela même qu'ils n'y ont pas expressément dérogé. Or ils n'ont pu évidemment se référer qu'à la loi en vigueur au moment du contrat, et non à une loi qui n'existait pas encore. En leur appliquant une loi postérieure au contrat, on les dépouillerait donc de droits acquis, en substituant une convention nouvelle à celle qu'ils ont entendu faire.

Nous empruntons à la jurisprudence quelques applications de ce principe.

a. Quand des époux n'ont pas fait de contrat de mariage, la loi fixe elle-même le régime matrimonial auquel ils sont soumis. Ce régime, que les époux sont réputés avoir adopté, par cela même qu'ils ne l'ont pas exclu en se soumettant à un autre, constitue un véritable contrat de mariage tacite. Une loi postérieure qui le modifierait, ou le remplacerait par un autre, resterait donc sans application aux époux mariés avant sa mise en vigueur. Ainsi, sous l'empire du code, le régime de ceux qui n'ont pas fait de contrat de mariage est le régime de communauté. Ce régime est demeuré inapplicable aux époux qui s'étaient mariés sous l'empire d'une coutume admettant un régime différent (1).

1) Cour de cass., 27 janvier 1840, D., 40, 1, 105, S., 40, 1, 257.

b. Le douaire ou les gains de survie, que nos anciennes coutumes accordaient de plein droit à l'époux survivant dans le silence du contrat de mariage, ont pu être réclamés, sous l'empire du code, par les époux mariés avant sa publication, bien qu'il n'accorde plus d'avantages semblables au conjoint survivant (1).

c. Le code civil déclare inaliénables les immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal. Dans quelques pays de droit écrit, la femme avait au contraire le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles dotaux. Il a été jugé que les femmes mariées sous l'empire de cette législation avaient conservé, sous l'empire du code, le droit qui leur appartenait auparavant (2).

d. Les dispositions légales relatives à la distinction des biens sont inapplicables aux contrats faits sous l'empire d'une législation qui contenait à cet égard des règles différentes. La Cour de cassation a décidé en conséquence que lorsque des époux, mariés sous une coutume qui déclarait immeubles les rentes constituées, avaient, par leur contrat de mariage, attribué au survivant les meubles existants au moment de la dissolution du mariage, celui-ci n'était pas fondé à réclamer comme meuble une rente constituée, bien qu'elle eût été créée depuis la mobilisation des rentes de cette nature (3).

e. La loi du 28 mars 1885, sur les *marchés à terme*, n'a pas fait perdre à ceux qui, avant sa mise en vigueur, avaient fait de semblables marchés, l'exception de jeu que l'art. 1965 du code civil leur permettait d'invoquer pour se dispenser de payer les sommes dont ils étaient débiteurs (4).

48. La *résolution* ou la *révocation* des contrats dépend, comme leurs effets, de la volonté des parties contractantes. Elle doit donc être régie par la loi en vigueur lors de la formation du contrat, les parties étant réputées l'avoir stipulée dans les termes où cette loi l'établissait. De là les conséquences suivantes :

1° L'art. 1184, d'après lequel la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas son engagement, est demeuré étranger aux contrats passés à une époque où cette condition ne pouvait être invoquée qu'autant qu'elle avait été formellement stipulée (5);

2° L'art. 1912, qui autorise le créancier d'une rente perpétuelle à demander la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages pendant deux années, n'est pas applicable aux rentes constituées sous l'empire

1) Cour de cass., 12 février 1817, S., 18, 1, 66.

2) Dalloz, *Répertoire*, v° Lois, n° 260.

3) Cour de cass., 27 janvier 1840, D., 40, 1, 105, S., 40, 1, 257.

4) Cour de cass., 18 avril 1887, D., 87, 1, 153, S., 87, 1, 157; — 12 juillet 1888, D., 89, 1, 10, S., 91, 1, 71.

5) Cour de cass., 4 mars 1828, D. 28, 1, 161, S., 28, 1, 278.

de l'ancienne législation qui n'admettait point cette cause de résolution (1);

3° L'art. 1978, qui repousse au contraire la résolution du contrat de rente viagère à raison du seul défaut de paiement des arrérages, est inapplicable aux contrats de constitution passés avant le code civil, alors que la résolution était possible (2).

49. Les modes de preuve sont régis par la loi en vigueur au jour du contrat qu'il s'agit de prouver. Les preuves autorisées par cette loi demeureraient donc admissibles malgré leur suppression par une loi postérieure. Ainsi le code civil autorise, dans certains cas et sous certaines conditions, l'emploi de la preuve testimoniale (art. 1341 et suiv.). Une loi qui viendrait interdire d'une façon absolue ce mode de preuve n'empêcherait pas de prouver par ce moyen les conventions formées sous l'empire du code. C'est en effet la loi en vigueur au moment où elles ont traité que les parties ont eue en vue; c'est sur les genres de preuve autorisés par cette loi qu'elles ont compté. Leur enlever un de ces modes de preuve, ce serait les dépouiller indirectement des droits résultant du contrat en les mettant dans l'impossibilité d'en établir l'existence. Mais si une loi nouvelle autorisait l'emploi d'un mode de preuve non reconnu par la législation antérieure, ce mode de preuve serait, croyons-nous, admissible à l'effet d'établir l'existence des droits nés sous l'empire de la loi ancienne. L'opinion contraire, quelque répandue qu'elle soit, constitue à notre avis une application erronée du principe de la non-rétroactivité. L'introduction par une loi nouvelle d'un moyen de preuve qui n'existait pas auparavant n'est destructive d'aucun droit (3).

Les règles ci-dessus posées en ce qui concerne les contrats s'appliquent également aux droits résultant des quasi-contrats, délits ou quasi-délits.

50. B. *Successions et dispositions à titre gratuit.* — Une succession ouverte constitue au profit de ceux qui y sont appelés un droit acquis. Une succession non encore ouverte n'est qu'une simple expectative. Une loi nouvelle modifiant l'ordre des successions s'appliquerait donc à toutes les successions qui s'ouvriraient postérieurement à sa publication; mais elle

1) Aubry et Rau, § 30, texte et note 53; Demolombe, t. I, n° 55; Duranton, t. XVII, n° 615; Laurent, t. I, n° 226; de Vareilles-Sommières, n° 62; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 160. — Tribunal de Vannes, sous Rennes, 23 août 1879, D., 81, 2, 158, S., 80, 2, 198. La majorité des décisions judiciaires est toutefois en sens contraire.

2) Aubry et Rau, § 30, texte et note 51; Demolombe, t. I, n° 55; Laurent, t. I, n° 224; de Vareilles-Sommières, n° 62; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 160. Sur ce point encore la jurisprudence a admis une solution différente.

3) Aubry et Rau, § 30, texte et note 66; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 174; de Vareilles-Sommières, n° 84: — *Contra*, Demolombe, t. I, n° 54; Laurent, t. I, n° 230; Huc, t. I, n° 82.

demeurerait sans application quant aux successions déjà ouvertes (1). Ainsi l'article 755 du code civil appelle les parents à succéder jusqu'au deuxième degré inclusivement. Qu'une loi nouvelle décide que la vocation héréditaire ne s'étendra pas au delà du huitième degré, les parents d'un degré ultérieur perdront immédiatement la qualité d'héritiers présomptifs de leurs parents vivants; mais ceux dont les parents sont déjà décédés resteront héritiers. De même une loi qui fixerait autrement que ne l'a fait le code la part héréditaire des divers successibles ne serait pas applicable aux successions ouvertes avant sa mise en vigueur.

51. On peut disposer à titre gratuit de deux manières différentes : par donation entre vifs et par testament. La donation entre vifs est un contrat. Il y a lieu par suite de lui appliquer les règles que nous avons exposées en traitant des contrats. Les donations sont régies exclusivement par la loi en vigueur au moment où elles sont faites et ne reçoivent aucune modification d'une loi postérieure. Il en est ainsi non seulement des donations ordinaires, mais encore de certaines donations faites par contrat de mariage, et qu'on appelle *institutions contractuelles* parce qu'elles créent un héritier par contrat (art. 1081 et suiv.). A la différence de l'héritier appelé par la loi, l'institué contractuel a en effet, pendant la vie de l'instituant, non une simple expectative, mais un véritable droit subordonné à la condition qu'il survivra à ce dernier.

52. Pour les testaments, la situation n'est plus aussi simple ; il y a des distinctions à faire.

Le testament est régi *quant à sa forme* par la loi en vigueur au jour où il a été fait. Rédigé conformément à cette loi, il demeurerait valable malgré les changements introduits dans la forme des testaments par une loi nouvelle en vigueur lors du décès du testateur. Cette solution a cependant été contestée. Tout le monde reconnaît que les actes qui constatent une convention sont régis par la loi du jour où ils sont passés, les parties n'ayant pu suivre que les prescriptions de cette loi : *Tempus regit actum*. Mais, a-t-on dit, cette règle est inapplicable aux testaments. Produisant son effet non au jour où il est rédigé, mais seulement au jour du décès du testateur, et pouvant toujours être révoqué ou modifié par lui, le testament doit satisfaire aux prescriptions de la loi en vigueur à cette dernière époque. Il ne forme jusque-là qu'un projet soumis à toutes les variations de la législation (2). — La réponse est facile. De ce que le testament ne produit effet qu'à la mort du disposant, il ne s'ensuit nullement qu'il soit régi, quant à sa forme, par la loi sous l'empire de laquelle le décès se produit. Ce n'est pas au jour de son décès, mais au jour de la confection de son testament,

1) Rouen, 11 février 1892; D., 93, 2, 169; S., 92, 2, 164.

2) Huc, t. I, n° 73.

que le testateur manifeste sa volonté et il ne peut évidemment le faire que dans les formes prescrites à cette époque par la loi. Il faut donc appliquer aux testaments la même règle qu'aux contrats, les motifs de décider étant les mêmes. Au point de vue de la forme, tout est définitivement consommé du jour de la confection du testament. Admettre une autre solution, ce serait condamner fatalement certains testateurs à mourir intestats, des obstacles de fait pouvant les empêcher de refaire leur testament dans les formes requises par la loi nouvelle (1).

La *capacité* du testateur doit exister au jour de la confection du testament, puisque c'est à ce moment qu'il manifeste sa volonté. Elle est donc déterminée par la loi en vigueur à cette époque. Mais le testateur doit en outre être capable au jour de son décès, parce que c'est alors que sa volonté précédemment exprimée produit son effet, et que s'opère la transmission des biens dont il a disposé. Il faut donc tenir compte des changements législatifs qui ont pu intervenir entre la date du testament et celle du décès, sans qu'il y ait là aucune atteinte au principe de la non-rétroactivité. Un testament fait par une personne capable est dépourvu d'effet si le testateur a été, avant son décès, frappé d'incapacité par une loi nouvelle. Si, au contraire, une loi venait déclarer capable de tester un individu qui ne l'était pas auparavant, celui-ci aurait bien désormais le droit de faire valablement son testament; mais le testament fait par lui antérieurement ne serait point validé, une loi ne pouvant sans rétroactivité rendre valable un acte nul *ab initio*.

Quant au légataire, sa *capacité* s'apprécie uniquement d'après la loi existante au jour du décès du disposant. C'est en effet seulement ce décès qui, en rendant définitive la disposition essentiellement révocable jusque-là, fait acquérir un véritable droit au gratifié. Si le legs était conditionnel, et que postérieurement à la mort du testateur, pendant que la condition est en suspens, une loi nouvelle vint changer la capacité du légataire, cette loi ne lui serait pas applicable, la circonstance qu'un legs est subordonné à une condition n'empêchant pas le légataire d'avoir un droit acquis du jour du décès du disposant.

Comme la capacité du légataire et par le même motif, la validité *quant au fond* et au point de vue de leurs conditions intrinsèques des dispositions testamentaires s'apprécie d'après la loi en vigueur au jour du décès du testateur. Par application de cette règle, la jurisprudence a annulé des substitutions faites par des testateurs depuis la publication du code civil qui prohibe ces dispositions (art. 896), bien que les testaments qui les renfer-

1) Aubry et Rau, § 30, texte et note 7; Demolombe, t. I, n° 49; Duranton, t. I, n° 67; Laurent, t. I, n° 202; de Vareilles-Sommières, n° 61; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 173.

maient fussent antérieurs au code et qu'au moment de leur rédaction les substitutions fussent permises.

53. Une personne ne peut pas toujours disposer à titre gratuit de la totalité de ses biens. Lorsqu'elle laisse pour héritiers des ascendants ou des descendants, la loi ne permet pas que ceux-ci soient entièrement dépouillés. On appelle *quotité disponible*, ou simplement *disponible*, la portion de biens dont une personne peut disposer gratuitement, et *réserve*, ou *portion réservée*, celle que la loi lui interdit de donner au préjudice de ses parents. Lorsque la quotité disponible est dépassée, les héritiers réservataires peuvent demander la *réduction* des libéralités faites par leur auteur. En supposant qu'un changement vienne à se produire à cet égard dans la législation, quelle loi devra-t-on considérer pour déterminer le montant de la quotité disponible et de la réserve? Sera-ce la loi en vigueur au moment de la succession du disposant, ou celle qui existait à l'époque où la disposition a été faite?

Lorsqu'il s'agit d'une disposition testamentaire, la loi qu'il faut appliquer est incontestablement celle du jour du décès du disposant, puisque c'est seulement à ce moment que le legs produit son effet et confère un droit au légataire.

Il en est de même, croyons-nous, au cas de donation entre vifs. Les héritiers réservataires qui ne trouvent pas dans les biens laissés par leur auteur une valeur suffisante pour parfaire leur réserve telle qu'elle est fixée par la loi en vigueur au jour du décès, peuvent demander la réduction des donations par lui faites, bien que ces donations n'excédassent pas la quotité disponible au moment où elles ont été faites. Mais cette solution est loin d'être universellement admise. Tout en reconnaissant qu'une loi qui viendrait étendre la quotité disponible s'appliquerait même aux donations antérieures à sa publication, la plupart des auteurs estiment qu'une loi *diminuant* le chiffre du disponible ne serait pas applicable aux donations antérieurement faites, lesquelles devraient être maintenues sans réduction, dès lors qu'elles n'entamaient pas, à l'époque où elles ont eu lieu, la réserve telle qu'elle était alors déterminée par la loi. La donation entre vifs, dit-on en ce sens, est irrévocable; elle confère immédiatement un droit au donataire. Réduire une donation en vertu d'une loi qui n'existait pas au moment où cette donation a été faite, c'est donc porter atteinte à un droit et par conséquent donner à la 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? Ce ne peut être que celle qui est fixée par la loi en vigueur au moment de la libéralité, les parties n'ayant pu se référer qu'à cette loi et non à une loi qui n'existait pas encore (1).

1) Aubry et Rau, § 30, texte et notes 62 et 64; Demolombe, t. I, n° 51; Duranton, t. I, n°s 56 et 57; Marcadé, sur l'art. 2; de Vareilles-Sommières, n° 79.

Ceux qui raisonnent ainsi exagèrent, à notre avis, la portée du principe de non-rétroactivité. La réserve est un droit de succession ; c'est la partie de l'hérédité que la loi assure à certains héritiers, et son importance est déterminée d'après la qualité et le nombre de ces héritiers (art. 913). Elle ne peut dès lors être régie que par la loi existante au jour du décès du disposant, puisqu'il n'y a pas de succession d'une personne vivante. En réduisant une donation conformément à cette loi, on ne la fait donc pas rétroagir ; on l'applique au seul moment où elle peut et doit avoir son effet. Il n'y a pas à se préoccuper en pareille matière de l'intention des parties, la réserve dépendant non de leur volonté, mais exclusivement de la loi. Le donataire n'est pas plus fondé à prétendre que les biens donnés lui sont définitivement acquis, dans la mesure fixée par la loi lors de la donation, qu'il ne serait fondé à s'opposer à la réduction par la raison que les héritiers réservataires laissés par le disposant n'existaient pas quand il a été gratifié par lui. Tout donataire n'a qu'un droit résoluble et l'étendue de la résolution dépend de l'état de choses existant en droit et en fait lors de l'ouverture de la succession du donateur (1).

54. C. Prescription. La prescription est un moyen d'acquérir une chose ou de se libérer d'une obligation par un certain laps de temps. La prescription accomplie constitue un droit acquis. S'agit-il d'une prescription acquisitive, la chose est entrée dans le patrimoine du possesseur. S'agit-il d'une prescription extinctive, le débiteur est libéré. Une loi changeant les conditions précédemment exigées pour la prescription ne porterait donc aucune atteinte aux prescriptions *accomplies* lors de sa mise à exécution. L'art. 691 du code civil nous présente une application de cette idée. Après avoir déclaré que la possession même immémoriale ne suffit pas pour établir les servitudes discontinues ou non apparentes il ajoute : *sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.*

La prescription simplement commencée ne constitue au contraire pour le possesseur ou le débiteur qu'une expectative, soumise par conséquent à tous les changements législatifs qui peuvent se produire. Ainsi une loi qui porterait à quarante ans la durée de la prescription, fixée aujourd'hui à trente ans, s'appliquerait à toutes les prescriptions non encore accomplies au moment où elle entrerait en vigueur. L'art. 2281 du code civil contenait donc une disposition exceptionnelle et toute de faveur quand il déclarait que les prescriptions *commencées* lors de la publication du code seraient réglées par les lois anciennes, sans que toutefois le laps de trente ans pût être dépassé.

1) Laurent, t. I, nos 245 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Houquès-Fourcade, t. I, n° 170.

55. Certaines lois échappent par leur nature même à l'application de l'art. 2. Ce sont :

- 1° Les lois interprétatives ;
- 2° Les lois relatives à la compétence des tribunaux ;
- 3° Les lois relatives à la procédure et aux voies d'exécution forcée ;
- 4° Les lois pénales.

56. I. Lois interprétatives. Ces lois ont pour objet non pas de modifier la législation, mais de déterminer, en cas de doute, le sens d'une loi existante. Ce ne sont donc pas à proprement parler des lois nouvelles. Une loi interprétative fait corps avec la loi interprétée ; c'est la même loi rendue plus claire, plus intelligible, dégagée des obscurités qu'elle présentait originellement. Par suite, la loi interprétative doit s'appliquer même aux faits qui lui sont antérieurs, dès lors qu'ils sont postérieurs à la loi interprétée. Le texte primitif de l'art. 2 le déclarait formellement : « Néanmoins, disait-il, la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique... » Cette disposition fut retranchée comme inutile, la question ne pouvant faire aucun doute.

Mais si la loi interprétative régit même les faits antérieurs à sa publication, les décisions judiciaires précédemment rendues dans le sens opposé à celui qu'elle a consacré échappent entièrement à son action. Applicable à tous les procès non encore définitivement jugés au moment où elle intervient, elle demeure étrangère à ceux qui sont déjà terminés par une décision passée en force de chose jugée. Sur ce point encore, l'art. 2 contenait primitivement une disposition expresse qui fut, elle aussi, supprimée comme évidente.

57. II. Lois relatives à la compétence des tribunaux. — Ces lois sont immédiatement applicables à tous les procès qui viennent à surgir, même à ceux qui ont pour objet des faits antérieurs à leur entrée en vigueur. La compétence des diverses juridictions se rattache en effet à l'organisation de la puissance publique, et nul n'a un droit acquis à ce que la puissance publique soit organisée d'une manière ou d'une autre. Quelques auteurs considèrent la loi nouvelle comme applicable aux instances déjà engagées lors de sa publication aussi bien qu'à celles qui ne le sont pas encore. D'autres estiment au contraire que les procès régulièrement commencés devant la juridiction dont la compétence est modifiée doivent se poursuivre devant cette juridiction, dès lors qu'elle continue d'exister. A leurs yeux les parties ont en pareil cas un droit acquis à ce que l'affaire suive son cours devant la juridiction actuellement saisie, l'obligation de la soumettre à d'autres juges devant entraîner pour elles une perte de temps et d'argent (1). En général, la question ne se présente point en pratique,

1) Aubry et Rau, § 30; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 176.

le législateur ayant soin de la régler par des dispositions transitoires.

58. III. *Lois relatives à la procédure et aux voies d'exécution forcée.* — Comme les lois de compétence, les lois de procédure sont applicables, dès qu'elles sont publiées, à tous les litiges qui viennent à naître, fussent-ils relatifs à des faits qui se sont produits antérieurement. La marche à suivre pour faire reconnaître un droit ne touchant pas au droit lui-même, il n'y a évidemment aucune injustice à lui appliquer des règles nouvelles. Les parties n'ont pas dû compter qu'elles seraient, le cas échéant, jugées dans telle forme plutôt que dans telle autre, et en fait elles ne s'en préoccupent point, s'en remettant entièrement au législateur du soin de statuer à cet égard. Rien ne s'oppose même à ce que la loi nouvelle soit appliquée aux instances déjà engagées lors de sa publication, pourvu que les actes valablement faits auparavant conformément à la loi ancienne soient maintenus (1).

Les voies d'exécution sont également régies, même à l'égard des droits antérieurement acquis, par la loi en vigueur au moment où les poursuites sont exercées. Le poursuivant peut employer tous les moyens autorisés par cette loi et ne peut recourir qu'à ceux-là, quelles que fussent les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle son droit a pris naissance. La loi du 22 juillet 1867, qui abolit la contrainte par corps, renferme une application de cette règle. « Les dispositions précédentes, dit son article 19, sont applicables à tous jugements et cas de contrainte par corps antérieurs à la présente loi. »

59. IV. *Lois pénales.* — Bien que le principe de la non rétroactivité des lois ait été proclamé de nouveau, en 1810, par l'art. 4 du code pénal, il reçoit en cette matière une importante restriction. Une loi qui prononce une peine pour un fait jusque-là non incriminé, ou qui aggrave la peine précédemment établie, ne s'applique point aux faits antérieurs à sa publication. Mais une loi qui supprime ou qui adoucit la pénalité s'applique au contraire même aux faits antérieurement accomplis, si elle survient avant que ces faits aient entraîné contre leur auteur une condamnation irrévocable. Cette exception n'est à la vérité formulée dans aucun texte actuellement en vigueur, mais le législateur l'a consacrée à plusieurs reprises (avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII et décret du 23 juillet 1810, sur la mise à exécution du code pénal), et elle résulte nécessairement des deux considérations suivantes. La non-rétroactivité des lois est une règle protectrice des intérêts privés. Elle n'a donc plus de raison d'être lorsque, loin de sauvegarder ces intérêts, elle leur nuit. Une règle protectrice ne doit pas être retournée contre ceux en faveur desquels elle a été établie.

1) Tribunal de la Seine, 1^{er} juin 1895; D., 96, 2, 246; Cour de cass., 27 décembre 1898; D., 99, 1, 380.

D'un autre côté, le législateur qui supprime ou qui atténue une peine reconnaît par là même qu'elle est inutile ou excessive. Prononcer cette peine pour des faits antérieurs serait donc une rigueur inutile, un usage abusif du droit de punir.

SECTION II

DES EFFETS DES LOIS QUANT AUX PERSONNES ET QUANT AUX CHOSES SUR LESQUELLES LEUR AUTORITÉ S'EXERCE (1).

60. Les progrès de la civilisation ont amené dans tous les pays la disparition à peu près complète des incapacités qui frappaient jadis les étrangers. En France notamment, malgré les termes restrictifs en apparence de l'art. 11 du code civil, la situation des étrangers, quant à la jouissance des droits privés, diffère peu de celle des Français eux-mêmes.

Mais ces droits, dont l'étranger jouit sur le sol français, par quelle législation sont-ils régis? Est-ce par la loi française ou par la loi étrangère? D'autre part le Français demeure-t-il, hors de son pays, soumis à la loi française? Telle est la double question que l'art. 3 se propose de résoudre, mais à laquelle il ne donne qu'une réponse incomplète.

L'examen détaillé des difficultés qu'elle soulève, forme l'objet propre du droit international privé. Nous devons nous borner ici à des principes très généraux.

61. Théoriquement, on conçoit qu'une nation puisse régler de trois manières différentes ses relations avec les étrangers. Elle peut refuser absolument d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères et assujettir indistinctement à sa propre législation toutes les personnes et les choses qui s'y trouvent. C'est le système de la *territorialité de la loi*.

Elle peut aussi, en sens inverse, appliquer sans aucune réserve aux étrangers la loi du pays auquel ils appartiennent. C'est le système de la *personnalité de la loi*.

Enfin, elle peut admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, mais dans une certaine mesure seulement.

De ces trois systèmes, le second n'a jamais été pratiqué. Il ne pourrait l'être en effet sans compromettre les intérêts et l'existence même de la nation qui abdiquerait ainsi sa souveraineté. Après l'établissement des bar-

1) Voyez spécialement sur cette matière : Lainé, *Introduction au droit international privé*; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*; Rolin, *Principes de droit international privé*; Foelix et Demangeat, *Droit international privé*; Laurent, *Le droit civil international*; Durand, *Essai de droit international privé*; Despagnet, *Précis de droit international privé*; de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*; Audinet, *Principes élémentaires du droit international privé*.

bares dans l'empire romain, les divers peuples juxtaposés et vivant côte à côte sur le sol de la Gaule avaient à la vérité conservé l'usage de leur droit propre. Le Franc était, en quelque lieu qu'il se trouvât, régi par la loi franque, le Bourguignon par la loi bourguignonne, le Visigoth pour la loi visigothique, le Romain par la loi romaine. Mais la personnalité des lois n'existait pas alors entre nations différentes; ceux auxquels elle s'appliquait étaient tous soumis à une domination unique, à une même souveraineté. Elle n'était point d'ailleurs absolue; les capitulaires des rois francs s'appliquaient à tous leurs sujets sans distinction d'origine.

Au début de l'époque féodale, ce système dont la fusion des races avait rendu l'application de plus en plus difficile, disparut complètement pour faire place à celui de la territorialité absolue de la loi. Le régime féodal ayant fait de l'homme l'accessoire de la terre et divisé le territoire en une foule de petites souverainetés, ennemies les unes des autres, qui avaient leur législation propre, chacune d'elles ne reconnut et n'appliqua d'autre loi que la sienne. L'incertitude et l'instabilité de tous les droits étaient la conséquence nécessaire de ce système. Il en résultait notamment qu'une personne voyait varier son état et sa capacité aussi souvent qu'elle se transportait sur un territoire régi par une coutume différente de celle dans le ressort de laquelle elle avait son domicile, de telle sorte que, majeure dans un lieu, elle était mineure dans un autre, capable ici et incapable ailleurs.

On ne tarda pas à sentir les inconvénients pratiques, sinon l'injustice d'une pareille situation et, à partir du XIII^e siècle, les juristes s'efforcèrent de faire admettre certains tempéraments à la règle de la territorialité. La réaction se produisit tout d'abord en Italie où la féodalité avait été de bonne heure battue en brèche par la fondation de petites républiques dont les habitants, vivant pour la plupart du commerce, étaient intéressés à attirer chez eux les étrangers. Ainsi naquit la célèbre théorie des *statuts*.

On désignait en Italie sous le nom de *statuts* les coutumes locales par opposition à la loi générale et commune. En vue de donner satisfaction aux besoins de la pratique, Bartole et les postglossateurs divisèrent, suivant leur nature, les statuts en deux classes: les uns s'appliquant à l'exclusion de tous autres dans le territoire qu'ils régissaient, mais ne pouvant s'étendre au dehors, les autres suivant au contraire leurs ressortissants en quelque lieu qu'ils se trouvassent. Au nombre des statuts qui devaient être admis au bénéfice de l'exterritorialité, ils rangeaient notamment les statuts régissant la condition des personnes ou statuts *personnels*, tandis qu'ils refusaient ce bénéfice aux statuts relatifs à la condition des biens ou statuts *réels*. Mais cette distinction n'était pour eux qu'un élément de décision et ne constituait pas la base unique de leur théorie.

Introduite en France par les jurisconsultes qui allaient étudier dans les universités italiennes, cette doctrine y reçut bientôt une profonde modifi-

zation. Les jurisconsultes français la réduisirent tout entière à la distinction des statuts réels et personnels et firent rentrer bon gré mal gré dans cette division toutes les dispositions légales quelles qu'elles fussent. Statuts réels et lois territoriales d'une part, statuts personnels et lois extra-territoriales d'autre part, devinrent dès lors des expressions synonymes. Les lois concernant à la fois les personnes et les biens furent considérées comme réelles ou comme personnelles suivant qu'elles avaient pour objet *principal et dominant* de régler la condition des biens ou celle des personnes. De là entre les jurisconsultes statutaires des controverses interminables, soit à raison de la difficulté d'apprécier exactement le caractère des diverses dispositions légales, soit à raison des tendances propres de chaque jurisconsulte qui le portaient à faire une part plus ou moins large au statut personnel. Il se forma à cet égard deux écoles distinctes, celle des *réalistes* et celle des *personnalistes*; l'une s'attachant plus strictement au principe féodal de la réalité ou territorialité des coutumes, l'autre étendant davantage le nombre des exceptions. La première eut pour chef d'Argentré, la seconde Dumoulin (1).

La distinction des statuts réels et personnels ne fut point appliquée seulement à la solution des conflits de coutume à coutume, elle servit également à régler les conflits, alors beaucoup moins fréquents, des lois françaises avec les lois étrangères, tout en subissant à ce dernier point de vue certaines modifications par suite des incapacités spéciales qui, sous le nom de *droit d'aubaine*, frappaient autrefois les étrangers.

62. Grâce à l'établissement d'une législation uniforme pour tout le territoire français, les conflits qui s'élevaient jadis entre deux lois françaises ne peuvent plus exister qu'entre la loi française et la loi étrangère. Mais la facilité des communications, en multipliant les relations internationales, a singulièrement accru les occasions de conflit. Le code s'étant borné à formuler des décisions isolées, sans tracer aucun principe général de solution, il est très important de savoir comment doivent être comblées les lacunes qu'il présente.

L'opinion qui prévaut en jurisprudence et parmi les commentateurs du code civil est que le législateur a entendu consacrer l'ancienne doctrine

1) Dumoulin, *Commentarii in Codicem (Conclusiones de statutis aut consuetudinibus localibus)*. Opera, 1681, t. III, p. 554. — Guy Coquille, *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes*. OEuvres, t. II, 1656. — D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae*, 1621, sur l'art. 212; — Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, 1766, et *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et coutumes*, 1732. — Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, 1729. — Boubier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI à XXXVI.

tutaire et que c'est en conséquence à cette doctrine qu'il faut recourir pour interpréter et compléter au besoin ses dispositions, avec cette différence toutefois que, pour régler le statut personnel, on doit tenir compte non de la loi du domicile, mais de la loi nationale, le conflit ne pouvant plus exister aujourd'hui qu'entre les législations de pays différents. On fonde cette manière de voir sur le texte de l'art 3 qui reproduit les principales décisions de l'ancienne théorie, et sur les déclarations faites au cours des travaux préparatoires. « L'art. 3, disait le tribun Faure dans son discours au Corps législatif, contient les principales bases d'une théorie connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels. » Et, dans son rapport au Tribunat, Grenier écrivait que cet article « consacre des principes enseignés par tous les publicistes.

Cette opinion est repoussée au contraire par la plupart des auteurs qui se sont spécialement attachés à l'étude du droit international privé. La théorie des statuts, disent ces auteurs, repose sur une idée fautive. Elle part du principe que la loi est *territoriale* par sa nature, et ne peut rigoureusement avoir effet en dehors du pays sur lequel s'exerce la souveraineté dont elle émane. Si cette théorie apporte, sous le nom de statuts personnels, un certain nombre de restrictions au principe, c'est par des considérations d'utilité pratique, de convenance, de courtoisie internationale; l'intérêt réciproque des divers peuples étant de ne pas user strictement du droit qui leur appartient d'exclure sur leur territoire l'application des lois étrangères. Or c'est précisément le contraire qui est vrai. Par sa nature la loi est *personnelle*, non seulement parce qu'elle est faite pour les personnes et que, s'il n'y avait pas de personnes, il n'y aurait pas de lois, mais encore parce qu'elle est appropriée aux mœurs, aux qualités, aux besoins, au degré de civilisation de ceux qu'elle doit régir. Ce caractère appartient aux lois concernant les biens comme à celles qui gouvernent la condition des personnes. La distinction établie par les statutaires entre ces deux sortes de lois est arbitraire, en même temps qu'elle est la source de difficultés pratiques inextricables. Faites pour les personnes, alors même qu'elles sont relatives aux biens, les lois doivent suivre leurs ressortissants partout où ils se transportent. En acceptant sur son territoire l'application aux étrangers de la législation du pays auquel ils appartiennent, un État ne fait donc pas une concession purement gracieuse, il n'accomplit pas un simple acte de courtoisie inspiré par le désir intéressé d'obtenir en pays étranger le même avantage pour ses propres nationaux; il fait un acte de justice et de raison. Il reconnaît le droit des autres États de commander à leurs sujets en dehors des limites de leur territoire, et celui des étrangers eux-mêmes de suivre leur loi nationale en quelque lieu qu'ils se trouvent. Maître absolu sur son propre territoire, il peut sans doute n'y admettre aucune autre législation que la sienne. Mais si c'est là une conséquence de sa souveraineté, ce n'en est

qu'une conséquence de fait, une conséquence matérielle et brutale en quelque sorte, contraire au véritable fondement du droit international. L'exclusion des lois étrangères n'est justifiée que dans le cas où elles sont de nature à compromettre les intérêts généraux du pays dans lequel elles sont invoquées, par suite de leur opposition avec des principes considérés comme essentiels à la prospérité ou à la conservation de ce pays. La souveraineté locale se trouve alors, en les écartant, en état de légitime défense.

Pour que l'on dût suivre aujourd'hui la théorie statutaire, il faudrait donc qu'elle fût imposée par un texte formel. Or l'art. 3 est loin d'avoir ce caractère. Les mots *statuts réels* et *statuts personnels* ne s'y rencontrent point. Il serait bien étrange que le législateur, s'il avait entendu reproduire l'ancienne théorie, eût ainsi répudié la terminologie en usage. Cette théorie a été, il est vrai, rappelée au cours des travaux préparatoires. Mais les tribuns Faure et Grenier se sont bornés à constater qu'on lui avait fait des emprunts, sans que rien, dans leurs paroles, autorise à penser qu'elle a été maintenue dans son ensemble. Tout en partant d'un même principe, nos anciens jurisconsultes étaient d'ailleurs, on l'a vu, extrêmement divisés sur les applications qu'il comportait. On comprendrait difficilement qu'ayant maintenu leur théorie, le code n'eût pas pris soin de trancher les questions qui les divisaient. La seule solution logique est d'admettre qu'en dehors des points sur lesquels ils se sont formellement expliqués, les auteurs du code ont entendu laisser à l'interprète toute liberté pour résoudre les conflits de législation conformément aux véritables principes du sujet (1).

63. La portée générale de l'art. 3 étant ainsi déterminée, abordons l'examen détaillé de ses dispositions. « *Les lois de police et de sûreté, dit-il, 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.* »

Cet article distingue trois sortes de lois : 1° les lois de police et de sûreté ; 2° les lois relatives aux immeubles ; 3° les lois concernant l'état et la capacité des personnes. Il faut ajouter à cette énumération : 4° les lois relatives à la forme des actes, dont s'occupent certains articles spéciaux.

1° *Lois de police et de sûreté.*

64. Ces lois obligent tous ceux qui habitent le territoire, les étrangers aussi bien que les Français. Il n'est même pas nécessaire, pour y être assujetti, d'avoir en France son domicile ou sa résidence ; il suffit de s'y trouver même passagèrement. En mettant le pied sur le sol français, l'étranger se

1) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. I, p. 136 et suiv.

soumet implicitement à toutes les lois de cette espèce, fussent-elles contraires à celles de son pays : *Intrasti urbem, ambula secundum ritum ejus*. « Chaque État, disait Portalis dans l'*Exposé des motifs*, a le droit de veiller à sa conservation ; or comment un État pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il existait dans son sein des hommes qui pussent impunément enfreindre sa police ou troubler sa sûreté ? »

Par les mots *lois de police et de sûreté*, on doit entendre toutes les règles obligatoires (lois proprement dites, règlements, ordonnances, décrets, arrêtés) qui, par leur objet, intéressent le maintien de l'ordre social ainsi qu'il est compris en France. Telles sont, sans parler des lois politiques, administratives et pénales, les lois qui prohibent l'esclavage, celles qui concernent les actes de l'état civil, celles qui imposent à certains parents ou alliés l'obligation de se fournir des aliments, celles qui défendent la polygamie et les mariages entre proches parents ou alliés, etc. La formule large de l'art. 3 al. 1, laisse au juge toute liberté pour apprécier si telle ou telle disposition de la loi française doit ou non, à raison de son caractère et de son but, s'imposer aux étrangers (1).

Les lois de police et de sûreté, auxquelles les étrangers sont tenus de se soumettre sur le territoire français, sont en général les mêmes que les lois *concernant l'ordre public* auxquelles l'art. 6 interdit aux particuliers de déroger. Il faut cependant se garder d'établir entre les unes et les autres une assimilation absolue. Certaines lois, fondées sur des considérations d'ordre public, s'imposent aux Français, sans qu'il leur soit permis d'y déroger, et ne sont pas obligatoires pour les étrangers, parce que la soumission de ceux-ci à des lois différentes n'est pas, à raison de leur qualité, de nature à porter atteinte à l'ordre social français. Il en est ainsi, par exemple, des lois relatives à l'état et à la capacité des personnes. On appelle lois *d'ordre public international* celles qui ne pouvant être méconnues par qui que ce soit sans préjudice pour l'intérêt social s'imposent à tous sans distinction de nationalité, et lois *d'ordre public interne* celles qui ne sont obligatoires que pour les Français.

2° Lois relatives aux immeubles.

65. Les immeubles situés en France, qu'ils appartiennent à des Français ou à des étrangers, sont soumis à la loi française. Le territoire d'une nation étant formé de l'ensemble des immeubles qu'il renferme, et le régime de la propriété foncière étant intimement lié à l'organisation politique, sociale et économique de chaque pays, l'État français ne saurait admettre que les immeubles situés en France soient régis par une loi étrangère.

1) Aix, 7 février 1884, D., 85, 2, 212, S., 84, 2, 57 ; — Cour de cass., 13 avril 1885, D., 85, 1, 413 ; — Grenoble, 14 juin 1892, D., 93, 2, 436 ; — Aix, 15 novembre 1897, D., 98, 2, 233.

Mais quel est au juste le champ d'application de l'art. 3, al. 2?

A-t-il pour but de soumettre à la loi française tous les faits juridiques quels qu'ils soient, ayant pour objet un immeuble compris dans le territoire français? Ne doit-on pas plutôt l'entendre seulement en ce sens que la condition des immeubles situés en France, l'organisation de la propriété foncière, dépend exclusivement de la législation française? C'est à cette dernière solution que nous croyons devoir nous arrêter. Voyons donc quelles sont les lois qui, ayant trait au régime de la propriété foncière, sont, à ce titre, applicables à tous les immeubles français sans exception, quelle que soit la nationalité de leur propriétaire.

Appartiennent à cette catégorie :

1° Les lois relatives à la distinction des biens, celles qui déterminent si un bien est meuble ou immeuble, dans le commerce ou hors du commerce (1).

2° Les lois qui spécifient les divers droits réels dont les immeubles sont susceptibles et l'étendue de ces droits. Un étranger ne pourrait donc pas, sous prétexte que la loi de son pays l'y autorise, établir sur les immeubles qu'il possède en France des servitudes non reconnues par la loi française (art. 686), ou constituer sur ces immeubles une hypothèque générale contrairement à la prohibition de l'art. 2129 (2).

3° Les lois relatives aux divers modes de transmission de la propriété et de ses démembrements. Ainsi, la donation de biens à venir, la substitution faite par un étranger, fussent-elles valables d'après sa loi nationale, demeureraient sans effet quant aux immeubles situés en France, si elles ne rentraient pas dans l'un des cas exceptionnels où la législation française autorise les dispositions de cette nature. De même la formalité de la transcription doit être observée par l'étranger qui acquiert un immeuble sur le sol français dans les cas où les Français sont eux-mêmes astreints à remplir cette formalité.

4° Les lois réglant les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété, les charges fiscales qui frappent les immeubles, l'expropriation pour cause d'utilité publique et la saisie immobilière.

Ainsi entendu le deuxième alinéa de l'art. 3 se place naturellement et logiquement à la suite du premier alinéa dont il forme une application et un développement. Tout ce qui a trait à l'organisation de la propriété foncière touche en effet à l'intérêt général du pays et rentre par conséquent dans la classe des lois de police et de sûreté obligatoires pour les étrangers. Mais, en dehors de là, quand des intérêts privés sont seuls en jeu, on ne voit aucune raison pour soumettre à la loi française les immeubles que des étrangers possèdent en France.

1) Cour de cass., 5 avril 1887, D., 88, 1, 65, S., 89, 1, 387.

2) Cour de cass., 4 avril 1881, D., 81, 1, 381, S., 83, 1, 65; — Douai, 11 décembre 1891, D., 94, 2, 193.

66. La doctrine que nous venons d'exposer est cependant rejetée par la plupart des interprètes du code civil. D'après eux, les immeubles appartenant à des étrangers dans l'étendue du territoire français, qu'ils soient envisagés individuellement ou comme faisant partie d'une universalité, sont, sous tous les rapports, et pour tous les droits dont ils peuvent être l'objet, soumis à la loi française. L'une des conséquences les plus graves de ce système est que la succession d'un étranger doit, quant aux immeubles dont il était propriétaire en France, être régie exclusivement par la loi française ; de telle sorte que, si le défunt possédait également des immeubles dans son pays, les choses se passent comme s'il laissait deux successions distinctes et indépendantes, l'une en France, l'autre en pays étranger.

Outre les traditions de l'ancien droit, on invoque spécialement en ce sens le caractère des lois qui régissent les successions. Ces lois sont en rapport étroit avec l'état social, politique et économique de chaque pays. Une nation aristocratique admet le droit d'aînesse, une nation démocratique veut l'égalité des partages. Chaque État est donc intéressé à écarter en pareille matière l'application sur son territoire des lois étrangères. On ajoute que dans les traités passés avec les puissances étrangères, le gouvernement français stipule toujours l'application exclusive de la loi territoriale, en présentant cette clause non comme une innovation, mais comme la constatation d'un état de choses déjà existant. Ainsi le traité franco-autrichien du 11 décembre 1866, renouvelé le 18 février 1884, contient, dans son art. 2, une disposition ainsi conçue : « La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays où les biens seront situés. » La même disposition se trouve dans le traité franco-russe du 1^{er} avril 1874 (art. 10), dans le traité avec la Serbie du 18 juin 1883 (art. 8), etc. Il y a dans ces traités, approuvés par les assemblées législatives, une interprétation légale de l'art. 3, al. 2 (1).

Ces arguments ne nous semblent pas déterminants. La transmission des biens d'une personne décédée n'est réglée par la loi qu'à défaut de testament, et le législateur, en organisant cette transmission, s'inspire de la volonté probable du défunt. Or il est vraisemblable que l'étranger mort intestat s'en est rapporté, pour régler sa succession, à la loi qu'il connaît le mieux, à la seule même qu'il connaisse dans bien des cas, c'est-à-dire à sa loi nationale. Il est d'ailleurs déraisonnable de lui supposer une volonté

1) Duranton, t. I, n° 141; Valette sur Proudhon, t. I, p. 97; Demante, t. I, n° 10 bis III; Marcadé, sur l'art. 3; Demolombe, t. I, nos 79 et 91; Aubry et Rau, § 31, texte et note 45; Huc, t. I, nos 122, 126, 136 et t. V, n° 258; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, t. I, n° 1081; Cour de cass., 2 avril 1884, D., 84, 1, 217, S., 86, 1, 121; — 11 février 1890, D., 90, 1, 153, S., 91, 1, 109; — 20 janvier 1892, D., 92, 1, 197, S., 92, 1, 77; — 8 mai 1894, D., 94, 1, 355.

différente pour les divers biens de sa succession situés dans différents pays. Contraire à la logique, cette supposition est en outre en opposition avec les principes généraux du droit. Malgré la variété de ses éléments, le patrimoine d'une personne constitue en effet un seul tout, une universalité juridique, être immatériel, distinct des biens qui le composent. A raison de ce caractère, il n'a pas de situation déterminée et doit dès lors être régi par une loi unique, celle à laquelle le défunt était lui-même soumis. — Qui ne voit enfin les difficultés parfois insolubles et les conséquences iniques qu'entraîne le morcellement d'une hérédité en autant de patrimoines distincts qu'il y a de pays différents dans lesquels se trouvent situés les immeubles qui en dépendent? Comment, d'après ce système, se fera la répartition des dettes? Comment sera réglé le droit de poursuite des créanciers héréditaires? Ne pourra-t-il pas arriver que certains héritiers supportent dans les dettes une part hors de proportion avec celle qu'ils prennent dans les biens? C'est un véritable labyrinthe dont ceux qui s'y engagent désespèrent eux-mêmes de trouver l'issue. — Le régime successoral est à la vérité subordonné aux principes sociaux, politiques et économiques de chaque État, suivant qu'ils favorisent l'égalité ou l'inégalité des partages, le morcellement ou la concentration des fortunes. Mais ce sont là des choses qui regardent l'État auquel appartiennent le défunt et sa famille, et non celui où se trouvent les immeubles de la succession. La souveraineté locale n'est nullement intéressée à s'ingérer dans les rapports d'une famille étrangère et à prétendre régir par ses lois le patrimoine de cette famille. La règle ancienne qui soumettait d'une façon absolue les immeubles à la loi du lieu où ils étaient situés s'expliquait par le régime féodal qui reposait tout entier sur les relations entre propriétaires fonciers. Les dispositions légales relatives aux immeubles se rattachant alors directement à l'organisation sociale et politique, intéressaient par là même l'ordre public. Aujourd'hui que le régime féodal a disparu, il n'y a plus de raison pour appliquer aux immeubles *a priori* et dans tous les cas la loi de leur situation. Encore convient-il de remarquer que la doctrine qui rangeait les successions dans le statut réel avait soulevé autrefois des protestations, notamment de la part de Cujas. — Quant aux traités faits entre la France et certains pays étrangers, ils ne prouvent qu'une chose, c'est que leurs auteurs ont partagé l'erreur commune sur le sens de l'art. 3, al. 2. On ne doit pas y chercher une interprétation légalement obligatoire d'un texte qui n'y est même pas visé.

67. L'art. 3 ne parle pas des meubles possédés en France par un étranger. Dans l'ancien droit, les meubles étaient soumis en principe à la loi personnelle de leur propriétaire. *Mobilia personam sequuntur ; ossibus personæ inhærent*, disaient les jurisconsultes statutaires.

La plupart des auteurs modernes s'écartent ici à certains égards de l'an-

cienne théorie, qu'ils présentent cependant comme étant en général celle du code. Ils distinguent entre les meubles considérés individuellement, comme objets particuliers, et les meubles envisagés comme formant une universalité, c'est-à-dire au point de vue de leur transmission par succession. Dans la première hypothèse, ils leur appliquent la loi de leur situation, c'est-à-dire la loi française, et dans la seconde la loi nationale de leur propriétaire, ce qui aboutit à soumettre la succession mobilière de l'étranger à une loi différente de celle qui régit, d'après l'opinion générale, sa succession immobilière (1). La jurisprudence se prononce en général dans le même sens, avec cette différence toutefois qu'elle applique la loi française, et non la loi étrangère, au règlement de la succession mobilière de l'étranger dans le cas où celui-ci était domicilié sur le territoire français (2).

Dans notre opinion, la règle est la même pour les meubles que pour les immeubles. Régis par la loi française dans la mesure où l'intérêt général l'exige, ils demeurent par ailleurs soumis à la loi nationale de leur propriétaire. Cette solution s'écarte du reste assez peu, dans ses résultats pratiques, de celle qui prévaut dans la doctrine, les dispositions légales qui gouvernent les objets mobiliers envisagés individuellement rentrant pour la plupart dans la classe des lois de police et de sûreté (art. 1141, 1690, 1691, 2074, 2076, 2119, 2279, etc.).

3^o Lois concernant l'état et la capacité des personnes.

68. Ces lois suivent les Français en pays étranger et continuent de les régir tant qu'ils conservent leur nationalité. Ainsi, un Français établi hors de France devient majeur, et partant capable aux yeux de la loi française, lorsqu'il a atteint l'âge de vingt et un ans, bien que la loi du pays dans lequel il se trouve fixe la majorité à un âge différent. De même un Français ne peut contracter à l'étranger un mariage valable qu'autant qu'il satisfait aux conditions de capacité exigées par la loi française, quelles que puissent être à cet égard les dispositions de la loi étrangère.

Bien que l'art. 3 ne le dise pas textuellement, il est unanimement admis que les étrangers qui se trouvent en France y sont également régis

1) Demolombe, t. I, n^o 94; Valette sur Proudhon, t. I, p. 98; Aubry et Rau, § 31, texte et note 52; Duranton, t. I, n^o 90; Huc, t. I, n^o 136; Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers en France*, p. 334.

2) Bordeaux, 19 août 1879, S. 80, 2, 247; — Paris, 21 août 1882, S., 83, 2, 117; — Montpellier, 9 mai 1890, D. 91, 92, 197, S. 92, 2, 240; — Douai, 11 décembre 1891, D. 94, 2, 193. — Cour de cass., 7 juillet 1874, D. 75, 1, 271, S. 75, 1, 19; — 22 février 1882, D. 82, 1, 301, S. 82, 1, 393; — 2 avril 1884, S. 86, 1, 121; — 29 juin 1893, D. 93, 1, 559; — 8 mai 1894, D. 94, 1, 355.

par leur loi nationale quant à leur état et à leur capacité. C'est donc à cette loi qu'il faut se reporter pour déterminer l'âge auquel un étranger peut contracter mariage, l'époque de sa majorité, l'organisation du régime protecteur des incapables, l'étendue de l'incapacité de la femme mariée, etc. (1). La question fut formellement résolue en ce sens au cours de la discussion de l'art. 3 au Conseil d'État.

Toutefois la loi étrangère cesse de régir en France l'état et la capacité des étrangers lorsque cette loi est en opposition avec une loi française de police et de sûreté. Ainsi nous savons déjà qu'un étranger ne serait pas admis à se prévaloir en France de sa loi nationale pour y contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier, ou pour y épouser une Française ou même une étrangère dont il serait le parent à un degré où notre législateur prohibe le mariage.

On discutait autrefois la question de savoir si un étranger divorcé d'après la loi de son pays pouvait contracter mariage en France. A notre avis, la négative s'imposait logiquement, la loi du 8 mai 1816 ayant aboli le divorce par des motifs d'ordre public. La question ne peut plus se présenter aujourd'hui dans les mêmes termes, le divorce ayant été rétabli par la loi néfaste du 27 juillet 1884. Mais il reste un point qui peut encore fournir matière à discussion. La loi de 1884 n'admet pas le divorce par consentement mutuel, qui existe au contraire chez plusieurs nations voisines. L'étranger divorcé par consentement mutuel dans son pays peut-il se marier en France? L'affirmative ne nous paraît point douteuse. La loi française s'arrogeant le droit de dénouer le lien matrimonial, aussi bien que celui de le former, et ayant cessé de tenir le divorce pour contraire à l'ordre public, bien qu'il le soit en réalité, ne saurait trouver mauvais qu'une autre nation, allant un peu plus loin dans la même voie, admette une variété de divorce qu'elle ne reconnaît pas. L'étranger, régi quant à son état et à sa capacité par la loi de son pays, n'étant plus marié aux yeux de cette loi lorsqu'il a divorcé par consentement mutuel, il n'y a pas de raison pour lui dénier la faculté de contracter en France une nouvelle union.

Quelques auteurs admettent une seconde exception à la règle que l'état et la capacité des étrangers demeurent régis en France par leur loi d'origine. Ils soutiennent que cette loi cesse d'être applicable lorsqu'elle aurait pour résultat de causer préjudice à un Français. Ainsi, par exemple, un étranger appartenant à un pays dans lequel la majorité est fixée à vingt-cinq ans, contracte, après vingt et un ans, une obligation envers un Français qui le

1) Cour de cass., 14 mars 1877, D. 77, 1, 38, S. 78, 1, 25; — Chambéry, 9 janvier 1884, D. 85, 2, 279; — Paris, 21 mai 1885, D. 86, 2, 14; — 14 novembre 1887, D., 87, 2, 225; — Rennes, 7 février 1890, D. 91, 2, 180; — Trib. de Dieppe, 2 avril 1896, D. 98, 2, 281.

croit majeur. Il ne pourra pas, d'après ces auteurs, se prévaloir de sa loi nationale à l'effet d'obtenir de la justice française l'annulation de son engagement. Autrement en effet les Français n'auraient aucune sécurité dans leurs rapports avec les étrangers, dont ils ne peuvent connaître la loi avec certitude, et le crédit public ne manquerait pas de souffrir d'une pareille situation (1).

Tout en acceptant cette idée, d'autres auteurs y apportent un tempérament. Ils exigent que le Français, victime de son ignorance de la loi étrangère et de la véritable condition de celui avec lequel il a traité, n'ait commis aucune imprudence, question que les tribunaux doivent, le cas échéant, apprécier avec plus ou moins de sévérité suivant la nature et l'importance de l'opération intervenue (2).

On ne doit pas hésiter à repousser l'une et l'autre de ces opinions qui aboutissent en réalité à la destruction du principe. C'est à celui qui contracte de s'assurer de la condition juridique de son co-contractant. L'incapacité n'est pas toujours aisée à découvrir, même quand il s'agit de nationaux, et pourtant personne n'a jamais songé à soutenir que celui qui a traité avec un incapable, qu'il croyait capable, est fondé à arguer de sa bonne foi pour échapper à l'annulation de l'acte qu'il a fait. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans les rapports avec les étrangers ? Les renseignements étant alors plus difficiles à recueillir, le Français doit se montrer particulièrement prudent et ne consentir à traiter qu'autant qu'il est parvenu à s'éclairer d'une façon certaine. En agissant autrement il commet une faute dont il doit subir les conséquences. Loin d'être avantageux aux Français, le système contraire ne manquerait pas d'amener en pays étranger des mesures de rétorsion plus funestes que les inconvénients qu'on prétend prévenir. Il n'y aurait lieu de refuser à l'étranger le droit de se prévaloir de son incapacité que s'il avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper le Français sur sa condition juridique (arg. art. 1307 et 1310), la sanction des délits ou quasi-délits étant d'ordre public (3).

4° *Lois relatives à la forme des actes.*

69. Le projet de code civil dressé par la commission du gouvernement contenait une disposition ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par

1) Valette sur Proudhon, t. I, p. 83 et suiv.; Demangeat, *De la condition civile des étrangers*, p. 373. — Cour de cass., 18 février 1873, D. 73, 1, 297, S. 73, 1, 13.

2) Demolombe, t. I, n° 102; Aubry et Rau, § 31; Duranton, t. I, n° 93. — Paris, 8 février 1883, D. 84, 2, 24, S. 83, 2, 169; 20 mars 1890, D., 92, 2, 79.

3) Laurent, t. I, n° 84; Huc, t. I, nos 152 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 209; Weiss, t. III, p. 149.

les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés. » Une critique dirigée contre les termes de cette disposition la fit supprimer. Mais le principe qu'elle formulait ne fut point contesté et les art. 47, 170 et 999, qui en contiennent des applications particulières, prouvent d'une façon certaine que le législateur a entendu le consacrer. Ce principe qu'on exprime d'ordinaire par l'adage suivant emprunté à l'ancien droit : *Locus regit actum*, est en effet fondé sur la nécessité même. Sous peine de mettre les personnes qui se trouvent hors de leur pays dans l'impossibilité d'accomplir valablement certains actes de la vie civile, il fallait leur reconnaître le droit de procéder suivant les formes tracées par la loi locale, ces formes étant, dans la plupart des cas, les seules qu'elles puissent employer. Aussi le principe se retrouve-t-il dans la législation de tous les peuples.

Le mot *acte* a dans le langage du droit une double signification. Il désigne d'une part un fait juridique, *id quod actum est*, convention, déclaration, aveu, etc., d'autre part l'écrit, *instrumentum*, dressé pour constater un fait juridique et lui servir de preuve. La règle *Locus regit actum* s'applique aux actes juridiques aussi bien qu'aux actes instrumentaires.

Elle s'applique d'abord aux actes juridiques. Il en est ainsi alors même qu'il s'agit d'actes solennels d'après la loi française, auxquels la loi étrangère n'attribue pas ce caractère. Ainsi un Français peut contracter mariage à l'étranger sans formalité, si la loi du pays n'exige aucune forme de célébration (1). De même le contrat de mariage, la donation entre vifs, la reconnaissance d'un enfant naturel qui, en France, doivent avoir lieu dans la forme authentique (art. 1394, 931, 334), peuvent, à l'étranger, être faits dans la forme privée si la loi étrangère autorise cette manière de procéder (2). Décider autrement, comme le font quelques auteurs (3), c'est méconnaître le motif sur lequel est fondée la règle *Locus regit actum*. Il peut se faire en effet que les officiers publics locaux refusent d'intervenir à un acte qui, d'après leur loi nationale, doit se passer en dehors d'eux.

La règle *Locus regit actum* s'applique également aux actes instrumentaires. Elle régit non seulement la forme des actes publics ou authentiques, lesquels ne peuvent évidemment être dressés que dans les formes tracées par la loi locale, mais encore les actes sous seing privé. Ce dernier point a cependant été contesté. La nécessité qui justifie notre règle n'existe plus, a-t-on dit, lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé. Rien n'empêchant

1) Paris, 20 janvier 1873, D., 73, 2, 59, S. 73, 3, 177. — Cour de cass., 8 juillet 1886, D., 86, 1, 267, S., 87, 1, 449; — 2 août 1897, D., 98, 1, 377.

2) Demolombe, t. I, n° 106; Aubry et Rau, § 31; Huc, t. I, n° 168; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 219; Beudant, t. I, n° 158; — Douai, 13 janvier 1887, D., 87, 2, 121, S., 90, 2, 148.

3) Duranton, t. I, n° 91; Laurent, t. I, n° 99; Demangeat, *De la cond. des étr.*, p. 340.

alors les intéressés d'observer les formes prescrites par leur loi nationale, il n'y a pas de motif pour les en affranchir. On oublie, en raisonnant ainsi, que les personnes assez instruites pour régler elles-mêmes leurs affaires sont rares. La plupart sont obligées de recourir à l'expérience d'autrui et de confier la rédaction de leurs actes à des praticiens lesquels, le plus souvent, ne connaissent eux-mêmes que les formes en usage dans le lieu où ils exercent leur profession. On ne voit pas d'ailleurs comment il serait possible d'observer la loi nationale des parties au cas où elles seraient soumises à des lois différentes. Notre règle conserve donc toute sa raison d'être en ce qui concerne les actes sous seing privé. De là résulte notamment cette conséquence qu'un acte sous seing privé fait par un Français en pays étranger pour constater un contrat synallagmatique, c'est-à-dire un contrat engendrant des obligations réciproques (art. 1102), serait valable quoique ne satisfaisant pas à la formalité du double écrit prescrite par l'art. 1325, si cette formalité n'était pas exigée par la loi locale (1).

La règle *Locus regit actum* comporte quelques restrictions.

1° Tout d'abord, elle ne protège que les actes faits de bonne foi. Si donc des Français s'étaient rendus en pays étranger dans le but de s'affranchir de certaines exigences de la loi française, l'acte fait par eux aurait le même sort que s'il avait été passé en France. Il devrait être annulé si les formalités qui n'ont pas été observées étaient prescrites à peine de nullité (2).

2° Certains actes sont soustraits par la loi à l'application de la règle précitée. Ainsi le Français qui veut, en pays étranger, faire son testament sous signature privée doit nécessairement observer les formes prescrites par l'art. 970 pour le testament olographe (art. 999). D'après l'art. 2148, un acte passé en pays étranger ne peut en principe conférer une hypothèque sur des immeubles situés en France.

3° Les formalités prescrites par la loi étrangère ne suffisent plus lorsqu'il s'agit d'un acte soumis à des conditions qui, par leur nature, ne peuvent être accomplies que sur le territoire français. Ainsi la donation entre vifs ou la vente faite par un Français, en pays étranger, d'un immeuble situé en France doit être transcrite au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement (art. 939 et loi du 23 mars 1855).

Au lieu de procéder suivant les formes tracées par la loi étrangère, les Français qui se trouvent en pays étranger peuvent du reste, au moins pour certains actes, recourir, s'ils le préfèrent, au ministère des consuls ou des agents diplomatiques français qui procèdent suivant les formes françaises (art. 48 et ordonn. du 23 oct. 1833).

1) Cour de cass., 23 mai 1892, D., 92, 1, 473, S., 92, 1, 521.

2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 224; Despagnet, n° 214; Comp. Aubry et Rau, § 31; Demolombe, t. I, n° 106; Huc, t. I, n° 169; Weiss, p. 111.

De nombreux traités conclus entre la France et les États étrangers reconnaissent également aux agents diplomatiques ou aux consuls de ces États le droit de recevoir les actes concernant leurs nationaux.

Enfin il est généralement admis qu'établie uniquement dans l'intérêt privé de ceux qui sont hors de leur pays, la règle *Locus regit actum* n'est point impérative, mais simplement facultative. Alors même qu'ils n'ont pas la faculté de recourir aux consuls ou agents diplomatiques de leur nation, les Français ne sont donc point obligés de se conformer, pour les actes qu'ils passent en pays étranger, aux prescriptions de la loi locale. Ils peuvent toujours, lorsque la chose est matériellement possible, observer, si bon leur semble, les formes tracées par la loi française. De même, les actes passés sur notre territoire par des étrangers sont valables, aux yeux de la loi française, lorsque leurs auteurs ont observé les formes prescrites par la loi de leur pays (1).

CHAPITRE III

DE L'APPLICATION DES LOIS

70. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs qui forme, depuis la révolution, une des bases de notre droit public, l'application des lois appartient à une autorité distincte de celle qui les fait. La mission d'appliquer la loi est confiée au pouvoir judiciaire.

Les art. 4, 5 et 6 du code civil formulent trois règles générales auxquelles les juges sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions.

71. Aux termes de l'art. 5, « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* » Le but de cet article est de proscrire les *arrêts de règlement* que rendaient autrefois les parlements. On appelait ainsi des décisions solennelles par lesquelles un parlement, statuant sur un procès toutes chambres assemblées, déclarait qu'il jugerait désormais dans le même sens toutes les causes semblables qui lui seraient soumises. Ces arrêts, « tant que le roi n'ordonnait rien au contraire », devaient être observés comme des lois dans le ressort du parlement qui les avait rendus; les tribunaux inférieurs étaient tenus de s'y conformer. Une semblable participation des corps judiciaires à l'exercice du pouvoir législatif ne pouvait être tolérée sous un régime basé sur la séparation des pouvoirs. Il y avait encore une autre raison pour l'interdire. Si les tribunaux pouvaient statuer par voie

1) Aubry et Rau, § 31, texte et note 79; Laurent, t. I, n° 101; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 227; Douai, 13 janvier 1887, D., 87, 2, 121, S., 90, 2, 148. Comp. Demolombe, t. I, n° 106 bis; Huc, t. I, n° 170.

de disposition générale et réglementaire, l'unité de législation ne tarderait pas à se trouver brisée. On retomberait dans la diversité des statuts locaux qui existait autrefois.

Nos tribunaux modernes, quels qu'ils soient, ne peuvent prononcer que sur les procès dont ils sont saisis et dans les limites des conclusions prises devant eux par les parties. Leurs décisions n'ont, en dehors du cas sur lequel elles sont intervenues, aucune force obligatoire. Elles ne lient pas les tiers, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas figuré au procès (art. 1351). Elles ne lient pas les tribunaux autres que celui qui les a rendues, ni même celui qui les a rendues; ce tribunal, si une autre affaire exactement semblable vient à lui être soumise, est entièrement libre de s'écarter de sa première décision.

L'interdiction faite aux magistrats de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire est sanctionnée par l'art. 127 du code pénal qui déclare les contrevenants coupables de forfaiture et passibles de la dégradation civique.

72. Mais si les tribunaux ne doivent statuer que sur les causes qui leur sont soumises, ils doivent nécessairement statuer sur toutes celles qui leur sont soumises. Institués pour dire le droit à ceux qui s'adressent à eux, ils ne peuvent sous aucun prétexte se dérober à cette tâche. Il ne faut pas en effet que les citoyens puissent être tentés de se faire justice à eux-mêmes et de troubler ainsi l'ordre public. « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, dit l'art. 4, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

Le déni de justice est un délit puni d'une amende de 200 à 500 francs et de l'interdiction des fonctions publiques pendant un délai de cinq à vingt ans (art. 185 c. pén.). La procédure à suivre pour mettre le juge en demeure de statuer et constater le déni de justice est organisée, sous le nom de *prise à partie*, par les art. 505 et suivants du code de procédure.

Il n'arrive guère en pratique que l'on plaide en présence d'un texte clair et précis. Presque toujours, s'il y a procès, c'est que la loi est obscure ou qu'elle n'a pas prévu le cas qui se présente. Les juges doivent alors, pour trancher le différend, recourir aux procédés d'*interprétation* que nous indiquerons dans le chapitre suivant. S'ils ne parviennent pas à découvrir ainsi le sens et la portée de la loi ou à combler ses lacunes, ils statueront d'après l'équité. « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise est un ministre d'équité », disait le titre V, art. 11, du livre préliminaire. Portalis, dans l'*Exposé des motifs*, s'exprime dans le même sens : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition, ou l'obscurité des lois positives. »

En procédant de cette façon, la jurisprudence a édifié des théories très

ingénieuses sur des matières qui avaient échappé aux prévisions du législateur, et plus d'une fois il est arrivé que le législateur s'est ensuite approprié ces théories et les a transformées en lois.

Tenus de juger toutes les affaires dont ils sont régulièrement saisis, les tribunaux ne pourraient pas demander au pouvoir législatif d'expliquer ou de compléter la loi, ni suspendre leur décision jusqu'à ce qu'il se fût prononcé. Ce sont précisément ces recours ou *référés* au pouvoir législatif que les auteurs du code ont eus principalement en vue dans l'art. 4, et qu'ils ont voulu interdire. La loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, après avoir défendu aux tribunaux de faire des règlements, ajoutait : « Ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle » (titre II, art. 12). Les tribunaux se crurent autorisés par cette disposition à recourir au Corps législatif avant de faire droit sur les contestations portées devant eux. Ces recours équivalaient trop souvent à de véritables dénis de justice, le législateur, absorbé par d'autres soins, négligeant de statuer sur les questions qui lui étaient soumises. S'il s'en occupait, on tombait dans un autre inconvénient. La loi qui intervenait étant en même temps un jugement, puisqu'elle décidait le procès à l'occasion duquel elle était rendue, le principe de la séparation des pouvoirs se trouvait violé; le Corps législatif était, pour la circonstance, transformé en tribunal. Mais si l'art. 4 écarte ces inconvénients, l'obligation qu'il impose aux magistrats de juger, alors même qu'il n'y a pas de loi, n'a-t-elle pas aussi ses dangers? Le juge qui statue d'après l'équité, à défaut de loi, fait dans une certaine mesure l'office de législateur. Il formule lui-même une règle qu'il applique ensuite au point litigieux. La confusion de pouvoirs que l'on a voulu éviter n'est donc que déplacée. — Portalis a prévu l'objection et il y répond en disant que, placés dans la nécessité d'opter entre deux maux, les auteurs du code ont choisi le moindre. « On a moins à redouter, dit-il, l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat, qui peut être réformé et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable. » Il est d'ailleurs extrêmement rare que le juge ne trouve pas dans la loi elle-même les éléments de sa décision. « Nos lois sont si nombreuses et si remplies de détails, les principes qu'elles posent sont si larges et si féconds, que l'on est à peu près sûr, pour peu qu'on ait l'esprit exercé, d'y rencontrer, quelle que soit la nature de l'affaire à juger, les bases d'une décision juridique (1). »

Afin d'assurer une exacte application de la loi par les tribunaux, notre législation admet en général deux degrés de juridiction, c'est-à-dire qu'elle autorise la personne qui a perdu son procès, et qui se croit victime d'une erreur de fait ou de droit commise par ses juges, à former *appel* de la déci-

1) Murlon, t. I, n° 86, note 2.

sion intervenue, en la déférant à un tribunal supérieur, investi du droit de la réformer et de la remplacer par une décision nouvelle. D'autre part, elle place au sommet de la hiérarchie judiciaire un tribunal suprême, la cour de cassation, dont la mission est de casser les arrêts ou les jugements en dernier ressort rendus contrairement à la loi.

A la différence de l'appel, le *pourvoi en cassation* ne donne pas lieu à un nouvel examen des faits de la cause. La cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Tenant pour constants les faits tels que les juges du fond, c'est-à-dire ceux de première instance et ceux d'appel, les ont constatés, qualifiés et appréciés, elle se borne à examiner s'il leur a été fait une application exacte de la loi. En un mot, elle juge les jugements ou les arrêts, au point de vue de leur conformité à la loi; elle ne juge point les procès. Si elle estime que la loi a été bien interprétée et exactement appliquée, elle rejette le pourvoi, et la décision attaquée se trouvant ainsi maintenue produit son plein et entier effet. Dans le cas contraire, elle casse le jugement ou l'arrêt et renvoie l'affaire, pour être jugée à nouveau, devant un tribunal du même rang que celui qui avait rendu la décision cassée. Les magistrats devant lesquels l'affaire est ainsi portée ne sont point liés par l'avis de la cour suprême. Ils conservent une entière liberté d'appréciation et peuvent par conséquent rendre une décision semblable à celle qui a été cassée. Cette décision pourra à son tour être déférée à la cour de cassation, laquelle devra cette fois statuer toutes chambres assemblées. En cas de nouvelle cassation prononcée pour les mêmes motifs que la première, la cour ou le tribunal saisi de l'affaire par suite du second renvoi sera tenu de se conformer à l'avis de la cour de cassation sur le point de droit jugé par elle (loi du 1^{er} avril 1837). L'affaire se trouvera donc définitivement terminée. Nous reviendrons sur ce point en traitant de l'interprétation des lois.

73. L'art. 6, le dernier du titre préliminaire, est ainsi conçu : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » Comme l'indique la place qu'elle occupe à la suite des art. 4 et 5, cette disposition ne s'applique pas seulement aux particuliers; elle s'adresse en même temps aux magistrats auxquels elle trace leur devoir quand ils se trouvent en présence d'une contravention à la prohibition qu'elle édicte (1).

En principe, les particuliers sont libres de régler leurs droits comme bon leur semble. Le législateur, lorsqu'il statue en matière de droits privés, n'entend point, en thèse générale, imposer ses prescriptions aux intéressés, mais seulement les dispenser, en consacrant leur volonté présumée, d'entrer dans des explications qui seraient toujours les mêmes. Lors donc qu'ils

1) Consultez, sur cet article, l'étude de M. de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois.*

manifestent formellement l'intention de s'écarter des règles légales pour en adopter d'autres, cette intention expresse doit l'emporter sur l'intention présumée qui sert de base aux dispositions de la loi. Formulé pour les contrats par l'art. 1134, ce principe s'applique également aux actes émanant de la volonté unilatérale d'un individu, par exemple aux testaments. Mais, pour que les particuliers soient ainsi les maîtres d'agir à leur guise et de déroger à la loi, il faut que leurs intérêts privés soient seuls en jeu. Les dispositions légales qui concernent l'utilité générale demeurent hors de toute atteinte. Autrement il n'y aurait pas de société possible. C'est là ce que veut dire l'art. 6 lorsqu'il interdit toute dérogation aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Une disposition légale est d'ordre public lorsqu'elle est fondée sur des considérations, des idées que le législateur regarde comme essentielles à la conservation, à l'harmonie de la société telle qu'il la comprend et qu'il la veut. Il arrive assez souvent qu'après avoir formulé une règle le législateur ajoute qu'il n'est pas permis d'y déroger (art. 791, 815, 1130, 1387, 1628, 1660, 1674, 2220, etc.) Mais il ne prend pas toujours ce soin. En cas de silence de sa part, il appartient au juge de rechercher, en interrogeant les motifs et le but des diverses dispositions légales, si elles concernent l'intérêt social en même temps que l'intérêt privé. Au nombre des lois qui doivent être considérées comme étant d'ordre public figurent notamment celles qui règlent l'état des personnes, ou qui déterminent leur capacité ou leur incapacité. Les lois relatives aux biens sont au contraire, pour la plupart, d'intérêt exclusivement privé. La possibilité d'y déroger peut donc être regardée comme la règle. Toutefois les dispositions légales fixant les divers droits que l'homme peut avoir sur les choses, les modes de transmission dont ces droits sont susceptibles, la publicité des aliénations et des constitutions de droits réels, les voies d'exécution, l'insaisissabilité de certains biens, etc., sont incontestablement d'ordre public.

Dans son discours au Corps législatif, le tribun Faure dit que les bonnes mœurs sont une dépendance de l'ordre public. La moralité est en effet une condition essentielle de la vie sociale. C'est seulement pour plus de clarté et de précision que le législateur interdit spécialement de déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Il est bien évident que les lois pénales concernent les bonnes mœurs et que, par conséquent, il n'est pas permis d'y déroger. Mais il n'est pas nécessaire, pour donner lieu à l'application de l'art. 6, qu'il s'agisse d'attentats aux bonnes mœurs constituant des crimes ou des délits. Un fait que la morale réprovoque, sans que la loi pénale le frappe, ne saurait être l'objet d'une convention ou d'un acte juridique (art. 1131 et 1133). Tomberait par exemple sous le coup de la prohibition toute convention ou stipulation tendant à fonder ou à favoriser un état de concubinage, à faciliter ou à encourager la prostitution ou l'intempérance,

à détruire la liberté ou la bonne foi dans les contrats, etc. Les tribunaux sont nécessairement investis en cette matière d'un large pouvoir d'appréciation.

Quel est le sort des actes faits en contravention à la disposition de l'art. 6? Il serait impossible de traiter ici cette question avec tous les développements qu'elle comporte. Il suffira de constater, pour le moment, que la loi fait à cet égard une distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. S'agit-il d'un acte à titre onéreux, par exemple d'une vente, la loi annule non seulement la clause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais l'acte lui-même dans toutes ses parties (art. 1172). S'agit-il d'un acte à titre gratuit, donation ou testament, la clause illicite qu'il renferme ne porte pas atteinte à la validité de l'acte lui-même. Cette clause est alors effacée, réputée non écrite, et l'acte produit effet pour le surplus (art. 900).

CHAPITRE IV

DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS

74. Interpréter une loi, c'est en rechercher le sens et la portée.

La nécessité de l'interprétation ne résulte pas seulement de l'imperfection des lois, mais de leur nature même. La variété des relations juridiques étant infinie, il est en effet impossible au législateur de prévoir toutes les situations qui sont susceptibles de se présenter et de porter pour chacune d'elles une décision particulière. Il doit nécessairement se borner à procéder par voie de décisions générales, à poser des principes dont il s'agit ensuite de faire l'application aux hypothèses qui surgissent en pratique. L'interprétation est donc nécessaire soit pour élucider la loi, lorsqu'elle n'est pas suffisamment claire, soit pour résoudre les questions qu'elle n'a pas textuellement prévues.

SECTION I

DES RÈGLES D'INTERPRÉTATION

75. Le code ne trace aucune règle sur l'interprétation des lois. Le livre préliminaire placé en tête du projet primitif renfermait un titre sur cette matière, le titre V. Ce titre ayant été supprimé, il appartient à la doctrine de suppléer au silence du code, en s'inspirant des dispositions très précises que contenait le projet, ainsi que des règles tracées par les art. 1156 et suivants pour l'interprétation des conventions.

Quelques-uns des principes du sujet ont été formulés en proverbes. On

désigne en pratique ces proverbes juridiques sous le nom d'*adages* ou de *brocards*.

I. Lorsque la loi s'exprime clairement, qu'elle ne présente ni obscurité, ni équivoque, on doit s'en tenir à son texte. « Quand une loi est claire, disait le titre V du livre préliminaire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit » (art. 8). Le rôle de l'interprète ne consiste point en effet à rechercher ce que le législateur aurait dû faire, mais ce qu'il a fait. Lors donc que le législateur s'est exprimé de telle sorte qu'il n'y a aucun doute sur sa volonté, l'interprète n'a qu'à s'incliner, sauf à signaler, s'il y a lieu, la défectuosité de la loi, et à demander qu'elle soit réformée. « S'écarter du texte certain de la loi, pour s'en tenir à son esprit, qui est douteux, c'est faire prévaloir sur ce qui est ce qui peut être, présumer que le législateur n'a pas su fidèlement traduire sa pensée, et substituer le plus souvent à la volonté de celui-ci celle de l'interprète » (1). Il n'y a qu'un seul cas, très rare d'ailleurs, dans lequel l'interprète soit fondé à s'écarter du texte de la loi; c'est celui où il est démontré d'une façon certaine et indubitable que, tout en paraissant s'exprimer clairement, le législateur a dit en réalité autre chose que ce qu'il voulait dire. L'interprétation qui s'en tiendrait alors servilement au texte serait une interprétation *judiciaire*.

II. Lorsque la rédaction employée fait naître des doutes sur la pensée du législateur, il faut, pour en découvrir le sens, recourir aux moyens suivants :

a. Consulter les usages de la langue et les règles de la syntaxe, en ayant soin toutefois de s'attacher plutôt à la signification technique des termes employés qu'à l'acception qu'ils ont dans le langage vulgaire. C'est ce qu'on appelle *l'interprétation grammaticale*, par opposition à *l'interprétation logique* qui comprend tous les autres procédés d'interprétation.

b. Rapprocher le texte à interpréter des autres dispositions légales relatives à la même matière ou à des matières analogues.

c. Rechercher les motifs de la loi, le but qu'elle s'est proposé, en consultant à cet effet l'esprit général de la législation, les circonstances dans lesquelles la loi a été faite, les sources auxquelles elle a été puisée, les travaux préparatoires qui ont précédé son adoption. En ce qui concerne spécialement l'interprétation du code civil, il convient d'observer que les travaux préparatoires n'ont pas dans toutes leurs parties une égale valeur. On doit s'attacher surtout aux discussions qui eurent lieu au Conseil d'État et aux observations du Tribunat. Malheureusement les procès-verbaux des discussions du Conseil d'État sont souvent rédigés d'une façon trop succincte et peu intelligible. Quant aux discours prononcés devant le Corps législatif, ils n'expriment que l'opinion personnelle des orateurs dont ils émanent et

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 258.

renferment d'ailleurs un assez grand nombre d'erreurs. On ne doit donc en user qu'avec précaution.

d. Les conséquences auxquelles on aboutirait en entendant la loi dans tel ou tel sens doivent également être prises en considération. Il y a lieu de repousser une interprétation qui ferait consacrer par la loi une inconséquence ou une injustice.

III. Quand la loi est générale, quand sa disposition est absolue, illimitée, elle doit être appliquée à tous les cas qui se trouvent compris dans ses termes. « Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas », disait le titre V (art. 9) du livre préliminaire. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La règle fléchit toutefois lorsqu'il est établi qu'en appliquant la loi dans toute l'étendue de ses termes et sans distinction, on se mettrait en opposition avec ses motifs et son but. *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*.

IV. Lorsque la loi est muette, les principaux procédés à l'aide desquels on peut résoudre les questions qu'elle n'a pas prévues sont : l'argument d'analogie, l'argument *a fortiori* et l'argument *a contrario*.

L'argument d'analogie, ou argument *a pari*, consiste à appliquer aux cas non prévus les règles portées pour un cas analogue. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*. Mais pour que cet argument soit légitime, il faut que la disposition légale qu'il s'agit d'appliquer par analogie ne soit pas une exception au droit commun. Les dispositions exceptionnelles doivent être restreintes au cas en vue duquel elles ont été édictées; elles n'admettent aucune extension. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là vient que les dispositions pénales ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi formelle. *Nulla pœna sine lege*.

L'argument *a fortiori* est celui qui consiste à appliquer une disposition légale à un cas dans lequel se rencontre à un degré plus éminent que dans celui qu'elle prévoit le motif qui a dicté sa décision.

L'argument *a contrario* conclut de la volonté exprimée par le législateur, dans le cas prévu par lui, qu'il a eu dans les autres cas une volonté contraire. *Qui dicit de uno negat de altero*. — *Inclusionem unius fit exclusio alterius*. En général, cet argument n'est probant qu'autant qu'on part d'une disposition exceptionnelle pour revenir aux principes du droit commun. Hors de là il est dangereux, le silence du législateur n'étant pas à lui seul une preuve certaine de sa volonté.

SECTION II

DES DIVERSES ESPÈCES D'INTERPRÉTATION

76. L'interprétation de la loi est ou *privée* ou *publique*.

L'interprétation privée, ou interprétation *doctrinale*, est celle qui émane

des jurisconsultes. Elle est donnée dans une forme quelconque, par exemple dans un ouvrage ou dans une plaidoirie, et n'a d'autre force que celle que lui confère sa propre valeur scientifique. Elle s'accepte et ne s'impose pas.

L'interprétation publique, ou interprétation par voie d'autorité, présente au contraire un caractère obligatoire. Elle est *judiciaire* ou *législative*.

L'interprétation judiciaire est celle qui est donnée par les tribunaux dans les procès qui leur sont soumis.

L'interprétation législative est celle qui émane du pouvoir législatif lui-même. Il appartient naturellement au pouvoir qui fait la loi de trancher les difficultés qui s'élèvent sur sa signification ou de combler les lacunes qu'elle présente. *Ejus est interpretari legem cujus est condere*. Par dérogation à ce principe, l'interprétation législative fut, sous le Consulat et sous l'Empire, donnée par le chef du gouvernement sur l'avis du Conseil d'État, sans la participation des assemblées législatives (arrêté réglementaire du 5 nivôse an VIII, art. 11). On disait, pour justifier cette dérogation, que le gouvernement ayant, d'après la constitution du 22 frimaire an VIII, l'initiative exclusive des lois, lesquelles étaient élaborées sous sa direction par le Conseil d'État sans que les assemblées législatives eussent le droit de les amender, devait nécessairement connaître d'une façon exacte l'esprit dans lequel elles étaient conçues.

Tandis que l'interprétation judiciaire n'est obligatoire que pour les parties en cause et relativement à la contestation qu'elle a terminée, l'interprétation législative étant une loi a une autorité générale et absolue et s'impose à tous. Ainsi que nous l'avons fait observer à propos de l'art. 2, la loi interprétative s'incorpore avec la loi interprétée ; elle ne forme avec elle qu'une seule et même loi, et doit par conséquent être appliquée même aux faits antérieurs, sans qu'il y ait en cela aucune rétroactivité.

77. Le législateur est aujourd'hui seul juge du point de savoir si une loi a ou non besoin d'interprétation. Mais il n'en a pas toujours ainsi. Pendant longtemps son intervention a dû être provoquée pour trancher les conflits survenus entre la cour de cassation et les cours ou tribunaux. Nous allons indiquer brièvement les variations de notre législation sur ce point.

La loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, portant institution du tribunal de cassation, s'exprimait ainsi dans son article 21 : « Lorsqu'un jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et, lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement. » En d'autres termes, quand, après deux cassations successives, le troisième tribunal devant lequel l'affaire avait été

renvoyée jugeait comme les deux premiers, le tribunal de cassation saisi d'un troisième pourvoi fondé sur les mêmes motifs, devait surseoir à statuer et s'adresser au Corps législatif pour obtenir une interprétation à laquelle il était, comme tous les autres tribunaux, tenu de se conformer. Le référé au pouvoir législatif était donc *obligatoire* pour le tribunal de cassation et *suspensif* de la solution du procès pendant.

Maintenu par la constitution des 3-14 septembre 1791 (titre III, chap. v, art. 21), ce système fut également reproduit par la constitution du 5 fructidor an III (art. 256), avec cette différence toutefois que, dans un but de célérité et d'économie, le référé du tribunal de cassation au Corps législatif dut avoir lieu dès le deuxième pourvoi.

Ce système présentait deux inconvénients. Il suspendait indéfiniment le cours de la justice, le Corps législatif pouvant négliger de statuer sur les référés dont il était saisi, et il aboutissait d'autre part à une confusion des pouvoirs en constituant le Corps législatif juge du procès.

La loi du 27 ventôse an VIII vint modifier quelque peu cet état de choses en disposant, dans son article 78, qu'au lieu de solliciter une interprétation législative, le tribunal de cassation devrait statuer une seconde fois, toutes les chambres assemblées. Convaincus sans doute que cette décision solennelle mettrait fin à tout débat, les auteurs de la loi n'avaient pas prévu le cas où le troisième tribunal saisi de l'affaire jugerait comme les deux premiers, contrairement à l'avis du tribunal de cassation. Le cas s'étant présenté, la loi du 16 septembre 1807 dut édicter des règles nouvelles. Elle portait que la cour de cassation, saisie d'un second pourvoi, pourrait à son gré statuer toutes chambres réunies sous la présidence du grand juge, ministre de la justice, ou bien solliciter immédiatement une interprétation législative, laquelle serait donnée, conformément à l'arrêté du 5 nivôse an VIII, par le gouvernement, sur l'avis du Conseil d'État, dans la forme des règlements d'administration publique. Si elle optait pour le premier parti et si, après une nouvelle cassation, suivie d'un arrêt ou d'un jugement conforme aux deux premiers, elle venait à être saisie d'un troisième pourvoi, elle devait nécessairement surseoir à statuer et solliciter une interprétation.

Le système admis pour l'interprétation des lois par l'arrêté du 5 nivôse an VIII était incompatible avec les dispositions de la Charte de 1814. Non seulement en effet la Charte n'assignait au Conseil d'État aucun rôle dans la confection des lois, mais elle ne le faisait point figurer parmi les corps constitués et ne mentionnait même pas son existence. D'un autre côté, si le gouvernement conservait seul l'initiative des lois, les Chambres n'étaient plus, comme le Corps législatif de l'Empire, astreintes à adopter ou à rejeter silencieusement les projets qui lui étaient présentés; elles pouvaient les discuter librement et les amender. Il n'y avait donc plus de motif pour que le pouvoir exécutif demeurât investi du droit d'interprétation.

Le gouvernement de la Restauration reconnut en effet qu'il ne lui appartenait pas de donner *proprio motu* et avec autorité législative l'interprétation des lois; mais il persista à rendre, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, des ordonnances interprétatives, comme si cette loi avait été autre chose qu'un corollaire de la règle posée dans l'article 11 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII. Aux critiques soulevées par cette pratique, un avis du Conseil d'État du 27 novembre 1823, approuvé le 17 décembre suivant, s'efforça de répondre en établissant qu'à la différence de l'arrêté de l'an VIII, la loi de 1807 pouvait se concilier avec la Charte, l'interprétation donnée par le gouvernement en vertu de cette loi n'ayant ni le caractère ni les effets d'une interprétation législative, que l'intervention du pouvoir législatif pouvait seule lui conférer, mais seulement ceux d'une interprétation judiciaire, bornée au cas particulier en vue duquel elle intervenait, sans devenir la règle des cas semblables qui se présenteraient à l'avenir. Au lieu de constituer une intrusion du pouvoir exécutif dans le domaine législatif, l'interprétation donnée par le gouvernement devenait ainsi, aux yeux du Conseil d'État, une application du principe de la justice retenue, le roi intervenant alors non comme législateur, mais comme souverain justicier pour mettre fin au dissentiment survenu et terminer le procès.

Les choses demeurèrent en l'état jusqu'à la loi du 30 juillet 1828 qui prononça l'abrogation de la loi du 16 septembre 1807 et la remplaça par les dispositions suivantes : Lors du second pourvoi, la cour de cassation dut statuer toutes chambres réunies, sans pouvoir demander une interprétation. En cas de nouvelle cassation, l'affaire était nécessairement renvoyée à une cour royale, alors même que la décision émanait d'un tribunal inférieur. La cour de renvoi devait, elle aussi, statuer en audience solennelle et son arrêt, fût-il conforme aux décisions précédemment cassées, ne pouvait plus être déféré à la cour de cassation sur le même point et pour les mêmes motifs. L'affaire était donc définitivement terminée. Mais le conflit qui s'était produit attestant un vice grave dans la loi, il devait en être référé au roi qui, dans la session législative suivante, présentait aux Chambres une loi interprétative.

En supprimant tout référé au cours du procès et en prescrivant que l'affaire pendante fût tranchée immédiatement par la voie judiciaire, la loi du 30 juillet 1828 réalisait un véritable progrès. Mais elle encourait par ailleurs un sérieux reproche, celui d'avoir, en donnant le dernier mot à une cour d'appel, violé les règles de la hiérarchie judiciaire et méconnu le rôle régulateur que, d'après le but de son institution, la cour de cassation est appelée à jouer. Ces motifs ne tardèrent pas à amener son abrogation et son remplacement par la loi du 1^{er} avril 1837, actuellement en vigueur. Cette loi contient deux innovations. D'abord il n'est plus question de référé au pouvoir législatif, soit au cours du procès, comme sous l'empire de la loi de

1790, soit après, comme sous l'empire de la loi de 1828. Le pouvoir législatif peut toujours, quand bon lui semble, mettre fin par une loi interprétative aux obscurités ou aux lacunes que la pratique révèle dans la législation; mais son intervention est entièrement libre et ne peut être sollicitée que par ceux auxquels appartient l'initiative des lois. En second lieu, la loi de 1837 a rendu à la cour de cassation le dernier mot dans les questions de droit portées devant elle. La cour d'appel ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée après une deuxième cassation doit se conformer, sur le point de droit, à la décision de la cour de cassation. Voici le texte des art. 1 et 2 de la loi du 1^{er} avril 1837 :

« Art. 1. — Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la cour de cassation procédera toutes les chambres réunies.

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

Mais c'est seulement, ne l'oublions pas, dans l'espèce où il est intervenu que l'arrêt de la cour de cassation a ainsi force de loi, aucun corps judiciaire ne pouvant aujourd'hui faire des arrêts de règlement. La question tranchée par la cour suprême demeure donc entière pour l'avenir. Qu'un nouveau procès exactement semblable vienne à être soumis au tribunal ou à la cour d'appel qui a dû se borner à enregistrer la décision de la cour de cassation, ce tribunal ou cette cour demeurera entièrement libre d'adopter une solution différente. Il peut même arriver que, cédant à la résistance qu'elle rencontre, la cour suprême abandonne sa première manière de voir. Mais ces revirements sont extrêmement rares. Presque toujours ce sont les cours et tribunaux qui, de guerre lasse, finissent par se ranger à l'avis de la cour de cassation.

LIVRE I

DES PERSONNES

78. Une personne est tout être envisagé comme sujet de droits, c'est-à-dire comme ayant ou pouvant avoir des droits.

On distingue deux sortes de personnes : les personnes *physiques* ou *réelles* et les personnes *civiles* appelées aussi personnes *morales* ou *juridiques*.

Les personnes *physiques* sont les hommes. Depuis l'abolition de l'esclavage, tout homme, tout être humain, est une personne. Il constitue une personne dès le moment de sa naissance et conserve cette qualité jusqu'à sa mort, sans qu'aucun événement puisse le dépouiller d'un attribut inhérent à sa nature même (1). L'enfant conçu ne forme pas encore une personne distincte de celle de sa mère. Toutefois, en vertu d'une fiction, la loi, dans certains cas au moins, le considère comme né lorsque son intérêt l'exige. Mais la personnalité qui lui est ainsi reconnue n'est que provisoire; elle est subordonnée, quant à ses effets définitifs, à la condition que l'enfant naîtra vivant et viable (art. 314, 725 et 906). Un enfant n'est pas viable lorsqu'il est conformé de telle façon que la prolongation de son existence est matériellement impossible. L'enfant qui naît non viable et l'enfant mort-né sont réputés n'avoir jamais existé et n'ont par conséquent jamais eu la qualité de personnes. Mais un enfant qui naît difforme ou dépourvu de toute intelligence, si d'ailleurs ses infirmités ne sont pas telles qu'elles l'empêchent de vivre, ne cesse point pour cela d'être une personne. Il pourra seulement y avoir lieu de prendre à son égard certaines mesures spéciales destinées à le protéger.

Les personnes *morales* n'ont pas d'existence matérielle, mais seulement une existence légale et juridique. Ce sont des êtres de raison que la loi reconnaît et personnifie afin qu'ils puissent être les sujets de droits comme

1) La mort civile elle-même, avant son abolition par la loi du 31 mai 1854, n'effaçait pas complètement la personnalité de celui qu'elle frappait.

les personnes physiques. La personnalité est conférée tantôt à une agrégation d'individus, à une association de personnes physiques, auquel cas l'être nouveau qu'elle crée représente et résume les intérêts collectifs de ces personnes en les groupant pour en former un faisceau unique, tantôt à une institution ou à une œuvre, sans qu'alors la personne morale représente d'autres personnes, mais seulement une idée à réaliser, un but à atteindre (1).

79. On divise ordinairement les personnes morales en deux classes : les personnes morales *publiques* et les personnes morales *privées*.

Les personnes morales publiques sont celles qui se rattachent à l'organisation politique et administrative du pays. Ces personnes sont : l'État, les départements, les communes, les colonies, les établissements publics.

L'État est nécessairement pourvu de la personnalité, cet attribut étant indispensable à l'accomplissement de sa mission. Pour qu'il puisse assurer et garantir à ceux qui habitent son territoire la libre jouissance de leurs droits, il faut en effet qu'il ait lui-même des droits. Il constitue donc une personne civile nécessaire, et c'est de lui que toutes les autres tiennent leur existence.

La personnalité civile des départements a été consacrée par les décrets du 9 avril et du 16 décembre 1811 et par la loi du 10 mai 1838. Les départements sont divisés en arrondissements et en cantons ; mais ces circonscriptions n'ont pas de personnalité.

La personnalité des communes a une origine très ancienne. Le droit romain reconnaissait la personnalité des municipes et des cités. Lorsque les communes se formèrent au moyen-âge, il fut également admis qu'elles avaient une personnalité, et cette qualité fut étendue dans la suite aux communautés rurales. La révolution laissa subsister la personnalité des communes que consacrent également nos lois modernes (2).

La personnalité des colonies date des ordonnances du 26 janvier 1825 et du 17 août 1826 qui leur reconnurent un domaine.

L'État, les départements, les communes et les colonies ont à pourvoir, dans l'étendue de leur circonscription respective, à tous les besoins généraux et ils doivent organiser dans ce but les services nécessaires. Quelques-uns de ces services ont, à raison de leur importance ou des connaissances qu'ils exigent, été distraits de l'administration générale et confiés à des organes spéciaux investis eux-mêmes d'une personnalité distincte. Ces organes spéciaux s'appellent les *établissements publics*.

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 295.

2) A côté des communes, jouissant comme elles de la personnalité, il faut placer les *sections de commune* et les *syndicats de communes* (loi du 5 avril 1884, art. 7 et 170).

Les principaux établissements publics sont : les fabriques paroissiales, les menses curiales et épiscopales, les chapitres cathédraux et collégiaux, les séminaires diocésains, les consistoires protestants et israélites, l'Institut et chacune des cinq Académies qui le composent, le Collège de France, les Facultés et Universités, l'ordre de la Légion d'honneur, les Chambres de commerce, les hospices et hôpitaux, les bureaux de bienfaisance, les compagnies d'officiers ministériels, etc.

Les personnes morales privées sont les établissements d'utilité publique et certaines associations formées entre particuliers dans un but pécuniaire.

On appelle établissements d'utilité publique des institutions existant en dehors de l'organisme administratif et n'accomplissant point dès lors un service public, mais qui, ayant un but d'intérêt général et rendant des services au public, ont été à ce titre investies de la personnalité en vue de faciliter leur action. Rentrent dans cette catégorie : les caisses d'épargne, les monts-de-piété, les sociétés de secours mutuels, un grand nombre d'associations littéraires, scientifiques ou charitables, les syndicats professionnels, etc.

Les associations formées dans un but pécuniaire qui jouissent du bénéfice de la personnalité sont les sociétés commerciales et les sociétés civiles à forme commerciale (loi du 1^{er} août 1893, art. 6). Quant aux sociétés civiles ordinaires, la question de savoir si elles constituent des personnes morales est controversée et doit, à notre avis, être résolue négativement.

80. La personnification étant une fiction, doit, avons-nous dit, être l'œuvre de la puissance publique, à qui seule il appartient d'appeler à la vie légale des êtres dépourvus de toute existence réelle. Un autre motif justifie l'intervention du pouvoir social en pareille matière. A raison de l'importance que peut acquérir une personne morale et des moyens d'action qu'elle peut avoir à sa disposition, la sûreté de l'État exige qu'aucun corps de cette nature ne puisse se former ou se maintenir dans son sein sans qu'il y consente. Il convient seulement de remarquer qu'en prétendant régir avec la même omnipotence les associations religieuses et les institutions qui, par leur nature, relèvent exclusivement de lui, l'État méconnaît ce principe de justice et de raison, proclamé par le droit canonique, que les matières mixtes doivent être réglées d'un commun accord par l'autorité temporelle et l'autorité spirituelle (1).

L'intervention de l'autorité publique pour conférer la personnalité à une

1) La loi du 1^{er} juillet 1901, sur le droit d'association, a encore aggravé la situation des congrégations religieuses en les plaçant hors du droit commun et en subordonnant à l'autorisation de l'État, non seulement leur personnalité, mais leur existence même sur le sol français.

association ou à une œuvre revêt, suivant les cas, des formes différentes. Tantôt la personnalité est accordée de plein droit, par une disposition générale de la loi, à toutes les institutions qui remplissent certaines conditions déterminées. Tantôt elle doit être sollicitée et obtenue spécialement par chaque institution. Dans ce cas, ou bien le législateur se réserve à lui-même la faculté de statuer; ou bien il délègue son pouvoir au chef de l'État: la personnification résulte alors d'un décret rendu en Conseil d'État.

81. Les personnes civiles ne jouissent pas de tous les droits qui appartiennent aux personnes physiques. Il en est qui, par leur nature même, ne sauraient leur appartenir, par exemple les droits de famille (1). Elles n'ont que les droits relatifs aux biens. Encore ne les possèdent-elles pas tous indistinctement, et ceux-là même qui leur sont reconnus comportent, au moins pour certaines d'entre elles, diverses limitations ou modifications. De là vient que le code ne s'est occupé des personnes civiles que dans le livre II consacré aux biens. Il en parle du reste très rarement et très brièvement, sans jamais leur donner la qualification de *personnes*.

Il ne faut pas croire cependant que les dispositions du livre I soient toutes sans exception inapplicables aux personnes morales. Comme les personnes physiques, ces personnes peuvent être Françaises ou étrangères; comme elles aussi, elles ont un domicile. Certaines des règles tracées dans les titres I et III doivent donc recevoir leur application en ce qui les concerne.

82. Le premier livre du code traite de l'état et de la *capacité* des personnes.

Comme on l'a vu déjà, l'état d'une personne est la situation (*status*) qu'elle occupe dans le milieu social. Cette situation, qui est la source de toute une série de droits, varie suivant qu'un individu est Français ou étranger, du sexe masculin ou du sexe féminin, célibataire, marié, veuf ou divorcé, enfant légitime, naturel ou adoptif. A Rome, l'état des personnes comprenait trois éléments: le *status libertatis*, le *status civitatis* et le *status familiæ*. Par suite de la disparition de l'esclavage, il n'en comprend plus aujourd'hui que deux: la nationalité et la famille. Les diverses qualités dont l'ensemble constitue l'état d'une personne forment une propriété protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété sur les objets matériels. Les contestations auxquelles elles donnent lieu portent le nom de *questions d'état*.

La *capacité* est l'aptitude légale d'une personne à jouir des droits résultant de son état et à les exercer. Elle comporte un certain nombre de restrictions fondées sur des motifs très divers. Tantôt la loi enlève à une per-

1) Voyez cependant la loi du 24 juillet 1889, art. 17.

sonne la *jouissance* même d'un droit ou d'un ensemble de droits; tantôt elle lui en retire seulement *l'exercice*, en lui laissant la jouissance. Les incapacités de jouissance, emportant la perte du droit lui-même, sont en général édictées à titre de peine, comme moyen de répression. On leur donne alors le nom de *déchéances*. Telles sont les privations de droits résultant de certaines condamnations judiciaires. Parfois cependant ces incapacités sont simplement la conséquence des rapports particuliers existant entre deux personnes déterminées (art. 442, 450, al. 3, 909, 1595, 1596 et 1597). Les incapacités d'exercice sont établies dans l'intérêt des personnes qu'elles concernent. Si la loi enlève à ces personnes, que l'on qualifie d'*incapables* dans le sens propre et technique du mot, l'exercice de leurs droits, c'est par mesure de protection. Elle confie alors à une autre personne le soin d'exercer, au lieu et place de l'incapable, les droits qu'il ne peut lui-même mettre en œuvre, de façon qu'il n'en perde pas le bénéfice, ou bien elle fixe certaines conditions dont l'accomplissement lève l'incapacité. Les causes d'incapacité sont l'âge, les infirmités intellectuelles, le sexe. Sont incapables à raison de leur âge les mineurs, à raison de leurs infirmités intellectuelles les interdits et les individus pourvus d'un conseil judiciaire, à raison de leur sexe les femmes mariées. Mais, à la différence des autres, l'incapacité de la femme ne repose pas uniquement sur une idée de protection. Les droits des mineurs et des interdits sont exercés par leur tuteur. L'individu placé sous conseil ne peut exercer certains droits qu'autant qu'il est assisté de son conseil. La femme mariée doit obtenir l'autorisation de son mari.

La distinction de la jouissance et de l'exercice n'est pas possible pour tous les droits. Il en est qui ne la comportent point. Ce sont ceux qui, à raison de leur nature, ne sont pas susceptibles d'être exercés par autrui, par un représentant du titulaire. Tels sont le droit de tester et le droit de se marier, le testament devant être l'œuvre personnelle du testateur et la loi n'admettant pas le mariage par procureur. La privation de l'exercice de ces droits équivaut donc forcément à une privation de jouissance. De là la question de savoir si la privation d'exercice est, en dehors d'un texte formel, applicable en ce qui les concerne; question délicate que nous aurons à examiner notamment à propos de l'interdiction.

1) Aubry et Rau, § 52.

TITRE PREMIER

De la jouissance et de la privation des droits civils.

83. L'objet de ce titre est loin d'être aussi large que sa rubrique pourrait le faire supposer. Le législateur s'y préoccupe uniquement de l'influence exercée sur la jouissance des droits civils par la nationalité et par certaines condamnations judiciaires.

De tous les titres du code, il n'en est aucun qui, depuis sa promulgation ait reçu de plus profondes modifications. Il ne subsiste presque rien du texte primitif.

D'abord, la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile, a fait disparaître les articles 22 à 33 et introduit, quant à l'effet des condamnations judiciaires sur les droits des condamnés, un système nouveau qui a remplacé celui du code civil.

D'autre part, les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de Français (art. 7 à 21), après avoir reçu quelques modifications de détail introduites par les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811 et par les lois des 22 mars 1849, 7 février 1851, 29 juin 1867, 16 décembre 1874, 14 février 1882 et 28 juin 1883, ont été complètement remaniées par la loi du 26 juin 1889, *sur la nationalité*, modifiée elle-même à certains égards par la loi du 22 juillet 1893.

Conformément à l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889, il a été rendu, à la date du 13 août 1889, un règlement d'administration publique pour l'exécution de cette loi. La législation nouvelle a donné lieu en outre à de nombreuses instructions ministérielles.

CHAPITRE I

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

84. L'art. 7, remanié par la loi du 26 juin 1889 s'exprime ainsi : « *L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitution-*

nelles et électorales » (1). Les droits politiques ou droits civiques sont ceux qui assurent aux citoyens une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique, au gouvernement du pays, comme les droits d'élection et d'éligibilité aux assemblées politiques et le droit de remplir les diverses fonctions publiques. Il n'existe aucune corrélation entre la jouissance de ces droits et celle des droits civils. Les droits politiques sont régis par la constitution et par les lois qui s'y rapportent et la complètent. Le code civil leur demeure absolument étranger.

85. En ce qui concerne les droits civils, l'art. 8 pose le principe en ces termes : « *Tout Français jouira des droits civils...* » Il suffit donc, pour jouir de ces droits, d'avoir la qualité de Français. Il n'est pas nécessaire de remplir les conditions spéciales auxquelles est subordonnée la jouissance des droits politiques.

La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de Français, il est nécessaire de rechercher quelles personnes sont Françaises. Nous nous occuperons successivement des Français de naissance et de ceux qui acquièrent la nationalité française postérieurement à leur naissance.

SECTION I

DES FRANÇAIS DE NAISSANCE

86. En législation, trois systèmes sont possibles pour déterminer la nationalité de l'homme à sa naissance.

On peut attribuer à l'enfant la nationalité de ses parents, sans tenir aucun compte du lieu où il est né. C'est le *jus sanguinis*.

On peut aussi prendre en considération seulement le lieu de la naissance et rattacher l'enfant au pays sur le territoire duquel il a vu le jour. C'est le *jus soli*.

On peut enfin faire une part au *jus sanguinis* et au *jus soli* en les combinant dans une mesure plus ou moins large.

87. Ces trois systèmes ont été successivement appliqués dans le cours de notre histoire.

La législation romaine assignait à l'enfant la nationalité de ses parents et n'attribuait aucune influence au fait de la naissance sur le sol romain. L'enfant issu *ex justis nuptiis* suivait en principe la nationalité de son père, l'enfant né en dehors des justes noces la nationalité de sa mère.

Sous la féodalité, ce fut au contraire le *jus soli* qui l'emporta. Par suite du caractère essentiellement territorial de la législation à cette époque, toute naissance sur la terre d'un seigneur donnait à celui-ci un sujet. Avan-

1) C'est à tort que, dans cet article, la loi parle de l'exercice des droits civils. Il s'agit en réalité de la jouissance de ces droits.

tageuse au seigneur, auquel elle faisait acquérir de nouveaux hommes, cette règle profitait en même temps aux enfants d'étrangers, d'*aubains* comme on disait alors (1), ces enfants se trouvant ainsi soustraits aux dispositions rigoureuses qui régissaient à cette époque la condition des étrangers.

Ce système demeura en vigueur après la chute de la féodalité politique. Au xvi^e siècle, Bacquet professait que « les vrais et naturels Français sont ceux qui sont nés dedans le royaume, pays, terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance du Roy » (2). La même règle était encore applicable au temps de Pothier. « Pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domination française soient réputés Français, dit-il, on ne considère pas s'ils sont nés de parents français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y sont que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages. La seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure » (3). Réciproquement, tout individu né hors du royaume, même de parents français, était considéré comme étranger. « Nous tenons en France que tout homme *qui n'est né dedans le royaume*, pays, terres et seigneuries de l'obéissance du Roy de France, est appelé aubain ou bien estrange, soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple visiteur ou passager. En sorte que ce mot d'aubain signifie autant qu'estrange et homme natif hors de France » (4). Mais, sous ce rapport, une modification finit par s'introduire. Dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence, il était admis qu'un individu né en pays étranger du mariage d'un Français, ou hors mariage d'une Française, devait, par une sorte de fiction d'exterritorialité, être considéré comme né en France et par suite comme investi de la nationalité française, dès lors qu'il n'avait pas fixé son domicile hors du royaume et qu'il avait conservé l'esprit de retour (5). Bien que le système du *jus soli* demeurât la base de la législation, une part avait donc été faite au *jus sanguinis*.

D'après les diverses constitutions de l'époque révolutionnaire, on naissait Français par cela seul qu'on était issu de parents français. La nationalité

1) On n'est pas d'accord sur l'étymologie du mot *aubain*. Les uns le font venir d'*alibi natus*, ce qui paraît assez difficile à admettre. D'autres pensent qu'il dérive du nom des habitants de l'Angleterre et de l'Écosse que l'on appelait autrefois *Albani*. Chassés de leur pays aux ix^e siècle par les invasions des Normands, les *Albani* se réfugièrent en si grand nombre dans la Gaule que leur nom serait devenu une expression générique servant à désigner tous les étrangers.

2) Bacquet, *Droit d'aubain*, I, chap. I, n° 2.

3) Pothier, *Traité des personnes*, 1^{re} partie, titre 2, section 1, n° 45.

4) Bacquet, I, chap. II, n° 1.

5) Pothier, *loc. cit.*, nos 43 et 46.

française résultait également de la naissance sur le sol français, mais à ce fait devait se joindre un élément nouveau, la *volonté* de celui qu'il s'agissait de rendre Français. Cette volonté était manifestée tantôt par l'établissement sur le sol français et la prestation du serment civique (Constit. des 3-14 septembre 1791, titre II, art. 2), tantôt par l'inscription sur le registre civique, par un séjour prolongé en France, par le paiement de certaines contributions (Constit. du 5 fructidor an III, art. 8 et du 22 frimaire an VIII, art. 2).

88. Lors de la rédaction du code civil, on proposa d'attribuer la nationalité française non seulement à tout individu né, en quelque lieu que ce fût, de parents français, mais encore aux enfants nés d'étrangers sur le sol français. Une vive opposition s'étant manifestée au Conseil d'État et au Tribunat contre ce retour à l'ancien droit quant à l'effet du *jus soli*, on s'arrêta finalement à cette idée que le fait de la naissance en France ne suffirait pas à conférer la nationalité française et qu'il n'aurait d'autre conséquence que de faciliter l'acquisition ultérieure de la qualité de Français.

En décidant ainsi, les rédacteurs du code s'étaient placés à un point de vue élevé et parfaitement logique. La nationalité est affaire de race. C'est par les traditions de famille, par la communauté d'intérêts avec les proches parents, par l'influence de l'éducation, que se forme et se développe le sentiment d'affection pour la patrie. La naissance d'un individu sur le territoire d'une nation est un fait dont il est juste de tenir compte dans une certaine mesure, mais qui, pouvant être le résultat de circonstances purement accidentelles, ne saurait rationnellement être par lui-même et par lui seul attributif de nationalité. Considérer de plein droit tout individu comme membre de la nation sur le sol de laquelle il a vu le jour, c'est dans bien des cas lui assigner une nationalité autre que celle de ses parents et donner au pays, auquel on le rattache ainsi sans son assentiment, un citoyen qui n'offre aucune garantie sérieuse d'attachement et de fidélité.

89. Mais quelque irréprochable que fût en théorie le système du code, il présentait des inconvénients pratiques qui n'ont pas permis de le conserver sans modification. Grâce à la multiplication des moyens de communication et aux changements survenus au cours de ce siècle dans la situation économique des diverses nations de l'Europe, l'émigration a pris un développement considérable. Une foule d'hommes abandonnent leur pays d'origine pour aller chercher ailleurs une existence plus facile, plus conforme à leurs aptitudes ou à leurs goûts. Pour des raisons diverses, la France est un des pays vers lesquels les émigrants se portent le plus volontiers. Vivant sous la protection de nos lois, profitant des ressources de notre sol, nuisant même souvent par leur concurrence aux travailleurs français, ces étrangers se gardaient bien, pour la plupart, d'user des moyens qui leur étaient of-

ferts d'acquérir la nationalité française, et alors même qu'ils avaient rompu en fait et en droit tout lien avec leur pays d'origine, qu'ils étaient en réalité sans patrie, ils préféreraient cette situation à une naturalisation qui les aurait soumis aux charges que supportent les Français, notamment au service militaire. On vit ainsi se former, surtout dans les départements frontières, des agglomérations de familles sans nationalité définie qui, dans certaines localités, formaient une portion notable de la population. Diverses lois cherchèrent, en rendant au *jus soli* une partie de l'importance qu'il avait autrefois, à remédier à une situation qui allait en s'aggravant et qui pouvait à un moment donné devenir un danger national. Mais ces lois n'ayant pas produit les effets qu'on en attendait, la loi du 26 juin 1889 a complété la réforme qu'elles avaient commencée.

Présentée au Sénat le 1^{er} avril 1882, la proposition de M. Batbie, qui a été le point de départ de cette loi, était loin d'avoir une portée aussi large. Elle ne contenait qu'un petit nombre d'innovations. Frappé du défaut de cohésion et d'unité de notre législation sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français, des contradictions et des lacunes qui s'y rencontraient, M. Batbie s'était livré surtout à un travail de coordination. Il avait réuni et condensé dans un texte unique les dispositions du code civil et celles des lois ou décrets qui l'avaient complété ou modifié et, respectant leur esprit, il s'était borné à corriger quelques-unes de leurs imperfections et à faire disparaître les principales difficultés d'interprétation auxquelles elles avaient donné lieu. Mais l'occasion parut favorable pour introduire dans nos lois sur ce point des modifications radicales. Non content d'étendre largement l'application du *jus soli*, le législateur de 1889 a établi de nouveaux cas d'acquisition de la nationalité française par l'effet de la loi, rendu plus facile la naturalisation proprement dite et restreint le nombre des causes qui font perdre la qualité de Français. Le but qu'il a poursuivi a été non seulement de déjouer les calculs égoïstes de ceux qui prétendraient jouir chez nous des avantages sociaux sans prendre leur part des charges qui y correspondent, mais encore de remédier dans une certaine mesure, par l'incorporation d'éléments nouveaux à la nationalité française, à l'affaiblissement inquiétant de la natalité en France. Sous l'empire de cette dernière préoccupation, les auteurs de la loi de 1889 avaient même commis des exagérations que la loi du 22 juillet 1893 a dû faire disparaître.

90. D'après l'art. 8, modifié par les lois de 1889 et de 1893, les Français de naissance sont : 1^o les individus nés de parents français; 2^o les individus nés en France de parents inconnus ou de parents dont la nationalité est inconnue; 3^o les individus nés en France de parents étrangers dont l'un y est né lui-même.

91. I. La qualité de Français d'origine appartient d'abord à tout individu né de parents français soit en France, soit en pays étranger. « *Sont Fran-*

çais : 1° tout individu né d'un Français, en France ou à l'étranger..... » En même temps que la vie, l'enfant issu de parents français reçoit la nationalité française. Il est Français *jure sanguinis*.

L'application du principe ne présente pas de difficulté lorsque le père et la mère sont Français l'un et l'autre. Mais il peut arriver que l'un des parents soit Français et l'autre étranger. Le fait ne saurait être fréquent lorsque les parents sont mariés, la femme prenant en se mariant la nationalité du mari (art. 12 et 19). Il faut, pour qu'il se produise, que la nationalité du mari ait changé depuis la célébration du mariage, celle de la femme restant la même. On s'accordait à décider, sous l'empire du code, que l'enfant doit avoir en pareil cas la nationalité de son père, chef de la famille. En décidant, comme nous allons le voir, que l'enfant naturel reconnu par ses deux auteurs dans un même acte suit la nationalité de son père, la loi du 26 juin 1889 a consacré implicitement cette solution, l'enfant légitime qui se rattache à son père plus étroitement que l'enfant naturel ne pouvant être traité autrement que celui-ci.

L'hypothèse où l'enfant est né hors mariage est réglée en ces termes par le nouvel art. 8 : « *L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou (lisez et) la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père.* » La filiation d'un enfant né hors mariage ne peut être établie que par une reconnaissance volontaire ou par une reconnaissance forcée, c'est-à-dire par un jugement rendu sur une action en recherche de paternité ou de maternité intentée par l'enfant lui-même ou par ses représentants (art. 334, 340 et 341). Lorsque l'enfant naturel n'a été reconnu que par un seul de ses parents, il suit la nationalité de celui-ci. La loi ne s'est pas occupée de cette situation qui ne pouvait donner lieu à aucune difficulté. Mais, sous l'empire du code, on n'était pas d'accord sur le point de savoir si l'enfant dont la filiation se trouvait établie vis-à-vis de ses deux auteurs devait avoir la nationalité de son père ou celle de sa mère. Le législateur de 1889 a tranché la controverse par une distinction. L'enfant suit la nationalité de son père lorsque sa filiation est établie vis-à-vis de ses deux auteurs par un seul et même acte de reconnaissance ou par un seul et même jugement. Si, au contraire, la preuve de la filiation résulte par rapport à chacun des parents d'actes ou de jugements distincts et successifs, l'enfant suit la nationalité de celui à l'égard duquel sa filiation a été constatée en premier lieu. Il conserve donc la nationalité de sa mère, lorsque sa filiation a été établie tout d'abord vis-à-vis de celle-ci, alors même que son père de nationalité différente viendrait à le reconnaître ensuite. La loi a voulu éviter à l'enfant des changements de nationalité. Celle-ci demeure fixée par la première reconnaissance, même dans le

cas où l'enfant serait ensuite légitimé par le mariage de ses parents.

La reconnaissance d'un enfant naturel n'influe d'ailleurs sur sa nationalité qu'autant qu'elle se produit alors qu'il est encore mineur. Si elle n'intervenait qu'après sa majorité, elle le laisserait en possession de la nationalité dont il se trouverait alors investi.

Les solutions qui précèdent doivent être appliquées aux enfants adultérins ou incestueux dont la filiation se trouve légalement établie à la suite d'une instance en désaveu ou d'une instance en annulation de mariage pour cause de bigamie ou d'inceste. L'enfant désavoué par le mari de sa mère prendra donc la nationalité de celle-ci. L'enfant issu d'un mariage annulé pour cause de bigamie ou d'inceste se trouvera dans la même situation qu'un enfant naturel simple reconnu par son père et par sa mère dans un seul et même acte, sa filiation étant alors établie à l'égard de ses deux auteurs par le rapprochement de son acte de naissance et de l'acte de mariage des anciens époux. Il suivra la nationalité de son père (1).

92. Il reste un dernier point à préciser. A quel moment faut-il se placer pour déterminer la nationalité que le père ou la mère transmet à son enfant, légitime ou naturel, suivant les règles ci-dessus tracées, lorsque cet auteur a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance ?

Une première opinion distingue selon que l'enfant doit suivre la nationalité de son père, ou qu'il doit avoir celle de sa mère. Dans le premier cas, il faut s'attacher à l'époque de la conception déterminée conformément aux art. 312 et 314. L'enfant sera Français si à ce moment son père était Français; il sera étranger si à ce moment son père était étranger. Dans le second cas, c'est le moment de la naissance qu'il faut considérer. L'enfant aura la nationalité qu'avait sa mère au moment où elle est accouchée. Cette distinction, admise par le droit romain, repose, dit-on, sur la nature même des choses. L'enfant, lorsqu'il reçoit la condition de son père ne peut la recevoir qu'au moment de la conception, car avec la conception finit le rôle du père. De ce moment l'enfant forme par rapport à son père un être à part. Quand, au contraire, l'enfant suit la nationalité de sa mère, il ne peut en être investi qu'au moment où il acquiert, en se séparant d'elle, une existence distincte et indépendante (2).

Un second système soutient que l'enfant est Français par cela seul que celui de ses auteurs dont il doit suivre la nationalité a été Français soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit à un moment quelconque de la gestation. Aux yeux de la loi française, disent les partisans

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 338; Campistron, n° 23; Rouard de Card, p. 58.

2) Duranton, t. I, n° 130; Demante, t. I, n° 18 bis, II; Marcadé, sur l'art. 8.

de ce système, l'enfant a intérêt à être Français plutôt qu'étranger. Or, en vertu d'une fiction empruntée à la législation romaine, l'enfant conçu est réputé né lorsqu'il s'agit de ses intérêts : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Lors donc qu'à un moment donné, depuis la conception, celui des parents dont l'enfant doit suivre la nationalité a été Français, la qualité de Français s'est immédiatement communiquée à l'enfant et tout changement survenu ultérieurement doit être sans effet à son égard (1).

Enfin, d'après un troisième système, il faut toujours, quel que soit celui de ses auteurs dont l'enfant doit suivre la condition, se placer au moment de la naissance. C'est à ce système que nous croyons devoir nous rallier, parce qu'il est le seul qui trouve un appui dans le texte de la loi, laquelle parle d'un enfant *né* d'un Français. Cet argument qui nous paraissait déterminant avant la loi du 26 juin 1889 (ancien art. 10), a reçu une nouvelle force des dispositions de cette loi, le mot *né* ne pouvant pas avoir dans le premier alinéa de l'art. 8 un sens différent de celui qu'il a dans les alinéas suivants, où il signifie : *qui a vu le jour*. L'exception que le second système apporte à cette solution, pour le cas où l'auteur dont la nationalité détermine celle de l'enfant a cessé d'être Français au moment de la naissance, après l'avoir été pendant la gestation, ne nous semble pas acceptable. En supposant que l'on doive généraliser la règle *Infans conceptus*, dont le code s'est borné à formuler quelques applications particulières, au moins faut-il, pour qu'il y ait lieu de l'appliquer, que l'intérêt de l'enfant à être né à tel moment plutôt qu'à tel autre soit bien certain. Or, on ne saurait poser comme principe que la qualité de Français constitue nécessairement pour lui un avantage et qu'il est de son intérêt d'en être investi, alors même que ses parents n'ont plus cette qualité (2).

De là nous concluons qu'au cas de filiation légitime, si le père est décédé au moment de la naissance, l'enfant posthume aura la nationalité de sa mère. Dira-t-on qu'il est illogique que le père qui transmet à son fils posthume son nom et son patrimoine ne lui transmette pas sa nationalité? Mais pourquoi donc? Si la loi attribue à l'enfant légitime la nationalité de son père, c'est parce que le père est le chef de la famille, que c'est lui qui a la garde de l'enfant et l'administration de ses biens. Or, quand le père n'est plus, la puissance paternelle appartient à la mère. Il est donc rationnel que l'enfant ait la nationalité de sa mère.

Il en serait de même dans le cas où un enfant naturel ayant été reconnu

1) Demolombe, t. I, n° 151; Aubry et Rau, § 69, texte et notes 2 et 3; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, nos 339 et 340.

2) Huc, t. I, n° 224; Campistron, n° 13; Rouard de Card, p. 48.

avant sa naissance par son père et par sa mère dans un seul et même acte, le père serait décédé avant l'accouchement (1).

La reconnaissance volontaire ou forcée n'est pas attributive de filiation, mais seulement déclarative d'une filiation préexistante. Lors donc qu'un enfant naturel est reconnu postérieurement à sa naissance et que, dans l'intervalle de la naissance à la reconnaissance, la nationalité de celui de ses auteurs dont il doit suivre la condition a changé, la nationalité qui lui est transmise est celle qu'avait son auteur lors de sa naissance et non celle dont il se trouve investi lors de la reconnaissance (2).

93. II. La qualité de Français d'origine appartient en second lieu à « *tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue* ». En formulant cette règle, la loi du 26 juin 1889 n'a fait que consacrer l'opinion généralement suivie sous l'empire du code (3). La qualité de Français étant sur notre sol la règle et l'extranéité l'exception, il est en effet rationnel de supposer qu'un enfant né en France de père et de mère inconnus est issu de parents français. L'attribution de la nationalité française doit, en pareil cas, être considérée moins comme une application du *jus soli* que comme le résultat d'une présomption en faveur du *jus sanguinis*. Lorsque les parents sont connus, mais que leur nationalité est incertaine, il n'y a d'autre parti à prendre, sous peine de faire de l'enfant un individu sans patrie, que de le rattacher au pays sur le sol duquel il a vu le jour.

94. III. Enfin, la loi attribue de plein droit la qualité de Français à « *tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né* ».

La situation des individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés a passé, depuis 1804, par quatre phases successives.

Le code civil traitait de la même façon tous les enfants nés d'étrangers sur le sol français, sans distinguer si leurs parents avaient vu le jour en France ou hors de France. Tous demeuraient également étrangers ; mais comme ils étaient présumés avoir un certain attachement pour la France, leur pays natal, ils n'avaient pas besoin, pour acquérir la nationalité française, de se soumettre aux conditions ordinaires de la naturalisation. Il leur suffisait de réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivait leur majorité, en déclarant, s'ils résidaient en France, leur intention d'y fixer leur domicile ; s'ils résidaient en pays étranger, ils devaient faire leur soumission de fixer leur domicile en France et l'y établir effectivement dans l'année de l'acte de soumission (art. 9).

1) Huc, t. I, n° 224. *Contra*, Campistron, n° 14.

2) Nancy, 25 mars 1890, D. 91, 2, 89, S. 92, 2, 286 ; — Bourges, 15 décembre 1896.

3) Demolombe, t. I, n° 154 ; Aubry et Rau, § 69, note 6 ; Demante, t. I, n° 18 bis IV. — Cour de cassation, 16 mars 1863, D. 63, 1, 136 ; — 14 juin 1887, D. 89, 1, 64, S. 88, 1, 77.

Comme nous l'avons dit, les étrangers nés en France firent généralement peu de cas de la faveur qui leur était ainsi offerte. Alors même qu'ils n'appartenaient plus à aucune nation, ils aimèrent mieux, pour la plupart, rester étrangers aux yeux de la loi française que de se soumettre, en devenant Français, aux charges inhérentes à cette qualité. Le législateur se décida alors, leur nombre ne cessant de s'accroître, à apporter à leur situation une première modification. Laissant sous l'empire de l'art. 9 les individus nés en France de parents ayant vu le jour hors du territoire français, la loi du 7 février 1851 déclara Français de plein droit ceux qui étaient issus d'un étranger né lui-même sur le sol de France, en leur réservant toutefois la faculté d'opter, dans l'année qui suivait leur majorité, pour la nationalité étrangère. « Est Français, disait l'art. 1^{er} de cette loi, tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger ». La mesure demeura stérile. Les étrangers qui se trouvaient dans le cas prévu par la loi s'empressèrent de répudier le titre de Français en faisant la déclaration requise à cet effet. Une loi du 16 décembre 1874 fit alors un pas de plus. Elle disposa qu'il ne suffirait pas à celui qui voudrait repousser la qualité de Français de réclamer le titre d'étranger, mais qu'il lui faudrait en outre prouver qu'il appartenait encore à la nation dont il se déclarait membre. Il dut en conséquence produire, en faisant la déclaration prescrite par la loi de 1851, une attestation du gouvernement du pays auquel il prétendait appartenir portant qu'il avait conservé sa nationalité d'origine. Cette attestation demeura annexée à la déclaration. La loi du 16 décembre 1874 se préoccupa en même temps de la situation faite pendant leur minorité aux enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés. Ces enfants, étant Français tant qu'ils n'avaient pas répudié cette qualité, auraient dû équitablement pouvoir, comme les autres Français mineurs, s'engager volontairement dans les armées de terre ou de mer et prendre part aux concours ouverts pour l'admission aux écoles du gouvernement. Mais comme le titre de Français ne leur était pas définitivement acquis et que, dans le cas où ils l'auraient ensuite répudié, des étrangers auraient joui en fait d'avantages réservés aux Français, ils se heurtaient en pratique à une fin de non-recevoir absolue. La loi de 1874 s'efforça de régler leur condition de manière à sauvegarder tous les intérêts. Aux termes de son art. 2, ces jeunes gens furent admis à s'engager volontairement dans l'armée ou à entrer dans les écoles du gouvernement en renonçant à la faculté de réclamer dans l'année de leur majorité la qualité d'étrangers. Cette renonciation ne pouvait être faite qu'après les examens

d'admission et s'ils étaient favorables, avec le consentement exprès et spécial du père ou, à défaut de père, de la mère, ou, à défaut de père et de mère, avec l'autorisation du conseil de famille.

95. La loi du 16 décembre 1874 n'eut pas les résultats qu'on en attendait. L'attestation exigée par elle était trop souvent obtenue par des jeunes gens qui n'appartenaient plus que nominalemeut à leur patrie d'origine et qui entendaient bien l'abdiquer définitivement. En conséquence, la loi du 26 juin 1889 supprima complètement la faculté d'option établie par la loi de 1851. Tout individu né en France fut déclaré par elle Français de plein droit, par cela seul que l'un de ses auteurs, son père ou sa mère, avait également vu le jour sur le sol de France, sans qu'il lui fût loisible de décliner cette qualité par une réclamation ultérieure d'extranéité.

Mais cette disposition, qui constituait l'innovation la plus grave introduite par la loi de 1889, a subi depuis lors une restriction. A la suite du vote de cette loi, plusieurs gouvernements étrangers firent parvenir des réclamations au gouvernement français. Le législateur de 1889, disaient-ils, suppose que la naissance de deux générations successives sur le sol français est la preuve d'un établissement permanent, qui indique un véritable attachement pour la France, ou qui suffit du moins pour justifier l'incorporation à la nation française des enfants issus d'étrangers. Or cette supposition est excessive dans sa généralité. Il est particulièrement grave, étant donnée la situation de la femme dans la famille, de prendre en considération pour déterminer la nationalité de l'enfant le lieu de naissance de la mère elle-même. Bien souvent, la naissance de deux générations successives en France est l'effet d'un simple hasard, la famille dans laquelle ce fait s'est produit demeurant néanmoins fixée à l'étranger et très attachée à sa patrie. L'application absolue du *jus soli* à cette hypothèse peut donc avoir pour résultat de rendre Français des individus qui n'ont avec la France aucun lien d'intérêt ou de sympathie, et qui se trouvent incorporés malgré eux ou même à leur insu à la nation française. Afin de donner satisfaction à ces réclamations, la loi du 22 juillet 1893 est revenue, dans une certaine mesure, à l'état de choses antérieur à 1889, en rétablissant partiellement la faculté d'option. L'art. 1^{er} de cette loi, qui forme aujourd'hui l'art. 8, 3^o du code civil, déclare Français : « *Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né, sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui suivra sa majorité la qualité de Français, en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 ci-après. — L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa, suivre la nationalité* ».

La condition de l'enfant né en France d'un étranger qui a lui-même vu

le jour sur notre sol varie donc suivant les cas. Tantôt la nationalité française lui est imposée irrévocablement; tantôt au contraire elle peut être déclinée par lui.

Elle lui est imposée irrévocablement quand, étant enfant légitime, ses père et mère ou son père seul sont, comme lui, nés sur le sol français; ou quand, étant enfant naturel, l'auteur dont il doit suivre la nationalité, d'après les règles de l'art. 8, 1^o est né en France.

Il peut la décliner quand, étant légitime, sa mère seule a vu le jour sur le territoire français, ou quand, étant enfant naturel, c'est celui de ses auteurs dont il ne doit pas suivre la nationalité qui est né en France. La faculté de répudiation doit être exercée par l'enfant dans l'année qui suit sa majorité, c'est-à-dire avant l'âge de vingt-deux ans. L'expiration de cette année consolide définitivement sur sa tête la qualité de Français dont il est investi de plein droit du jour de sa naissance.

Tant qu'il n'a pas décliné la nationalité française, l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né jouit de tous les droits attachés à la qualité de Français et se trouve soumis à toutes les charges qui en dérivent. Il doit notamment obéir à la loi de recrutement avec la classe à laquelle il appartient par son âge. La loi du 15 juillet 1889 contient à la vérité dans son art. 11, al. 1 une décision contraire. Mais tout le monde reconnaît qu'il n'y a pas à tenir compte de cette disposition, basée sur la supposition erronée que la loi, déjà abrogée, du 16 décembre 1874 était encore en vigueur. Les lois du 26 juin et du 15 juillet 1889 ayant subi l'une et l'autre, au cours de leur élaboration, de très nombreuses modifications, on a perdu de vue, lors du vote définitif de la loi de recrutement, une des innovations qui venaient d'être introduites par la loi sur la nationalité.

SECTION II

DE L'ACQUISITION DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS POSTÉRIEUREMENT A LA NAISSANCE

96. Ceux qui ne sont pas nés Français peuvent acquérir la nationalité française de trois manières différentes : 1^o par la réunion à la France du pays qu'ils habitent; 2^o par la naturalisation; 3^o par l'effet de la loi.

§ 1^{er}. — *De la réunion à la France d'un territoire étranger.*

97. Le code civil a gardé sur ce point un silence absolu, de même qu'il est resté muet sur l'hypothèse inverse, celle d'un démembrement du territoire français. La prudence et une patriotique fierté interdisaient à ses rédacteurs de s'expliquer à cet égard. « D'une part, en effet, la prévision de conquêtes futures eût manifesté chez le gouvernement français des vues ambitieuses, bien faites pour exciter la défiance des autres nations; de

l'autre, les succès ininterrompus de nos armes repoussaient, en 1804, l'hypothèse d'un démembrement du sol de la patrie » (1). Mais il est certain que, par sa nature même, toute annexion de territoire résultant soit d'une conquête, soit d'une cession amiable, entraîne *ipso facto* pour les nationaux du pays annexé la perte de leur nationalité et l'acquisition d'une nationalité nouvelle. Autrement le but que se propose l'État annexant ne serait pas atteint; n'acquérant pas de nouveaux sujets et se trouvant en présence d'une masse compacte d'habitants obéissant à un gouvernement étranger, il serait réduit à une souveraineté matérielle et purement nominale. Toutefois, il est d'usage d'accorder aux habitants dénationalisés par l'annexion la faculté d'opter pour leur ancienne patrie à la condition de transporter leur domicile hors du territoire annexé.

Ces principes ont été appliqués lors des accroissements reçus par la France à l'époque de la révolution et du premier empire (traités de Campo-Formio du 17 octobre 1797, du 28 janvier 1798, relatif à la cession de Mulhouse, du 26 avril 1798, relatif à la cession de Genève, traité d'Amiens du 27 mars 1802); et plus récemment lors de l'annexion de la Savoie, du comté de Nice et des communes de Menton et de Roquebrune (traités du 24 mars 1860 et du 2 février 1861), ainsi que lors de la rétrocession consentie par la Suède de l'île de Saint-Barthélemy (traité du 10 août 1877).

On suit des règles différentes à l'égard des peuples barbares pour lesquels il ne peut être question d'annexion proprement dite. Ces peuples changent de maître sans changer de nationalité.

§ 2. — *De la naturalisation.*

98. La naturalisation, dans le sens propre et technique du mot, est l'acte par lequel un étranger reçoit du gouvernement, sur sa demande et à titre de faveur, la qualité de Français lorsqu'il remplit les conditions exigées à cet effet par la loi (2).

Ce moyen d'acquérir la nationalité française est le mode de droit commun offert aux étrangers en général.

Notre législation a beaucoup varié sur ce sujet.

99. Dans l'ancien droit, la naturalisation résultait de lettres patentes délivrées par le roi. Ces lettres étaient de deux sortes : les *lettres de naturalité* et les *lettres de déclaration de naturalité*.

Les lettres de naturalité étaient accordées aux étrangers ordinaires. Leur obtention n'était subordonnée à aucune condition préalable. Elles étaient délivrées en grande chancellerie, devaient être vérifiées et enregistrées à la

1) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. I, p. 544.

2) Le mot *naturalisation* est quelquefois employé dans un sens large pour désigner toute acquisition de la nationalité française, de quelque fait qu'elle procède.

Chambre des comptes et donnaient lieu au paiement d'une somme destinée à indemniser le roi de la perte de son droit d'aubaine.

L'étranger qui les avait obtenues jouissait dorénavant des mêmes droits que les Français de naissance. Toutefois, l'accès des hautes dignités ecclésiastiques (ordon. de Blois, de mai 1579, art. 4) et de certaines fonctions publiques lui demeurait fermé.

Les lettres de déclaration de naturalité étaient accordées à certains aubains privilégiés. Ces aubains étaient, d'une part, les individus originaires des pays sur lesquels les rois de France prétendaient avoir conservé des droits de souveraineté qu'ils ne pouvaient pas exercer en fait, comme les Flandres, les Pays-Bas, le Milanais, la Savoie, et, d'autre part, les Français qui, ayant perdu leur qualité par un long séjour en pays étranger, rentraient ensuite en France.

Deux différences importantes séparaient les lettres de déclaration de naturalité des lettres de naturalité proprement dites.

Tandis que ces dernières étaient personnelles à celui qui les avait sollicitées, le bénéfice des lettres de déclaration s'étendait même aux enfants de l'impétrant.

D'un autre côté, les lettres de naturalité, créant une situation nouvelle, ne produisaient leurs effets que dans l'avenir, tandis que les lettres de déclaration de naturalité étaient rétroactives.

100. La législation révolutionnaire introduisit à cet égard un changement complet. Elle fit résulter la naturalisation du concours de certaines circonstances et conditions dont la réalisation faisait acquérir de plein droit la qualité de Français, sans que le gouvernement eût à intervenir pour l'accorder ou la refuser suivant son appréciation (1).

Au moment de la confection du code civil, la naturalisation était régie par l'art. 3 de la constitution du 22 frimaire an VIII. Il suffisait alors, pour devenir Français, de résider en France pendant dix années consécutives, lesquelles commençaient à courir du jour où, après avoir atteint l'âge de vingt et un ans, l'étranger avait déclaré vouloir fixer son domicile en France.

101. Le code ne s'étant pas occupé de la naturalisation, l'art. 3 de la constitution de l'an VIII continua de former la base de notre législation sur la matière. Mais cet article ne tarda pas à recevoir d'importantes modifications.

Un avis du Conseil d'État des 18-20 prairial an XI décida que l'étranger qui voudrait obtenir la naturalisation devrait, conformément à l'art. 13 du code civil, se faire autoriser par le gouvernement à fixer son domicile en France et que les dix ans de résidence exigés par la constitution de

1) Loi des 30 avril-2 mai 1790; Constitutions des 3-14 septembre 1791, titre II, art. 3; du 24 juin 1793, art. 4; du 5 fructidor an III, art. 10.

l'an VIII ne commenceraient à courir que du jour de cette autorisation. Peu après, le décret du 17 mars disposa que la naturalisation ne s'opérerait plus de plein droit au profit de l'étranger qui aurait résidé en France pendant dix ans, mais qu'elle résulterait de *lettres de naturalisation* délivrées par le chef de l'État. La naturalisation recouvrait ainsi son caractère de concession gracieuse. Dans l'intervalle, les sénatus-consultes du 26 vendémiaire an XI et du 19 février 1808 avaient institué une sorte de naturalisation privilégiée au profit des étrangers qui auraient rendu à l'État des services importants, apporté en France des talents, des inventions, une industrie utile, ou fondé de grands établissements, en permettant au gouvernement de leur conférer la nationalité française après un an seulement de domicile.

Sous la Restauration, une ordonnance du 4 juin 1814 disposa qu'un étranger naturalisé ne deviendrait apte à siéger à la Chambre des pairs ou à la Chambre des Députés qu'autant que ses lettres de naturalisation auraient été vérifiées et approuvées par les deux Chambres. Cette formalité reçut le nom de *grande naturalisation*.

102. A la suite d'un décret du 28 mars 1848, qui facilitait outre mesure la naturalisation, une loi du 3 décembre 1849 vint réglementer la matière d'une façon complète.

D'après cette loi, l'étranger désireux d'obtenir la naturalisation devait, après l'âge de vingt et un ans accomplis, se faire autoriser par le gouvernement à fixer son domicile en France et y résider pendant dix ans à partir du jour où cette autorisation lui avait été accordée. Ce délai expiré, il était admis à solliciter sa naturalisation laquelle, après enquête sur sa moralité, était, s'il y avait lieu, prononcée par décret. — Le temps de stage était réduit à une année en faveur de ceux qui avaient rendu à la France des services importants, apporté en France une industrie, des inventions utiles, des talents distingués, ou qui y avaient formé de grands établissements. — Enfin, la loi de 1849 rétablissait la grande naturalisation supprimée par la constitution de 1848. L'étranger naturalisé ne devenait éligible à l'assemblée législative qu'en vertu d'une loi.

La loi du 3 décembre 1849 fut modifiée par la loi du 29 juin 1867. Le principal changement consista dans l'abréviation du temps ordinaire de stage qui, de dix ans, fut réduit à trois ans et commença à courir non plus seulement du jour où l'étranger avait été autorisé à s'établir en France, mais du jour où la demande formée par lui à cet effet avait été enregistrée au ministère de la justice. Le séjour en pays étranger était même compté comme temps de résidence en France lorsque celui qui aspirait à la qualité de Français exerçait hors de France une fonction conférée par le gouvernement français. De plus la loi de 1867 consacrait l'abolition de la grande naturalisation supprimée implicitement par la constitution du 14 janvier et le décret du 2 février 1852.

103. La naturalisation est régie aujourd'hui par la loi du 26 juin 1889 qui, pour la première fois, a fait rentrer dans le code civil les règles qui la concernent. L'article 8, 5° déclare Français : « *Les étrangers naturalisés* ». Puis il ajoute : « *Peuvent être naturalisés : — 1° Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'article 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur demande au ministère de la justice; — 2° Les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix années; — Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français; — 3° Les étrangers admis à fixer leur domicile en France après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués, ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies et les protectorats français; — 4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année de domicile autorisé. — Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger* ».

Comme on le voit, le législateur de 1889 a reproduit en grande partie les dispositions des lois de 1849 et de 1867, mais en accordant de nouvelles facilités pour l'obtention de la qualité de Français.

Il prévoit pour les étrangers qui aspirent à la naturalisation deux situations différentes. Ou bien ces étrangers ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, ou bien ils n'ont pas obtenu cette autorisation.

L'étranger qui a obtenu l'admission à domicile doit, en principe, pour arriver à la naturalisation, accomplir un stage de trois années. Le délai est réduit à un an au profit de l'étranger qui se trouve dans certaines conditions particulières énumérées par la loi. Sur ce point le nouvel art. 8 reproduit à peu près l'art. 2 de la loi du 29 juin 1867. Signalons toutefois l'admission relative aux étrangers qui ont été à un titre quelconque attachés au service militaire dans les colonies ou les protectorats français. Remarquons également que la loi de 1889 ne parle plus, comme sa devancière, de *grands établissements*, de *grandes exploitations*, ses auteurs ayant pensé que des établissements ou des exploitations qui ne seraient pas considérables par leur étendue pourraient néanmoins rendre des services en donnant l'exemple d'une bonne culture ou d'une industrie habilement conduite. Enfin, aux circonstances favorables autorisant la naturalisation à bref délai, la loi nouvelle ajoute le fait d'avoir épousé une Française. Elle a considéré sans doute que l'étranger qui épouse une Française et qui sollicite l'autorisation d'établir son domicile sur le territoire français fait par là même preuve d'attachement pour la France. Peut-être aussi a-t-elle voulu, en faci-

litant au mari l'acquisition de la qualité de Français, permettre à la femme devenue étrangère par son mariage, de recouvrer la nationalité française.

L'étranger qui n'a pas sollicité l'autorisation de fixer son domicile en France peut, comme celui qui a été admis à l'y établir, arriver à la naturalisation; mais à la condition de justifier d'une résidence non interrompue en France pendant dix années. Le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français est assimilé à la résidence en France. Cette disposition, reproduite de la loi de 1867, est édictée principalement en vue des agents consulaires de France à l'étranger.

L'admission à domicile abrège donc de sept années au profit de l'étranger la résidence nécessaire pour arriver à la naturalisation. Avant la loi du 26 juin 1889, l'étranger autorisé à s'établir en France pouvait conserver indéfiniment le bénéfice de cette autorisation. Il n'en est plus de même aujourd'hui. L'autorisation cesse de plein droit d'avoir effet au bout de cinq ans si l'étranger n'obtient pas la naturalisation (art. 13 nouveau).

Les lois de 1849 et de 1867 avaient fixé à vingt et un ans accomplis l'âge à partir duquel la naturalisation pouvait être obtenue. Elles voulaient donc que l'étranger fût majeur d'après la loi française. Bien que le nouvel art. 8 soit resté muet sur ce point, on doit tenir pour certain, en vertu des principes généraux, qu'un mineur ne peut changer de nationalité ni par lui-même, ni avec le consentement de ses représentants. La dérogation apportée à cette règle par l'art. 9 al. 10 et par l'art. 19 al. 2 ne saurait être étendue en dehors de ses termes. Mais d'après quelle loi doit se déterminer la majorité de l'étranger? Est-ce d'après la loi étrangère ou d'après la loi française? Une opinion très répandue estime qu'on doit s'attacher à la loi étrangère, les personnes demeurant partout régies par leur loi nationale quant à leur état et à leur capacité (art. 3 al. 3) (1). Mais cette solution logique nous paraît difficilement conciliable avec l'ensemble des dispositions de la loi du 26 juin 1889 qui, dans les diverses hypothèses qu'elle prévoit, s'attache toujours à la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française (2).

104. Les formalités à remplir par l'étranger qui, satisfaisant aux conditions exigées, veut obtenir sa naturalisation sont déterminées par le décret du 13 août 1889 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889.

La demande en naturalisation, rédigée sur papier timbré et accompagnée des diverses pièces dont la production est prescrite par le décret, est adressée au ministre de la justice. Après enquête sur la moralité de l'impétrant, elle est transmise au Président de la République avec un rapport dans lequel le ministre indique la suite qu'elle lui paraît comporter et, s'il y a

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 446; Rouard de Card, p. 100; Weiss, t. I, p. 310; Despagnet, n° 212.

2) Huc, t. I, n° 237; Campistron, n° 47; Aubry et Rau, § 72, texte et note 3.

lieu, la naturalisation est prononcée par décret, sans que l'intervention du Conseil d'État, exigée par la législation antérieure, soit aujourd'hui nécessaire. Le décret de naturalisation est inséré au *Bulletin des lois* et ne produit effet qu'à partir de cette insertion.

105. Les effets de la naturalisation font l'objet de l'art. 3 de la loi du 26 juin 1889. « L'étranger naturalisé, dit cet article, jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français... » Mais, après avoir posé ce principe, la loi y apporte une restriction. L'étranger naturalisé n'acquiert pas immédiatement l'éligibilité aux assemblées législatives. « Néanmoins, il n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année. » C'est le rétablissement, sous une forme un peu différente, de la *grande naturalisation* supprimée par la loi du 29 juin 1867. Cette disposition ne nous paraît point mériter les critiques dont elle a été l'objet. Mais, dès lors qu'une loi est nécessaire pour abréger le délai qui doit s'écouler entre la naturalisation et l'obtention de l'éligibilité, les auteurs de la loi de 1889 auraient dû laisser au législateur de l'avenir le soin de fixer avec une entière liberté l'étendue de la réduction, sans prétendre lui imposer une limitation à cet égard.

Les effets de la naturalisation sont individuels ; ils sont restreints à la personne de celui auquel elle a été conférée et ne s'étendent pas aux membres de sa famille non compris dans le décret de naturalisation. Nous verrons toutefois que la nationalité française est acquise de plein droit aux enfants mineurs du naturalisé, sauf la faculté pour eux de répudier cette nationalité dans l'année qui suivra leur majorité, et que sa femme et ses enfants majeurs, lorsqu'ils n'ont pas demandé la naturalisation en même temps que lui, jouissent pour devenir Français de facilités particulières.

106. Le décret de naturalisation donne lieu à la perception d'un droit de sceau de 175 fr. 25. Le même droit est dû par l'étranger qui obtient l'admission à domicile. Les frais de la naturalisation, quand elle est précédée de l'admission à domicile, s'élèvent donc à 350 fr. 50. Le gouvernement peut accorder, s'il le juge à propos, la remise totale ou partielle de ces frais.

107. Dans les explications qui précèdent, il n'a été question que de la naturalisation en France. La naturalisation en Algérie, dans les colonies françaises et dans les pays soumis au protectorat de la France est soumise à des règles spéciales dont l'exposé détaillé ne saurait trouver place ici.

Après avoir déclaré la loi du 26 juin 1889 applicable à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion, l'art. 2 de cette loi ajoute : « Continueront toutefois de recevoir leur application, le sénatusconsulte du 14 juillet 1865 et les autres dispositions relatives à la naturalisation en Algérie ». Ces derniers mots font allusion aux deux décrets du 24 octobre 1870 qui ont modifié le sénatusconsulte de 1865. L'un,

dû à l'influence de M. Crémieux, déclare citoyens français les israélites indigènes de l'Algérie. Français depuis la conquête, ces israélites ne pouvaient, d'après le sénatusconsulte, acquérir la qualité de citoyens et la jouissance des droits politiques qu'en vertu d'un décret individuel. Le décret de 1870 les a déclarés en masse citoyens français. Le second décret est relatif à la naturalisation des indigènes musulmans et des étrangers résidant en Algérie. D'après le sénatusconsulte de 1865, les indigènes musulmans ne pouvaient, eux aussi, devenir citoyens français qu'en vertu d'un décret de naturalisation. Sans les déclarer en masse citoyens français comme les indigènes israélites, le décret de 1870 simplifie pour eux les conditions de la naturalisation et confère au gouverneur général de l'Algérie le droit de statuer. Des facilités analogues sont établies au profit des étrangers immigrés en Algérie.

L'art. 5 de la loi de 1889 annonce qu'un règlement d'administration publique fixera les conditions auxquelles les dispositions de cette loi seront appliquées aux colonies autres que celles désignées dans l'art. 2, ainsi que les formes qui devront être observées pour la naturalisation dans ces colonies. Ce décret a été rendu le 7 février 1897.

Enfin, la naturalisation en Annam et au Tonkin est régie par le décret du 29 juillet 1887, en Tunisie par le décret du 28 février 1899.

§ 3. — *De l'acquisition de la qualité de Français par l'effet de la loi.*

108. Tandis que la naturalisation est une faveur que le gouvernement est entièrement libre d'accorder ou de refuser suivant son appréciation, l'acquisition de la qualité de Français par l'effet de la loi constitue un droit pour les étrangers qui remplissent les conditions auxquelles elle est subordonnée. Elle se produit au profit de personnes qui, à raison du lieu de leur naissance ou de leurs relations de famille, sont présumées avoir quelque attachement pour notre pays. Avant la loi du 22 juillet 1893, la nationalisation résultait *ipso facto* de l'accomplissement des conditions légales, sans aucune intervention du gouvernement. Aujourd'hui, le gouvernement peut, dans certains cas déterminés, s'opposer à la nationalisation, mais l'exercice de ce pouvoir est entouré de garanties propres à sauvegarder le droit des intéressés.

Les personnes qui deviennent de plein droit ou qui peuvent devenir françaises par l'effet de la loi sont :

- 1° L'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même ;
- 2° L'enfant né d'un ex-Français ;
- 3° La femme étrangère qui épouse un Français ;
- 4° La femme et les enfants de l'étranger naturalisé Français.

109. I. DE L'ENFANT NÉ EN FRANCE D'UN ÉTRANGER QUI N'Y EST PAS NÉ LUI-MÊME. — Antérieurement à la loi du 26 juin 1889, la situation de cet enfant était régie par l'art. 9 du code civil, modifié par la loi du 22 mars

1849. Elle fait aujourd'hui l'objet de l'art. 8, 4^o et de l'art. 9 remanié successivement par la loi du 26 juin 1889 et par la loi du 21 juillet 1893.

On a vu déjà que le code n'avait dans aucun cas conféré de plein droit la qualité de Français aux individus nés en France d'étrangers. Il s'était borné, dans l'art. 9, à leur faciliter l'obtention de cette qualité, sans distinguer si les parents avaient ou non vu le jour eux-mêmes sur le sol français. Après avoir, à la suite de la loi du 7 février 1851, séparé ces deux cas et déclaré Français d'origine l'enfant issu de parents étrangers dont l'un est né en France (art. 8, 3^o), le législateur de 1889 a introduit une nouvelle distinction et réglé différemment la situation de l'individu né sur le territoire français d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, suivant que cet individu est ou n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité. Est-il domicilié en France, il devient Français de plein droit, sauf à décliner cette qualité dans l'année de sa majorité (art. 8, 4^o). Dans l'hypothèse inverse, il reste étranger, sauf la faculté de réclamer la qualité de Français (art. 9).

Nous allons envisager d'abord cette dernière hypothèse.

110. A. Le nouvel art. 9 est ainsi conçu : « *Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la justice. — L'enregistrement sera refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les art. 855 et suivants du code de procédure civile. — La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois, à partir de sa déclaration. — L'enregistrement pourra en outre être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales; mais, dans ce cas, il devra être statué, le déclarant dûment avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, ou s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la réclamation est devenu définitif. — Le déclarant aura la faculté de produire devant le Conseil d'État des pièces et des mémoires. — A défaut des notifications ci-dessus visées dans les délais sus-indiqués, et à leur expiration, le ministre de la justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration, revêtue de la mention de l'enregistrement. — La déclaration produira ses effets du jour où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregistrement. — Les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2 et 3 du présent article sont applicables aux déclarations faites en vue de décliner la nationalité française, conformément à l'art. 8, paragraphes 3 et 4, et aux*

art. 12 et 18. — *Les déclarations faites, soit pour réclamer, soit pour décliner la qualité de Français, doivent, après enregistrement, être insérées au Bulletin des lois. Néanmoins, l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier aux droits des déclarants. — Si l'individu qui réclame la qualité de Français est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père; en cas de décès par sa mère; en cas du décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du code civil, par le tuteur, autorisé par délibération du conseil de famille. — Il devient également Français, si, ayant été porté sur les tableaux de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité.* »

L'étranger né en France et qui n'y est pas domicilié lors de sa majorité peut, d'après cet article, acquérir la qualité de Français en remplissant trois conditions. Il doit :

1° Faire sa soumission, avant l'âge de vingt-deux ans accomplis, de fixer son domicile en France;

2° Établir effectivement son domicile sur le territoire français dans l'année à compter de l'acte de soumission;

3° Déclarer sa volonté de devenir Français.

L'ancien art. 9 imposait à l'étranger qui voulait obtenir la qualité de Français l'obligation de réclamer cette qualité *dans l'année qui suivait l'époque de sa majorité*, sans spécifier s'il s'agissait de la majorité établie par la loi nationale du réclamant. L'opinion la plus répandue parmi les auteurs était que le code avait voulu parler de la majorité étrangère, le réclamant demeurant soumis à la loi de son pays jusqu'à l'accomplissement des conditions requises pour devenir Français (art. 3). Mais la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire (1); et la loi de 1889 a préféré cette dernière solution, moins logique, mais qui a l'avantage d'éviter certains inconvénients pratiques. C'est de la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, c'est-à-dire de l'âge de vingt et un ans, que commence à courir le délai dans lequel doivent être remplies les conditions auxquelles est subordonnée l'acquisition par l'étranger de la qualité de Français.

111. La première formalité imposée à cet étranger est de faire sa soumission de fixer son domicile en France. Par quelle autorité l'acte de soumission doit-il être reçu ? Avant 1889, on reconnaissait compétence à cet effet soit aux agents diplomatiques ou consulaires français à l'étranger, soit à la municipalité de la commune française où l'étranger se proposait de s'établir, soit à celle du lieu de sa naissance, s'il n'avait pas encore fait choix d'une résidence. Mais cette pratique, établie dans le silence de la loi, était peu satisfaisante. Il arrivait souvent que des maires peu au courant de la

1) Cour de cass., 20 juin 1888, D. 89, 1, 281, S. 88, 1, 300.

législation recevaient des déclarations émanant de personnes qui n'avaient pas le droit de les faire. D'un autre côté les soumissions reçues dans les mairies étaient exposées à de nombreuses chances de perte et, comme elles n'étaient connues que des seuls déclarants, ceux-ci pouvaient à leur gré et suivant leur intérêt s'en prévaloir ou dissimuler leur existence. Des circulaires ministérielles, l'une du 24 mars 1887, l'autre du 20 octobre 1888 avaient, à la vérité, atténué ces inconvénients, mais sans les faire disparaître entièrement. La première prescrivait la tenue dans chaque mairie d'un registre spécial destiné à recevoir les déclarations ayant pour objet de réclamer ou de décliner la nationalité française, l'autre l'envoi à la Chancellerie, en vue d'un classement alphabétique, d'une copie de toutes les déclarations reçues.

La loi du 26 juin 1889 et le décret du 13 août suivant, rendu en exécution de cette loi, ont enlevé toute compétence aux officiers municipaux. L'acte par lequel l'étranger prend l'engagement de fixer son domicile sur le territoire français est reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger. Il est dressé en double exemplaire dont l'un est remis à l'intéressé et l'autre transmis au ministère de la justice (art. 9 du décret).

112. L'étranger doit, en second lieu, établir son domicile en France dans l'année qui suit l'acte de soumission. Si donc celle-ci n'a eu lieu qu'à la fin de la vingt-deuxième année, l'étranger a jusqu'à la fin de sa vingt-troisième année pour opérer le transfert de son domicile.

113. Enfin, le domicile une fois établi, et toujours dans l'année de la soumission, l'intéressé doit réclamer la qualité de Français. Cette réclamation qui, d'après l'ancien art. 9, résultait de la soumission suivie du transfert de domicile, constitue aujourd'hui une formalité distincte. Elle peut être faite soit par l'étranger lui-même assisté de deux témoins qui certifient son identité, soit par son fondé de procuration spéciale et authentique. Elle est reçue par le juge de paix du canton dans lequel le réclamant est domicilié et dressée en double exemplaire. Les deux exemplaires sont adressés immédiatement par le juge de paix au procureur de la République qui les transmet sans délai au ministère de la justice. La déclaration est enregistrée à la chancellerie, puis l'un des exemplaires est conservé et déposé aux archives, tandis que l'autre est renvoyé à l'intéressé avec la mention de l'enregistrement (décret du 13 août 1889, art. 6, 7 et 8).

114. En prescrivant l'enregistrement au ministère de la justice de la déclaration par laquelle l'étranger réclame la qualité de Français, la loi du 26 juin 1889 avait négligé de dire si cette formalité était essentielle à l'efficacité de la déclaration. Elle n'avait pas non plus autorisé le gouvernement à refuser l'enregistrement soit à raison de l'irrégularité de la déclaration, soit à raison de l'indignité du réclamant. De là la jurisprudence avait conclu que l'enregistrement n'était qu'une mesure d'ordre dont l'omission

n'entraînait point la nullité de la déclaration, et que le gouvernement ne pouvait en aucun cas refuser de l'opérer (1). Mais, si fondée que pût être cette interprétation, il en résultait que le gouvernement se trouvait désarmé en présence d'une déclaration irrégulière, dont la valeur ne pouvait qu'être ultérieurement débattue devant les tribunaux, ou émanant d'un individu qui ne méritait pas le titre de Français et que l'intérêt du pays aurait commandé de repousser. Le législateur de 1893 a pensé qu'il convenait de modifier cette situation. Il a décidé en conséquence que l'enregistrement doit avoir lieu à peine de nullité, et en même temps il a conféré au gouvernement le droit de le refuser en cas d'irrégularité de la déclaration, ou d'indignité du réclamant.

L'enregistrement de la déclaration peut d'abord être refusé lorsque le réclamant ne satisfait pas aux conditions de fond ou de forme prescrites par la loi. Notification motivée du refus doit alors lui être faite dans les deux mois de la déclaration, et il lui est loisible de se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les art. 855 et suivants du code de procédure, pour faire juger que sa déclaration est valable. S'il ne se pourvoit pas ou s'il succombe, sa déclaration est réputée non avenue. Elle doit au contraire être enregistrée s'il obtient gain de cause ou si le refus ne lui a pas été notifié dans les deux mois.

L'enregistrement peut être refusé en second lieu, alors même que le réclamant réunit toutes les conditions légales, si le gouvernement estime qu'il est indigne d'obtenir la qualité de Français. Mais, afin de prévenir toute décision arbitraire, la loi veut qu'il soit statué par décret rendu sur l'avis *conforme* du Conseil d'État, le réclamant dûment avisé. Le décret doit intervenir dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, à moins qu'il n'y ait eu contestation sur le point de savoir si le déclarant réunissait ou non les conditions légales, auquel cas les trois mois ne commencent à courir que du jour où le jugement qui a reconnu la validité de la déclaration est devenu définitif. Ce délai expiré, l'enregistrement serait obligatoire pour le ministre. Il en serait de même si le déclarant n'avait pas été avisé du refus d'enregistrement. La loi lui permettant de produire devant le Conseil d'État, saisi par le gouvernement, des pièces et mémoires, il ne saurait dépendre du ministre de rendre ce droit illusoire en ne l'avisant pas.

Le droit de *veto* si minutieusement réglé que la loi de 1893 a conféré au gouvernement n'a, on le voit, rien de commun avec le pouvoir souverain d'appréciation qui lui appartient en matière de naturalisation. Ce n'est point de sa volonté, mais de la loi que dérive l'acquisition de la nationalité française, et le nouvel art. 9 formule lui-même une conséquence de cette règle lorsqu'il dispose que la déclaration produit ses effets du jour même

1) Cour de cass., 26 octobre 1891, D. 92, 1, 41, S. 91, 1, 537.

où elle a été reçue par le juge de paix, sauf l'annulation qui pourra résulter du défaut d'enregistrement.

Afin d'assurer la publicité de la déclaration et de la nationalisation qui la suit, la loi veut qu'après son enregistrement elle soit insérée au *Bulletin des lois*; mais cette insertion, qui doit être faite par le gouvernement, n'est point prescrite à peine de nullité et son omission ne causerait aucun préjudice au déclarant.

115. La loi ne s'est pas bornée à permettre à l'individu né en France d'un étranger de devenir Français par une déclaration faite après sa majorité. Cet individu pouvant avoir intérêt à acquérir la nationalité française alors qu'il est encore mineur, par exemple afin de prendre part aux concours ouverts pour l'admission aux écoles du gouvernement dont sa qualité d'étranger lui ferme l'accès, la loi l'autorise à réclamer le titre de Français pendant sa minorité, par l'intermédiaire de ses représentants légaux, et elle énumère les personnes qui ont qualité pour remplir cette formalité en son nom. Ce droit appartient en première ligne au père; si le père est décédé ou inconnu, il passe à la mère; enfin, en cas de décès ou d'exclusion de la tutelle des père et mère, ou encore dans les hypothèses prévues par les art. 141, 142, 143 du code civil, au titre *de l'Absence*, la déclaration doit être faite par le tuteur muni d'une autorisation du conseil de famille. Au cas d'exclusion de la tutelle on doit, semble-t-il, assimiler celui où les parents auraient été déchus de la puissance paternelle (1).

D'après la loi du 16 décembre 1874, l'option pour la nationalité française devait émaner du mineur lui-même assisté de ses protecteurs naturels. Cette règle était préférable à celle qui a été consacrée par les lois de 1889 et de 1893. Comme le mariage et le testament, le changement de nationalité est un acte éminemment personnel qui devrait être accompli par l'intéressé lui-même. On peut également reprocher à ces lois d'avoir méconnu les principes du droit international privé en déterminant elles-mêmes les représentants appelés à agir au nom du mineur, sans tenir compte des dispositions, peut-être très différentes, de la loi étrangère à laquelle ressortissent l'enfant lui-même et ses parents.

116. Sous l'empire du code, la déclaration exigée par l'art. 9 de l'étranger qui voulait acquérir la nationalité française ne pouvait être suppléée par aucun autre acte dénotant de sa part l'intention de devenir Français. Ainsi le fait d'avoir pris part aux opérations du recrutement, de s'être engagé volontairement dans les armées françaises de terre ou de mer, n'emportait pas pour lui acquisition de la qualité de Français. Il avait cependant paru juste de témoigner une bienveillance spéciale à l'étranger dont l'attachement et le dévouement à la France s'étaient ainsi manifestés, et la loi du 22 mars 1849 lui avait permis de faire *à toute époque* la déclaration

1) Weiss, t. I, p. 128; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 337.

prévue par l'art. 9. « L'individu né en France d'un étranger, disait l'article unique de cette loi, sera admis, même après l'année qui suivra l'époque de sa majorité, à faire la déclaration prescrite par l'art. 9 du code civil, s'il se trouve dans l'une des deux conditions suivantes : 1° s'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer ; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement, sans exciper de son extranéité. » Mais les applications pratiques de cette disposition étaient nécessairement peu nombreuses. L'étranger ne pouvant servir la France que dans la légion étrangère, il fallait, en dehors de cette hypothèse, que, par erreur ou ignorance des autorités françaises, il eût été inscrit sur les listes du recrutement, ou reçu à contracter un engagement volontaire. D'un autre côté, la loi de 1849 avait l'inconvénient de laisser planer une incertitude indéfinie sur la nationalité de ceux qui se trouvaient dans les conditions voulues pour s'en prévaloir. Enfin il y avait quelque chose d'illogique à conserver la qualité d'étrangers à des individus servant sous les drapeaux français et soumis ainsi à des obligations qui pouvaient être inconciliables avec celles dont ils demeuraient tenus envers leur patrie d'origine. Ces motifs, joints au désir de faciliter l'assimilation des étrangers nés en France à la population indigène, ont déterminé le législateur de 1889 à abroger la loi de 1849 et à la remplacer par une disposition plus radicale. Aujourd'hui l'étranger né en France devient Français par cela seul qu'il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité ; le silence qu'il a gardé est considéré comme une option tacite pour la France et équivaut pour lui à une réclamation formelle de la qualité de Français.

Sous ce rapport, l'art. 9 du code civil a été complété par la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée. Aux termes de l'art. 11 al. 2 de cette loi, les enfants nés d'étrangers sur le sol français, doivent, s'ils résident en France, être portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. S'ils ne réclament pas contre leur inscription, le tirage au sort équivaut pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9 du code civil. S'ils se font rayer, ils sont immédiatement déchus du bénéfice dudit article. C'est donc le tirage au sort qui, en l'absence de réclamation de la part de l'intéressé, marque le moment précis où il acquiert la qualité de Français. Mais, pour que cet effet se réalise, il faut que l'étranger ait participé personnellement au tirage, c'est-à-dire qu'il y ait été présent. Si son numéro a été tiré non par lui, mais par ses parents ou par le maire de la commune, conformément à l'art. 17 de la loi du 15 juillet 1889, il reste étranger, sous la réserve de l'option expresse qu'il peut être encore à même de formuler. Dans ce cas en effet il n'y a de sa part aucune manifestation de volonté et par suite il ne peut être question d'une option tacite en faveur de la nationalité française.

117. B. L'art. 8, 4^o règle ainsi qu'il suit l'hypothèse où l'individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même a son domicile sur le territoire français lors de sa majorité : « *Est Français, tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités.* »

Tant que l'enfant né en France d'un étranger qui n'a pas lui-même vu le jour sur notre sol est mineur, la circonstance qu'il a ou qu'il n'a pas son domicile sur le territoire français est indifférente; il demeure étranger comme ses parents. Mais dès qu'il atteint le moment de sa majorité, cette distinction acquiert une importance capitale. S'il n'a pas son domicile en France, il doit, pour devenir Français, manifester sa volonté d'acquérir la nationalité française, soit par une option expresse effectuée dans les formes prescrites par l'art. 9, soit par une option tacite résultant de sa participation aux opérations du recrutement. Si au contraire il a son domicile en France, il n'a rien à faire; la loi l'investit elle-même et de plein droit de la qualité de Français. C'est seulement lorsqu'il ne lui convient pas de conserver cette qualité qu'il doit exprimer formellement sa volonté de la répudier. Le rapporteur de la loi de 1889 au Sénat explique ainsi cette innovation : « L'enfant qui réunit la double condition d'être né en France et d'y être domicilié à l'époque de sa majorité, qui, par conséquent, doit être présumé l'avoir habitée pendant sa minorité, peut à juste titre être considéré comme lui étant attaché par des liens puissants. La France est son pays natal; il y a été élevé; il ne connaît point d'autre patrie. Pourquoi dès lors ne serait-il pas considéré comme un Français d'adoption? » Domicilié en France au moment où il atteint l'âge de vingt et un ans, l'enfant d'étranger est donc présumé y avoir vécu depuis sa naissance et, aux yeux de la loi, ce séjour prolongé implique de sa part l'intention d'appartenir définitivement à notre pays. Le projet rédigé par la commission de la Chambre des députés consacrait un système différent. Il ne conférait la nationalité française qu'à celui dont la famille était établie en France depuis vingt ans au moins lors de sa majorité. Ce système fut abandonné à raison des difficultés pratiques auxquelles il aurait pu donner lieu; mais celui qui lui a été préféré n'est pas non plus exempt d'inconvénients. Il permet en effet à une personne dont les années de minorité se sont en réalité, et contrairement à la présomption de la loi, écoulées hors de France, d'échapper,

par un transfert de domicile opéré à la veille de ses vingt et un ans, aux conditions plus sévères exigées par l'art. 9 (1).

118. Lorsque l'individu déclaré Français par l'art. 8, 4° n'entend pas conserver cette qualité, il doit, dans l'année qui suit ses vingt et un ans, déclarer sa volonté à cet égard en joignant à cette déclaration la preuve qu'il n'a point cessé d'appartenir au pays de ses parents et, s'il y a lieu, qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays. Trois conditions lui sont donc imposées :

1° Il doit déclarer sa volonté de répudier la nationalité française. Cette déclaration est reçue par le juge de paix du domicile du déclarant ou, si celui-ci réside à l'étranger, par un agent diplomatique ou consulaire français (décret du 13 août 1889, art. 6 et suiv.). Elle doit être enregistrée à la Chancellerie à peine de nullité et insérée au *Bulletin des lois* (art. 9, al. 8 et 9). L'enregistrement est refusé si le déclarant ne se trouve pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils ; mais il ne peut évidemment être question de le refuser pour cause d'indignité.

2° Le déclarant est tenu de prouver qu'il a conservé la nationalité de ses parents par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeure annexée à la déclaration. La loi ne dit pas par quelle autorité et dans quelle forme cette attestation doit être délivrée. C'est là un point qui ne peut être réglé que par voie de convention diplomatique.

3° A cette attestation doit être joint un certificat constatant que le déclarant a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays ; afin qu'il ne puisse pas se soustraire à la fois au service militaire en France, en réclamant la qualité d'étranger, et dans son pays, grâce à son séjour sur le sol français. Toutefois, ce certificat n'est exigé que *s'il y a lieu*. Cette réserve vise d'une part le cas où la nationalité étrangère serait réclamée par une femme, et d'autre part celui où, pour un motif quelconque, le déclarant du sexe masculin ne serait pas astreint au service militaire dans son pays.

Des traités conclus entre la France et les puissances étrangères peuvent d'ailleurs modifier sur tel ou tel point les dispositions de l'art. 8, 4°.

119. II. DE L'ENFANT NÉ D'UN EX-FRANÇAIS. — Si l'individu né sur le sol français de parents étrangers mérite de la part du législateur une bienveillance spéciale, il en est de même à plus forte raison de l'enfant issu de parents français d'origine et qui ont perdu cette qualité. Il convenait donc de lui faciliter aussi l'acquisition de la nationalité française. De là la disposition de l'art. 10 qui le traite, suivant l'expression de Boulay dans l'*Exposé des motifs*, « comme un enfant qui vient retrouver sa famille ». Cet article, dont la loi du 26 juin 1889 a modifié la rédaction afin de la rendre

1) Weiss, t. I, p. 164.

plus précise, est ainsi conçu : « *Tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger* ». Pour acquérir la nationalité française, l'enfant né d'un ex-Français n'a donc pas besoin de recourir à la naturalisation; il lui suffit de remplir les conditions imposées par l'art. 9 à l'individu né en France d'un étranger ordinaire. La loi l'autorise à réclamer la qualité de Français *alors même qu'il est né en pays étranger*. S'il est né en France, et que ses auteurs ou l'un d'eux aient également vu le jour sur le sol français, sa situation est régie non par les art. 9 et 10, mais par l'art. 8, 3°; il est Français de naissance et n'a par conséquent aucune réclamation à faire. Toute réclamation lui est également inutile, alors même que ses auteurs ne sont pas nés en France, s'il y est né lui-même et s'y trouve domicilié à l'époque de sa majorité. Il devient alors Français de plein droit, conformément à l'art. 8, 4°. Les enfants d'ex-Français auxquels l'art. 10 est applicable sont donc : 1° ceux qui ne sont pas nés en France; 2° ceux qui, étant nés en France, n'y sont pas domiciliés lors de leur majorité et dont les parents sont nés en pays étranger. Ces individus peuvent réclamer la qualité de Français non pas seulement dans l'année qui suit leur majorité, comme les enfants nés en France d'un étranger ordinaire, mais *à tout âge*. A ce principe la loi apporte cependant une restriction. L'enfant d'un ex-Français perd la faculté de réclamer la nationalité française lorsque, domicilié en France, et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il revendique la qualité d'étranger pour se soustraire au service militaire. Mais il est difficile de comprendre la portée de cette restriction ajoutée par la loi du 26 juin 1889 à l'ancien art. 10. La loi n'a pu avoir en vue l'individu qui né en France d'un ex-Français s'y trouve domicilié lors de sa majorité. Français de plein droit, sans qu'il ait besoin de manifester sa volonté de le devenir, cet individu ne saurait être déclaré déchu du droit de réclamer la qualité de Français. Il s'agit donc uniquement d'un individu né hors de France et domicilié en France. Or cet individu est étranger tant qu'il n'a pas réclaté la nationalité française, et l'art. 11 de la loi du 15 juillet 1889 ne le comprend pas parmi ceux qui doivent être portés sur les listes du contingent militaire. Pour trouver une application à la disposition finale de l'art. 10, il faut dès lors supposer qu'il a été inscrit par erreur et contrairement à la loi sur les tableaux de recensement et que le fait s'est produit non pas lors de la formation de la classe à laquelle il appartient par son âge, ce cas ne rentrant pas dans les termes de la loi, mais lors de la formation de la classe qui suit sa majorité (1).

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 42; Weiss, t. I,

120. Avant la loi du 26 juin 1889, il était admis sans difficulté que le bénéfice de l'art. 10 pouvait être invoqué par l'enfant légitime dont le père avait joui autrefois de la nationalité française, ainsi que par l'enfant naturel dont l'auteur, légalement certain, était un ex-Français. Mais on discutait la question de savoir s'il pouvait l'être également par l'enfant dont la mère, jadis Française, avait perdu cette qualité par suite de son mariage avec un étranger (art. 19). Le but de l'art. 10, disaient les partisans de la négative, a été de venir au secours d'un enfant qui aurait été Français si son auteur avait conservé cette qualité. Les enfants légitimes suivant la condition de leur père et non celle de leur mère, l'enfant né du mariage d'une Française avec un étranger n'a rien perdu du chef de sa mère; il n'y a donc pas lieu de venir à son aide. Ceux qui pensaient au contraire que cet enfant pouvait, aussi bien que l'enfant d'un ci-devant Français, se prévaloir de l'art. 10 faisaient remarquer qu'il méritait la même faveur, l'un comme l'autre se rattachant à des familles françaises et devant avoir, à raison de leur origine, un certain attachement pour la France. Ils ajoutaient qu'en décidant autrement, on aboutissait à traiter avec plus d'indulgence l'enfant naturel reconnu par sa mère que l'enfant légitime, ce qui est en opposition avec l'esprit général de notre législation (1). La loi de 1889 a rendu sur ce point toute controverse impossible en déclarant expressément que le droit d'opter pour la nationalité française appartient à l'enfant dont l'un des parents a perdu la qualité de Français.

L'art. 10 concerne seulement les *enfants*, c'est-à-dire les descendants au premier degré d'un ex-Français, et on doit en refuser le bénéfice aux descendants d'un degré ultérieur. Il ne parle en effet que de l'individu *né* de parents dont l'un a été Français. Or les descendants au deuxième degré d'un ci-devant Français ne sont pas nés directement de lui mais d'un étranger qui probablement a toujours été tel. Il n'y a donc aucun motif pour leur faciliter l'acquisition de la nationalité française.

121. Il y a cependant des descendants d'ex-Français qui se trouvent, au point de vue de l'acquisition de la nationalité française, dans une situation particulière. L'édit du 17 octobre 1685 par lequel Louis XIV révoqua l'édit de Nantes, déclarait déchus du titre de Français les protestants qui sortiraient du royaume. Cet édit fut renouvelé en 1698, 1699, 1704 et 1713. Non contente de révoquer les édits qui déclaraient étrangers les Français expatriés pour cause de religion, l'Assemblée constituante permit à leurs

p. 601; Campistron, n° 116; Rouard de Card, p. 201. — Douai, 9 juillet 1890, D. 91, 2, 184, S. 92, 2, 272; — Cour de cass., 26 octobre 1891, D. 92, 1, 41, S. 91, 1, 537.

1) Demolombe, t. I, n° 167; Demante, t. I, n° 20 bis IV; Aubry et Rau, § 70. — Douai, 16 avril 1889, D. 90, 2, 57, S. 90, 2, 212.

descendants, à quelque degré que ce fût, de recouvrer la qualité de Français sans se soumettre aux formalités de la naturalisation ordinaire. La loi des 9-15 décembre 1790 s'exprimait ainsi dans son art. 22 : « Toutes personnes qui, nées en pays étranger, descendent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, sont déclarés naturels Français, et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le serment civique. Les fils de famille ne pourront user de ce droit sans le consentement de leurs père, mère, aïeul ou aïeule, qu'autant qu'ils seront majeurs et jouiront de leurs droits. » La doctrine et la jurisprudence s'accordaient à décider que cette disposition, à raison de son caractère spécial, n'avait pas été abrogée par la loi du 30 ventôse an XII. L'art. 4 de la loi du 26 juin 1889 consacre cette solution ; mais, par dérogation à la loi de 1790, il décide que les descendants des religionnaires fugitifs ne pourront plus devenir Français par un simple acte de leur volonté. Un décret individuel, que le gouvernement n'est pas obligé d'accorder, est désormais nécessaire pour leur conférer la nationalité française et les effets de ce décret se limitent à l'avenir : « Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir. »

122. III. DE LA FEMME ÉTRANGÈRE QUI ÉPOUSE UN FRANÇAIS. — « *L'étrangère qui aura épousé un Français*, dit le nouvel art. 12, al. 1, *suivra la condition de son mari.* » L'acquisition de la nationalité française n'est alors soumise à aucune formalité ; elle constitue un effet du mariage lui-même. Par le seul fait de son mariage avec un Français, la femme étrangère devient Française immédiatement et de plein droit. La loi, en décidant ainsi, interprète la volonté probable de la femme ; elle présume qu'en consentant à associer son existence à celle d'un Français, la femme entend partager sa nationalité. On s'accorde d'ailleurs à penser, en présence des termes impératifs de l'art. 12, et du caractère de cette disposition qui statue sur une question d'état, que la présomption qu'elle établit est irréfragable et qu'elle ne céderait pas devant la manifestation d'une volonté contraire. Si la femme ne veut pas être Française, il ne faut pas qu'elle épouse un Français. Mais c'est seulement lorsque le mari est investi de la qualité de Français au moment même du mariage que cette qualité est acquise de plein droit à la femme. Si, étranger lors du mariage, le mari devient Français ultérieurement, la femme n'acquiert point par là même la nationalité française. Il serait injuste de lui imposer un changement de nationalité qu'elle ne pouvait pas prévoir en se mariant. La loi se borne à lui faciliter l'obtention de la nationalité française, s'il lui convient de l'acquérir.

Une fois devenue Française par son mariage, la femme ne cesse point

de l'être si son mari vient à perdre son titre de Français. La dissolution du mariage par la mort du mari ou par le divorce est également sans influence sur sa nationalité.

Remarquons enfin que l'acquisition de la nationalité française par la femme est purement individuelle et qu'elle ne réagit point sur la condition des enfants qu'elle aurait eus antérieurement à son mariage. Ceux-ci ne seraient même pas admis à se prévaloir pour devenir Français des dispositions de faveur édictées en vue du cas de naturalisation proprement dite par l'art. 12, al. 2 (1).

123. IV. DE LA FEMME ET DES ENFANTS DE L'ÉTRANGER NATURALISÉ FRANÇAIS. — Avant la loi de 1889, la femme de l'étranger qui se faisait naturaliser Français ne pouvait devenir Française qu'en remplissant personnellement toutes les conditions imposées aux étrangers ordinaires. La situation des enfants de l'étranger naturalisé était réglée par l'art. 2 de la loi du 7 février 1851 qui les autorisait à réclamer la qualité de Français dans l'année de la naturalisation de leur auteur, s'ils étaient majeurs à cette époque et dans l'année de leur majorité s'ils étaient mineurs. Enfin la loi du 14 février 1882 avait permis aux enfants mineurs de s'engager dans les armées françaises et d'entrer dans les écoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlement, en déclarant avec le consentement exprès et spécial de leur père, à défaut du père, de la mère, à défaut de l'un et de l'autre avec l'assentiment du conseil de famille, leur intention de renoncer à la qualité d'étranger et d'adopter la nationalité française. Cette déclaration ne devait être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils étaient favorables.

Les changements apportés à cette législation par la loi du 26 juin 1889 sont contenus dans les deux alinéas suivants ajoutés à l'art. 12 : « *La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé, pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari, au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'il feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9. — Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8, paragraphe 4.* »

124. La femme de l'étranger naturalisé a donc deux moyens d'acquérir la nationalité française. Elle peut en être investie par le décret qui confère la

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 430; Weiss, t. I, p. 514; Campistron, n° 158; Rouard de Card, p. 188. — *Contrà*, Nancy, 25 mars 1890. D. 91, 2, 89, S. 92, 2, 286.

naturalisation à son mari. Il lui suffit à cet effet de joindre à la requête formée par celui-ci une demande personnelle de naturalisation. Elle est alors affranchie des conditions d'âge, de stage et d'admission à domicile auxquelles, d'après le droit commun, l'étranger doit satisfaire. Mais le gouvernement demeure entièrement libre de lui refuser la faveur qu'elle sollicite. Elle peut aussi, lorsqu'elle se trouve dans les conditions voulues pour se prévaloir de l'art. 9, faire une déclaration dans les termes de cet article.

125. Quant aux enfants de l'étranger naturalisé, la loi distingue suivant qu'ils sont majeurs ou mineurs.

Les enfants majeurs sont mis par la loi sur la même ligne que la femme. Ils peuvent, comme celle-ci, être compris, sur leur demande et après enquête, dans le décret qui prononce la naturalisation du chef de famille, sans qu'alors la condition préalable de l'admission à domicile et une résidence quelconque sur le territoire français leur soient imposées. Ils peuvent aussi réclamer à titre de droit la qualité de Français par une déclaration dans les termes de l'art. 9. Mais, sous ce rapport, leur situation est aujourd'hui moins favorable qu'elle ne l'était sous l'empire de la loi du 7 février 1851. Tandis que cette loi leur accordait, pour faire leur déclaration, un délai d'un an à partir de la naturalisation de leur auteur, la loi nouvelle ne leur permet de devenir Français par ce moyen qu'autant qu'ils n'ont pas dépassé l'âge de vingt-deux ans. Elle n'a pas voulu qu'un étranger eût la possibilité d'acquérir *ipso jure* et sans enquête la qualité de Français, alors que, par son âge, il échapperait à la charge du service militaire.

Les enfants encore mineurs de l'étranger naturalisé deviennent Français de plein droit dès le jour et par l'effet de la naturalisation de leur auteur. Mais il leur est loisible de répudier cette qualité, conformément à l'art. 8, 4^o, dans l'année de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. L'acquisition par ces enfants de la nationalité française a lieu soit que la naturalisation ait été obtenue conjointement par leur père et par leur mère, soit qu'elle ait été conférée au père seul, alors que la mère, encore vivante, ne l'a pas sollicitée avec lui ou n'a pu l'obtenir, soit enfin que l'un des parents étant décédé, le survivant ait été naturalisé Français. Tant que dure le mariage, l'enfant mineur partage donc la condition nouvelle de son père. Le mariage est-il dissous par le décès de l'un des époux, il suit la nationalité acquise par le survivant, fût-ce par la mère. Mais la naturalisation conférée à une femme divorcée serait sans influence sur la nationalité de ses enfants mineurs si leur père est encore vivant, le divorce n'enlevant pas au père sa qualité de chef de famille (1). Il y a ainsi une corrélation directe entre la détermination de la nationalité d'origine de l'enfant légi-

1) Campistron, n° 137.

time et sa participation au changement de nationalité de ses auteurs. De même que l'enfant dont le père est vivant reçoit en naissant la nationalité de son père et que l'enfant posthume prend celle de sa mère survivante, de même le mineur est naturalisé de plein droit par la naturalisation de son père, si ses deux auteurs sont vivants, et par celle de sa mère si son père est prédécédé. La même corrélation doit être observée en ce qui concerne l'enfant naturel. Cet enfant est associé aux effets de la naturalisation obtenue en France par celui de ses auteurs dont il a reçu sa nationalité d'origine (1).

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE

162. Les étrangers ou aubains étaient, dans notre ancien droit, traités avec rigueur. Certaines coutumes allaient jusqu'à reconnaître aux seigneurs le droit de réduire à l'état de serfs ceux qui habitaient dans l'étendue de leurs domaines. Avec le temps, des règles plus humaines finirent par prévaloir; les aubains conservèrent leur liberté et furent seulement placés à certains égards en dehors du droit commun. Dans le dernier état de notre ancienne législation, ils jouissaient en principe des droits de famille, ils pouvaient posséder en France des biens meubles ou immeubles, contracter, s'adresser à la justice française ou être traduits devant elle, aliéner et acquérir à titre onéreux, et même à titre gratuit, du moins par actes entre vifs. Mais ils ne pouvaient ni transmettre ni recevoir des biens situés en France, soit par succession *ab intestat*, soit par testament. Les biens que l'incapacité dont ils étaient frappés ne leur permettait pas de transmettre ou de recevoir étaient dévolus au roi, c'est-à-dire au fisc.

Ils étaient aussi traités plus rigoureusement que les Français au point de vue de la contrainte par corps, et lorsqu'ils voulaient plaider comme demandeurs devant un tribunal français, ils étaient tenus de fournir une caution appelée caution *judicatum solvi*.

On nommait *droit d'aubaine* l'ensemble des règles concernant la condition des étrangers. Mais cette expression était employée plus spécialement pour désigner l'incapacité de transmettre et de recevoir par testament ou par succession *ab intestat*, et la dévolution au fisc qui en était la conséquence.

L'incapacité des aubains de transmettre par voie de succession *ab in-*

1) Weiss, t. I, p. 363 et 364.

testat les biens qu'ils possédaient en France et de disposer de ces biens par testament n'était point d'ailleurs absolue. Ils pouvaient avoir pour héritiers leurs enfants légitimes lorsque ceux-ci étaient *regnicoles*, c'est-à-dire Français, ce qui arrivait assez fréquemment grâce à la règle alors en vigueur qui déclarait Français tout individu né en France; et si, parmi les enfants du défunt les uns étaient Français et les autres étrangers, ces derniers, pourvu qu'ils résidassent en France, profitaient de la faveur accordée aux premiers et venaient avec eux à la succession, le roi, exclu par les enfants regnicoles, n'ayant pas d'intérêt à les en écarter. De même l'étranger qui laissait des enfants légitimes regnicoles pouvait disposer par testament non seulement au profit de ses enfants, mais encore au profit de toute autre personne capable, le roi, cette fois encore, n'ayant pas d'intérêt, grâce à l'existence des enfants, à ce que le testament demeurât sans effet.

Certaines classes d'étrangers étaient, par privilège spécial, affranchies du droit d'aubaine, par exemple les écoliers des Universités, les marchands fréquentant les foires, les ouvriers de quelques manufactures, les militaires au service de la France, etc. D'autre part, il y avait certaines provinces ou certaines villes dans lesquelles ce droit ne s'exerçait point.

Enfin, dans le cours du XVIII^e siècle, des conventions diplomatiques conclues entre la France et plusieurs nations étrangères stipulèrent l'abolition du droit d'aubaine et le remplacèrent par un simple *droit de détraction*, en vertu duquel le roi se bornait à distraire à son profit une fraction des successions qui précédemment lui auraient appartenu en entier. Cette fraction était ordinairement le dixième de la succession.

163. La législation révolutionnaire se montra très favorable aux étrangers. Les lois des 6-18 août 1790 et des 8-15 avril 1791 supprimèrent les droits d'aubaine et de détraction et déclarèrent les étrangers capables de transmettre et d'acquérir en France à quelque titre et par quelque mode que ce fût. Ces dispositions furent reproduites dans la constitution des 3-14 septembre 1791 (titre VI) et dans celle du 5 fructidor an III (art. 335). Quelques différences subsistèrent cependant entre les étrangers et les Français. Ainsi la loi du 28 vendémiaire an VI (art. 7) investit le gouvernement du droit d'expulser les étrangers du territoire français, par simple mesure administrative, lorsque leur présence serait jugée susceptible de troubler la tranquillité publique. La loi du 4 floréal an VI les soumit à la contrainte par corps en matière commerciale s'ils ne possédaient en France ni immeubles, ni établissement de commerce.

Les autres nations n'imitèrent point l'exemple donné par la France. Elles ne modifièrent point leur législation sur les étrangers, et les Français demeurèrent frappés chez elles des incapacités qui atteignaient jadis les aubains en France. Cette attitude des nations étrangères détermina les auteurs du code civil à abandonner le système admis par les législateurs

révolutionnaires. Ils distinguèrent deux catégories d'étrangers : les étrangers autorisés par le gouvernement français à fixer leur domicile en France et les étrangers non munis de cette autorisation. La situation des premiers fait l'objet de l'art. 13; celle des seconds est régie par les art. 11, 14, 15 et 16.

Nous nous occuperons tout d'abord de ces derniers.

SECTION I

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS QUI N'ONT PAS ÉTÉ AUTORISÉS A FIXER LEUR DOMICILE EN FRANCE

164. « *L'étranger, dit l'art. 11, 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 appartient.* » C'est ce qu'on a appelé le système de la *réciprocité diplomatique*, par opposition au système de la *réciprocité de fait* ou *réciprocité législative* qui consisterait à accorder à un étranger en France la jouissance des droits dont les Français sont admis à jouir dans le pays de cet étranger en vertu de sa législation nationale. Le texte primitif de l'art. 11 consacrait à la fois le système de la réciprocité diplomatique et celui de la réciprocité législative. Il admettait l'étranger à jouir en France des droits civils reconnus aux Français *par les lois ou les traités* de la nation à laquelle cet étranger appartenait. Mais il fut modifié sur cette observation du Tribunat que la France ne serait plus maîtresse chez elle s'il dépendait des nations étrangères de faire acquérir dans notre pays à leurs ressortissants la jouissance des droits civils en concédant sur leur territoire ces mêmes droits aux Français par une loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France ne participe pas. Les droits civils dont un étranger jouit en France sont donc tous ceux et ceux-là seulement dont la jouissance est assurée aux Français dans le pays de cet étranger par une convention diplomatique conclue avec la France.

165. Supposons qu'il n'y ait point de traité entre la France et le pays auquel appartient un étranger résidant en France, ou que le traité existant ne concède aux Français en pays étranger que la jouissance de certains droits civils. Quelle sera en France la condition de cet étranger quant aux droits civils en général ou quant aux droits non prévus au traité? La question est très controversée.

Avant d'en aborder l'examen, il convient de remarquer qu'elle ne se présente point dans les cas où, par application des principes sur les conflits des lois, la condition de l'étranger est nécessairement régie soit par sa loi nationale, soit par la loi française. Ainsi l'étranger ne saurait se prévaloir en France des droits constitutifs de l'état et de la capacité tels qu'ils résultent de la loi française, puisqu'il demeure régi à cet égard par la loi de son

pays. A l'inverse il est toujours admis à invoquer les lois françaises de police et de sûreté, ces lois protégeant tous ceux qui habitent le territoire. Cette double observation diminue beaucoup l'importance de la controverse (1).

166. Un premier système soutient qu'en l'absence d'un traité les étrangers ne jouissent en France que des droits civils qui leur sont concédés expressément ou tacitement par un texte. L'inaptitude à se prévaloir de ces droits est pour eux la règle, l'aptitude, l'exception. — Que les droits civils soient en principe réservés aux Français, cela résulte, dit-on, des termes formels des art. 8 et 11. Mais le principe reçoit des exceptions. Certains textes accordent expressément aux étrangers la jouissance de tel ou tel droit en particulier. Ainsi l'art. 3 du décret du 16 janvier 1808 leur permet d'acquérir des actions de la Banque de France; les décrets du 5 février 1810 et du 28 mars 1852 leur reconnaissent le droit de propriété littéraire pour les ouvrages publiés par eux soit en France, soit à l'étranger; l'art. 13 de la loi du 21 avril 1810 leur permet de devenir concessionnaires de mines; la loi du 14 juillet 1819 en abrogeant les art. 726 et 912 du code civil leur reconnaît le droit de succéder et de recevoir à titre gratuit; la loi du 5 juillet 1844 leur permet d'obtenir des brevets d'invention; la loi du 23 juin 1857 les admet à jouir, pour les produits de leurs établissements situés en France, du bénéfice des marques de fabrique; la loi du 20 juillet 1886 les autorise à faire des versements à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, etc. Dans un grand nombre d'autres cas, la loi, sans conférer explicitement aux étrangers la jouissance de droits déterminés, la leur reconnaît implicitement. Ainsi les art. 3, 14 et 15 supposent que les étrangers peuvent être propriétaires en France même de biens immobiliers. De là résulte virtuellement à leur profit la reconnaissance de tous les droits civils au moyen desquels la propriété s'acquiert et se transmet, par lesquels les créances et les dettes se forment et s'éteignent, comme aussi de tous les droits civils relatifs à la preuve des différentes causes par lesquelles la propriété est acquise ou aliénée et les créances contractées ou éteintes; à tel point que les rédacteurs du code ayant voulu dénier aux étrangers le droit d'acquérir par succession, donation ou legs des biens situés en France avaient dû s'en expliquer formellement (art. 726 et 912). Capables d'être propriétaires en France, les étrangers peuvent à plus forte raison y acquérir les divers démembrements de la propriété, usufruit, servitudes, hypothèque, etc. (2).

Ce premier système nous paraît inadmissible. La nécessité d'atténuer la rigueur du principe qui lui sert de base conduit ses partisans à voir des concessions tacites de droits dans des textes qui n'ont point nécessairement

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 638.

2) Demolombe, t. I, nos 242 et suiv.

une semblable portée. Ces textes peuvent en effet avoir été écrits en vue du cas où un étranger jouit en France des droits civils, soit parce qu'il existe un traité entre son pays et la France, soit parce qu'il a obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France. Ils n'impliquent donc point que les étrangers en général ont en France la jouissance des droits auxquels ils s'appliquent.

167. D'après un second système qui compte de nombreux adhérents dans la doctrine et qui a été consacré à plusieurs reprises par la jurisprudence, l'expression *droits civils* n'a point dans l'art. 11 sa signification ordinaire; elle désigne non tous les droits privés indistinctement, mais seulement ceux de ces droits qui, par leur nature même, par les motifs sur lesquels ils sont fondés, ou par la réglementation dont ils sont l'objet, doivent être considérés comme étant plus particulièrement l'œuvre de la loi positive, par opposition à ceux qui ont leur source principale et directe dans la loi naturelle. En d'autres termes, les rédacteurs du code ont reproduit ici la distinction faite par les jurisconsultes romains entre le *jus civile* et le *jus gentium*. Les étrangers ont en France, indépendamment de tout traité avec leur nation, la jouissance des droits privés qui rentrent dans la seconde de ces deux catégories; ils ne peuvent au contraire se prévaloir de ceux qui appartiennent à la première, ou droits civils *stricto sensu*, qu'au cas de réciprocité diplomatique ou en vertu d'un texte formel de la loi française. — En faveur de ce système on invoque la tradition historique et les travaux préparatoires du code. La distinction sur laquelle il repose était, dit-on, généralement admise dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence. C'est par application de ce principe que l'on reconnaissait aux étrangers le droit d'être propriétaires en France de biens mobiliers ou immobiliers, de contracter à titre onéreux, de disposer et de recevoir à titre gratuit par actes entre vifs et d'agir en justice, tandis qu'on leur refusait le droit de transmettre et de succéder *ab intestat*, de disposer et de recevoir par actes de dernière volonté (1). Cette distinction a été rappelée lors de la rédaction du code par Portalis, Boulay, Siméon. Il y a donc tout lieu de penser que l'art. 11 s'y est référé. Sans doute ce n'est pas chose facile que de déterminer exactement le caractère des divers droits privés, afin de les ranger dans telle ou telle catégorie. Il y a là une appréciation très délicate à faire. Mais le reproche s'adresse au législateur et à la théorie traditionnelle qu'il a cru devoir adopter. Peut-être a-t-il été séduit par une distinction qui, mobile de sa nature, est par là même susceptible de s'accommoder au progrès des mœurs et de la civilisation.

1) Bacquet, *Droit d'aubaine*, 3^e partie, chap. xviii, nos 3 et 4; chap. xxvii, n^o 4; Pothier, *Traité des Personnes*, 1^{re} partie, titre II, sect. 2; Merlin, v^o *Aubaine*.

Parmi les droits qui dérivent exclusivement de la loi positive et dont les étrangers ne peuvent avoir la jouissance en France qu'autant que les Français sont eux-mêmes, en vertu d'un traité, admis à en jouir dans le pays de ces étrangers, les partisans de ce système citent notamment : le droit d'adopter et celui d'être adopté, le droit pour la femme mariée d'invoquer sur les biens de son mari l'hypothèque légale établie par l'art. 2121, le droit de jouissance légale accordé par l'art. 384 aux parents sur les biens de leurs enfants, le droit d'être tuteur, subrogé tuteur, membre du conseil de famille d'un mineur français. Il existe toutefois quelques divergences sur ce dernier point (1).

168. Enfin un troisième système, auquel nous n'hésitons pas à nous rallier, enseigne que les étrangers jouissent en France de tous les droits privés à l'exception de ceux qui leur sont enlevés par un texte formel. Les droits qui leur sont ainsi déniés ne peuvent leur appartenir qu'en vertu d'un traité conclu entre leur pays et la France et concédant aux Français la jouissance des mêmes droits. Lors de la communication au Tribunat du titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, plusieurs membres de cette assemblée critiquèrent la formule de l'art. 11 qui paraissait, par sa généralité, exclure en principe les étrangers de la jouissance de tous les droits civils et les mettre en quelque sorte hors la loi. Ils demandèrent que les droits dont les étrangers ne seraient admis à jouir qu'en vertu de la réciprocité diplomatique fussent énumérés limitativement. Il leur fut répondu que cette énumération ne serait pas à sa place dans le titre I, qu'il suffisait de poser alors le principe et que les droits refusés aux étrangers seraient indiqués au fur et à mesure dans les différents titres du code. « Les droits dont les étrangers seront privés, disait le tribun Grenier, seront marqués dans les titres du code qui y auront trait. On ne les oubliera certainement pas lorsqu'il sera question de la faculté de tester, de la capacité de recevoir par testament, de succéder. Mais dans un titre où il s'agit seulement de la jouissance des droits civils, cette énumération n'est pas nécessaire ». C'était bien dire que l'art. 11 ne contenait qu'une disposition provisoire dont on se réservait de déterminer ultérieurement l'étendue et les effets. La manière dont le législateur a procédé dans la suite confirme pleinement cette interprétation. Il a enlevé textuellement aux étrangers la jouissance d'un certain nombre de droits (art. 14, 16, 726 et 912). Cette

1) Aubry et Rau, § 78; Duranton, t. I, nos 159 et 168; Demante, t. I, n° 27; Laurent, t. I, nos 405 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 636; — Cour de cass., 4 mars 1884, D. 84, 1, 205, S. 84, 1, 273; — Paris, 13 août 1889, D. 90, 2, 161. — Comp. Cour de cass., 16 février 1875, D. 76, 1, 49, S. 75, 1, 193; — Paris, 21 août 1879, D. 82, 5, 415. — Tribunal de la Seine, 13 déc. 1892, sous cassation, 10 novembre 1896, D. 99, 1, 209; — Nancy, 29 octobre 1898, D. 99, 2, 209.

énumération eût été inutile et incomplète si l'art. 11 avait eu le sens que lui attribuent les deux premiers systèmes (1).

La loi du 26 juin 1889 aurait fourni une occasion toute naturelle de trancher la controverse que nous venons d'exposer. La commission du Sénat en avait eu la pensée. Elle avait proposé de consacrer législativement le troisième système en substituant au texte de l'art. 11 une nouvelle rédaction ainsi conçue : « L'étranger jouit en France des droits civils dont il n'est pas privé par une disposition de la loi et, parmi les droits réservés, il jouit de ceux qui sont reconnus aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient ». Mais cette rédaction fut malencontreusement combattue par le Ministre de la justice, comme pouvant détourner les étrangers de la naturalisation et comme étant par suite contraire au but de la loi nouvelle. « Si, disait-il, vous adoptez cette rédaction, qu'en résultera-t-il ? C'est que l'étranger ayant tous les avantages, à quelques exceptions près, que notre législation accorde aux Français, la naturalisation n'entraînerait pour lui d'autre résultat, d'autre bénéfice que de lui faire supporter la charge du service militaire ». (Sénat, séance du 4 février 1887.) Cette considération détermina le retrait de la disposition proposée par la commission. Elle n'était pourtant rien moins que décisive, étant donné le nombre très restreint des droits sur lesquels porte la controverse. On ne peut donc que regretter que la réforme projetée n'ait pas abouti.

169. Il nous reste à indiquer les droits qu'un texte de loi refuse aux étrangers.

Les art. 726 et 912 établissaient jadis contre eux une incapacité très grave.

« *Un étranger, disait l'art. 726, n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du 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'art. 11, au titre de la Jouissance et de la Privation des droits civils.* »

« *On ne pourra disposer (par donation entre-vifs ou par testament) au profit d'un étranger, portait l'art. 912, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français.* »

En l'absence d'un traité conférant aux Français le droit de succéder et celui de recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire chez une nation étrangère, les membres de cette nation étaient donc incapables de recueillir par succession, par donation ou par testament des biens situés en France.

1) Valette, *Explication sommaire*, p. 408 à 416, et *Cours de Code civil*, p. 66 et suiv.; Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, n° 56; Huc, t. I, n° 275; Rouard de Card, p. 8; Weiss, t. II, p. 189.

Le code s'était ainsi montré plus rigoureux que notre ancienne jurisprudence, laquelle reconnaissait aux étrangers le droit de recevoir par donation entre-vifs. Mais ces articles n'ont pas été longtemps en vigueur. Ils ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1819 dont l'art. 1^{er} est ainsi conçu : « Les art. 726 et 912 du code civil sont abrogés; en conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume ». C'est un retour aux principes admis par la législation intermédiaire; mais les motifs qui ont inspiré le législateur de 1819 sont très différents de ceux sous l'empire desquels les assemblées révolutionnaires avaient agi. Les lois des 6-18 août 1790 et des 8-15 avril 1791 et les dispositions constitutionnelles qui les avaient reproduites étaient inspirées par les idées de philanthropie et de fraternité entre les peuples qui étaient alors à la mode. Ce sont des considérations plus pratiques qui ont guidé le législateur de 1819. Épuisée par les guerres du premier empire, la France avait besoin d'attirer chez elle les capitaux. Or les étrangers se gardaient d'acquérir des biens sur le sol français ou d'y fonder des établissements, dès lors qu'ils ne pouvaient pas les transmettre à leurs parents étrangers comme eux. La loi du 14 juillet 1819 eut pour but de les rassurer.

170. Avant la loi du 22 juillet 1867, les étrangers étaient soumis à la contrainte par corps dans des cas où les Français ne l'étaient pas. Cette loi les a, sous ce rapport, entièrement assimilés aux Français.

171. Les art. 14, 15 et 16 du code civil sont aujourd'hui les seuls textes qui, en matière civile, placent les étrangers dans une situation inférieure à celle des Français (1). Ils supposent un procès entre un Français et un étranger. L'art. 14 prévoit le cas où le Français est demandeur et l'étranger défendeur, les art. 15 et 16 celui où l'étranger est demandeur et le Français défendeur.

172. « *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* » (art. 14).

Les actions ou instances judiciaires se divisent en actions *réelles* et en actions *personnelles*. Les actions *réelles* sont celles qui ont pour objet la réclamation d'un droit réel, c'est-à-dire de la propriété d'une chose ou d'un démembrement de la propriété. Les actions *personnelles* sont celles par lesquelles un *créancier* demande que son *débiteur* exécute son *obligation*.

L'art. 14 se place en présence d'une action personnelle. Il suppose

1) L'art. 980 n'admet pas les étrangers à figurer comme témoins dans un testament. Mais il ne s'agit pas là d'un droit civil.

qu'un étranger est débiteur d'un Français et, dérogeant à la règle générale d'après laquelle le défendeur doit, en matière personnelle, être assigné devant le tribunal de son domicile, *actor sequitur forum rei* (art. 59, al. 1 c. pr.), il permet au Français de traduire son débiteur devant la justice française, que l'obligation ait pris naissance en France ou en pays étranger, sans distinguer d'ailleurs si l'étranger réside ou non en France et si le créancier est lui-même établi en France ou en pays étranger. Cette disposition paraît avoir été inspirée à la fois par un sentiment fort peu justifié de défiance à l'égard des tribunaux étrangers et par le désir d'assurer au Français créancier, lorsqu'il habite la France, une justice plus rapide et moins coûteuse.

La rédaction de l'art. 14 est embarrassée et peu claire. La loi appliquant la même règle au cas où l'obligation dont l'étranger est tenu envers un Français a pris naissance en France et à celui où cette obligation est née en pays étranger, il aurait été plus correct d'ajouter tout simplement après les mots : *contractées en France, ceux-ci : ou à l'étranger*, et de supprimer la seconde partie de l'article. L'incorrection commise provient d'une modification opérée par le Conseil d'État. D'après la rédaction primitive de l'art. 14, au cas où l'obligation avait été contractée en France, l'étranger pouvait être cité devant la justice française, *alors même qu'il ne se trouvait pas en France*, parce qu'il était réputé avoir accepté tacitement la juridiction de nos tribunaux en contractant sur le sol français. Mais si l'obligation avait été contractée en pays étranger, le débiteur ne pouvait être traduit devant la justice française que *lorsqu'il se trouvait en France*. Cette distinction fut supprimée par le Conseil d'État, mais on ne s'aperçut pas que sa suppression devait entraîner une refonte de l'article et la réunion en une seule des deux phrases qui le composaient.

Les obligations peuvent naître soit d'un contrat (art. 1101), soit d'un quasi-contrat (art. 1370 et 1371), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (art. 1382). Bien que l'art. 14 parle d'obligations *contractées*, il est certain qu'il doit recevoir son application quelle que soit la cause de l'obligation dont le débiteur est tenu. On ne s'expliquerait pas en effet que le Français, devenu créancier d'un étranger par suite d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, c'est-à-dire sans consentement, fût moins bien traité que celui dont la créance est née d'un contrat. La loi, en s'exprimant comme elle l'a fait, a statué *de eo quod plerumque fit*, le contrat étant la source la plus ordinaire des obligations (1).

173. L'art. 14 ne dit pas devant quel tribunal français l'étranger défen-

1) Cour de cass., 12 août 1872, D. 72, 1, 293, S. 72, 1, 323; — Besançon, 29 juin 1885, S. 86, 2, 229; — Rennes, 21 décembre 1887, D. 89, 2, 145, S. 88, 2, 25; — Aix, 28 février 1889, D. 90, 2, 59.

deur doit être traduit. S'il réside en France, l'affaire sera portée devant le tribunal du lieu de sa résidence (art. 59, al. 1 c. pr.). S'il n'y réside pas et que la contestation s'élève en matière commerciale, le demandeur pourra l'assigner, à son choix, devant le tribunal dans le ressort duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans le ressort duquel le paiement devait être effectué (art. 420 c. pr.). Enfin, si l'art. 420 du code de procédure est inapplicable, soit que la contestation n'ait pas un caractère commercial, soit que l'obligation ait été contractée en pays étranger et que son exécution ne doive pas avoir lieu en France, l'étranger pourra être cité devant le tribunal qu'il plaira au demandeur de choisir, à la condition toutefois que le choix de celui-ci soit raisonnable et qu'il n'ait pas pour but de vexer le défendeur ou de lui imposer des frais frustratoires : *Malitias non est indulgendum* (1).

Lorsque le défendeur ne réside pas en France, on ne saurait évidemment recourir, pour l'assigner devant la justice française, au ministère d'un huissier français, les huissiers n'ayant point qualité pour instrumenter au-delà des frontières. L'art. 69 du code de procédure détermine les formalités à suivre en pareil cas.

174. Il est loisible au Français créancier d'un étranger de renoncer au bénéfice de l'art. 14 qui existe uniquement dans son intérêt. Cette renonciation peut intervenir soit au moment de la naissance de l'obligation, soit postérieurement. Elle peut être purement tacite et s'induire des circonstances. Ainsi le Français qui actionne son débiteur étranger devant un tribunal étranger renonce par là même au droit de le poursuivre devant la justice française (2).

175. Bien que l'art. 14 ne parle point des actions relatives à l'état des personnes, on s'accorde à décider qu'il doit recevoir son application en ce qui les concerne.

Quant aux actions réelles, il faut distinguer suivant qu'elles ont pour objet un immeuble ou un meuble. Les actions réelles immobilières demeurent sous l'empire du droit commun, d'après lequel le tribunal compétent est celui de la situation de l'immeuble litigieux (art. 59, al. 3 c. pr.). Les actions réelles mobilières sont, au point de vue de la compétence, assimilées aux actions personnelles. L'art. 14 leur est donc applicable.

176. Supposons maintenant, avec les art. 15 et 16, que l'étranger est demandeur et le Français défendeur. « *Un Français*, dit l'art. 15, *pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui con-*

1) Demolombe, t. I, n° 252; Laurent, t. I, n° 436; Huc, t. I, n° 282; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 664.

2) Cour de cass., 25 février 1888, S. 89, 1, 150; — 13 mars 1889, D. 89, 1, 420, S. 89, 1, 200; — 1^{er} juillet 1896, D. 97, 1, 12.

tractées en pays étranger, même avec un étranger. » Lorsque le Français défendeur est domicilié en France, cet article ne fait qu'appliquer le droit commun en matière de compétence. Il y déroge au contraire dans l'hypothèse où le Français est domicilié en pays étranger, puisqu'il permet alors de l'assigner devant des juges autres que ceux de son domicile. Cette disposition, comme celle de l'art. 14, est fondée d'abord sur l'idée de supériorité au regard du Français, de la justice française sur la justice étrangère. Mais elle paraît avoir également en vue l'intérêt du demandeur étranger. Les décisions des tribunaux étrangers n'étant exécutoires en France qu'autant qu'elles ont reçu l'*exequatur* d'un tribunal français, le demandeur, en assignant son adversaire devant la justice française, s'épargne en effet des lenteurs et des frais (1). La compétence spéciale établie par l'art. 15 existant ainsi dans l'intérêt commun des parties, on doit en conclure que l'une d'elles ne pourrait pas, contre le gré de l'autre, renoncer au bénéfice de cet article. La renonciation peut être expresse ou tacite. Cette dernière résulterait notamment pour l'étranger du fait d'avoir porté son action devant un tribunal de son pays et pour le Français du fait d'avoir répondu à cette assignation sans opposer l'exception d'incompétence (2).

177. Tout ce que nous avons dit, sous l'art. 14, des contestations à propos desquelles cet article peut être invoqué et de la manière dont se détermine le tribunal devant lequel l'affaire doit être portée, reçoit également son application dans l'hypothèse prévue par l'art. 15. Mais le Français actionné par un étranger devant la justice française jouit d'une garantie particulière qui fait l'objet de l'art. 16. Comme il pourrait arriver qu'après avoir intenté un procès mal fondé ou même purement vexatoire, l'étranger quittât la France sans payer les frais de l'instance et les dommages-intérêts auxquels il aurait été condamné envers son adversaire, la loi l'oblige à donner, si le défendeur le requiert, une caution appelée caution *judicatum solvi*, c'est-à-dire à présenter et à faire agréer une personne qui s'engage, pour le cas où il viendrait à perdre son procès, à exécuter les condamnations prononcées contre lui s'il ne les exécutait pas lui-même. L'art. 16 tel qu'il a été modifié par la loi du 5 mars 1895 est ainsi conçu : « *En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant 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* » (joign. les art. 166 et suiv. c. pr.).

L'obligation de donner caution est imposée à tout étranger demandeur principal ou intervenant. On appelle demandeur principal celui qui intro-

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 666.

2) Paris, 17 février 1888, D. 90, 2, 15; — Cour de cass., 13 mars 1889, S. 89, 1, 200.

duit l'instance et demandeur intervenant celui qui, dans son propre intérêt ou dans l'intérêt du demandeur principal, devient partie au procès alors qu'il est déjà engagé. Mais pourquoi cette obligation n'incombe-t-elle qu'à l'étranger demandeur et non à l'étranger défendeur? Parce que le défendeur étant réputé libre de tout engagement tant que le contraire n'est pas établi, le droit qu'il a de se défendre ne saurait équitablement être soumis à aucune condition. Peut-être aussi le législateur a-t-il pensé qu'une défense vexatoire était moins à craindre qu'une demande vexatoire.

La caution *judicatum solvi* peut être exigée en matière civile, commerciale ou administrative, et même en matière criminelle, correctionnelle ou de police lorsqu'un étranger se porte partie civile. Sous l'empire du code, la caution n'était pas due en matière commerciale. Mais la loi du 5 mars 1895, a fait disparaître cette exception en supprimant dans l'art. 16, après les mots : *En toutes matières, ceux-ci : autres que celles de commerce.*

L'obligation de donner caution cesse :

1° Quand l'étranger possède en France des immeubles suffisants pour garantir les intérêts de son adversaire ;

2° Quand il consigne au greffe une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a ordonné que la caution serait fournie (art. 167 c. pr.) ;

3° Lorsqu'il existe entre la France et la nation à laquelle le demandeur appartient un traité portant que les membres de cette nation ne seront pas astreints à fournir caution (1).

178. Le code ne parle nulle part des procès entre étrangers. Les tribunaux français sont-ils compétents pour en connaître? Conformément au système que nous avons admis sur la signification de l'art. 11, nous croyons que ces tribunaux ont qualité pour statuer entre étrangers toutes les fois qu'ils sont compétents pour juger entre Français, et qu'il ne leur est permis de se déclarer incompétents que dans les cas où ils pourraient le faire si les plaideurs étaient Français. Empêcher que les particuliers puissent être tentés de se faire justice eux-mêmes, tel est en effet le but de l'institution des tribunaux. Peu importe dès lors la nationalité de ceux entre lesquels un différend existe. L'ordre public exige dans tous les cas que ce différend soit tranché (2).

1) Une convention conclue à La Haye entre la France, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse, à laquelle ont adhéré l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, le Danemark, la Roumanie, la Suède et la Norvège, supprime pour les nationaux des Etats contractants la nécessité de la caution *judicatum solvi* (*Journal Officiel* du 19 mai 1899, p. 3287).

2) Laurent, t. I, nos 440 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 692.

La jurisprudence se prononce cependant en sens contraire. D'après elle, en l'absence d'un traité, les tribunaux français sont en principe incompétents pour connaître des litiges entre étrangers. Les principaux motifs qu'elle allègue sont, d'une part, le silence de la loi et, d'autre part, les difficultés qu'éprouveraient les magistrats français à interpréter les lois étrangères pour les appliquer aux contestations dont ils seraient saisis. Le premier de ces motifs est sans force aucune dès lors qu'on admet, comme le fait la jurisprudence, que les étrangers jouissent en France de tous les droits naturels, le droit d'obtenir justice appartenant incontestablement à cette catégorie. Seuls, ceux qui ne reconnaissent aux étrangers que les droits qui leur sont concédés explicitement ou implicitement par la loi peuvent logiquement leur refuser l'accès des tribunaux français. Le second ne tendrait à rien moins qu'à la suppression du droit international privé, lequel repose tout entier sur l'application des lois étrangères par les tribunaux des divers pays.

179. Au principe que les tribunaux français sont incompétents pour statuer entre étrangers, la jurisprudence apporte du reste un assez grand nombre d'exceptions qui rendent le système par elle admis extrêmement compliqué et même à certains égards quelque peu incohérent. Elle reconnaît compétence à la juridiction française :

1° Lorsqu'il s'agit d'une action, pétitoire ou possessoire, réelle ou mixte, relative à un immeuble situé en France (arg. art. 3 al. 2) (1).

2° Lorsque la contestation intéresse l'ordre social. Ainsi les tribunaux français ont qualité pour connaître des actions civiles, de quelque façon qu'elles soient formées, qui ont pour objet la réparation du préjudice résultant d'une infraction à la loi pénale, d'un délit civil ou d'un quasi-délict commis en France (arg. art. 3 al. 1) (2). Ils peuvent également ordonner, à titre provisoire, les mesures urgentes nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, par exemple autoriser une femme étrangère à quitter le domicile conjugal, si la vie commune l'expose à des dangers, et lui accorder une pension alimentaire, ou lui enjoindre au contraire, sur la demande du mari, de réintégrer le domicile conjugal, pourvoir à la garde d'enfants étrangers maltraités ou abandonnés par leurs parents, prescrire certaines mesures pour la conservation des biens d'un absent ou d'un aliéné, etc. (3).

3° Lorsque le litige s'élève en matière commerciale et que l'on se trouve dans l'un des cas indiqués par l'art. 420 du code de procédure (4).

1) Cour de cass., 10 janvier 1882, D. 83, 1, 460, S. 84, 1, 380.

2) Nancy, 9 février 1886, D. 87, 2, 31.

3) Besançon, 30 novembre 1887, D. 88, 2, 113, S. 90, 2, 59; — Paris, 27 avril 1888, D. 88, 2, 241, S. 89, 2-9; — 6 juin 1888, D. 90, 2, 333; — 26 mars 1889, D. 90, 2, 128, S. 89, 2, 116; — 31 octobre 1890, D. 91, 2, 199, S. 92, 2, 239.

4) Pau, 2 février 1870, S. 70, 2, 139; — Chambéry, 11 février 1880, S. 81,

4° Lorsqu'une demande en intervention est formée par un étranger au cours d'un procès régulièrement engagé contre un étranger. De même l'étranger qui a plusieurs débiteurs dont l'un est Français peut assigner ses débiteurs étrangers devant le même tribunal que le Français (1).

5° Lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire en France un jugement rendu par une juridiction étrangère entre étrangers ou un acte passé dans les mêmes conditions devant une autorité étrangère (art. 2123).

6° Lorsque le défendeur n'a conservé ni domicile ni résidence en pays étranger, le demandeur pouvant alors, faute de tribunal compétent, se trouver dans l'impossibilité d'obtenir justice (2).

Dans ces divers cas, les tribunaux français sont tenus de statuer, sans pouvoir renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux étrangers. En dehors de ces cas, ils peuvent se déclarer incompétents; mais ils ne sont pas tenus de le faire. Il leur est loisible de statuer si les parties consentent à être jugées par eux. Celles-ci peuvent d'ailleurs accepter la compétence de la juridiction française soit expressément, soit tacitement. Il y a de leur part acceptation tacite lorsque l'acte qui donne lieu à difficulté contient élection de domicile en France, ou lorsqu'il doit y être exécuté, ou bien encore quand le défendeur n'oppose pas dès le début de l'instance, *in limine litis*, l'incompétence du tribunal (3). Ce caractère purement relatif et facultatif de l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers atténue singulièrement la rigueur du système suivi par la jurisprudence. Mais il se concilie difficilement avec les motifs sur lesquels ce système est fondé. Si le législateur a, comme on le prétend, refusé aux étrangers le droit de saisir la justice française, cette règle doit être considérée comme d'ordre public et il ne saurait dès lors y être dérogé par la volonté des parties ou des magistrats (4).

180. La doctrine est très divisée sur la question des procès entre étran-

2, 237; — Cour de cass., 19 décembre 1881, D. 82, 1, 272; — Bordeaux, 10 avril 1883, S. 83, 2, 160.

1) Cour de cass., 1^{er} avril 1873, D. 73, 1, 101.

2) Cour de cass., 7 juillet 1874, S. 75, 1, 19; — Paris, 6 juillet 1886; — Tribunal de la Seine, 6 août 1884.

3) Paris, 7 mai 1875, sous cassation, S. 81, 1, 397, D. 76, 2, 137; — Trib. de la Seine, 26 juillet 1879, D. 80, 3, 39, S. 80, 2, 218; — Montpellier, 9 mai 1890, D. 91, 2, 197; — Paris, 31 octobre 1890, D. 91, 2, 199, S. 92, 2, 239; — 26 février 1891, D. 92, 2, 321, S. 92, 2, 237; — Cour de cass., 4 février 1891, D. 91, 1, 113, S. 91, 1, 449.

4) Quelques rares décisions judiciaires se sont prononcées en faveur de l'incompétence absolue et obligatoire des tribunaux français à l'égard des étrangers. — Alger, 4 mars 1874, D. 75, 2, 62, S. 74, 2, 103; — Paris, 24 août 1875, S. 76, 2, 212.

gers. L'opinion que nous avons admise est celle de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit international privé (1). La théorie de la jurisprudence est au contraire adoptée quant au fond, et sauf de nombreuses divergences dans les détails, par la majorité des commentateurs du code civil (2).

181. Dans les cas où les tribunaux français sont compétents pour juger les procès entre étrangers, le défendeur est-il fondé à exiger de son adversaire la caution *judicatum solvi*? Nous ne le pensons pas. L'art. 16 qui établit l'obligation de donner caution se lie en effet à l'art. 15, lequel suppose une action intentée par un étranger contre un Français. C'est donc au Français défendeur que la loi a voulu accorder une protection spéciale. La situation d'un étranger actionné par un autre étranger est d'ailleurs loin d'être la même que celle d'un Français actionné par un étranger. Si le défendeur est exposé à voir son adversaire passer la frontière après avoir perdu son procès, le demandeur court de son côté le même danger. Aussi notre ancienne législation qui permettait à l'étranger défendeur d'exiger une caution l'obligeait-elle en même temps à en donner une. N'ayant pas aujourd'hui le droit de réclamer cette garantie, le demandeur ne saurait non plus être tenu de la fournir.

182. Si, au point de vue de la participation aux droits civils, la situation des étrangers diffère peu de celle des Français, il n'en est pas de même en ce qui concerne les *droits politiques*. Ces droits leur sont refusés d'une façon absolue. Ils n'ont ni le droit de vote, ni le droit d'éligibilité, ni le droit d'exercer les fonctions publiques. Le gouvernement du pays est chose qui ne les regarde pas et qui concerne exclusivement les Français. Un étranger ne saurait non plus être admis dans l'armée française (loi du 15 juillet 1889, art. 3), ni figurer comme témoin dans un testament (art. 980).

183. Quant aux *droits publics*, les étrangers sont, en principe, admis à s'en prévaloir comme les Français. Mais ces droits subissent dans leur personne des restrictions qui n'atteignent pas les Français.

Tandis que les Français ne peuvent être contraints de sortir de France qu'en vertu d'une condamnation judiciaire prononçant contre eux la peine du bannissement (art. 32 et 33, c. pr.) les étrangers peuvent être expulsés par simple mesure administrative, sans qu'aucune condamnation ait été prononcée contre eux (loi du 3 déc. 1849, art. 7, 8 et 9).

D'un autre côté, les étrangers qui veulent séjourner en France sont assujettis par le décret du 2 octobre 1888 à certaines formalités destinées à faciliter la surveillance du gouvernement à leur égard. Aux termes de

1) Weiss, t. II; Despagnet, n° 292.

2) Demolombe, t. I, n° 262; Aubry et Rau, § 748 bis; Valette, *Explic. sommaire*, p. 18; Duranton, t. I, n° 154; Demante, t. I, n° 29 bis, IV.

l'art. 1^{er} de ce décret, « Tout étranger non admis à domicile qui se proposera d'établir sa résidence en France devra, dans le délai de quinze jours à partir de son arrivée, faire, à la mairie de la commune où il voudra fixer cette résidence, une déclaration énonçant : 1° ses nom et prénoms, ceux de ses père et mère; 2° sa nationalité; 3° le lieu et la date de sa naissance; 4° le lieu de son dernier domicile; 5° sa profession ou ses moyens d'existence; 6° le nom, l'âge et la nationalité de sa femme et de ses enfants mineurs, lorsqu'il sera accompagné par eux. — Il devra produire toutes pièces justificatives à l'appui de sa déclaration. S'il n'est pas porteur de ces pièces, le maire pourra, avec l'approbation du préfet du département, lui accorder un délai pour se les procurer. — Un récépissé de sa déclaration sera délivré gratuitement à l'intéressé. »

L'art. 2 ajoute : « Les déclarations seront faites à Paris au préfet de police et à Lyon au préfet du Rhône. »

La déclaration doit être renouvelée chaque fois que l'étranger change de résidence (art. 3).

L'infraction à ces prescriptions est punie des peines de simple police, sans préjudice du droit d'expulsion (art. 5).

Comme la liberté d'aller et de venir, la liberté du travail et de l'industrie reçoit en ce qui concerne les étrangers diverses limitations. Ainsi les étrangers ne peuvent exercer en France la profession médicale et les professions connexes pour lesquelles des diplômes français sont exigés (loi du 30 novembre 1892, art. 5), ni être officiers ou mécaniciens à bord d'un navire français (décret du 21 avril 1882, art. 1 et 2), ni se livrer à la pêche sur un navire étranger dans les eaux territoriales françaises (loi du 1^{er} mars 1888, art. 4), ni faire dans les mêmes conditions le cabotage sur les côtes de France, ou entre les deux rives françaises de la Méditerranée (loi du 2 avril 1889). Enfin, les étrangers qui veulent exercer en France une profession, un commerce ou une industrie quelconque doivent se soumettre aux prescriptions de la loi du 8 août 1893 *relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national*. Comme l'indique son titre, le but de cette loi est de protéger la main-d'œuvre française contre la concurrence des travailleurs étrangers, chaque jour plus nombreux sur notre sol. Mais il est assez difficile de comprendre comment ce but pourra être atteint par les dispositions qu'elle a édictées. Elle se borne, en effet, à exiger des étrangers qui viennent exercer une profession en France certaines déclarations analogues à celles qui sont imposées à tout étranger par le décret du 2 octobre 1888. Des mesures plus radicales et plus efficaces avaient été proposées; mais les Chambres les repoussèrent parce qu'elles auraient pu avoir pour résultat d'entraîner des représailles contre nos nationaux établis en pays étrangers. L'art. 1^{er} de la loi du 8 août 1893 est ainsi conçu : « Tout étranger non admis à domicile, arrivant dans une commune

pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie, devra faire à la mairie une déclaration de résidence en justifiant de son identité, dans les huit jours de son arrivée. Il sera tenu à cet effet un registre d'immatriculation des étrangers suivant la forme déterminée par un arrêté ministériel. — Un extrait de ce registre sera délivré au déclarant dans la forme des actes de l'état civil, moyennant les mêmes droits. — En cas de changement de commune, l'étranger fera viser son certificat d'immatriculation dans les deux jours de son arrivée, à la mairie de sa nouvelle résidence. » Plus sévère que le décret de 1888, la loi de 1893 établit contre les contrevenants des peines correctionnelles (art 3). L'art. 2 porte en outre : « Toute personne qui emploiera sciemment un étranger non muni du certificat d'immatriculation sera passible des peines de simple police. » Enfin l'art. 4 dispose que « les produits des amendes prévues par la présente loi seront attribués à la caisse municipale de la commune de la résidence de l'étranger qui en sera frappé. »

Les étrangers bénéficient comme les Français de la liberté de la presse. Néanmoins un étranger ne peut être en France *gérant* d'un journal (loi du 29 juillet 1881, art. 7). Ils jouissent du droit de réunion et d'association dans les limites fixées par la loi. Toutefois un étranger ne peut être directeur ou administrateur d'un syndicat professionnel (loi du 21 mars 1884, art. 4).

Un étranger ne peut enseigner, même dans un établissement libre, sans une autorisation du ministre de l'instruction publique (lois du 15 mars 1850, art. 78, du 15 juillet 1875, art. 2 et 9, et du 30 octobre 1886, art. 4).

SECTION II

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS ADMIS A FIXER LEUR DOMICILE EN FRANCE

184. L'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France doit procéder suivant les formes prescrites par le décret du 13 août 1889 (art. 1). Sa demande, rédigée sur papier timbré, et accompagnée des pièces exigées par le décret, est adressée au ministère de la justice. Après une enquête sur la moralité et les moyens d'existence de l'impétrant, l'admission à domicile est prononcée, s'il y a lieu, sur la proposition du ministre de la justice, par un décret du chef de l'État, qui est inséré au *Bulletin des lois*.

Le gouvernement reste le maître de retirer quand bon lui semble l'autorisation accordée.

Les effets de l'autorisation sont déterminés par l'art. 13, modifié par la loi du 26 juin 1889. « *L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France, dit le premier alinéa de cet article, y jouira de tous les droits civils.* » La situation de cet étranger est donc, au point de vue

de la jouissance des droits civils, la même que celle des Français, sauf cette différence qu'il demeure régi par sa loi nationale quant à son état et à sa capacité. Il peut s'adresser aux tribunaux français dans les mêmes conditions qu'un Français, sans être tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et s'il est actionné par un étranger non admis à domicile, il est fondé à exiger de lui cette caution.

Mais l'étranger domicilié ne jouit point des droits politiques, et il demeure soumis, quant à sa participation aux droits publics, aux mêmes restrictions que l'étranger ordinaire. Toutefois, il est traité moins rigoureusement que ce dernier en ce qui concerne la faculté d'expulsion. Les préfets qui, dans les départements frontières, peuvent, en cas d'urgence, prendre un arrêté d'expulsion, à la charge d'en référer immédiatement au ministre de l'Intérieur, ne jouissent pas de ce droit à l'égard des étrangers domiciliés. D'un autre côté, l'arrêté d'expulsion pris par le ministre contre un étranger admis à domicile cesse de plein droit d'avoir effet lorsque l'autorisation n'a pas été régulièrement révoquée dans les deux mois qui ont suivi cet arrêté (loi du 3 décembre 1849, art. 7). Enfin, l'étranger domicilié n'est pas soumis aux prescriptions du décret du 2 octobre 1888, ni à celles de la loi du 8 août 1893.

185. D'après l'ancien art. 13, l'étranger autorisé à fixer son domicile en France conservait indéfiniment le bénéfice de cette autorisation, tant qu'elle n'était point révoquée. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Les effets de l'admission à domicile sont temporaires et ne peuvent pas dépasser cinq ans. « *L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée.* » (art. 13, al. 2). Le but de cette innovation est de déterminer les étrangers à se faire naturaliser. Dans la théorie de la loi du 26 juin 1889 l'admission à domicile n'a plus seulement pour effet de créer à celui qui l'obtient une situation intermédiaire entre celle des étrangers ordinaires et celle des Français, elle constitue avant tout un préliminaire de la naturalisation. Elle n'en est point d'ailleurs un préliminaire indispensable, la naturalisation pouvant, nous l'avons vu, être accordée à l'étranger après une résidence non interrompue de dix années; mais elle la facilite puisqu'elle la rend possible après trois ans (art. 8-50).

Toujours dans le but de multiplier les naturalisations en les facilitant, l'art. 13 dispose *in fine* : « *En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation.* »

CHAPITRE III

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

126. La privation des droits civils peut résulter : 1° de la perte de la qualité de Français ; 2° de certaines condamnations judiciaires.

SECTION I

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

127. Les art. 17 à 21 qui composent cette section s'occupent non seulement de la perte de la qualité de Français, mais aussi de la réintégration dans cette qualité. Aggravés, peu de temps après la promulgation du code, par les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811 qui, dérogeant à la loi, auraient dû être annulés par le Sénat, gardien de la constitution, ces articles ont reçu de la loi du 26 juin 1889 des modifications conçues dans un esprit tout différent.

§ 1. — *De la perte de la qualité de Français.*

128. Les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français sont, d'après les art. 17 et 19 :

- 1° L'acquisition volontaire par un Français de la qualité d'étranger ;
- 2° La répudiation de la nationalité française dans les cas spécifiés par la loi ;
- 3° La conservation, malgré la défense du gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ;
- 4° L'engagement au service militaire d'un pays étranger sans l'autorisation du gouvernement français ;
- 5° Le mariage d'une Française avec un étranger.

Mais cette énumération n'est pas complète. Il faut y ajouter :

- 6° Le démembrement d'une portion du territoire français ;
 - 7° La possession ou le trafic des esclaves.
- Sauf en cas de démembrement du territoire, la perte de la qualité de Français est toujours le résultat d'une abdication volontaire de cette qualité par celui qui en était investi. Mais la volonté de l'intéressé ne suffit pas à elle seule pour le dépouiller de sa nationalité ; il faut qu'à cette volonté vienne se joindre un fait, spécifié par la loi, qui la manifeste ou la justifie. La loi ne reconnaît pas aux Français le droit de rompre, par une abdication

pure et simple de leur qualité, le lien qui les unit à leur patrie. Cette abdication, si elle avait été permise, aurait offert un moyen trop facile de se soustraire, le cas échéant, aux charges qui résultent du titre de Français, et les avantages qu'elle paraîtrait offrir à un moment donné auraient le plus souvent fait perdre de vue sa gravité.

A la perte de la nationalité française ne correspond pas toujours l'acquisition d'une nationalité étrangère, cette acquisition ne dépendant en aucune façon de la loi française. Il peut donc arriver que celui qui cesse d'être Français n'appartienne plus à aucune nation.

1° De l'acquisition volontaire par un Français de la qualité d'étranger.

129. Aux termes de l'art. 17, « *Perdent la qualité de Français : 1° Le Français naturalisé à l'étranger, ou celui qui acquiert, sur sa demande, la nationalité étrangère par l'effet de la loi...* » En se donnant une nouvelle patrie un Français renonce implicitement à la nationalité française, nul ne pouvant servir deux patries à la fois. Mais pour que l'acquisition d'une nationalité étrangère fasse perdre à un Français sa qualité, il faut que cette acquisition ait eu lieu sur sa demande. S'il ne l'a point sollicitée, il reste Français, et cela alors même que la nationalité nouvelle dont il se trouve investi serait, d'après la loi étrangère, la conséquence d'un acte accompli par lui. Ainsi un Français ne perdrait point sa qualité par cela seul qu'il aurait acquis un immeuble ou fondé un établissement commercial ou industriel dans un pays où un pareil fait suffit pour conférer de plein droit la naturalisation. A plus forte raison en serait-il de même de celui qui, sans se faire investir de la nationalité étrangère, aurait simplement sollicité et obtenu du gouvernement local une situation plus favorable que celle qui est faite aux étrangers en général par la législation du pays. Il a été jugé en ce sens que la *denization* obtenue en Angleterre par un Français ne lui enlève pas sa nationalité d'origine, la *denization* n'ayant point pour effet de conférer à celui à qui elle est accordée la nationalité anglaise, mais seulement de lui assurer la jouissance de certains des droits qui appartiennent aux Anglais (1). Par le même motif, la perte de la nationalité française ne résulterait point de la naturalisation obtenue par un de nos nationaux dans une colonie anglaise, cette naturalisation n'ayant que des effets locaux et limités et ne conférant point à son bénéficiaire la nationalité anglaise (2).

L'acquisition par un Français d'une nationalité étrangère, alors même qu'elle a été sollicitée par lui, n'entraîne d'ailleurs sa dénationalisation qu'autant qu'il est capable, aux yeux de la loi française, de changer de nationalité. La capacité requise à cet égard est celle du droit commun. La naturalisation conférée en pays étranger à un Français mineur ou à une femme

1) Cour de cass., 16 février 1875, D. 76, 1, 49, S. 75, 1, 193.

2) Weiss, t. I, p. 449.

mariée agissant sans l'autorisation de son mari serait donc dépourvue d'effet en France (1).

Une condition spéciale de capacité est imposée à celui qui appartient encore à l'armée active ou à la réserve de cette armée. Il doit, avant de se faire conférer une nationalité étrangère, obtenir l'autorisation du gouvernement français. En l'absence de cette autorisation, il conserve la nationalité française: « *S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, dit l'art. 17-1^o, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français.* » Le but de cette disposition est d'empêcher qu'un Français puisse être tenté de se faire naturaliser en pays étranger en vue de se soustraire en France au service militaire. Demeurant Français malgré sa naturalisation à l'étranger, il subira, s'il rentre en France, les conséquences pénales de son insoumission ou de sa désertion.

En dehors de cette hypothèse, un Français est entièrement libre d'abdiquer sa qualité sans l'autorisation du gouvernement en acquérant une nationalité étrangère et cette abdication ne lui fait encourir aucune déchéance. Le décret du 26 août 1811 qui exigeait cette autorisation dans tous les cas et punissait celui qui ne l'avait pas obtenue a été abrogé par la loi du 26 juin 1889 (art. 6).

2^o De la répudiation de la nationalité française dans les cas spécifiés par la loi.

130. Perd la qualité de Français, dit l'art. 17-2^o, « *Le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'art. 8 et aux art. 12 et 18* ». L'individu qui se trouve dans un des cas prévus par ces articles est investi de deux nationalités entre lesquelles il a le droit de choisir. Son option pour la nationalité étrangère lui enlève immédiatement et définitivement le titre de Français.

3^o De la conservation, malgré la défense du gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

131. Le seul fait de la part d'un Français d'avoir accepté, sans l'autorisation du gouvernement, des fonctions publiques conférées par une puissance étrangère entraînait de plein droit sa dénationalisation d'après l'ancien art. 17 (2), et le rendait en outre passible des peines édictées

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n^{os} 520 et suiv.; Weiss, t. I, p. 433; — Cour de cass., 19 août 1874, D. 75, 1, 151, S. 75, 1, 52; — 26 février 1890, D. 90, 1, 325, S. 93, 1, 126.

2) L'art. 17, dans sa teneur primitive, assimilait à l'acceptation non autorisée de fonctions publique l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigeait des distinctions de naissance. Mais Napoléon I^{er} ayant rétabli les titres nobiliaires, cette disposition fut supprimée dans l'édition officielle de 1807.

par le décret du 26 août 1811 contre les Français naturalisés à l'étranger sans autorisation (art. 25 du décret). Mieux inspiré et moins rigoureux, le législateur de 1889 réserve au gouvernement français la faculté d'apprécier si l'exercice par un Français de fonctions publiques en pays étranger présente ou non des inconvénients, et il fait résulter la perte de la nationalité française non plus du fait même de l'acceptation non autorisée de semblables fonctions, mais seulement du refus de déférer à l'injonction du gouvernement français de les résigner. Perd la qualité de Français, dit l'art. 17-3°, « *Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé* ». Cette forme nouvelle donnée à l'art. 17-3° écarte en grande partie les difficultés qui s'étaient élevées, sous l'empire de l'ancien texte, sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par *fonctions publiques*, et nous dispense d'entrer à cet égard dans des détails dont l'intérêt pratique est désormais très minime. Bornons-nous à dire qu'on doit considérer comme fonctions publiques non seulement celles qui font participer celui qui en est investi à l'exercice de la puissance publique, mais encore celles qui, sans avoir ce caractère, sont instituées dans un but d'intérêt général et placent leur titulaire dans la dépendance directe du gouvernement. Ainsi c'est une fonction publique que celle de professeur dans un établissement officiel. Le Français qui exercerait une semblable fonction à l'étranger pourrait donc être invité par le gouvernement français à la résigner, et il encourrait la perte de la nationalité française s'il n'obtempérait pas à cette invitation.

4° De l'entrée au service militaire d'une puissance étrangère sans l'autorisation du gouvernement français.

132. Perd la qualité de Français : « *Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire* » (art. 17-4°). L'ancien art. 21, dont le premier alinéa correspondait au n° 4 du nouvel art. 17, déclarait également déchu de sa nationalité le Français qui, sans l'autorisation du gouvernement, s'affiliait à une corporation militaire étrangère. Le législateur de 1889 n'a pas maintenu cette disposition qui n'avait plus de raison d'être, les ordres de chevalerie auxquels elle se référait n'existant plus aujourd'hui que de nom.

Tandis que le Français qui a reçu des fonctions civiles d'un gouvernement étranger n'encourt la dénationalisation qu'autant qu'il a refusé de s'en démettre sur la réquisition du gouvernement français, celui qui, sans autorisation préalable, prend du service sous les drapeaux d'une puissance étrangère, perd *ipso facto* la nationalité française. « La politique, l'intérêt de la nation, celui des alliés, disait le tribun Gary, peuvent exiger que des

Français aillent servir dans leurs armées. Ceux qui partent avec l'autorisation du gouvernement sont irréprochables ; mais ceux-là sont coupables qui n'ont pas cette autorisation ; ils se placent dans une position qui peut devenir hostile envers leur pays et s'exposent à porter les armes contre leur patrie. »

Trois conditions sont nécessaires pour que l'engagement sans autorisation au service militaire d'une puissance étrangère entraîne la perte de la qualité de Français :

1° Il faut que le Français soit capable de changer de nationalité. Un mineur qui prendrait du service militaire en pays étranger ne cesserait donc point d'être Français (1).

2° Il faut que le Français devenu soldat à l'étranger fasse partie d'une armée régulière, c'est-à-dire placée sous l'autorité du gouvernement légal du pays dans lequel elle est organisée, et destinée à combattre, le cas échéant, contre les ennemis du dehors. L'enrôlement dans une bande d'insurgés, dans les troupes d'un prétendant, dans un corps de volontaires formé en temps de guerre civile pour protéger les personnes et les biens des habitants paisibles, ou dans une milice locale chargée uniquement d'assurer le maintien de l'ordre à l'intérieur ne ferait donc point encourir la perte de la nationalité française (2).

3° Il faut enfin que l'incorporation du Français dans une armée étrangère soit volontaire de sa part. S'il n'a fait que céder à la contrainte exercée sur lui par le gouvernement étranger, il conserve sa nationalité (3). Mais il n'est pas nécessaire, pour que l'incorporation soit considérée comme volontaire, qu'elle soit la conséquence d'un engagement proprement dit. Le Français qui se soumettrait à la loi étrangère sur le recrutement sans exciper de sa nationalité tomberait également sous l'application de l'art. 17-4°.

Avant la loi de 1889, l'entrée d'un Français au service militaire d'une puissance étrangère sans l'autorisation du gouvernement français, lui faisait encourir, outre la dénationalisation, les déchéances prononcées par le décret, aujourd'hui abrogé, du 26 août 1811.

1) Demolombe, t. I, n° 185 ; Aubry et Rau, § 270, note 10 ; Weiss, t. I, p. 478 ; Rouard de Card, p. 239 ; Beudant, p. 74 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 539. — *Contra* : Tribunal de la Seine, 17 juillet 1894, D. 95, 2, 293. — Comp. Paris, 30 juin 1896, D. 97, 2, 33.

2) Bastia, 27 déc. 1875, D. 78, 2, 338, S. 76, 2, 66 ; — Cour de cass., 20 février 1877, D. 78, 1, 29, S. 77, 1, 117 ; — 30 avril 1890, D. 92, 1, 363, S. 91, 1, 228 ; — Chambéry, 28 juin 1892, S. 93, 2, 65.

3) Tribunal de la Seine, 19 juillet 1884 ; — Tribunal d'Orléanville, 29 mars 1887 ; — Tribunal de Lunéville, 28 mai 1889 ; — Tribunal de la Seine, 27 juillet 1897, D. 97, 2, 518.

5° Du mariage d'une Française avec un étranger.

133. Aux termes de l'art. 19, al. 1, « *La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française.* » De même que l'étrangère qui épouse un Français devient Française, de même la femme française qui épouse un étranger devient étrangère. Mais cette dernière règle n'est pas aussi absolue que la première. L'étrangère qui épouse un Français devient Française dans tous les cas (art. 12). La loi française ne se préoccupe en aucune façon de ce que décide la législation nationale de la femme. Si donc, d'après cette législation, la femme conserve, malgré son mariage avec un Français, sa nationalité d'origine, elle se trouve avoir concurremment deux nationalités et jouit par conséquent en France et dans son pays des avantages réservés aux nationaux. L'ancien art. 19 posait également comme principe absolu que la femme française qui épousait un étranger suivait la condition de son mari. Mais la loi française ne pouvant conférer à une personne la qualité de membre d'une autre nation, on aboutissait à ce résultat que si la loi étrangère n'attribuait pas à la femme la nationalité de son mari, celle-ci cessait d'être Française sans acquérir une patrie nouvelle, et se trouvait ainsi privée de toute nationalité. Afin d'éviter une pareille situation, le nouvel art. 19 n'enlève à la femme mariée à un étranger sa qualité de Française qu'autant que, par l'effet du mariage, cette femme acquiert la nationalité de son mari.

6° Du démembrement du territoire français.

134. La perte de la qualité de Français par la séparation d'une portion du territoire de la France est la contre-partie de l'acquisition de cette qualité par l'annexion à la France d'un territoire étranger, et les deux hypothèses sont gouvernées par des règles analogues. La dénationalisation n'est plus alors individuelle comme dans les divers cas que nous venons d'examiner; elle est collective et atteint en bloc tous les habitants du territoire séparé, sauf le droit d'option qui peut être réservé par les traités. Ainsi le traité franco-allemand du 10 mai 1871 qui a cédé l'Alsace, moins le territoire de Belfort, et une partie de la Lorraine à l'empire d'Allemagne, dispose dans son art. 2 : « Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ces territoires, qui voudront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1^{er} octobre 1872, 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. »

7° De la possession ou du trafic des esclaves.

135. L'esclavage a existé dans les colonies françaises jusqu'en 1848.

Aboli par les lois du 16 pluviôse et du 22 germinal an II, puis rétabli par la loi du 30 floréal an X, il a disparu définitivement en vertu des décrets du 4 mars et du 27 avril 1848, confirmés par la constitution du 4 novembre de la même année (art. 6) et par le sénatusconsulte du 3 mai 1854 (art. 1).

Mais l'esclavage existe encore dans certains pays. Non content de le proscrire d'une façon absolue dans l'étendue des possessions françaises, le décret du 27 avril 1848 interdit aux Français établis dans les pays qui ont conservé cette institution d'en profiter directement ou indirectement, sous peine de perdre leur nationalité. L'art. 8 de ce décret est 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 ».

Le délai de trois ans imparti par ce décret aux possesseurs d'esclaves pour se conformer à ses prescriptions fut porté à dix ans par la loi du 11 février 1851. La loi du 28 mai 1858 lui a fait subir une modification beaucoup plus grave. Aux termes de l'article unique de cette loi, « Le paragraphe 2 de l'art. 8 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 donation entre vifs ou testamentaire, soit de conventions matrimoniales. » Il y avait, paraît-il, en Amérique plus de 20.000 Français parfaitement décidés à subir la perte de leur nationalité plutôt que de renoncer à leurs esclaves. Par leur résistance obstinée ils ont contraint le législateur à capituler.

Lors de la discussion de la loi du 26 juin 1889, le Sénat avait voté l'abrogation du décret du 27 avril 1848; mais la Chambre des députés se prononça contre l'abrogation. Ce décret demeure donc en vigueur avec la restriction qu'y a apportée la loi du 28 mai 1858.

Telles sont aujourd'hui les seules causes qui entraînent la perte de la qualité de Français. D'après l'ancien art. 17, cette qualité se perdait en outre par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. La loi de 1889 a supprimé cette cause de dénationalisation, à raison de la difficulté de constater d'une façon certaine si le Français établi à l'étranger avait ou non conservé l'esprit de retour en France.

§ 2. — *De la réintégration dans la qualité de Français.*

136. La loi se montre en principe plus facile pour restituer la qualité de Français à celui qui l'a perdue que pour la conférer à celui qui ne l'a jamais possédée. Les conditions auxquelles elle soumet le recouvrement de cette qualité varient suivant les causes qui ont entraîné la dénationalisation.

137. « *Le Français, dit l'art. 18, qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret...* » Conçue dans les termes les plus généraux, cette disposition forme le droit commun en pareille matière. Elle régit tous ceux dont la situation n'est pas prévue par un texte spécial, c'est-à-dire tous les ex-Français, sauf la femme française mariée à un étranger (art. 19) et le Français qui a pris du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français (art. 21). Elle s'applique donc : 1° aux Français naturalisés en pays étranger sur leur demande; 2° à ceux qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ne les ont pas résignées dans le délai fixé par le gouvernement français; 3° à ceux qui ont décliné la nationalité française dans les cas prévus par l'art. 8, nos 3 et 4, par l'art. 12 et par l'art. 18 *in fine*; 4° aux Français dénationalisés par suite d'un démembrement du territoire; 5° à ceux qui ont perdu la qualité de Français à raison du trafic ou de la possession d'esclaves (1).

L'ex-Français appartenant à l'une de ces catégories, en le supposant d'ailleurs capable de changer de nationalité, doit pour recouvrer la qualité de Français : 1° résider en France; 2° obtenir sa réintégration par décret.

Bien que l'art. 18 semble se contenter d'une simple *résidence*, c'est-à-dire d'un établissement de fait sur le territoire français, nous croyons que l'ex-Français ne satisferait pas à la condition qui lui est imposée s'il conservait son domicile en pays étranger.

La demande en réintégration est faite et instruite dans les mêmes formes que la demande en naturalisation. Le décret de réintégration doit également être inséré au *Bulletin des lois*.

D'après l'ancien art. 18, l'ex-Français qui voulait recouvrer sa qualité devait rentrer en France avec l'autorisation du chef de l'État en déclarant sa volonté de s'y fixer (2). Dès qu'il avait satisfait à cette double condition, sa réintégration s'opérait de plein droit. Mais en pratique on s'était écarté

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 554; Weiss, t. I, p. 582; Despagnet, n° 155.

2) L'ancien art. 18 exigeait en outre que l'ex-Français renonçât à toute distinction contraire à la loi française. Cette condition se justifiait à l'époque de la rédaction du code, l'art. 17, dans son texte primitif, faisant résulter la perte de la qualité de Français de l'affiliation à une corporation étrangère qui supposait des distinctions de naissance. Mais elle n'avait plus de raison d'être depuis la suppression de cette disposition de l'art. 17 dans l'édition officielle de 1807.

à cet égard de la règle posée par la loi. Le chef de l'État ne se bornait pas à autoriser le retour de l'ex-Français en France. Il lui conférait directement la nationalité française. La loi de 1889, en prescrivant une réintégration par décret n'a donc fait que consacrer un état de choses déjà établi. A un autre point de vue au contraire cette loi a innové. Aux termes du décret du 26 août 1811, l'ex-Français qui, sans autorisation du gouvernement, s'était fait naturaliser en pays étranger ou avait accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, ne pouvait recouvrer la qualité de Français qu'au moyen de *lettres de relief*, délivrées dans la forme des lettres de grâce (art. 12 et 25 du décret). En abrogeant le décret de 1811, la loi de 1889 a fait disparaître ces exigences spéciales et ramené les deux cas auxquels elles s'appliquaient sous l'empire du droit commun.

138. Antérieurement à la loi de 1889, il était communément admis que les effets de la réintégration dans la qualité de Français étaient purement individuels et qu'ils ne s'étendaient ni à la femme ni aux enfants même mineurs de l'ex-Français. Toutefois la loi du 14 février 1882 avait fait aux enfants du réintégré une situation privilégiée. Après avoir disposé que l'enfant mineur d'un étranger naturalisé Français pouvait, à l'époque fixée par les lois et règlements, s'engager volontairement dans les armées françaises ou entrer dans les écoles du gouvernement, en déclarant, avec l'assistance de ses représentants légaux, qu'il renonçait à la qualité d'étranger et adoptait la nationalité française, elle ajoutait : « La même faculté est accordée, et aux mêmes conditions, aux enfants mineurs d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français par l'une des causes exprimées dans l'art. 17 du code civil; si le père recouvre sa nationalité d'origine conformément à l'art. 18. Les enfants majeurs pourront réclamer la qualité de Français par une déclaration faite dans l'année qui suivra le jour où le père a recouvré sa nationalité. » La loi de 1889, allant plus loin, fait produire à la réintégration, comme à la naturalisation, certains effets collectifs. La femme et les enfants majeurs du réintégré peuvent, sur leur demande, obtenir par le décret de réintégration la qualité de Français sans condition de stage. Quant aux enfants mineurs d'un père ou d'une mère réintégrés, la nationalité française leur est acquise de plein droit, sauf la faculté pour eux de la répudier dans l'année qui suivra leur majorité. « *La qualité de Français, dit le nouvel art. 18, pourra être accordée par le même décret à la femme et aux enfants majeurs s'ils en font la demande. Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8, paragraphe 4.* »

139. La loi fait preuve d'une sévérité particulière à l'égard du Français qui a perdu sa qualité en prenant, sans autorisation, du service militaire en pays étranger. Elle lui interdit de rentrer en France s'il n'y est autorisé

par décret. Cette autorisation obtenue, il ne peut recouvrer sa nationalité d'origine qu'en remplissant toutes les conditions imposées à l'étranger ordinaire qui veut se faire naturaliser Français : « *Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire* » (art. 21). Moins rigoureux dans ce cas que le code civil, le décret du 26 août 1811 avait permis à cet ex-Français de recouvrer sa nationalité d'origine au moyen de lettres de relief, sans qu'il fût alors nécessaire qu'il remplît toutes les conditions de la naturalisation. Le législateur de 1889 est revenu au système du code.

140. En ce qui concerne la femme française devenue étrangère par son mariage avec un étranger, l'art. 19, al. 1 *in fine* s'exprime ainsi qu'il suit : « *Si son mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du gouvernement, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre en déclarant qu'elle veut s'y fixer.* » La loi, dans ce texte, ne parle que de la femme veuve ou divorcée. Tant que dure le mariage, la femme ne jouit donc pour recouvrer la nationalité française d'aucune faveur spéciale, à moins que son mari ne sollicite lui-même sa naturalisation (art. 12). A la différence des autres ci-devant Français, elle ne peut pas se prévaloir de la disposition de l'art. 18, ce qui s'explique d'ailleurs par l'état de dépendance dans lequel elle se trouve placée vis-à-vis d'un mari étranger (1). Mais une fois son mariage dissous, il lui suffit pour redevenir Française : 1° de rentrer en France, si elle ne s'y trouve déjà, et de déclarer qu'elle entend s'y fixer; 2° d'obtenir du chef de l'État un décret de réintégration.

C'est devant le juge de paix du canton dans lequel elle est établie ou se propose de s'établir et non, comme on l'a prétendu, devant le maire de la commune, que la femme doit faire sa déclaration. Cette solution nous paraît commandée par l'esprit du décret du 13 août 1889 qui a retiré toute compétence aux officiers municipaux en matière de nationalité. Les mots : « déclaration pour acquérir la qualité de Français » dont se sert l'art. 6 du décret peuvent d'ailleurs s'appliquer dans leur généralité même à cette déclaration, préliminaire de la réintégration (2).

Quant au décret de réintégration, l'art. 19 ne le mentionne pas textuellement. Il parle seulement de l'*autorisation du gouvernement*, expression qui, prise à la lettre, pourrait faire croire que la femme doit se faire autoriser à rentrer en France, et que, cette autorisation une fois obtenue, elle

1) Weiss, t. I, p. 573; Rouard de Card, p. 260.

2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 568; Campistron, n° 193; Rouard de Card, p. 261. — *Contra* : Weiss, t. I, p. 576.

recouvre *ipso facto* sa nationalité primitive. Mais il est certain que telle n'est point la pensée du législateur, car le deuxième alinéa du même article parle explicitement du *décret de réintégration*. Sous ce rapport, la loi de 1889 a innové. L'ancien art. 19 distinguait deux hypothèses : celle où la femme résidait en pays étranger, lors de la dissolution du mariage, et celle où elle résidait en France. Dans la première hypothèse, la femme recouvrait la nationalité française en rentrant en France avec l'autorisation du gouvernement et en déclarant qu'elle voulait s'y fixer. Dans la seconde, la qualité de Française lui était rendue de plein droit, indépendamment de toute intervention du gouvernement, et même, d'après la jurisprudence, sans qu'elle eût aucune déclaration à faire. Le législateur de 1889 a pensé avec raison que le gouvernement devait dans tous les cas être appelé à apprécier si la femme mérite ou non d'être réintégrée dans son ancienne nationalité.

141. Sous l'empire du code, la réintégration de la femme demeurait sans influence sur la nationalité de ses enfants même mineurs. La loi du 28 juin 1883 avait accordé à ces derniers, quand ils étaient nés en France, la faculté de concourir pour les écoles du gouvernement ou de s'engager dans l'armée en optant pour la nationalité française conformément à la loi du 14 février 1882. Le législateur de 1889 est allé plus loin. D'après le nouvel art. 19, al. 2, au cas de dissolution du mariage par le décès du mari, les enfants mineurs peuvent, sur la demande de leur mère, obtenir la qualité de Français par le décret qui la réintègre elle-même dans cette qualité. Si elle omet de faire pour eux cette demande, la nationalité française pourra leur être conférée ultérieurement par un nouveau décret sur la demande du tuteur autorisé à cet effet par le conseil de famille. « *Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs sur la demande de la mère, ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur, avec l'approbation du conseil de famille.* » Cette disposition a été critiquée à bon droit. Elle est en effet, en opposition avec l'art. 12, al. 3 d'après lequel les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se fait naturaliser Français deviennent Français *de plein droit*, sauf la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suit leur majorité, et avec l'art. 18 *in fine* qui place dans la même situation les enfants mineurs d'un individu réintégré dans la qualité de Français. Pourquoi exiger ici une demande spéciale et ne pas réserver aux enfants la faculté d'abdiquer une nationalité qui leur est conférée en dehors de toute manifestation de volonté de leur part ? Il est impossible d'en donner une raison satisfaisante. Cette antinomie avait été signalée lors de la discussion de l'art. 12 au Sénat et le rapporteur avait promis d'examiner la question quand on serait arrivé à l'art. 19. Mais cette promesse fut mise en oubli.

Lorsque le mariage s'est dissous par le divorce, la réintégration de la femme est sans influence sur la condition des enfants, lesquels conservent la nationalité de leur père, sauf à pouvoir invoquer le bénéfice de l'art. 10.

Telle est aussi la situation des enfants majeurs, auxquels l'art. 19, al. 2 semble, par son silence, refuser le droit d'acquérir la qualité de Français par le décret de réintégration de leur mère ; ce qui est un nouveau défaut d'harmonie avec l'art. 12, al. 3.

L'art. 19, al. 2 n'est pas applicable dans le cas où les enfants issus du mariage d'une femme Française avec un étranger sont nés en France et que leur mère a également vu le jour sur le sol français. Ces enfants sont alors Français de plein droit du jour de leur naissance, en vertu de l'art. 8, 3°, sauf la faculté qui peut leur appartenir de décliner cette qualité dans l'année qui suivra leur majorité.

Notre texte ne s'applique point non plus dans l'hypothèse où la femme a conservé la nationalité française malgré son mariage avec un étranger. Par une singulière inadvertance du législateur, les enfants ne jouissent en pareil cas d'aucun moyen particulier à l'effet d'acquérir, après le décès de leur père, la nationalité de leur mère (1).

142. De quelque manière qu'elle ait lieu, la réintégration n'a point d'effet rétroactif ; le réintégré ne redevient Français que pour l'avenir. C'est ce que déclare expressément l'art. 20 qui vise également et soumet à la même règle les cas d'acquisition de la nationalité française. « *Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les art. 9, 10, 18 et 19, dit-il, ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque.* » Au nombre des dispositions ainsi visées ne figure point celle de l'art. 8-4° qui confère de plein droit la nationalité française à l'individu né en France d'un individu qui n'y est pas né lui-même lorsqu'il se trouve domicilié dans notre pays lors de sa majorité. De là une doctrine très répandue conclut que cet individu doit être considéré comme Français non pas seulement du jour où il atteint l'âge de vingt et un ans, mais du jour de sa naissance. En effet, dit-on, il est appelé à la nationalité française sous cette condition suspensive qu'au jour de sa majorité il sera domicilié sur notre territoire. Or toute condition qui se réalise produit un effet rétroactif (art. 1179). Loin de déroger ici à cette règle du droit commun le législateur manifeste clairement sa volonté de l'appliquer en limitant la non rétroactivité aux hypothèses prévues par les art. 9, 10, 18 et 19. Le silence qu'il garde en ce qui concerne les personnes dont s'occupe l'art. 8-4° est d'autant plus significatif que, si la rétroactivité n'a pas lieu à leur égard, elle ne se produira dans aucun cas, et par suite il aurait été beaucoup plus simple de rédiger l'art. 20 dans les termes suivants : L'ac-

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, nos 576 et 577.

quisition ou le recouvrement de la qualité de Français a toujours lieu sans effet rétroactif (1). — La formule de l'art. 20 ne nous paraît pas avoir la portée qu'on lui attribue. Parmi les textes qu'il vise ne figurent point non plus l'art. 8-5° et l'art. 12, et personne assurément ne consentirait à admettre que l'étranger naturalisé et la femme étrangère qui épouse un Français acquièrent rétroactivement la nationalité française. Vainement, pour ranger dans une classe à part le cas prévu par l'art. 8-4°, invoque-t-on la règle de l'art. 1179, sur l'effet rétroactif des conditions. Il ne s'agit point ici d'une condition proprement dite. Le domicile en France est une circonstance de fait qui, lorsqu'elle vient se joindre à la naissance sur le sol français est considérée comme impliquant de la part du fils d'étranger une option tacite pour la nationalité française. Or cette option ne pouvant avoir lieu qu'à l'âge où l'intéressé devient capable de choisir une nationalité, il ne saurait être question de lui faire produire effet auparavant. Si l'art. 20 ne s'explique pas sur ce point, c'est uniquement par suite d'une inadvertance commise lors de sa rédaction. Avant la loi de 1889, cet article visait seulement les art. 10, 18 et 19. La jurisprudence en avait conclu, bien à tort, que l'individu qui acquérait la qualité de Français en vertu de l'art. 9 devait être réputé avoir toujours eu cette qualité. Or, d'après l'ancien art. 9, l'étranger né en France ne devenait jamais Français de plein droit ; il fallait qu'il réclamât la nationalité française dans l'année de sa majorité. Les auteurs de la loi de 1889, voulant proscrire la solution admise par la jurisprudence, ont ajouté l'art. 9 à l'énumération donnée par l'art. 20. Mais la situation de l'étranger né en France n'est plus aujourd'hui régie uniquement par l'art. 9 ; elle fait aussi l'objet de l'art. 8-4° qui déclare cet individu Français de plein droit, lorsqu'il est domicilié en France lors de sa majorité. Le législateur de 1889 a perdu de vue cette innovation quand il a rédigé l'art. 20 et il a laissé ainsi subsister en partie la difficulté qu'il se proposait de trancher (2).

L'ex-Français réintégré, s'il ne recouvre que pour l'avenir les droits attachés à la qualité de Français, les acquiert du moins dans toute leur plénitude. Sa situation est à cet égard plus favorable que celle de l'étranger naturalisé. L'art. 3 *in fine* de la loi du 26 juin 1889 dispose en effet que « *Les Français qui recouvrent cette qualité, après l'avoir perdue, acquièrent immédiatement tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives.* »

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 411 ; Weiss, t. I, p. 165.

2) Campistron, n° 145 ; Rouard de Card, p. 163.

SECTION II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES

143. Certaines condamnations pénales entraînent pour celui qui en est frappé une déchéance plus ou moins étendue de ses droits civils. Cette déchéance consiste en général dans la perte de la jouissance même des droits appartenant au condamné et non pas seulement dans la privation de l'exercice de ces droits. Parfois elle constitue une peine *principale*; mais le plus souvent c'est une peine *accessoire* qui vient s'ajouter comme complément à une autre peine. Dans ce dernier cas, tantôt elle a lieu de plein droit, sans que le juge ait à la prononcer, tantôt au contraire elle n'est encourue qu'autant qu'elle a été édictée par le jugement de condamnation. Elle peut d'ailleurs être perpétuelle ou temporaire.

Les infractions à la loi pénale se divisent, suivant leur gravité, en trois classes : les contraventions, les délits et les crimes.

On appelle *contraventions* les infractions que la loi punit de peines de simple police, *délits* les infractions punies de peines correctionnelles, *crimes* les infractions punies de peines criminelles.

Les peines de simple police sont : 1° l'amende de 1 à 15 francs; 2° l'emprisonnement de 1 à 5 jours; 3° la confiscation de certains objets saisis (art. 464 c. pr.).

Les peines correctionnelles sont : 1° l'amende au-dessus de 15 francs; 2° l'emprisonnement de six jours à cinq ans; 3° l'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille (art. 9 et 40 c. p.).

Les peines criminelles se divisent en peines afflictives et infamantes et en peines infamantes seulement (art. 6 c. p.).

Les peines afflictives et infamantes sont : 1° la mort; 2° les travaux forcés à perpétuité; 3° la déportation simple et la déportation dans une enceinte fortifiée; 4° les travaux forcés à temps; 5° la détention; 6° la réclusion (art. 7 c. p.).

Les peines infamantes sont : 1° le bannissement; 2° la dégradation civique (art. 8 c. p.).

Les peines de simple police étant prononcées à raison de faits sans gravité laissent intacts les droits civils du condamné. Il en est de même en principe des peines correctionnelles. La seule peine privative de droits en matière correctionnelle est la privation des droits civiques, civils ou de famille.

Les peines criminelles au contraire entraînent toujours une déchéance plus ou moins étendue des droits civils.

§ 1. — *De la privation des droits civils résultant d'une condamnation correctionnelle.*

144. Il y a des délits que l'emprisonnement et l'amende ne réprimeraient pas d'une façon suffisante. La loi permet alors aux tribunaux, et elle leur enjoint même quelquefois, d'ajouter à la peine principale la privation de certains droits civiques, civils ou de famille énumérés dans l'art. 42 du code pénal. « Les tribunaux jugeant correctionnellement, dit cet article, pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants : 1° de vote et d'élection ; 2° d'éligibilité ; 3° d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ; 4° du port d'armes ; 5° de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ; 6° d'être tuteur ou curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille ; 7° d'être expert ou employé comme témoin dans les actes ; 8° de témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations. »

L'interdiction dont il s'agit constitue toujours une peine accessoire ; elle ne peut être prononcée à titre de peine principale. D'un autre côté elle n'est jamais encourue de plein droit comme conséquence de la condamnation à une autre peine correctionnelle ; il faut qu'elle soit prononcée par le juge et celui-ci ne peut l'infliger que dans les cas spécifiés par la loi. « Les tribunaux, dit l'art. 43 du code pénal, ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'article précédent que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi. » Enfin cette peine est divisible, c'est-à-dire que la personne à laquelle elle est infligée n'encourt pas nécessairement la privation de tous les droits énumérés dans l'art. 42 du code pénal. Le juge peut les lui interdire « en tout ou en partie », dit la loi. Il lui est donc loisible de graduer les déchéances suivant la gravité et la nature de l'infraction commise.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille produit ses effets à partir du jour où la condamnation est devenue irrévocable (v. cependant les art. 388 et 402 c. p.). Elle cesse de plein droit par l'expiration du temps pour lequel elle a été prononcée, à moins qu'elle ne doive exceptionnellement durer pendant toute la vie du condamné (art. 171 et 175 c. p.). Elle cesse également par la *réhabilitation* et par l'*amnistie*. Mais la *grâce* accordée au condamné la laisse subsister.

§ 2. — *De la privation des droits civils par suite d'une condamnation criminelle.*

145. En matière criminelle, la privation des droits civils est tantôt une peine principale et tantôt une peine accessoire.

1° De la privation des droits civils prononcée comme peine capitale.

146. La seule peine criminelle qui ait pour objet direct et exclusif de priver le condamné de certains droits civils est la *dégradation civique*.

Aux termes de l'art. 34 du code pénal, « 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. »

Parmi les cas, d'ailleurs peu nombreux, dans lesquels la dégradation civique est infligée comme peine principale, nous mentionnerons spécialement les cas prévus par les art. 111, 114, 121, 122, 127 et 130 du code pénal.

A la différence de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, la dégradation civique constitue un tout indivisible. Le juge qui la prononce ne peut pas faire un choix entre les diverses déchéances qu'elle entraîne et en épargner quelques-unes au condamné. Celui-ci doit les subir toutes sans exception.

Le moment à partir duquel la dégradation civique est encourue varie suivant que la condamnation est contradictoire ou par contumace. On appelle condamnation *contradictoire* celle qui est prononcée contre un accusé présent et qui a pu faire valoir ses moyens de défense, *contredire* l'accusation. La condamnation *par contumace* est celle qui est prononcée contre un accusé absent, c'est-à-dire contre un accusé qui, refusant de se présenter pour répondre à l'accusation dirigée contre lui, s'est mis en état de rébellion contre la loi, *contumacia*. En cas de condamnation contradictoire, la dégradation civique est encourue du jour où cette condamnation est devenue irrévocable (art. 373 et 375 c. instr. crim.). En cas de condamnation par contumace, elle est encourue du jour de l'exécution par effigie (art. 472 c. instr. crim.). Cette double règle formulée textuellement par l'art. 28 du code pénal en vue de l'hypothèse où la dégradation civique est l'accessoire d'une peine criminelle temporaire, doit être appliquée par identité de motifs à celle où la dégradation est prononcée comme peine principale (1).

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 718.

La dégradation civique est perpétuelle. Elle subsiste en principe pendant toute la vie du condamné. C'est une nouvelle différence avec l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, laquelle est généralement temporaire. Toutefois, la dégradation civique peut exceptionnellement prendre fin par l'amnistie et la réhabilitation. Elle cesse également en cas de condamnation par contumace lorsque le condamné est arrêté ou se présente volontairement dans les vingt ans à compter de l'arrêt de condamnation (art. 476 c. instr. crim.).

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

147. Cette privation est plus ou moins étendue suivant que la peine principale est une peine temporaire ou une peine perpétuelle. Il est donc nécessaire d'envisager séparément les deux hypothèses.

A. Privation des droits civils résultant d'une condamnation à une peine criminelle temporaire.

148. Les peines criminelles temporaires sont : 1° les travaux forcés à temps (5 à 20 ans); 2° la détention (5 à 20 ans); 3° la réclusion (5 à 10 ans); 4° le bannissement (5 à 10 ans).

Toute condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion fait encourir de plein droit au condamné, sans que le juge ait besoin d'en faire mention, la dégradation civique et l'interdiction légale.

La condamnation au bannissement entraîne également de plein droit comme accessoire la dégradation civique, mais elle ne fait pas encourir l'interdiction légale (art. 28 et 29 c. p.)

La *dégradation civique* encourue comme peine accessoire est gouvernée par les mêmes règles que lorsqu'elle est prononcée comme peine principale. Dans l'un comme dans l'autre cas, sa durée est indéfinie. Le condamné y demeure donc soumis après l'expiration de la peine principale. Toutefois la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés, a dérogé sur ce point à la législation antérieure. Après avoir décidé que les individus condamnés à moins de huit années de travaux forcés seront tenus, à l'expiration de leur peine, de résider dans la colonie pendant un temps égal à la durée de leur condamnation, et que les condamnés à huit années ou plus devront y résider pendant toute leur vie (art. 6), cette loi a autorisé le gouvernement à accorder aux libérés l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés par les nos 3 et 4 de l'art. 34 du code pénal (art. 12 *in fine*).

149. L'*interdiction légale* est la privation à titre de peine de l'exercice des droits civils. Elle diffère de la dégradation civique aux quatre points de vue suivants : 1° elle constitue toujours une peine accessoire; 2° elle ne porte que sur l'exercice des droits civils; 3° elle n'atteint que les individus condamnés contradictoirement; 4° elle est temporaire.

150. *L'interdiction légale est toujours une peine accessoire.* — La dégradation civique au contraire est tantôt une peine accessoire et tantôt une peine principale.

151. *L'interdiction légale ne porte que sur l'exercice des droits civils.* — La dégradation civique enlève au condamné la jouissance même des droits énumérés dans l'art. 34 du code pénal, mais elle laisse intacts tous ceux qui ne figurent point dans cette énumération. Ces droits continuent donc d'appartenir au condamné; il en conserve la jouissance. Mais l'interdiction légale lui en enlève l'exercice et le place dans une situation analogue à celle de l'individu qui a été interdit *judiciairement* pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489 et suiv.) Comme ce dernier, le condamné ne peut plus figurer personnellement dans les actes de la vie civile et ne peut les accomplir que par l'intermédiaire d'un tuteur. Le but de cette pénalité est de le priver de toute ressource pécuniaire, et de le mettre ainsi dans l'impossibilité d'adoucir la rigueur du régime auquel il est soumis ou de se procurer, soit en corrompant ses gardiens, soit de toute autre manière, des moyens d'évasion. Aussi est-il défendu à son tuteur de lui remettre, pendant la durée de sa peine, aucune portion de ses revenus (art. 29 et suiv. c. p.).

Parmi les droits civils, il en est dont l'exercice et la jouissance sont inséparables en ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant du titulaire. Tels sont le droit de se marier, le droit de reconnaître un enfant naturel, le droit d'adopter ou d'être adopté, le droit de tester. La privation de l'exercice équivalant alors à la perte de la jouissance même, il est généralement admis que l'interdiction légale n'enlève pas au condamné l'exercice des droits de cette nature. Cette solution est admise non seulement par tous ceux qui estiment que l'interdit judiciaire peut lui-même exercer ces droits pendant un intervalle lucide, mais encore par un grand nombre de ceux qui lui dénie cette faculté, les deux interdictions, étant donné leur but différent, ne devant pas être entièrement assimilées quant à leurs effets. La loi du 31 mai 1854 fournirait au besoin un nouvel argument en ce sens. Après avoir déclaré, dans son art. 2, que les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont en état d'interdiction légale, elle ajoute en effet dans son art. 3, qu'ils ne peuvent pas disposer par testament; ce qui aurait été manifestement inutile si l'interdiction légale avait entraîné la perte du droit de tester (1).

A l'exception des actes par lesquels l'individu interdit légalement exerce des droits qui ne pourraient être exercés en son nom par son tuteur, tous les actes faits par lui sont frappés de nullité. Ils sont *nuls de droit*, comme

1) Demolombe, t. I, n° 192; Aubry et Rau, § 85; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 736; — Cour de cass., 27 février 1883, D. 83, 1, 113, S. 84, 2, 55.

le dit l'art. 502 des actes faits par un individu en état d'interdiction judiciaire, c'est-à-dire que la justice doit nécessairement les annuler dès lors qu'elle constate qu'ils ont été accomplis sous le coup de l'interdiction légale. Mais on s'accorde à penser qu'à la différence des actes émanés d'une personne interdite judiciairement, lesquels ne peuvent être annulés que sur la demande de l'interdit lui-même ou de ses représentants (art. 1125), les actes d'une personne interdite légalement sont frappés d'une nullité absolue qui peut être invoquée non seulement par cette personne elle-même, ou en son nom, mais aussi par ceux avec lesquels elle a traité. La raison en est que l'interdiction légale n'est point, comme l'interdiction judiciaire, une mesure de protection établie dans l'intérêt de l'interdit, mais une précaution prise contre lui. Le but de la loi sera dès lors atteint d'autant plus sûrement que plus de personnes pourront se prévaloir de la nullité; tandis qu'il pourrait ne pas l'être si l'interdit avait seul le moyen de se soustraire à l'exécution de ses engagements (1).

152. *L'interdiction légale n'atteint que les individus condamnés contradictoirement.* — L'art. 29 du code pénal dispose en effet qu'elle a lieu pendant la durée de la peine, c'est-à-dire pendant que la peine est subie; or aucune peine n'est subie en vertu d'une condamnation par contumace, cette condamnation étant anéantie de plein droit lorsque le contumax se présente ou qu'il est arrêté (art. 476 c. instr. crim.). Mais si le condamné par contumace n'est point interdit et s'il conserve par conséquent l'exercice des droits civils dont la dégradation civique ne lui enlève pas la jouissance, il n'en perd pas moins la gestion de ses biens lesquels sont *séquestrés*, c'est-à-dire remis à la régie des Domaines qui les administre et en perçoit les revenus pendant le délai de vingt ans accordé au condamné pour purger sa contumace (art. 474. c. instr. crim.). L'interdiction légale n'a donc pas alors de raison d'être.

L'interdiction légale commence à dater du jour où la condamnation qui l'entraîne est devenue irrévocable, et non pas seulement à dater du jour de l'exécution de la peine. Elle a donc le même point de départ que la dégradation civique.

153. *L'interdiction légale est temporaire.* — Bornée à la durée de la peine principale, elle cesse de plein droit par tout événement qui met fin à cette peine, c'est-à-dire par l'expiration du temps pour lequel elle avait été infligée, par la grâce accordée au condamné et à plus forte raison par l'amnistie, enfin, en supposant que le condamné ait réussi à s'évader, par la prescription, laquelle s'accomplit par vingt ans à compter de l'évasion (art. 635 c. instr. crim.). Quand l'interdiction légale a pris fin, le con-

1) Demolombe, t. I, n° 193; Aubry et Rau, § 85, texte et note; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 738.

damné rentre dans l'exercice de ses droits. Le tuteur qui lui avait été donné lui rend compte de son administration (art. 30 c. p.).

154. Les règles qui viennent d'être exposées ont reçu de la loi du 30 mai 1854 une modification en ce qui concerne les condamnés aux travaux forcés à temps qui subissent leur peine hors du territoire continental de la France. Aux termes de l'art. 12 de cette loi, le gouvernement peut 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 les autoriser à jouir ou à disposer de leurs biens. Mais les actes faits par eux avant leur libération n'engagent pas les biens qu'ils possédaient lors de leur condamnation ou qui leur sont échus depuis par succession, donation ou testament, à l'exception de ceux dont la remise entre leurs mains a été autorisée.

B. Privation des droits civils résultant d'une condamnation à une peine criminelle perpétuelle.

155. Les peines perpétuelles sont : 1° la mort; 2° les travaux forcés à perpétuité; 3° la déportation simple et la déportation dans une enceinte fortifiée.

156. Dans notre ancien droit, tous les condamnés à une peine perpétuelle étaient retranchés de la société et considérés comme morts au point de vue de la participation aux droits civils. On ne leur laissait que ceux de ces droits qui étaient strictement nécessaires à la conservation de leur existence naturelle. C'était ce qu'on appelait la *mort civile* (Ordonnance criminelle d'août 1670, titre XVII, art. 29). Maintenu par la législation révolutionnaire contre les émigrés et les déportés (lois du 28 mars et du 17 septembre 1793), la mort civile fut aussi conservée par le code civil qui l'attacha aux condamnations à la peine de mort naturelle (art. 23 et 24), et par le code pénal, qui l'étendit aux autres peines perpétuelles (art. 18) (1).

L'art. 25 du code civil indiquait en ces termes les effets qu'elle produisait : « *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. — Il ne peut plus recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre les biens qu'il a acquis par la suite. — 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. — Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à*

1) Indépendamment de la condamnation à une peine perpétuelle, il y avait, sous notre ancienne législation, une autre cause de mort civile, c'était la profession religieuse consommée par l'émission de vœux monastiques solennels. Ces vœux ayant été abolis par la loi des 13-19 février 1790, n'eurent plus aucun effet civil.

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. — 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 épouse et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture. » Cette énumération des effets de la mort civile était complétée par l'art. 33 ainsi conçu : « *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 sera loisible au Roi de faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné telles dispositions que l'humanité lui suggérera. »*

D'après le code civil, comme d'après la législation antérieure, le mort civilement était donc fictivement assimilé à un individu décédé. Placé hors de la vie civile, réputé mort aux yeux de la société, il était en principe dépouillé de tous ses droits. La loi lui laissait seulement ceux qu'elle considérait comme strictement nécessaires à la conservation de son existence physique, à savoir le droit de recevoir à titre gratuit pour cause d'aliments, le droit de contracter à titre onéreux, le droit d'agir en justice sous le nom et par le ministère d'un curateur. Mais lorsqu'il venait à décéder, la fiction reprenait le dessus ; tous ses liens de famille étant brisés, les biens qui lui avaient été donnés à titre d'aliments et ceux qu'il avait gagnés par son travail appartenaient à l'État comme biens vacants et sans maître.

157. La mort civile était une peine immorale et injuste. En ouvrant la succession du condamné et en l'attribuant à ses héritiers elle faisait profiter ceux-ci du crime qu'il avait commis. En dissolvant son mariage, en traitant comme un concubin l'époux qui continuait la vie commune, en assimilant à des bâtards les enfants qui venaient au monde, elle frappait directement des innocents. C'était en outre une peine essentiellement inégale, car tandis qu'elle atteignait de la façon la plus rigoureuse les condamnés qui avaient conservé quelques sentiments honnêtes, elle constituait une pénalité insignifiante pour les criminels endurcis qui, n'ayant le plus souvent ni fortune personnelle, ni époux, ni enfants légitimes, n'étaient réellement atteints que par la peine matérielle, sans l'être par les déchéances civiles que cette peine entraînait après elle. Aussi cette institution avait-elle soulevé une vive opposition de la part du Tribunat lors de la rédaction du code. Trois propositions tendant à son abolition furent soumises aux assemblées législatives dans le cours des années 1831, 1834 et 1849. Mais, par des causes diverses, ces tentatives de réforme n'aboutirent pas et c'est seulement par la loi du 31 mai 1854 que la mort civile a été définitivement supprimée. Antérieure-

ment à cette loi, une première satisfaction avait cependant été donnée à l'opinion publique. La loi du 8 mai 1850 avait décidé que la peine de la déportation n'emporterait plus la mort civile, mais seulement la dégradation civique et l'interdiction légale. Au moment où fut votée la loi du 31 mai 1854, il n'y avait donc plus que deux peines qui fissent mourir civilement ceux qui en étaient frappés : la mort naturelle et les travaux forcés à perpétuité (1).

158. En même temps qu'elle a aboli la mort civile, la loi du 31 mai 1854 a établi certaines déchéances destinées à la remplacer. Aux termes de son art. 2, « Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du code pénal. » Sous ce rapport, les condamnés à une peine afflictive perpétuelle se trouvent dans la même situation que les condamnés à une peine afflictive temporaire. Mais cette situation est aggravée par l'art. 3 ainsi conçu : « 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 fait par lui antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive, est nul. — Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. » Outre la dégradation civique et l'interdiction légale, le condamné à une peine afflictive perpétuelle encourt donc la déchéance du droit de disposer à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre vifs ou par testament, et de recevoir au même titre, si ce n'est pour cause d'aliments. De plus, le testament fait par lui, même en temps de capacité, est considéré comme non venu. Ces déchéances sont un emprunt fait par le législateur de 1854 à la mort civile et elles ont pour but de laisser subsister une différence, au point de vue des effets civils, entre les condamnations à une peine perpétuelle et les condamnations à une peine temporaire.

L'incapacité de disposer soit par donation entre vifs, soit par testament et de recevoir au même titre enlève au condamné la *jouissance* même des droits auxquels elle s'applique, et elle la lui enlève *erga omnes*. Le condamné ne peut disposer par donation ou par testament au profit de qui que ce soit, pas même au profit de son conjoint ou de ses enfants, et il ne peut recevoir de qui que ce soit, pas même de son conjoint, de ses enfants ou de ses ascendants. Et non seulement il ne peut pas disposer lui-même à titre

1) Quelle pouvait être l'utilité de la mort civile attachée aux condamnations à la peine de mort naturelle? Elle produisait son entier effet en cas de condamnation par contumace et même en cas de condamnation contradictoire si le condamné parvenait à s'évader après l'arrêt. Lorsque le condamné était exécuté, elle avait pour résultat de faire considérer comme non venu son testament fait en temps de capacité.

gratuit, mais, malgré l'affirmation contraire du rapporteur de la loi de 1854, il est impossible de recourir aux formes de l'art. 511 pour doter ses enfants qui se marient ou qui s'établissent. Comme il a perdu la jouissance même du droit de disposer, il ne saurait être question d'exercer en son lieu et place un droit qu'il n'a plus. Toute différente est la situation du condamné à une peine temporaire. Celui-ci conservant la jouissance du droit de disposer et ayant perdu seulement l'exercice de ce droit par l'effet de l'interdiction légale dont il est frappé, rien ne s'oppose à l'application de l'art. 511. La rigueur que présente sur ce point la loi de 1854 trouve son correctif dans l'art. 4 de cette loi qui permet au gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des déchéances prononcées par l'art. 3.

159. L'incapacité de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou par testament est encourue par le condamné du jour où la condamnation est devenue irrévocable si elle est contradictoire, et, si elle est par contumace, cinq ans seulement après l'exécution par effigie. Les condamnations par contumace n'offrant pas les mêmes garanties que celles qui sont prononcées contradictoirement, la loi de 1854, suivant en cela l'exemple du code civil (art. 30), a cru devoir accorder au contumax, avant de le frapper, une sorte de délai de grâce. Si donc il vient à mourir ou s'il purge sa contumace avant l'expiration de ce délai, les dispositions entre vifs ou testamentaires faites par lui ou à son profit, même depuis la condamnation, sont maintenues et produisent leur plein et entier effet. S'il ne meurt qu'après les cinq ans, sans avoir purgé sa contumace, les donations entre vifs par lui faites ou reçues depuis l'expiration du délai sont frappées de nullité, et son testament, quelle que soit sa date, demeure inefficace. Mais les donations entre vifs faites ou reçues par le condamné au cours du délai sont maintenues, ainsi que les dispositions testamentaires qui se sont ouvertes à son profit avant l'expiration de ce délai.

Supposons qu'après les cinq ans, et dans les vingt années pendant lesquelles il est admis à purger sa contumace, le condamné vienne à se présenter ou à être arrêté. Quelle sera l'influence de cet événement sur l'incapacité de disposer et de recevoir? Cette incapacité sera-t-elle effacée rétroactivement, de telle sorte que les effets qu'elle a produits depuis l'expiration des cinq ans doivent être considérés comme nonavenus, ou bien cessera-t-elle seulement pour l'avenir? La question est controversée. Ceux qui pensent que l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit ne cesse que pour l'avenir raisonnent ainsi : Cette incapacité est un débris de la mort civile; elle a été empruntée à l'art. 25 du code civil et doit par suite être entendue dans le sens qu'avait ce dernier article. Or, sous l'empire du code, quand le contumax comparissait volontairement ou quand il était arrêté dans les quinze ans qui suivaient l'expiration du délai de grâce, les effets que la mort civile avait produits dans le passé étaient maintenus (art. 30, c. c. et

479 al. 2, c. instr. crim.). Il doit donc en être de même aujourd'hui des effets produits par l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit (1). — L'opinion contraire nous paraît préférable. Aux termes de l'art. 476 du code d'instruction criminelle, en cas de comparution volontaire ou d'arrestation du contumax dans les vingt ans qui suivent l'arrêt de condamnation, cet arrêt est anéanti avec toutes les conséquences qu'il a produites. L'exception que le deuxième alinéa du même article et l'art. 30 du code civil apportaient à cette règle en matière de mort civile n'a pas été reproduite par la loi du 31 mai 1854. Elle doit dès lors être considérée comme abolie, le principe que toute disposition pénale est de stricte interprétation ne permettant pas d'ajouter au texte de la loi nouvelle pour aggraver la situation du condamné. Nous pensons donc qu'au cas de comparution volontaire ou forcée du contumax dans les vingt années de la condamnation, les donations faites ou reçues par lui, même après l'expiration du délai de grâce, demeurent valables et que son testament est également validé, à moins bien entendu qu'il ne soit de nouveau condamné à une peine perpétuelle (2).

Quand il s'est écoulé vingt années depuis la condamnation, la peine principale est prescrite. Le condamné ne peut plus être arrêté, ni être admis à purger sa contumace. Mais il demeure frappé de la dégradation civique et de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. L'amnistie seule pourrait désormais mettre fin à ces déchéances. Du reste le séquestre des biens du condamné prend fin et l'administration des Domaines lui rend ses comptes.

Lorsque la condamnation encourue est contradictoire, les diverses déchéances qui atteignent le condamné cessent également par l'amnistie. Elles sont alors réputées non avenues aussi bien que la condamnation d'où elles dérivent. La grâce accordée au condamné met fin pour l'avenir à l'interdiction légale, mais elle laisse subsister la dégradation civique et l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. Si cependant le condamné gracié parvenait ensuite à obtenir sa réhabilitation, ces deux peines accessoires disparaîtraient à leur tour.

La loi du 31 mai 1854 autorise même le gouvernement à améliorer la situation du condamné pendant l'exécution de sa peine. « Le gouvernement, dit l'art. 4, al. 1 de cette loi, peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent », c'est-à-dire de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. Le gouvernement jouit à cet égard d'une entière liberté. Si le

1) Aubry et Rau, § 83 bis, texte et note 5; Garraud, *Traité de droit pénal*, t. II, n° 49.

2) Valette, *Cours de code civil*, p. 96; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 763; Beudant, n° 72.

condamné lui paraît mériter cette faveur, il peut le relever à la fois de l'incapacité de disposer et de l'incapacité de recevoir. Il peut aussi lui concéder seulement le droit de disposer, ou seulement le droit de recevoir, ou même ne lui restituer l'un ou l'autre de ces droits qu'en vue d'un cas spécialement déterminé et malgré l'indignité personnelle du condamné, par exemple pour lui permettre de doter un de ses enfants, ou pour qu'il puisse être compris dans un partage d'ascendant.

Le gouvernement peut également relever le condamné 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 a été privé par son état d'interdiction légale » (art. 4, al. 2). Mais les actes faits par le condamné, en vertu de cette concession, ne peuvent pas engager les biens qui lui appartenaient lors de sa condamnation, ni ceux qu'il a acquis depuis cette époque, soit par succession, soit même par donation dans le cas où le gouvernement l'aurait relevé de l'incapacité d'acquiescer par ce moyen : « 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 » (art. 4 *in fine*).

160. La loi du 31 mai 1854 ne s'est pas bornée à abolir la mort civile pour l'avenir; elle a fait revenir à la vie civile ceux qui étaient morts civilement au moment de sa mise en vigueur. « Les effets de la mort civile, dit son art. 5, 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. » Ce retour à la vie civile n'ayant eu lieu que *sauf les droits acquis à des tiers*, il en est résulté notamment que le mariage des individus qui étaient morts civilement en 1854 est demeuré dissous et que leurs héritiers n'ont pas été obligés de leur restituer les biens qu'ils avaient recueillis dans leur succession.

Notons enfin, à titre de renseignement historique que, par application du principe de la non rétroactivité des lois, la loi du 31 mai 1854 était déclarée inapplicable aux individus condamnés à la déportation pour crimes commis avant sa promulgation (art. 6). Ces individus sont demeurés régis par la loi du 8 juin 1850 qui avait supprimé la mort civile pour les déportés en la remplaçant par la dégradation civique et l'interdiction légale. Ils n'ont donc pas été frappés de l'incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit.

161. La loi du 31 mai 1854 a été modifiée à certains égards par la loi du 25 mars 1873 qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie. L'art. 16 de cette loi, après avoir déclaré que les dispositions de la loi de 1854 demeurent en principe applicables aux déportés, ajoute : « Toutefois, les condamnés à la déportation simple auront de plein droit l'exercice des droits civils dans le lieu de la déportation. Il pourra leur être remis, avec

l'autorisation du gouvernement, tout ou partie de leurs biens. Sauf l'effet de cette remise, les actes faits par eux dans le lieu de la déportation ne pourront ni engager ni affecter les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ni ceux qui leur seraient échus à titre gratuit depuis cette époque. Le gouvernement pourra en outre, sur l'avis du gouverneur en conseil, accorder aux déportés l'exercice dans la colonie de tout ou partie des droits dont ils sont privés par l'art. 34 du code pénal. » — L'art. 13 al. 4 de la même loi porte que « par dérogation à l'art. 16 de la présente loi, les condamnés pourront, dans les limites autorisées par les art. 1094 et 1098 du code civil, disposer de leurs biens, dans quelque lieu qu'ils soient situés, soit par acte entre vifs, soit par testament, en faveur de leur conjoint habitant avec eux ».

162. Une loi du 27 mai 1885 a créé, sous le nom de *relégation*, un internement perpétuel des récidivistes sur le territoire des colonies. Par elle-même la relégation n'entraîne aucune privation des droits civils, mais cette privation peut résulter des condamnations qui la font encourir. L'art. 17 de la loi de 1885, prévoyant cette hypothèse, permet au gouvernement d'accorder aux relégués l'exercice, dans les lieux de relégation, de tout ou partie des droits dont ils se trouvent privés.

§ 3. — *De la privation de certains droits prononcée par des lois spéciales.*

163. Les individus condamnés pour crime ou pour un délit contraire à la probité ou aux mœurs, ceux qui ont été privés par jugement des droits mentionnés dans l'art 42 du code pénal, sont incapables de tenir soit une école primaire publique ou libre, soit un établissement public ou libre d'instruction secondaire et d'y être employés. Ils sont également incapables d'ouvrir un cours et de remplir les fonctions d'administrateur ou de professeur dans un établissement libre d'enseignement supérieur (lois du 15 mars 1850, art. 26 et 65, et du 12 juillet 1875, art 8).

En dehors des cas de dégradation civique et d'interdiction des droits civiques prononcée en vertu de l'art. 42 du code pénal, certaines condamnations font encourir à ceux qui en sont frappés la perte du droit d'être électeurs ou éligibles et de celui d'être jurés. (Décret du 2 février 1852, art. 15 et 16; lois du 21 novembre 1872, art. 2, et du 8 décembre 1883, art. 2.)

Les condamnations mentionnées dans l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889 emportent de plein droit contre les père et mère et autres ascendants, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, déchéance de la puissance paternelle et de tous les droits qui y sont attachés. Cette déchéance est simplement facultative pour les tribunaux dans les cas prévus par l'art. 2 de la même loi.

TITRE II

Des actes de l'état civil.

164. L'état civil d'une personne est, nous le savons, la situation de cette personne au point de vue du droit civil ou privé. Cette situation varie selon les qualités diverses que chacun se trouve avoir dans le milieu social, et ces qualités elles-mêmes dérivent de certains faits ou événements dont les principaux sont la naissance, le mariage et le décès. Il importe au bon ordre de la société que ces faits soient régulièrement constatés et qu'il soit toujours possible et facile d'en rapporter la preuve. C'est dans ce but qu'ont été institués les actes de l'état civil. On appelle ainsi des procès-verbaux inscrits sur des registres spéciaux par un officier public, dit *officier de l'état civil*, pour constater la naissance, le mariage et le décès de toute personne.

Certains faits, qui se rattachent aux trois événements principaux dont les registres de l'état civil sont destinés à fournir la preuve, doivent également, nous le verrons, être relatés ou mentionnés sur ces registres.

165. L'institution des actes de l'état civil est due au clergé qui, dès le moyen âge, constatait par écrit les baptêmes, mariages et sépultures. Dressés dans un but exclusivement religieux, ces actes pouvaient bien être invoqués par les particuliers pour établir, le cas échéant, les faits relatifs à l'état civil, mais ils ne constituaient point à l'origine les preuves nécessaires ni les seules preuves de ces faits. En cette matière comme en toute autre, on pouvait toujours recourir à la preuve testimoniale. C'est seulement au xvi^e siècle que l'autorité civile, comprenant le parti qu'on pouvait tirer des registres de paroisse pour l'administration de la justice, vint les réglementer et fit prévaloir sur la preuve testimoniale la preuve résultant des actes inscrits sur ces registres. Les règles tracées à cet égard par l'ordonnance de Villers-Cotterets du mois d'août 1539 (art. 50 à 55), l'ordonnance de Blois du mois de mai 1579 (art. 181), l'ordonnance d'avril 1667 (titre XX, art. 7 à 14 et 18), et la déclaration du 9 avril 1736 ont passé en grande partie dans le code civil.

Bien que l'édit de Nantes du mois d'avril 1598, par lequel Henri IV avait accordé aux protestants le libre exercice de leur culte, ne renfermât aucune disposition sur l'état civil des réformés, les ministres de ce culte tenaient des registres sur lesquels ils inscrivaient les naissances, les mariages et les décès de leurs correligionnaires. Cette pratique fut dans la suite légalement reconnue et les registres des protestants eurent la même force probante que

ceux qui étaient tenus par le clergé catholique (arrêt du conseil du 26 janvier 1665 et déclaration du 1^{er} février 1669). Mais la révocation de l'édit de Nantes, le 22 octobre 1685, mit fin à l'existence de ces registres. Une déclaration du 11 décembre 1685 décida que les décès des protestants seraient constatés par les juges royaux ou seigneuriaux sur l'attestation de deux témoins. Quant aux naissances et aux mariages, les prêtres catholiques eurent seuls qualité pour en dresser acte. L'état civil des protestants demeura par suite incertain et précaire jusqu'au jour où Louis XVI, par un édit du 18 novembre 1787, les autorisa à faire dresser les actes qui les concernaient par les officiers de justice de leur domicile.

La constitution des 3-14 septembre 1791 enleva au clergé la tenue des registres de l'état civil. « Le pouvoir législatif, disait-elle, établira, pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes » (titre II, art. 7). Le principe reçut son application dans la loi du 20 septembre 1792 qui confia la tenue des registres de l'état civil aux municipalités. Les conseils généraux des communes devaient désigner, pour recevoir les actes, un ou plusieurs de leurs membres. La loi du 28 pluviôse an VIII investit de ces fonctions les maires et les adjoints qui les ont toujours conservées depuis lors.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

166. Ce chapitre renferme des règles communes à tous les actes de l'état civil. Le législateur y traite :

- 1° Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil;
- 2° De la forme de ces actes;
- 3° De leur publicité et de leur force probante;
- 4° Des moyens de suppléer aux actes de l'état civil;
- 5° De la sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes, à la tenue des registres et à leur conservation;
- 6° Des actes de l'état civil reçus en pays étranger.

SECTION I

DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

167. Ces personnes sont : 1° l'officier de l'état civil; 2° les parties intéressées; 3° les déclarants ou comparants; 4° les témoins. Mais les rôles que remplissent ces diverses personnes se trouvent parfois confondus.

Ainsi, dans l'acte de mariage, les époux sont à la fois déclarants et parties. Le père qui vient déclarer la naissance de son enfant réunit également ces deux qualités. Dans les actes de décès les déclarants sont en même temps les témoins.

§ 1. — *De l'officier de l'état civil.*

168. Les fonctions d'officier de l'état civil 'appartiennent dans chaque commune au maire. Mais les adjoints et même les conseillers municipaux peuvent être appelés à les remplir à la place du maire, soit par voie de suppléance, soit par voie de délégation.

Par voie de *suppléance*, lorsque le maire se trouve empêché par une cause quelconque. Il est alors remplacé *de plein droit* par un adjoint ou, à défaut, par un conseiller municipal. « En cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé, dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint, dans l'ordre des nominations, et, à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau » (loi du 5 avril 1884, sur l'organisation municipale, art. 84).

Par voie de *délégation*, lorsque le maire charge lui-même un ou plusieurs de ses adjoints ou, à leur défaut, un membre du conseil municipal, d'exercer ces fonctions en son lieu et place. « Le maire, dit l'art. 82 de la loi du 5 avril 1884, peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints, et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints, à des membres du conseil municipal. — Ces délégations subsistent tant qu'elles ne sont pas rapportées. »

Si le maire négligeait d'exercer les fonctions d'officier de l'état civil et refusait de les déléguer, la délégation serait faite par le préfet (loi du 5 avril 1884, art. 85).

Lorsqu'un obstacle quelconque ou l'éloignement rendent difficiles ou momentanément impossibles les communications entre le chef-lieu et une fraction de la commune, les fonctions d'officier de l'état civil peuvent, dans cette fraction, être confiées à un adjoint spécial, institué, sur la demande du conseil municipal, par un décret rendu en Conseil d'État. Élu par le conseil municipal, comme les adjoints ordinaires, cet adjoint spécial doit être pris parmi les membres du conseil, à moins qu'aucun d'eux ne réside dans cette partie de la commune ou que ceux qui y résident ne se trouvent tous empêchés, auquel cas il peut être choisi parmi les habitants (même loi, art. 75).

Comme officiers de l'état civil, les maires et les adjoints sont des fonctionnaires de l'ordre judiciaire et relèvent à ce titre du ministre de la justice, du procureur général et du procureur de la république, tandis que, comme

administrateurs de leur commune, ils sont des agents de l'ordre administratif, soumis à l'autorité du ministre de l'intérieur et du préfet.

169. La compétence des officiers de l'état civil est *territoriale* et non pas personnelle, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent exercer leurs fonctions en dehors du territoire de leur commune et qu'ils ont qualité pour constater tous les faits relatifs à l'état civil qui s'accomplissent dans leur commune, quel que soit le domicile des parties intéressées. Toutefois, à l'égard des actes de mariage, leur compétence n'est pas exclusivement territoriale; elle est subordonnée à certaines conditions de domicile de la part des futurs époux (art. 74 et 165).

Il n'existe aucune disposition légale qui défende aux officiers de l'état civil de dresser des actes intéressant leurs parents ou leurs alliés, comme le fait, en ce qui concerne les notaires, l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI. La nature même des choses s'oppose cependant à ce qu'ils puissent recevoir un acte dans lequel ils figureraient en qualité de partie, de déclarant ou de témoin. La séparation des rôles, telle qu'elle est établie par la loi, constitue en effet à ses yeux une garantie qu'il ne saurait dépendre de l'officier public de diminuer ou de faire disparaître.

170. Les fonctions des officiers de l'état civil ne consistent pas seulement à rédiger eux-mêmes et à inscrire sur les registres de l'état civil les actes de naissance, de mariage et de décès, ils sont chargés en outre d'écrire sur ces registres tout ce qui, d'après la loi, doit y être porté, à savoir : 1° certains actes rédigés par d'autres officiers publics (art. 60, 61, 86, 87, 92, 94, 98, 171, 359); 2° divers jugements, tels que les jugements de divorce (art. 251 et 252) et ceux qui ordonnent la rectification d'un acte de l'état civil ou l'insertion d'actes omis (art. 101 et 198); 3° les mentions qui doivent être faites en marge d'actes déjà inscrits (art. 49). Enfin l'art. 73 modifié par la loi du 20 juin 1896 leur confère le droit qui, avant cette loi, appartenait exclusivement aux notaires, de dresser acte du consentement donné par les père, mère, aïeuls ou aïeules au mariage de leur enfant ou descendant, lorsque ce consentement est exprimé antérieurement à la célébration.

§ 2. — *Des parties intéressées.*

171. Les personnes intéressées sont les personnes dont l'acte a pour but de constater l'état.

« *Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique* » (art. 36). Cet article suppose que les parties sont quelquefois obligées de se présenter en personne devant l'officier de l'état civil. Quels sont les cas dans lesquels leur présence est ainsi nécessaire? L'ancien art. 294 en fournissait un exemple en matière de di-

voce; mais cette disposition est aujourd'hui sans application. Dans l'état actuel de la législation, la comparution personnelle des parties n'est exigée que pour le mariage. Aucun texte à la vérité n'interdit les mariages par procureur dont l'ancien droit reconnaissait la validité; mais cette prohibition résulte nécessairement de l'ensemble des dispositions de la loi et de son esprit.

Dans tous les autres cas, les parties peuvent se faire représenter par un mandataire. Ainsi par exemple, le père ou la mère qui veut reconnaître son enfant naturel n'a pas besoin de comparaître en personne. Mais la procuration donnée au mandataire doit être *spéciale*, c'est-à-dire donnée précisément en vue de l'acte à rédiger; une procuration générale ne suffirait pas. Elle doit, de plus, être *authentique*, c'est-à-dire notariée.

§ 3. — *Des comparants ou déclarants.*

172. Ce sont les personnes qui *comparaissent* devant l'officier de l'état civil pour lui *déclarer* les faits que l'acte doit constater, et lui fournir les renseignements nécessaires à la rédaction de cet acte.

La loi n'exige des comparants aucune condition spéciale d'aptitude. Toute personne, dès lors qu'elle est moralement capable de fournir un témoignage digne de foi, peut donc remplir ce rôle. Le principe comporte cependant une exception. Les actes de décès doivent, d'après l'art. 78, être dressés *sur la déclaration de deux témoins*. Ces personnes jouant à la fois le rôle de déclarants et celui de témoins doivent, en cette dernière qualité, satisfaire aux conditions exigées par l'art. 37.

En se présentant devant l'officier de l'état civil, les comparants agissent tantôt spontanément, tantôt pour obéir à la loi qui leur impose l'obligation de déclarer le fait qu'il y a lieu de constater.

§ 4. — *Des témoins.*

173. Les témoins ont pour mission de certifier et de corroborer l'exactitude des déclarations faites par les comparants et d'assurer la reproduction fidèle de ces déclarations par l'officier de l'état civil.

Sous l'empire du code, les femmes n'étaient pas admises à jouer le rôle de témoins dans les actes de l'état civil. La loi du 7 décembre 1897 a fait disparaître cette exclusion qui ne reposait sur aucune bonne raison. La seule condition exigée aujourd'hui des témoins est une condition d'âge. Ils doivent être âgés de vingt et un ans accomplis. « *Les témoins produits aux actes de l'état civil, dit le nouvel art. 37, devront être âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe; ils seront choisis par les personnes intéressées. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte.* »

Dans les actes notariés, la loi repousse le témoignage des parents et des

alliés tant des parties que du notaire (loi du 25 ventôse an XI, art. 10). La communauté d'intérêts qui existe d'ordinaire entre les membres d'une même famille, lui a fait craindre que ces personnes ne remplissent pas le rôle de témoins d'une façon impartiale et consciencieuse. Dans les actes de l'état civil, l'intérêt des parents se trouve au contraire très souvent blessé par le fait qu'il s'agit de constater. Loin d'être suspect, leur témoignage offre donc plus de garanties que celui d'étrangers. On s'explique dès lors que la loi l'ait admis et qu'elle invite même à y recourir (art. 78). Quant au témoignage des parents ou des alliés de l'officier de l'état civil, il aurait dû, semble-t-il, être écarté par le même motif que celui des parents et alliés du notaire. Mais le législateur a pensé sans doute que cette exclusion pourrait, dans les petites communes, entraver parfois la rédaction d'actes qui doivent être dressés dans un bref délai.

SECTION II

DE LA FORME DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

§ 1. — *Des registres de l'état civil.*

174. Les actes de l'état civil doivent être inscrits non pas sur des feuilles volantes, ce qui les exposerait à être facilement perdus ou détruits, mais sur des registres. Chaque commune doit avoir ses registres. « *Les actes de l'état civil seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles* » (art. 40). La loi du 20 septembre 1792 prescrivait de tenir trois registres, un pour les naissances, un pour les mariages, le troisième pour les décès. Elle avait voulu, en établissant un registre spécial pour chaque espèce d'actes, rendre les recherches plus faciles et plus promptes. Mais cette règle absolue présentait des inconvénients. Elle imposait aux petites communes une dépense inutile. De plus, la multiplicité des registres embarrassait les officiers de l'état civil, souvent peu instruits ou peu intelligents, et donnait lieu de leur part à des erreurs. Afin d'éviter ces inconvénients, le code laisse à l'autorité chargée de la remise des registres le soin d'apprécier s'il convient d'en délivrer un seul ou plusieurs.

Les registres sont en papier timbré. Ils sont fournis aux frais des communes, pour lesquelles cette dépense est obligatoire (loi du 5 avril 1884, art. 136, al. 4). Les communes les reçoivent chaque année du président du tribunal de première instance qui les a préalablement cotés et paraphés. « *Les registres, dit l'art. 41, seront cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille, par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera.* » Coter un registre, c'est en numéroter toutes les feuilles depuis la première jusqu'à la dernière en indiquant la dernière par une mention expresse. Ainsi, pour un registre de

cinquante feuillets, le président ou le juge qui le remplace, après avoir mis un numéro d'ordre sur chaque feuillet, écrira sur le dernier : *cinquantième et dernier feuillet*.

Parapher, c'est apposer sur chaque feuillet, au-dessous du numéro d'ordre, le trait de plume qui accompagne d'ordinaire la signature, ou à défaut les initiales du nom.

Cette double mesure a pour objet de prévenir toute altération des registres. Les pages étant cotées et paraphées, il est impossible d'en supprimer ou d'en ajouter une sans qu'il reste trace de la fraude.

Qu'il y ait un seul registre sur lequel tous les actes doivent être inscrits sans distinction de nature, ou qu'il y ait un registre particulier pour chaque espèce d'actes, ce registre ou ces registres doivent être tenus en double, c'est-à-dire que les actes doivent être inscrits dans la même forme, dans les mêmes termes et en même temps sur deux registres qui renferment ainsi l'un et l'autre des actes originaux.

« *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* » (art. 43). Placés ainsi dans des endroits différents, les registres sont exposés à moins de chances de perte ou de destruction, et d'un autre côté les particuliers peuvent plus facilement les consulter lorsqu'ils y ont intérêt. On comprend dès lors pourquoi la loi exige que les registres soient tenus en double exemplaire.

Alors même qu'aucun acte n'aurait été reçu dans le courant de l'année et que par suite le registre serait resté entièrement blanc, ce qui peut arriver quelquefois dans les très petites communes, l'officier de l'état civil n'en devrait pas moins, à la fin de l'année, procéder à la formalité de la clôture, cette mention seule pouvant constater que le registre a été ouvert et qu'il n'y a eu aucun acte à y inscrire.

Dans le délai d'un mois qui lui est accordé pour effectuer le dépôt des registres au greffe du tribunal et aux archives de la commune, l'officier de l'état civil doit, pour faciliter les recherches, dresser une table alphabétique des actes reçus dans l'année. Dans le même but, le greffier du tribunal de première instance est tenu de dresser tous les dix ans une table décennale. Cette table doit être faite dans les six mois qui suivent l'expiration de chaque dixième année (décret du 20 juillet 1807).

La loi exige parfois pour la régularité des actes de l'état civil la production de certaines pièces. Ces pièces, qui doivent être paraphées tant par l'officier de l'état civil que par la personne qui les a produites et demeurer annexées aux actes qu'elles concernent, sont jointes à celui des registres qui est déposé 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.)

Outre les registres destinés à l'inscription des actes de l'état civil, il y a, dans chaque commune, un registre *des publications de mariage* qui, à la différence des premiers, n'est pas tenu en double et qui est déposé à la fin de chaque année au greffe du tribunal (art. 63).

Il peut arriver que les registres se trouvent remplis avant la fin de l'année. L'officier de l'état civil doit alors demander des registres supplémentaires qui lui sont délivrés après avoir été, comme les autres, cotés et paraphés par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace.

§ 2. — *De la rédaction des actes de l'état civil.*

175. « *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).*

L'indication de la date présente de l'importance à plusieurs points de vue. Dans les actes de naissance, elle permet de vérifier si l'acte a été dressé dans le délai fixé par l'art. 55. Dans les actes de mariage, elle détermine le moment où commence l'incapacité de la femme. Enfin elle permet de contrôler plus aisément la sincérité de l'acte et facilite, le cas échéant, la preuve du faux en fournissant, par exemple, le moyen d'établir que telle personne désignée comme déclarant ou comme témoin n'a pas pu remplir ce rôle à raison de son éloignement du lieu où l'acte a été reçu. La mention des noms, prénoms, âge, profession et domicile des personnes qui sont désignées dans l'acte a pour but de bien fixer leur identité.

« *Les officiers de l'état civil 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 » (art. 35).* Il résulte de cette disposition, d'une part, que les officiers de l'état civil n'ont à consigner dans les actes qu'ils dressent aucune observation personnelle sur les faits qui leur sont déclarés, et, d'autre part, qu'ils doivent relater, non pas tout ce qui leur est déclaré, mais uniquement ce qui, dans les déclarations qui leur sont faites, est exigé par la loi. « Les officiers rédacteurs, disait Simeon dans son Rapport au Tribunal, ne peuvent ajouter ni diminuer aux déclarations qui doivent leur être faites, mais les parties ne doivent déclarer que ce que la loi demande. Si elles vont au delà, l'officier public peut et doit refuser ce qui, dans leurs déclarations, excède ou contrarie le but de la loi. »

Lorsque la rédaction de l'acte est terminée, l'officier de l'état civil doit en donner lecture aux personnes présentes, c'est-à-dire aux parties ou à leurs fondés de pouvoirs, aux déclarants et aux témoins, puis mentionner

l'accomplissement de cette formalité : « *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 cette formalité* » (art. 38). La lecture de l'acte donne aux parties, aux déclarants et aux témoins le moyen de vérifier s'il a été rédigé conformément aux déclarations faites et aux prescriptions de la loi. La mention qui doit être faite de l'accomplissement de cette formalité en assure l'observation, car l'officier de l'état civil qui affirmerait avoir donné lecture de l'acte, alors qu'il ne l'aurait pas fait, commettrait un faux en écriture publique et serait passible des travaux forcés à perpétuité (art. 146 c. p.).

« *Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins, ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer* » (art. 39).

« *Les actes seront inscrits sur les registres de suite, 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). Ces diverses prescriptions ont pour but de rendre la rédaction plus claire et de prévenir autant que possible les erreurs, les altérations, suppressions ou intercalations.

Afin de simplifier le travail des officiers de l'état civil et d'éviter des irrégularités, l'usage s'est établi, depuis quelques années, de faire imprimer d'avance sur les registres qui leur sont délivrés la formule des actes à rédiger. La rédaction consiste donc uniquement à remplir les blancs ménagés dans le texte imprimé.

176. Les actes inscrits sur les registres doivent parfois être complétés ultérieurement par la mention opérée en marge de certains faits relatifs à l'état civil qui sont venus, depuis leur rédaction, modifier l'état de la personne à laquelle ils se réfèrent. (V. notamment les art. 62, 98, 101, 251 et 359.) Cette mesure est prescrite dans un but de publicité, l'acte révélant ainsi par lui-même à ceux qui le consultent les changements survenus dans l'état qui s'y trouve constaté. A ce point de vue le code a reçu diverses améliorations de la loi du 17 août 1897 qui a remanié les art. 45, 49, 70, 76 et 331. L'une des innovations introduites par cette loi est relative à la manière d'opérer les mentions. L'ancien art. 49 était 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* ». Sous

l'empire de ce texte, l'officier de l'état civil n'avait point qualité pour opérer d'office la mention prescrite. Cette mention ne pouvait avoir lieu qu'à la requête des parties intéressées. Pour l'obtenir, celles-ci étaient tenues de présenter une requête rédigée sur papier timbré et accompagnée d'une expédition sur timbre et enregistrée de l'acte qu'il s'agissait de mentionner. Les maires de Paris et de quelques grandes villes ayant pris l'habitude, après avoir reçu un acte qui devait être mentionné en marge d'un acte préexistant, d'adresser officieusement une note à l'officier de l'état civil par lequel la mention devait être faite, une circulaire ministérielle avait blâmé cette pratique et leur avait rappelé qu'ils n'avaient en pareil cas aucune initiative à prendre. Il résultait de cette situation que beaucoup de mentions n'étaient point faites, les intéressés omettant de les requérir, soit par négligence, soit pour s'épargner des frais. En conséquence, la loi du 17 août 1897, généralisant une réforme déjà réalisée dans un cas particulier (art. 101) par la loi du 8 juin 1893, a décidé que les mentions seront désormais effectuées d'office par l'officier de l'état civil, sous la surveillance du procureur de la République. L'art. 49 est aujourd'hui rédigé ainsi qu'il suit : « *Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un acte déjà inscrit, elle sera faite d'office. — L'officier de l'état civil qui aura dressé ou transcrit l'acte donnant lieu à mention effectuera cette mention dans les trois jours sur les registres qu'il détient. — Dans le même délai, il adressera un avis au procureur de la République de son arrondissement, et celui-ci veillera à ce que la mention soit faite, d'une façon uniforme, sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes, ou dans tous autres dépôts publics.* »

SECTION III

DE LA PUBLICITÉ DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL ET DE LEUR FORCE PROBANTE

§ 1. — *De la publicité des actes de l'état civil.*

177. A la différence des actes notariés, dont les parties, leurs héritiers ou représentants peuvent seuls obtenir communication (loi du 25 ventôse an XI, art. 23), les actes de l'état civil sont publics et toute personne a le droit de les consulter. Il importe en effet que chacun ait le moyen de se renseigner exactement sur l'état, et par suite sur la capacité, de ceux avec lesquels il se trouve en relations.

La publicité des actes de l'état civil ne consiste point d'ailleurs en ce que les particuliers sont admis à compulser les registres, ce qui aurait présenté de graves inconvénients, mais seulement en ce qu'ils peuvent s'en faire délivrer des extraits. « *Toute personne pourra se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil, des extraits de ces registres* » (art.

45, al. 1 (1). Celui qui demande la délivrance d'un extrait n'a pas besoin de justifier à cet effet d'un intérêt quelconque. Le dépositaire des registres est tenu de déférer à sa demande sans pouvoir exiger de lui autre chose que le paiement du droit fixé par la loi (art. 853 c. pr.).

L'*extrait* est la copie entière et littérale d'un acte inscrit sur les registres de l'état civil et non un simple résumé de cet acte. Ce n'est donc pas un *extrait de l'acte*, comme on le dit parfois improprement, mais un *extrait des registres* dont il reproduit textuellement une partie.

§ 2. — *De la force probante des actes de l'état civil et des extraits des registres.*

178. La force probante d'un acte est le degré d'autorité qui s'attache à cet acte, la foi qui lui est due comme moyen de preuve.

A ce point de vue, la loi distingue deux sortes d'actes : les actes authentiques et les actes privés. Les premiers sont ceux qui ont été dressés par un officier public, les seconds ceux qui émanent d'un simple particulier.

Les actes de l'état civil étant des actes authentiques (art. 1317), leur force probante doit être celle des actes authentiques en général. Or ces actes font foi, en principe, jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire qu'ils font preuve complète des faits qu'ils énoncent tant qu'ils n'ont pas été attaqués et démontrés faux au moyen d'une procédure spéciale, difficile et dangereuse pour ceux qui s'y engagent, qu'on appelle l'inscription de faux (art. 214 et suiv. c. pr.). Toutefois cette autorité ne s'attache pas indistinctement à toutes les mentions qu'ils renferment. Les énonciations qui font foi jusqu'à inscription de faux sont celles qu'on ne saurait arguer d'inexactitude sans attaquer par là même la véracité de l'officier public parlant en cette qualité, sans soutenir qu'il a commis un faux dans l'exercice de ses fonctions; peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un faux purement *civil* résultant d'une simple négligence ou inadvertance, et pouvant donner lieu seulement à la rectification de l'erreur commise et à des dommages-intérêts, ou d'un faux *criminel*, c'est-à-dire commis sciemment, avec intention coupable, et rendant son auteur passible des peines portées par les art. 145 et 146 du code pénal. Présentent ce caractère les énonciations relatives à des faits que l'officier public a relatés comme les ayant personnellement accomplis, ou comme s'étant passés en sa présence, et ayant été constatés par lui *proprio sensibus, de visu vel auditu*, en vertu de la mission à lui confiée à cet effet. Quant aux énonciations se rapportant à des faits qui ont été déclarés à l'of-

1) La faculté d'obtenir communication matérielle des registres et d'y faire des recherches n'appartient qu'à certains fonctionnaires. Elle ne peut être accordée aux particuliers que par une décision judiciaire.

ficier public et que celui-ci s'est borné à constater d'après cette déclaration, sans avoir pu vérifier leur exactitude, elles font foi seulement jusqu'à preuve contraire, laquelle peut être administrée suivant les règles du droit commun. Cette distinction résulte du motif même sur lequel est fondée la force probante des actes authentiques. L'autorité particulière qui s'attache à ces actes est due à l'intervention d'un officier public, dont la véracité est garantie à la fois par le caractère dont il est revêtu et par les peines sévères qui l'atteindraient s'il venait à commettre un faux. Elle ne peut dès lors appartenir qu'aux énonciations qui émanent directement de ce fonctionnaire et n'a, en dehors de là, aucune raison d'être.

Ces principes doivent recevoir leur application aux actes de l'état civil, la loi n'y ayant pas dérogé. Ainsi un acte de naissance porte qu'un enfant vivant, du sexe masculin, a été présenté à l'officier de l'état civil par une sage-femme, laquelle, en présence de deux témoins, a déclaré que cet enfant est né tel jour, à telle heure, en tel lieu, de Marie, épouse de Paul. Il est prouvé jusqu'à inscription de faux que les personnes dénommées ont comparu à la date indiquée dans l'acte, qu'elles ont fait les déclarations qui s'y trouvent consignées, que l'enfant présenté était vivant et du sexe masculin. Mais le jour, l'heure, le lieu de la naissance, la maternité de Marie, épouse de Paul, ne sont établis que jusqu'à preuve contraire, l'officier de l'état civil s'étant borné à cet égard à reproduire les déclarations qui lui ont été faites, sans pouvoir les contrôler (1).

Outre les énonciations prescrites par la loi, il peut se faire qu'un acte de l'état civil en renferme qui n'auraient pas dû y être insérées. Telle serait par exemple la mention qu'un enfant présenté à l'officier de l'état civil était *viable*, ou la déclaration d'une filiation adultérine ou incestueuse. De semblables énonciations sont dénuées de toute force probante et doivent être tenues pour non avenues, sans qu'il y ait à distinguer si les faits auxquels elles se rapportent ont été ou non contrôlés par l'officier de l'état civil, celui-ci cessant d'agir en cette qualité quand il excède les limites du mandat dont il est investi par la loi (2).

179. A la règle que la force probante des actes de l'état civil est celle des actes authentiques en général, l'art. 45 apporte cependant une exception. Après avoir dit que toute personne peut se faire délivrer des extraits des registres, cet article, complété par la loi du 17 août 1897, ajoute : « *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. Ils porteront en toutes lettres la date de*

1) Paris, 31 juillet 1890, D. 91, 2, 129.

2) Demolombe, t. I, nos 319 et 320; Aubry et Rau, § 65; Huc, t. I, n° 320; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, nos 843 et suiv.; Beudant, n° 137; Laurent, t. II, nos 38 et suiv.

leur délivrance. » D'après le droit commun, les copies ou expéditions n'ont pas la même force que l'original lui-même, du moins tant que celui-ci existe. Elles ne dispensent point celui qui s'en prévaut de prouver leur conformité, si l'adversaire l'exige, c'est-à-dire de représenter l'original (art. 1334). Des erreurs ou même des fraudes peuvent, en effet, être commises dans une reproduction. Par dérogation à cette règle, les extraits des registres de l'état civil ont la même valeur, la même force probante que les actes inscrits sur les registres, et celui à qui on les oppose ne peut pas exiger la représentation de l'original. En assimilant ainsi les extraits des registres aux actes eux-mêmes, la loi a voulu éviter le déplacement des registres, déplacement qui aurait présenté l'inconvénient d'exposer, dans un intérêt particulier, à des chances de perte ou de destruction des documents d'intérêt général, d'entraver momentanément la délivrance des extraits et même, s'il s'agissait des registres de l'année courante, de rendre impossible l'inscription de nouveaux actes.

Mais pour qu'ils aient ainsi une autorité propre et complète, les extraits doivent satisfaire aux conditions suivantes :

1° Il faut qu'ils aient été délivrés par le dépositaire légal des registres, c'est-à-dire soit par l'officier de l'état civil, soit par le greffier du tribunal. Les requérants peuvent s'adresser à leur choix à l'un ou à l'autre de ces dépositaires, à moins bien entendu qu'il ne s'agisse d'un acte inscrit sur les registres de l'année courante, auquel cas l'officier de l'état civil étant encore en possession des deux doubles, lui seul peut en délivrer des extraits.

Dans les années qui suivirent la promulgation du code, les secrétaires des mairies avaient prétendu au titre de dépositaires légaux des registres placés dans les archives de la commune, et ils s'étaient en conséquence attribués la délivrance et la signature des extraits. Un avis du Conseil d'État des 6 juin-2 juillet 1807 proscrivit cette pratique pour l'avenir, les secrétaires de mairie n'étant que des employés, sans caractère public; mais il déclara valables les extraits délivrés par eux jusqu'alors. Les secrétaires de mairie peuvent sans doute écrire les extraits, mais l'officier de l'état civil doit s'approprier la copie en la signant.

Depuis la loi du 8 juin 1893, les ministres de la guerre, de la marine et des affaires étrangères sont, dans des cas spéciaux, dépositaires des registres de l'état civil.

2° Il faut que les extraits soient *certifiés conformes* aux registres par le dépositaire qui les délivre. C'est ce que veut dire l'art. 45 quand il parle d'*extraits délivrés conformes*. Cette conformité s'exprime en pratique par les formules suivantes : *pour extrait conforme, — certifié conforme à l'original, — délivré conforme, etc.*

3° Il faut que la signature de l'officier de l'état civil ou du greffier soit

légalisée. La légalisation est l'attestation que la signature apposée au bas de l'extrait est bien celle du dépositaire légal des registres. Elle doit, d'après l'art. 45, émaner du président du tribunal ou du juge chargé de le remplacer. Mais la loi du 2 mai 1861 permet aujourd'hui aux juges de paix qui ne siègent pas au chef-lieu du ressort du tribunal de première instance de légaliser; concurremment avec le président du tribunal, les signatures des officiers de l'état civil des communes de leur canton.

A la différence des actes notariés, lesquels ne sont soumis à la légalisation que lorsqu'ils sont produits hors du ressort de la compétence du notaire qui les a rédigés (loi du 25 ventôse an XI, art. 28), les extraits des registres de l'état civil doivent toujours être légalisés, quel que soit le lieu dans lequel on les produit, l'art. 45 exigeant leur légalisation en termes absolus. Cette différence est d'ailleurs très rationnelle, la signature des notaires étant beaucoup plus connue que celle des officiers de l'état civil qui sont plus nombreux et soumis à des renouvellements assez fréquents.

5° Enfin les extraits doivent porter en toutes lettres la date de leur délivrance. Cette formalité, ajoutée par la loi du 17 août 1897, est le corollaire des modifications apportées par la même loi aux art. 70 et 76 du code civil. Elle a pour but d'empêcher que l'on puisse dissimuler l'existence de mentions portées en marge de l'acte original en présentant un extrait antérieur à ces mentions. Bien que la généralité des termes du nouvel art. 45 le rende applicable aux actes de mariage et aux actes de décès aussi bien qu'aux actes de naissance, c'est en ce qui concerne ces derniers qu'elle a principalement sa raison d'être.

180. Le porteur d'un extrait qui satisfait à ces conditions fait par là même sa preuve complète, sans qu'on puisse exiger de lui rien de plus. Si celui auquel cet extrait est opposé prétend qu'il n'est pas conforme aux registres, c'est à lui d'établir la non conformité. Devra-t-il, pour faire cette preuve, recourir à la procédure de l'inscription de faux? L'affirmative a été soutenue. Contester la conformité, a-t-on dit, c'est s'attaquer à la vérité de l'officier public; c'est nier un fait qu'il affirme avoir personnellement constaté dans l'exercice de ses fonctions. Or il faut s'inscrire en faux quand on veut démontrer l'inexactitude d'une énonciation qui est l'œuvre personnelle de l'officier public. L'art. 45 dispose d'ailleurs expressément que les extraits délivrés dans les conditions qu'il détermine font foi jusqu'à inscription de faux (1). L'opinion contraire a cependant prévalu. La procédure compliquée de l'inscription de faux est tout à fait inutile pour constater un fait matériel aussi simple que la conformité ou la non-conformité de l'extrait avec le registre, et il est possible de l'éviter sans porter aucune atteinte à la foi due aux extraits. Il suffit que celui auquel on oppose l'ex-

1) Huc, t. I, n° 319.

trait non conforme s'en fasse délivrer un autre qu'il présentera au tribunal. Placés ainsi en face de deux extraits dissemblables et ayant pourtant l'un et l'autre la même autorité, les juges n'ayant pas de motif pour s'en tenir à l'un plutôt qu'à l'autre, devront, pour s'assurer de quel côté est l'erreur, ordonner un compulsoire en présence des parties, ou bien se faire présenter les registres si cela peut avoir lieu sans inconvénient, ou bien encore charger par commission rogatoire le tribunal dans le ressort duquel ils se trouvent de procéder à la vérification. L'art. 45 ne contredit pas cette solution, car, en disant que les extraits font foi jusqu'à inscription de faux, il entend parler des faits relatés dans les actes de l'état civil et non de la déclaration par laquelle l'officier public atteste la conformité de l'extrait avec le registre (1).

SECTION IV

DES MOYENS DE SUPPLÉER AUX ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

181. Les naissances, les mariages et les décès ne sont en principe susceptibles d'être prouvés qu'au moyen des actes inscrits sur les registres de l'état civil. La loi qui a entouré la rédaction de ces actes de tant de précautions et de garanties ne pouvait pas admettre, concurremment avec eux, un autre mode de preuve des faits qu'ils sont destinés à constater. Mais la règle doit nécessairement fléchir dans les cas où, par suite de circonstances extraordinaires, les actes de l'état civil viennent à faire défaut. Cette situation fait l'objet de l'art. 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 ces cas, les naissances, mariages et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins.* »

Dans quels cas les naissances, mariages et décès peuvent-ils être prouvés autrement que par la production d'un acte de l'état civil ? Quel est le mode de preuve autorisé alors par la loi ? Quel est l'effet de la preuve ainsi administrée ? Telles sont les trois questions que nous allons avoir à examiner.

182. A. DANS QUELS CAS LES NAISSANCES, MARIAGES ET DÉCÈS PEUVENT-ILS ÊTRE PROUVÉS AUTREMENT QUE PAR LA PRODUCTION D'UN ACTE DE L'ÉTAT CIVIL ? — L'art. 46 en indique deux : 1° celui où il n'a pas existé de registres, ce qui peut provenir par exemple d'une épidémie qui a désorganisé momentanément les services publics, d'une invasion étrangère ou de troubles politiques ; 2° celui où les registres ont été perdus ou détruits, par exemple par un incendie ou un acte criminel.

1) Demante, t. I, n° 90 bis, II ; Laurent, t. II, n° 37 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 842 ; Beudant, n° 140.

Au cas d'inexistence des registres on doit, de l'avis de tout le monde, assimiler celui où les registres sont tenus irrégulièrement et sans ordre. Ainsi des registres qui renferment une ou plusieurs pages blanches, ou dans lesquels il apparaît que les actes, au lieu d'être inscrits jour par jour, ont été rédigés après coup, de mémoire, ou sur des notes prises par l'officier de l'état civil, donneraient lieu à l'application de l'art. 46. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que les registres aient totalement péri, une perte partielle équivalant à une destruction complète pour la personne qui soutient que l'acte dont elle a besoin devait précisément, à raison de sa date, se trouver dans la partie qui a disparu.

Mais l'art. 46 est-il également applicable dans le cas où, en présence de registres complets en apparence et tenus avec régularité, une personne allègue l'omission d'un acte qui, d'après elle, aurait dû y être porté? Nous avons d'abord admis la négative en nous basant sur les termes de l'art. 46 et sur le caractère exceptionnel de cette disposition. Un nouvel examen de la question nous porte à penser que cette solution n'est pas conforme à l'esprit de la loi. L'art. 46 est la reproduction à peu près littérale de l'art. 14, titre XX, de l'ordonnance de 1667. Or, les commentateurs de l'ordonnance n'interprétaient point l'art. 14 restrictivement, et reconnaissaient aux magistrats un large pouvoir d'appréciation et d'extension. La discussion qui eut lieu au Conseil d'État semble bien indiquer que l'art. 46 doit être entendu dans le même sens. Le consul Cambacérès ayant demandé si la preuve autorisée par cet article, en cas d'inexistence ou de perte des registres, serait également admise pour réparer l'omission des actes, le conseiller Thibaudau lui répondit « qu'il serait dangereux que la loi prévît le cas de l'omission, et qu'il était plus convenable que les contestations auxquelles les omissions pourraient donner lieu fussent portées devant les tribunaux qui y statueraient suivant les circonstances ». C'était bien dire que l'art. 46 ne contenait pas une disposition absolue et exclusive, que les cas d'inexistence et de pertes des registres y étaient mentionnés seulement à titre d'exemples, comme étant les plus usuels parmi ceux qui pouvaient se présenter. L'obligation imposée au demandeur de justifier tout d'abord du fait extraordinaire à raison duquel l'acte qui l'intéresse n'a pas été dressé, et le pouvoir d'appréciation dont les tribunaux sont investis en pareille matière, enlèvent tout danger à cette solution, tandis que l'interprétation restrictive pourrait avoir pour résultat de rendre une personne, à laquelle aucune faute n'est imputable, victime de la négligence de l'officier de l'état civil ou même de circonstances fortuites qui auraient empêché de rédiger un acte (1).

1) Laurent, t. II, nos 47 et suiv.; Huc, t. I, nos 323 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 853; Beduant, n° 143. — La jurisprudence s'est constamment prononcée en ce sens. Voyez les arrêts dans Dalloz, v° Actes

183. B. QUEL EST LE MODE DE PREUVE AUTORISÉ PAR L'ART. 46? — La personne qui se prévaut de la disposition de cet article a une double preuve à faire. Elle doit tout d'abord établir l'inexistence ou la perte des registres, ou le fait assimilable à ceux-là qui l'empêche de rapporter l'acte dont elle a besoin. Cette preuve préalable une fois faite, elle peut être admise à établir la naissance, le mariage ou le décès qu'elle allègue.

Le fait qui empêche de rapporter un acte se prouve, nous dit la loi, *tant par titres que par témoins*, ce qui signifie non pas qu'il doit être prouvé à la fois par écrit et par témoins, mais qu'il peut l'être soit par l'un, soit par l'autre de ces deux modes. Bien que l'art. 46 ne le dise pas expressément, il est certain que les magistrats pourraient également se contenter de simples présomptions. Il est en effet de principe que, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, les juges peuvent se déterminer par des présomptions abandonnées à leur sagesse (art. 1353). Le moyen le plus simple d'établir l'inexistence ou la perte des registres est de présenter un certificat de l'officier de l'état civil et du greffier constatant que les registres de telle époque font défaut tant aux archives de la commune qu'au greffe du tribunal. En cas de destruction partielle ou de tenue irrégulière des registres, les magistrats pourront constater le fait par eux-mêmes.

Cette première preuve une fois faite rend recevable celle du fait de l'état civil dont le demandeur veut établir l'existence. Mais cette seconde preuve, à la différence de la première, n'est pas toujours et nécessairement admissible. Il appartient aux magistrats d'apprécier souverainement si la prétention du réclamant a été rendue suffisamment vraisemblable pour qu'il y ait lieu de l'admettre. Lorsqu'elle est déclarée admissible, elle se fait tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins. Cette fois encore les deux modes de preuve n'ont pas besoin de se cumuler; les juges peuvent se contenter de l'un ou de l'autre (1). Il leur est même loisible de se décider par de simples présomptions (art. 1353). A plus forte raison pourraient-ils avoir égard à des écrits autres que les registres et papiers des père et mère décédés, par exemple aux papiers des père et mère encore vivants, ou à des écrits émanant d'autres personnes, tels que les actes de baptême, mariage ou sépulture, et les registres tenus dans certains établissements publics (art. 80). Si l'art. 46 mentionne textuellement les registres et papiers des père et mère décédés, c'est uniquement parce qu'il les considère comme l'une des meilleures preuves à produire en pareil cas, le décès de leurs auteurs écartant tout soupçon de fraude et ne permettant pas

de l'état civil. — *Contra* : Demolombe, t. I, n° 324; Duranton, t. I, n° 297; Marcadé, sur l'art. 46; Demante, I, n° 91 bis, II. — Comp. Aubry et Rau, § 64, texte et note.

1) Cour de cass., 9 juillet 1873, S. 73, 1, 405.

de les supposer faits pour les besoins de la cause; ce n'est point en vue d'exclure l'emploi des autres modes de preuve (1).

184. C. QUEL EST L'EFFET DE LA PREUVE ADMINISTRÉE CONFORMÉMENT A L'ART. 46 ? — La preuve exceptionnelle autorisée par l'art. 46 remplace d'une façon complète celle qui résulterait d'un acte régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil. Nul ne conteste l'exactitude de cette proposition en ce qui concerne les mariages et les décès; mais il n'en est pas de même pour les naissances. Un acte de naissance ne prouve pas seulement le fait de la naissance; il prouve encore la filiation, le lien qui unit l'enfant à ses parents. Il prouve par lui-même la filiation lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. S'il s'agit d'un enfant naturel, il la prouve quand il contient la *reconnaissance* de cet enfant. Le fait de la naissance peut bien, de l'avis de tout le monde, être établi de la manière déterminée par l'art. 46; mais plusieurs auteurs estiment que la filiation ne saurait être ainsi établie.

D'après l'art. 323, disent ces auteurs, la preuve de la filiation légitime ne peut se faire par témoins que s'il existe un commencement de preuve par écrit ou des présomptions graves résultant de faits déjà constants. Suivant l'art. 341, la maternité naturelle ne peut être établie par témoins que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Enfin l'art. 340 interdit la recherche de la paternité naturelle. L'art. 46 ne déroge point aux principes posés dans ces trois articles, car il autorise seulement la preuve *de la naissance*, c'est-à-dire la preuve du fait que tel individu est venu au monde tel jour, à telle heure, en tel lieu, sans autoriser la preuve *de la filiation* légitime ou naturelle, c'est-à-dire la preuve du fait que cet individu est né de tel homme et de telle femme, mariés ou non mariés. Dès lors qu'elle a ce caractère et cet objet, la réclamation échappe à l'application de l'art. 46, et elle est régie par les art. 323, 340 et 341. La preuve testimoniale ne peut donc alors être admise sans commencement de preuve par écrit pour établir la filiation d'un enfant légitime, à moins qu'il n'existe en faveur du réclamant des présomptions graves résultant de faits déjà constants. Elle ne peut être admise qu'avec un commencement de preuve par écrit pour établir la filiation d'un enfant qui prétendrait avoir été reconnu par sa mère, soit dans son acte de naissance, soit dans un acte postérieur. Enfin aucune preuve n'est admise pour établir une reconnaissance de paternité naturelle (2).

Cette argumentation ne nous paraît pas exacte. L'art. 46 a pour but de

1) Demolombe, t. I, n° 325; Aubry et Rau, § 64, texte et note 3; Demante, t. I, n° 91 bis, IV; Laurent, t. II, n° 46; Huc, t. I, n° 326; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 850. — Riom, 2 janvier 1874, D. 74, 2, 110, S. 75, 2, 204.

2) Durantou, t. I, n° 295; Marcadé, sur l'art. 46; Toullier, t. II, nos 884 et suiv. — Comp. Demante, t. I, n° 91 bis, V.

permettre aux intéressés de remplacer par une preuve spéciale la preuve régulière et normale que l'inexistence ou la perte des registres les met dans l'impossibilité de fournir, et de les replacer ainsi dans la même situation que si l'acte qui fait défaut y était inscrit. La preuve exceptionnelle qu'il autorise doit donc s'appliquer à tous les faits dont les registres sont destinés à faire preuve. Or les registres de l'état civil ne prouvent pas seulement le fait de la naissance; ils prouvent aussi la filiation légitime (art. 319) et même la filiation naturelle lorsqu'ils renferment un acte de reconnaissance (art. 62 et 334). Donc on peut, en vertu de l'art. 46, et par le mode de preuve qu'il autorise, établir une filiation légitime ou la reconnaissance d'un enfant naturel par sa mère et même par son père. Il n'y a pas alors à se préoccuper des art. 323, 340 et 341, lesquels sont étrangers à la situation extraordinaire prévue par l'art. 46. La prétention du demandeur étant rendue vraisemblable et plausible par un événement antérieur dont il rapporte la preuve, le législateur a pu et dû se départir de la rigueur qu'il montre dans les cas ordinaires (1).

185. La destruction des registres de l'état civil a pris parfois des proportions telles que le législateur a dû prescrire pour leur reconstitution des mesures spéciales, les procédés ordinaires étant insuffisants. La dernière loi intervenue sur ce sujet est celle du 12 février 1872, ordonnant le rétablissement des registres de l'état civil de Paris détruits pendant l'insurrection de 1871.

La Ville de Paris est, on le sait, divisée en circonscriptions qui portent le nom d'*arrondissements municipaux*. Fixé à douze par la loi du 28 pluviôse an VIII, le nombre des arrondissements a été porté à vingt par la loi du 19 juin 1859 qui a en même temps reculé les limites de Paris jusqu'au pied des glacis de l'enceinte fortifiée. Ce changement ayant entraîné le remaniement des anciens arrondissements et la suppression d'un certain nombre de communes suburbaines, les doubles des registres de l'état civil de ces communes, antérieurs à l'année 1860, et ceux des arrondissements primitifs, conservés jusque-là aux archives des mairies, furent centralisés dans un dépôt unique, à l'Hôtel de Ville. L'incendie simultané du Palais de justice et de l'Hôtel de Ville, en détruisant les deux dépôts des registres, anéantit dès lors d'une façon complète toutes les archives de l'état civil de Paris et des communes annexées jusqu'en 1860 (2).

Il ne pouvait évidemment être question de recourir, pour reconstituer

1) Demolombe, t. I, n° 326; et t. V, n°s 233 et 234; Aubry et Run, §§ 64, 544 et 569; Laurent, t. III, n° 425; Huc, t. III, n° 43; Baudry-Lacantinerie et Houques-Foucade, t. I, n° 860. — Riom, 2 janvier 1874, D. 74, 2, 110, S. 75, 2, 204.

2) Les registres postérieurs étant conservés, non à l'Hôtel de Ville, mais dans les mairies d'arrondissement, le double déposé au greffe du tribunal de la Seine a seul péri.

les actes détruits, aux règles tracées par l'art. 46. S'imagine-t-on le tribunal de la Seine obligé de rendre autant de jugements qu'il y avait d'actes dans les registres incendiés? Le soin d'opérer la reconstitution a été confié par la loi du 12 février 1872 à une commission, nommée par le Ministre de la justice, et investie à cet égard d'une compétence exclusive; le recours à la justice ne demeurant permis qu'au cas de refus par la commission de rétablir tel ou tel acte. Cette loi a en outre déterminé le mode d'après lequel la reconstitution devait être effectuée et précisé l'autorité des actes rétablis, autorité qui varie suivant la manière dont leur reconstitution a eu lieu.

Antérieurement, une loi du 10 juillet 1871 avait indiqué les moyens de suppléer aux actes de l'état civil en attendant que ces actes pussent être reconstitués.

Le travail de reconstitution ordonné par la loi du 12 février 1872 devait porter, en remontant à partir de l'année 1860, sur tous les actes compris dans les registres détruits. Mais comme ce travail entraînait des dépenses considérables, une loi du 5 juin 1893 est venue le restreindre, en décidant qu'il ne serait pas poussé au-delà du 1^{er} janvier 1820 pour les actes de naissance, du 1^{er} janvier 1830 pour les actes de mariage, et du 1^{er} janvier 1838 pour les actes de décès. Cette même loi dispose que les pouvoirs de la commission instituée par la loi du 12 février 1872 prendront fin à l'expiration du délai de trois ans à compter de sa promulgation.

Dans l'intervalle, les lois du 5 juin et du 3 août 1875 avaient édicté certaines mesures destinées à faciliter et à accélérer l'œuvre de reconstitution.

186. Mentionnons encore deux lois relatives à l'état civil rendues à la suite des événements de 1870-1871, les lois du 19 juillet 1871 et du 6 janvier 1872.

Dans la période de désorganisation générale qui suivit la révolution du 4 septembre 1870, beaucoup de maires et d'adjoints avaient été contraints de cesser leurs fonctions. La plupart de ceux qui avaient pris leur place n'ayant pas été nommés conformément à la législation en vigueur, étaient par là même dépourvus de tout caractère officiel. Les actes de l'état civil dressés par eux n'étaient donc point valables, et les tribunaux devant lesquels on les aurait attaqués se seraient vus dans la nécessité d'en prononcer la nullité. Une pareille situation était très grave, surtout à l'égard des mariages, chacun des époux ayant ainsi le moyen de briser par sa seule volonté le lien qu'il avait formé. Il était indispensable que le législateur intervînt pour y mettre fin. La loi du 6 janvier 1872, *relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements*, prononça la validation des actes irrégulièrement dressés. L'art. 1^{er} de cette loi est ainsi conçu : « Les actes inscrits sur les registres de l'état civil, depuis le 4 septembre 1870 jusqu'à ce jour, 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'officiers de l'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce soit (1).»

L'art. 2 de la même loi ajoute : « 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. » Le sort de ces actes avait été réglé précédemment par la loi du 19 juillet 1871, *relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la Seine, depuis le 18 mars 1871*. Aux termes de l'art. 1^{er} de cette loi, « 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. » A la différence des actes reçus dans les départements par des fonctionnaires plus ou moins irrégulièrement institués, les actes de l'état civil dressés à Paris et dans les communes du département de la Seine pendant la période insurrectionnelle n'ont donc pas été rétroactivement validés, le législateur n'ayant pas voulu reconnaître une valeur quelconque aux faits et gestes des agents de la commune. Mais ces actes n'ont cependant pas été déclarés nuls, ce qui aurait eu pour résultat de faire considérer comme non venus les mariages contractés pendant l'insurrection. La loi s'est bornée à ordonner leur radiation. Les actes radiés ont dû ensuite être refaits, par les officiers publics compétents, dans les formes tracées par les art. 2 à 5 de la loi.

SECTION V

DE LA SANCTION DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

187. L'observation des prescriptions légales concernant les actes de l'état civil est garantie par la responsabilité pénale et civile des fonctionnaires chargés de l'exécution de ces prescriptions.

188. Aux termes de l'art. 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.* » Il s'agit dans cet article de l'inobservation de l'une des règles tracées par les art. 39 à 49, c'est-à-dire d'une erreur ou d'une négligence consistant par exemple dans l'omission d'une mention exigée par la loi, dans l'énonciation d'une date en chiffres, dans l'emploi d'une abréviation, etc. La peine qu'il édicte est une amende qui ne peut être supérieure à cent francs. Par égard pour des officiers publics qui, le plus souvent, ne

1) Voyez la loi du 4 avril 1873 pour la ville de Lyon.

pèchent que par ignorance, cette peine est prononcée non par le tribunal correctionnel, mais par le tribunal civil.

Parmi les fonctionnaires dénommés dans les art. 34 à 49 se trouvent, outre les officiers de l'état civil et les greffiers, les présidents des tribunaux (art. 41) et les procureurs de la République (art. 49). Malgré les termes absolus de l'art. 50, certains auteurs estiment que ces magistrats ne sont point soumis à la peine prononcée par cet article lorsqu'ils viennent à manquer aux obligations qui leur sont imposées. On invoque en ce sens le principe que les magistrats ne peuvent être poursuivis pour faits relatifs à leurs fonctions qu'en cas de forfaiture et dans les hypothèses exceptionnelles où la prise à partie est formellement admise par la loi (art. 166, c. p. et 505 et suiv. c. pr.) (1). Mais ce principe paraît bien être ici hors de cause, les attributions conférées aux présidents et aux officiers du ministère public par les art. 41 et 49 étant étrangères à leurs fonctions judiciaires (2).

Les art. 68, 156, 157, 192 et 193 du code civil et les art. 192 et suivants du code pénal prévoient des infractions plus graves que celles qui font l'objet de l'art. 50. Ils prononcent contre les officiers de l'état civil des peines d'amende ou d'emprisonnement dont l'application appartient aux tribunaux correctionnels.

Enfin, les officiers de l'état civil ou les greffiers qui viendraient à commettre des faux, à détruire ou à faire disparaître les registres ou les pièces à eux confiés se rendraient coupables d'un crime prévu et puni par les art. 145 à 148, 254 et 255 du code pénal.

189. Afin d'assurer la stricte exécution des prescriptions légales, l'art. 53 impose au procureur de la République l'obligation, d'examiner les registres de l'état civil au moment où ils sont déposés au greffe et de poursuivre la répression des infractions commises. « *Le procureur du Roi au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes.* » En disant que le ministère public doit *dénoncer* les contraventions ou les délits qu'il vient à découvrir en vérifiant les registres, l'art. 53 se réfère à la législation criminelle en vigueur lors de la rédaction du code civil (loi du 7 pluviôse an IX). Aujourd'hui le procureur de la République n'a plus seulement à dénoncer les infractions; c'est à lui qu'il appartient d'intenter et de diriger les poursuites (art. 22, c. instr. crim.). Toutefois il ne doit

1) Demolombe, t. I, n° 283; Marcadé, sur l'art. 50; Ducaurroy, Bennier et Roustain, t. I, n° 129.

2) Aubry et Rau, § 61, texte et note 1; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 866.

agir qu'après avoir avisé le ministre de la justice, lequel est autorisé à arrêter les poursuites lorsque les infractions commises ne sont pas graves (avis du Conseil d'État des 30 juin-31 juillet 1806.)

Le procureur de la République n'a point qualité pour faire corriger ou compléter lui-même les actes irrégulièrement dressés. La rectification ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement, et ce jugement doit en principe être sollicité par les parties intéressées (art. 99). Par dérogation à cette règle, l'ordonnance du 26 novembre 1823, portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil, autorise les magistrats du ministère public à faire réparer, sans l'intervention du tribunal, par l'officier de l'état civil agissant en présence des personnes qui ont figuré dans un acte comme parties, déclarants ou témoins, les irrégularités qu'ils ont constatées, lorsqu'elles peuvent être corrigées sans nuire à la substance de l'acte. Mais cette manière de procéder, si elle présente certains avantages pratiques, n'est pas conforme à la loi.

190. A la responsabilité pénale des fonctionnaires chargés de la tenue et de la conservation des actes de l'état civil vient se joindre une responsabilité civile envers les personnes qui éprouvent un préjudice par suite d'une négligence ou d'une faute par eux commise. Les art. 51 et 52 relatifs à cet objet ne font du reste qu'appliquer le principe général posé dans les art. 1382 et 1383. Ils déclarent les dépositaires des registres responsables non seulement de leur propre fait, mais encore du fait d'autrui, lorsque ce fait est la conséquence d'un défaut de surveillance de leur part, mais en leur réservant, dans ce dernier cas, un recours contre le coupable.

« Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations » (art. 51).

« Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes 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).

L'art. 54 rappelle assez inutilement en cette matière le principe général des deux degrés de juridiction : *« Dans tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement. »*

191. La responsabilité pénale et civile des fonctionnaires chargés de la tenue des registres de l'état civil est-elle la seule sanction des prescriptions légales? Ne doit-on pas y joindre la nullité des actes qui ne satisfont pas à ces prescriptions? Non, en principe. Aucun texte en effet ne prononce la nullité des actes irréguliers; et cela se comprend, la loi ne pouvant équitablement faire retomber sur les parties, en les privant de la preuve de leur état, les conséquences d'une faute qui ne leur est pas imputable. « Tant de

soins pris en faveur des citoyens pour leur état, disait le tribun Siméon dans son rapport, tourneraient contre eux et contrarieraient l'intention de la loi si, de leur omission, il pouvait résulter des nullités. » Ce n'est pas à dire pourtant qu'un acte de l'état civil ne puisse jamais être déclaré nul. Il y a dans tout acte des formalités substantielles, c'est-à-dire des formalités qui sont de l'essence même de l'acte et dont l'inobservation le vicie au point qu'il doit être considéré comme n'existant pas. Ce principe reçoit ici son application. Ainsi l'acte qui n'aurait pas été reçu par un officier de l'état civil, mais par un autre fonctionnaire ou par un simple particulier, n'aurait aucune valeur, aucune existence légale; ce ne serait pas un acte de l'état civil. Il en serait de même, d'après une opinion accréditée, de l'acte qui, au lieu d'être porté sur les registres, aurait été inscrit sur une feuille volante (arg., art. 52, 194 et 319). Dans le silence de la loi, les tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain pour apprécier si le vice dont un acte se trouve atteint est tel qu'il doive le faire considérer comme non venu. S'ils estiment que, malgré ses irrégularités, il réunit les éléments essentiels d'un acte de l'état civil, ils leur reconnaîtront force probante. La seule conséquence des irrégularités commises sera, s'il s'agit d'omissions, que l'acte ne prouvera pas les faits qui n'y seront pas énoncés et ne fournira ainsi qu'une preuve incomplète (1).

SECTION VI

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL REÇUS EN PAYS ÉTRANGER

192. Les art. 47 et 48 offrent aux Français qui se trouvent en pays étranger deux moyens de faire constater les faits relatifs à l'état civil.

Ils peuvent tout d'abord s'adresser aux officiers publics étrangers qui procèdent suivant les formes établies par la loi étrangère. « *Tout acte de l'état civil concernant des Français et des étrangers fait en pays étranger, dit l'art. 47, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* ». C'est une application pure et simple de la règle *Locus regit actum*. L'acte dressé conformément aux prescriptions de la loi étrangère a en France la force probante que cette loi lui reconnaît. Les énonciations qui, dans un acte rédigé en France, font foi jusqu'à inscription de faux peuvent donc, dans un acte dressé à l'étranger, être combattues par la preuve contraire, si telle est la législation étrangère (2).

Sauf dans l'hypothèse prévue par l'art. 171, le code n'avait pris aucune mesure pour faciliter la connaissance en France des faits de l'état civil accomplis en pays étranger et concernant des Français. Mais par des traités conclus entre la France et plusieurs pays étrangers (3) les puissances contrac-

1) Cour de cass., 28 novembre 1876, D. 77, 1, 367, S. 77, 1, 172.

2) Pau, 19 février 1873, S. 73, 2. 85.

3) V. la liste de ces pays dans la circulaire ministérielle du 1^{er} octobre 1897.

tantes se sont engagées à se transmettre mutuellement les actes de l'état civil intéressant leurs ressortissants respectifs. Afin d'assurer la conservation de ces actes et de faciliter la délivrance des expéditions, la loi du 8 juin 1893 (1) a ajouté à l'art. 47 un alinéa ainsi conçu : « *Lorsqu'un de ces actes concernant des Français sera transmis au Ministère des affaires étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédition.* »

Au lieu de s'adresser aux officiers publics étrangers, les Français en pays étranger peuvent, s'ils le préfèrent, faire dresser les actes qui les intéressent par les agents diplomatiques ou consulaires français, lesquels procèdent conformément aux prescriptions de la loi française. « *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, al. 1). Mais, à la différence du premier, ce second moyen, sauf dispositions contraires contenues dans une convention intervenue entre la France et une puissance étrangère, ne peut être employé que pour les actes concernant uniquement des Français. Ainsi un Français ne pourrait pas, en pays étranger, contracter mariage avec une personne étrangère devant un agent diplomatique ou consulaire français, celui-ci n'étant pas compétent à l'égard du futur époux étranger. Ce mariage devrait être célébré par l'officier public étranger, compétent tout à la fois à l'égard de l'étranger en vertu de sa loi nationale et à l'égard du Français en vertu de la règle *Locus regit actum*. Cette différence résulte des termes mêmes des art. 47 et 48 dont le premier parle des actes de l'état civil *des Français et des étrangers*, tandis que le second parle seulement des actes de l'état civil *des Français*.

Les actes reçus par les agents diplomatiques ou consulaires français sont, comme les actes dressés en France, inscrits sur des registres tenus doubles. L'un des doubles reste déposé à la chancellerie du consulat ou de l'ambassade, tandis que l'autre est adressé à la fin de l'année au Ministère des affaires étrangères. Cette prescription, déjà contenue dans l'ordonnance du 23 octobre 1833 (art. 9), fait aujourd'hui l'objet du deuxième alinéa ajouté à l'art. 48 par la loi du 8 juin 1893 : « *Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé, à la fin de chaque année, au Ministère des affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits.* »

1) Cette loi est intitulée : *Loi portant modification des dispositions du code civil relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime*. Elle a modifié, dans le titre des Actes de l'état civil, les art. 47, 48, 59 à 62, 80, 86 à 98, l'intitulé du chapitre V et les art. 99 et 101; dans le titre des Donations entre-vifs et des testaments, les art. 981 à 984 et 988 à 998.

CHAPITRE II

DES ACTES DE NAISSANCE

193. Le code traite successivement : 1° des actes de naissance en général; 2° des actes de naissance des enfants trouvés; 3° des actes de naissance des enfants nés pendant un voyage en mer; 4° des actes de reconnaissance des enfants naturels.

SECTION I

DES ACTES DE NAISSANCE EN GÉNÉRAL

194. « *Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu; l'enfant lui sera présenté* » (art. 55).

Le délai pour faire la déclaration de la naissance d'un enfant nouveau-né est de trois jours francs, c'est-à-dire que le jour où l'accouchement a eu lieu ne compte pas. *Dies a quo non computatur in termino*. Lorsque la déclaration n'est pas faite dans ce délai, l'officier de l'état civil doit refuser de la recevoir. L'acte de naissance ne peut plus être dressé désormais qu'en vertu d'un jugement (avis du Cons. d'État des 8-12 brumaire an XI).

La déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance. Si donc la mère est accouchée dans une commune qui n'est pas celle de son domicile, c'est par l'officier de l'état civil de cette commune et non par celui du domicile de la mère que l'acte de naissance doit être dressé.

La déclaration de la naissance doit être accompagnée de la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, afin que celui-ci s'assure s'il est ou non nouveau-né, du sexe masculin ou du sexe féminin, vivant ou mort. En principe, l'enfant doit être *apporté* à l'officier de l'état civil. Si cependant ce déplacement présentait quelque danger, l'officier de l'état civil devrait se transporter dans le lieu où se trouve l'enfant. La loi du 20 septembre 1792 lui imposait textuellement cette obligation et l'*Exposé des motifs* du titre *des Actes de l'état civil* prouve que les auteurs du code ont entendu conserver cette règle (1).

En pratique on se dispense facilement de se conformer à la disposition de l'art. 55 en ce qui concerne la présentation de l'enfant. Dans certaines

1) Voyez sur ce point une circulaire ministérielle du 9 avril 1870, D. 71, 3, 41.

localités on remplace cette présentation par la production d'un certificat du médecin ou de la sage-femme qui a assisté à l'accouchement. Ailleurs, les naissances sont constatées à domicile par des « médecins de l'état civil » délégués par le maire.

Lorsque l'enfant est mort, l'officier de l'état civil doit se borner à exprimer qu'il lui a été présenté un enfant sans vie; il ne doit pas indiquer si cet enfant est né mort ou si, né vivant, il est décédé peu de temps après sa naissance (décret du 4 juillet 1806). La capacité pour un enfant simplement conçu de succéder ou de recevoir par donation ou par testament étant subordonnée à la condition qu'il naîtra vivant et viable (art. 725 et 906), il est très important de savoir si un enfant est non ou né vivant. S'il est né vivant et régulièrement conformé, il a recueilli les droits ouverts à son profit dans l'intervalle de sa conception au jour de sa naissance et, n'eût-il vécu qu'un instant, il les a transmis à ses héritiers. S'il est né mort, il est réputé aux yeux de la loi n'avoir jamais existé et par conséquent il n'a pu rien acquérir, ni rien transmettre à ses héritiers. Il convient dès lors que la question ne soit pas préjugée dans un sens ou dans l'autre par une mention faite sur la déclaration de personnes qui peuvent avoir intérêt à trahir la vérité. Voilà pourquoi le décret de 1806 prescrit à l'officier de l'état civil de constater purement et simplement qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, sauf à discuter ensuite, s'il y a lieu, devant les tribunaux la question de savoir si cet enfant a ou non vécu.

L'acte que dresse en pareil cas l'officier de l'état civil est à la fois un acte de naissance et un acte de décès. Il doit être inscrit sur le registre des décès. (Décret du 4 juillet 1806, art. 2.)

195. L'art. 56 énumère en ces termes les personnes qui doivent faire à l'officier de l'état civil la déclaration de la naissance d'un enfant : « *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.* »

La loi prévoit deux hypothèses : celle où l'accouchement a eu lieu au domicile de la mère et celle où il a eu lieu hors de ce domicile.

Dans la première hypothèse, l'obligation de déclarer la naissance incombe tout d'abord au père. Nous disons *au père* et non *au mari*. Le père naturel est en effet, aussi bien que le père légitime, tenu de déclarer la naissance de son enfant, lorsqu'il l'a reconnu pendant la grossesse de la mère.

A défaut du père, c'est-à-dire lorsque le père est décédé, absent, empêché ou, s'il s'agit d'un enfant naturel, lorsqu'il n'avoue pas sa paternité,

la déclaration doit être faite par les médecins, sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement.

Lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, c'est encore le père qui, s'il est présent et en état d'agir, est tenu en premier lieu de déclarer la naissance. A son défaut, cette obligation incombe à la personne chez laquelle l'accouchement a eu lieu, aux médecins, sages-femmes et autres personnes qui ont assisté à l'accouchement.

L'art. 56 n'établissant aucun ordre successif entre les personnes qu'il déclare tenues de faire la déclaration à défaut du père, on doit en conclure que l'obligation pèse simultanément et cumulativement sur ces différentes personnes.

Le code civil n'avait sanctionné par aucune peine l'obligation imposée aux personnes que nous venons d'énumérer de faire la déclaration de naissance. L'expérience ne tarda pas à montrer que c'était une faute. Dans les années qui suivirent la promulgation du code, beaucoup de naissances ne furent point déclarées, principalement lorsqu'il s'agissait d'enfants mâles, les parents espérant soustraire ainsi leurs fils à la conscription dont les guerres de Napoléon avaient fait un véritable fléau pour les populations. L'art. 346 du code pénal a eu pour but de combler cette lacune. Mais, grâce à ses termes, qui sans doute n'expriment pas exactement la pensée de ses rédacteurs, ce but n'a pas été complètement atteint. « Toute personne, dit-il, qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration a elle prescrite, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize à trois cents francs ». Ainsi la peine est prononcée seulement contre ceux qui, *ayant assisté à l'accouchement*, n'ont pas fait la déclaration qui leur était prescrite par l'art. 56. Les dispositions pénales devant toujours être interprétées restrictivement, il en résulte que le père et la personne chez laquelle la mère est accouchée, bien qu'ils soient tenus de déclarer la naissance alors même qu'ils n'ont pas assisté à l'accouchement, n'encourent dans ce cas aucune peine s'ils contreviennent à la loi. Si donc le père, en état de faire la déclaration, n'a pas assisté à l'accouchement, il peut arriver que la déclaration soit omise sans que la peine soit encourue par personne. Elle ne saurait l'être alors par les assistants, ceux-ci n'étant obligés qu'à défaut du père (1).

196. L'acte de naissance doit être rédigé immédiatement après la déclaration, en présence du déclarant et de deux témoins.

L'art. 57 indique les énonciations que l'acte de naissance doit contenir : « *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.* »

1) Demante, t. I, n° 101 bis, II.

Lorsqu'il s'agit d'enfants jumeaux, l'officier de l'état civil dresse un acte spécial pour chacun d'eux, en inscrivant tout d'abord celui qui est sorti le premier du sein de la mère et qui est considéré comme l'aîné.

Il ne doit être donné à un enfant dans son acte de naissance d'autres prénoms que ceux en usage dans les différents calendriers ou ceux des personnages connus de l'histoire ancienne (loi du 11 germinal an XI).

L'indication des noms, prénoms, profession et domicile des père et mère de l'enfant est destinée à établir sa filiation, c'est-à-dire le lien qui l'unit à ses parents. Mais ce n'est pas dans tous les cas indistinctement que cette indication est exigée. Seuls les père et mère légitimes doivent toujours être dénommés. C'est à eux que s'applique spécialement l'art. 57, d'accord avec l'art. 319 aux termes duquel la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil. Pour les père et mère naturels, la règle est loin d'être aussi générale. Tout d'abord l'acte de naissance d'un enfant naturel ne doit pas mentionner les noms de ses père et mère lorsque, de cette mention, résulterait la révélation d'une filiation adultérine ou incestueuse (arg., art. 335). Ainsi l'officier de l'état civil auquel on déclarerait qu'un enfant né d'une femme mariée a pour père un autre que le mari de cette femme devrait refuser d'insérer cette déclaration dans l'acte, quand même elle serait faite par le prétendu père en personne. D'un autre côté, lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel simple, le nom du père ne doit être indiqué qu'autant qu'il a déjà reconnu l'enfant ou qu'il le reconnaît au moment même de la déclaration de naissance (arg., art. 340). Quant au nom de la mère, les avis sont très partagés. De nombreux auteurs enseignent que ce nom doit être mentionné dans l'acte lorsqu'il est déclaré par les comparants. Quelques-uns vont même jusqu'à prétendre que l'officier de l'état civil est fondé à exiger cette indication et à refuser de dresser l'acte tant qu'elle ne lui est pas fournie. Nous n'hésitons pas à repousser cette manière de voir. Comme le nom du père, le nom de la mère naturelle ne doit être inséré dans l'acte de naissance que dans le cas où elle reconnaît l'enfant. Pourquoi en effet l'art. 57 veut-il qu'on énonce le nom des père et mère? C'est parce que l'acte de naissance doit faire preuve de la filiation de l'enfant. Or la filiation naturelle, à la différence de la filiation légitime, ne se prouve point par l'acte de naissance. Elle se prouve par l'acte de reconnaissance. Lors donc que l'acte de naissance ne contient pas la reconnaissance de l'enfant, le motif pour lequel l'art. 57 prescrit de mentionner les noms des parents fait défaut. Pas plus que le nom du père le nom de la mère ne doit être indiqué en pareil cas, parce que la maternité naturelle, pas plus que la paternité, ne se prouve par l'acte de naissance et que, dans le système de la loi, on ne doit insérer dans les actes que les énonciations destinées à faire foi. La loi, à la vérité, autorise la recherche de la maternité naturelle (art. 341), tandis qu'elle

interdit la recherche de la paternité (art. 340). Mais cette différence, dont se prévalent les partisans de la doctrine que nous combattons pour justifier la distinction qu'ils prétendent établir entre le père et la mère, n'a rien de commun avec la question dont il s'agit, l'indication du nom de la prétendue mère faite sans l'aveu de celle-ci ne pouvant ni faire preuve de la maternité, ni même constituer, d'après les termes des art. 341 et 1347, le commencement de preuve par écrit qui rend admissible la preuve testimoniale (1).

SECTION II

DES ACTES DE NAISSANCE DES ENFANTS TROUVÉS

197. « *Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé. — Il en sera dressé 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* » (art. 58).

La loi prend, on le voit, toutes les précautions possibles pour que les parents puissent, s'ils le désirent, retrouver un jour leur enfant.

L'obligation imposée par notre article à la personne qui trouve un enfant nouveau-né est sanctionnée par l'art. 347 du code pénal qui punit les contrevenants d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize francs à trois cent francs.

SECTION III

DES ACTES DE NAISSANCE DES ENFANTS NÉS PENDANT UN VOYAGE MARITIME

198. Le code s'est occupé de cette hypothèse dans les art. 59 à 61.

Ces articles, dont les dispositions n'ont besoin d'aucun commentaire, ont été modifiés par la loi du 8 juin 1893. Ils sont ainsi conçus :

Art. 59. « *En cas de naissance pendant un voyage maritime, il en sera dressé acte dans les trois jours de l'accouchement, en présence du père, s'il est à bord, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou,*

1) Demolombe, première édition, t. I, n° 297; Ducaurroy, Bennier et Roustain, t. I, n° 136; Laurent, t. II, nos 56 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, nos 895 et suiv. — *Contra*: Duranton, t. I, n° 315; Valette sur Proudhon, t. I, p. 209 et 222; Aubry et Rau, § 60, texte et note 8; Demante, t. I, n° 101 bis, II; Huc, t. I, n° 338. — Comp. Lettre du Garde des Sceaux au Procureur général de Paris du 3 mars 1895.

à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. — Si la naissance a lieu pendant un arrêt dans un port, l'acte sera dressé dans les mêmes conditions, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions d'officier de l'état civil. — Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'État, par l'officier du commissariat de la marine ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions ; et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, ou celui qui en remplit les fonctions. — Il y sera fait mention de celle des circonstances ci-dessus prévues dans lesquelles l'acte a été dressé. — L'acte sera inscrit à la suite du rôle d'équipage. »

Art. 60. « Au premier port où le bâtiment abordera pour toute autre cause que celle de son désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer deux expéditions de chacun des actes de naissance dressés à bord. — Ce dépôt sera fait, savoir : si le port est français, au bureau des armements par les bâtiments de l'État, et au bureau de l'inscription maritime par les autres bâtiments ; si le port est étranger, entre les mains du consul de France. Au cas où il ne se trouverait pas dans ce port de bureau des armements, de bureau de l'inscription maritime ou de consul, le dépôt serait ajourné au plus prochain port d'escale ou de relâche. — L'une des expéditions déposées sera adressée au Ministre de la marine, qui la transmettra à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant ou de la mère si le père est inconnu, afin qu'elle soit transcrite sur les registres ; si le dernier domicile ne peut être retrouvé ou s'il est hors de France, la transcription sera faite à Paris. — L'autre expédition restera déposée aux archives du consultat ou du bureau de l'inscription maritime. — Mention des envois et dépôts effectués conformément aux prescriptions du présent article sera portée en marge des actes originaux par les commissaires de l'inscription maritime ou par les consuls. »

Art. 61. « A l'arrivée du bâtiment dans le port de désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer, en même temps que le rôle d'équipage, une expédition de chacun des actes de naissance dressés à bord dont copie n'aurait point été déjà déposée, conformément aux prescriptions de l'article précédent. — Ce dépôt sera fait, pour les bâtiments de l'État, au bureau des armements, et, pour les autres bâtiments, au bureau de l'inscription maritime. — L'expédition ainsi déposée sera adressée au Ministre de la marine, qui la transmettra comme il est dit à l'article précédent. »

SECTION IV

DES ACTES DE RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

199. La reconnaissance d'un enfant naturel est un aveu de paternité ou de maternité. Elle peut avoir lieu au moment même de la déclaration de la naissance de l'enfant. Elle est alors constatée dans l'acte de naissance, lequel prouve ainsi tout à la fois le fait de la naissance et la filiation de l'enfant à l'égard de celui de ses auteurs qui l'a reconnu, ou à l'égard de tous les deux, s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre. Mais elle peut aussi avoir lieu postérieurement. Dans ce cas, elle doit être faite par acte authentique (art. 334). Cet acte peut être reçu par un officier de l'état civil, sans qu'il soit nécessaire de s'adresser à cet effet à celui qui est dépositaire de l'acte de naissance de l'enfant. L'art. 62 veut qu'en pareil cas l'acte de reconnaissance soit inscrit à sa date sur les registres courants et qu'il en soit fait mention en marge de l'acte de naissance, de telle sorte que ce dernier acte apprenne en même temps à ceux qui le consulteront la naissance de l'enfant et la reconnaissance dont il a été l'objet : « *L'acte de reconnaissance d'un enfant 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.* » L'acte de reconnaissance étant ainsi le complément de l'acte de naissance doit être inscrit sur le registre des naissances. Il doit en outre être rédigé, comme l'acte de naissance lui-même, en présence de deux témoins.

La loi du 8 juin 1893 a ajouté à l'art. 62 les dispositions suivantes relatives aux reconnaissances faites pendant un voyage maritime : « *Dans les circonstances prévues à l'art. 59, la déclaration de reconnaissance pourra être reçue par les officiers instrumentaires désignés en cet article, et dans les formes qui y sont indiquées. — Les dispositions des art. 60 et 61 relatives au dépôt et aux transmissions seront, dans ce cas, applicables. Toutefois, l'expédition adressée au Ministre de la marine devra être transmise par lui de préférence à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant aura été dressé ou transcrit, si ce lieu est connu.* »

CHAPITRE III

DES ACTES DE MARIAGE

200. Les art. 63 à 76, compris dans ce chapitre, seront expliqués au titre du *Mariage*, chapitres II et III, avec les art. 165 et suivants.

CHAPITRE IV

DES ACTES DE DÉCÈS

SECTION I

DES ACTES DE DÉCÈS DANS LES CAS ORDINAIRES

201. La loi prend tout d'abord une précaution destinée à prévenir les inhumations précipitées, qui pourraient permettre de faire disparaître les traces d'un crime, ou qui exposeraient à ensevelir vivante une personne qui ne présenterait que les apparences de la mort. Aux termes de l'art. 77, « *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 auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après, hors les cas prévus par les règlements de police.* »

Deux conditions sont donc exigées pour qu'une inhumation puisse avoir lieu :

1° Il faut que l'officier de l'état civil ait délivré une autorisation d'inhumer. Cette autorisation ne doit, d'après la loi, être donnée qu'après que l'officier de l'état civil s'est transporté auprès de la personne décédée pour s'assurer par lui-même du décès. Mais, sous ce rapport, la loi n'est pas rigoureusement observée en pratique. Dans certaines communes, l'officier de l'état civil délègue à un médecin le soin de constater les décès. Ailleurs, il se contente d'exiger de ceux qui viennent faire la déclaration de décès la production d'un certificat délivré par un médecin quelconque.

2° Il faut qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures au moins depuis le décès. Lorsque l'autorisation d'inhumer est délivrée avant l'expiration des vingt-quatre heures, elle doit en conséquence porter la mention que l'inhumation n'aura pas lieu avant une heure déterminée. Le délai peut être abrégé dans les cas d'urgence prévus par les règlements de police, notamment en cas de décès survenu à la suite d'une maladie contagieuse ou en cas de décomposition rapide du cadavre.

L'art. 358 du code pénal punit d'un emprisonnement de six jours à deux mois et d'une amende de seize francs à cinquante francs ceux qui auraient fait inhumer un individu sans l'autorisation préalable de l'officier de l'état civil, ou qui auraient contrevenu d'une manière quelconque à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées.

Dans ces dernières années, on a cherché à mettre à la mode un genre de

sépulture renouvelé des anciens, la crémation ou incinération. Cette pratique est autorisée par la loi du 15 novembre 1887 qui, entre autres dispositions dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment, reconnaît à toute personne capable de tester le droit de régler les conditions de ses funérailles *et le mode de sa sépulture*. Le décret du 27 avril 1889, rendu en exécution de cette loi, a réglementé d'une façon complète l'inhumation et l'incinération.

202. Le décès étant constaté, il doit en être dressé acte. « *L'acte de décès, dit l'art. 78, sera dressé par l'officier de l'état civil sur la déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée et un parent ou autre.* » Comme on le voit, cet article ne détermine pas limitativement les personnes qui doivent faire la déclaration d'un décès. La loi se contente d'émettre un vœu. Elle désire que la déclaration soit faite par les plus proches parents ou voisins et par la personne chez laquelle le décès a eu lieu, parce que ce sont là les personnes qui sont le plus à même de fournir à l'officier de l'état civil des renseignements précis sur le défunt. Ces personnes n'encourent du reste aucune peine quand elles ne se conforment pas au vœu de la loi.

L'acte de décès devant être dressé *sur la déclaration de deux témoins*, il s'ensuit, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que les mêmes personnes jouent à la fois le rôle de déclarants et celui de témoins et qu'elles doivent par suite être âgées de vingt et un ans (art. 37).

Le code a jugé inutile de déterminer le délai dans lequel la déclaration du décès doit être faite. Comme l'inhumation ne peut avoir lieu sans l'autorisation de l'officier de l'état civil et qu'il n'est pas possible de la différer bien longtemps, cette déclaration sera nécessairement faite sans retard.

203. Les énonciations que doit contenir l'acte de décès ont pour objet de bien déterminer l'individualité de la personne décédée. L'art. 79 les énumère en ces termes : « *L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée ; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve ; les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des déclarants et, s'ils sont parents, leur degré de parenté. — Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé et le lieu de sa naissance.* »

Au nombre des énonciations exigées par cet article ne figure point l'indication du jour et de l'heure du décès. Et cependant, le moment du décès est très important à connaître, car c'est à ce moment que s'ouvre la succession de la personne décédée et que cette personne devient incapable d'acquiescer. Le silence du législateur sur ce point paraît bien être intentionnel.

Il a voulu sans doute qu'à raison même de son importance la question de savoir à quel moment le décès a eu lieu ne fût en aucune façon préjugée par une mention faite sur la déclaration de personnes qui peuvent avoir intérêt à altérer la vérité. Malgré le silence de la loi, l'usage s'est établi de mentionner dans les actes le jour et l'heure du décès. Cette mention n'étant pas prescrite par la loi est par là même dépourvue de toute force probante.

L'acte de décès est destiné uniquement à constater le fait même du décès et l'individualité de la personne décédée. Il ne doit point dès lors relater les circonstances qui ont précédé ou accompagné le décès. Ainsi, quand une personne s'est suicidée, quand elle a été victime d'un assassinat, quand elle est morte sur l'échafaud ou dans une prison, l'acte de décès ne doit pas en faire mention. La loi a pris soin de le déclarer expressément. Elle ne veut pas que l'on perpétue le souvenir de faits de nature à entretenir des haines ou à entacher l'honneur des familles. « *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'art. 79* » (art. 85).

SECTION II

DES ACTES DE DÉCÈS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX

1° Des décès survenus dans les hôpitaux et autres établissements publics.

204. Ce cas est prévu par l'art. 80 modifié par la loi du 8 juin 1893. Aux termes de cet article, « *En cas de décès dans les hôpitaux ou les formations sanitaires, les hôpitaux maritimes, coloniaux, civils ou autres établissements publics, soit en France, soit dans les colonies ou les pays de protectorat, les directeurs, administrateurs ou maîtres de ces hôpitaux ou établissements devront en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil ou à celui qui en remplit les fonctions. — Celui-ci 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, dans lesdits hôpitaux, formations sanitaires et établissements, un registre sur lequel seront inscrits ces déclarations et renseignements. — L'officier de l'état civil qui aura dressé l'acte de décès enverra, dans le plus bref délai, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du défunt une expédition de cet acte, laquelle sera immédiatement transcrite sur les registres.* »

Les principaux changements apportés par la loi du 8 juin 1893 au texte primitif de l'art. 80 ont consisté à déclarer ses dispositions applicables dans les colonies et les pays soumis au protectorat de la France et à ajouter à l'énumération qu'il contenait les formations sanitaires et les hôpitaux maritimes et coloniaux.

Les établissements autres que les hôpitaux auxquels cet article reçoit son application sont notamment les collèges, couvents, séminaires, etc.

Il n'était pas possible de compter, pour la déclaration des décès survenus dans ces divers établissements, sur les parents du défunt, qui peuvent être fort éloignés, ni sur les voisins qui la plupart du temps n'ont même pas connaissance de ces décès. La loi impose en conséquence au chef de l'établissement l'obligation d'aviser dans les vingt-quatre heures l'officier de l'état civil, lequel, après s'être assuré du décès, en dresse acte dans les formes ordinaires.

Quant aux registres dont notre article prescrit la tenue et sur lesquels doivent être mentionnés les renseignements fournis à l'officier de l'état civil sur les individus décédés dans l'établissement, ils ne sauraient, bien entendu, remplacer, le cas échéant, les registres de l'état civil pour la preuve des décès. Tenus par de simples particuliers, ils ne pouvaient être produits en justice qu'à titre de renseignements.(1).

2° Du cas où il y a des indices de mort violente.

205. « *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 que l'officier de police est tenu de faire parvenir à l'officier de l'état civil sont seulement ceux qui ont trait à l'individualité de la personne décédée et non ceux qui sont relatifs aux circonstances du décès, ces circonstances ne devant pas, d'après l'art. 85, être énoncées dans l'acte.

3° Du cas d'exécution capitale.

206. « *Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'of-*

1) Par exception, les individus chargés de la tenue des registres des lazarets sont investis des fonctions d'officiers de l'état civil pour la constatation des naissances et des décès (loi du 3 mars 1822, art. 19).

ficier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté tous les renseignements énoncés en l'art. 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé » (art. 83).

4° Des décès survenus dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention.

207. « *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'art. 80, et rédigera l'acte de décès » (art. 84).*

5° Des décès provenant d'accidents arrivés dans les mines.

208. Cette hypothèse, dont le code ne s'était pas occupé, est régie par les art. 18 et 19 du décret du 3 janvier 1813 sur l'exploitation des mines.

Lorsque les cadavres des ouvriers victimes de l'accident peuvent être retrouvés, les actes de décès sont dressés dans la forme ordinaire. Mais l'inhumation ne peut avoir lieu qu'après que le procès-verbal de l'accident a été dressé conformément à l'art. 81.

S'il n'est pas possible de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des victimes, cette circonstance doit être constatée par le maire ou autre officier public qui en dresse procès-verbal. Ce procès-verbal, transmis au procureur de la République, est, à la diligence de ce magistrat, et sur l'autorisation du tribunal, annexé aux registres de l'état civil. Il remplace l'acte de décès pour tous les droits subordonnés à la preuve du décès, y compris le droit pour le conjoint survivant de contracter un nouveau mariage.

6° Des décès arrivés pendant un voyage maritime.

209. Le code avait consacré à ce sujet les art. 86 et 87. Les additions qu'il a reçues de la loi du 8 juin 1893 ont nécessité un remaniement de ses dispositions. La matière est régie aujourd'hui par les art. 86 à 92.

Le nouvel art. 86 est ainsi conçu : « *En cas de décès pendant un voyage maritime et dans les circonstances prévues à l'art. 59, il en sera, dans les vingt-quatre heures et en présence de deux témoins, dressé acte par les officiers instrumentaires désignés en cet article, et dans les formes qui y sont prescrites. — Les dépôts et transmissions des originaux et des expéditions seront effectués conformément aux distinctions prévues par les art. 60 et 61. — La transcription des actes de décès sera faite sur les registres de l'état civil du dernier domicile du défunt, ou, si ce domicile est inconnu, à Paris. »*

Dans cet article, qui correspond aux anciens art. 86 et 87 dont il reproduit à peu près les dispositions en les mettant d'accord avec celles des nouveaux art. 59, 60 et 61, la loi suppose que le décès peut être régulièrement constaté par l'examen du cadavre. Mais cette constatation n'est pas

toujours possible. Un homme est emporté par la mer, ou bien un équipage tout entier disparaît avec le navire qui le portait ; il ne peut être question d'une constatation régulière des décès. Le législateur de 1804 ne s'étant pas préoccupé de cette situation, la pratique s'était efforcée de combler une lacune qui laissait de nombreux intérêts en souffrance. Elle appliquait aux accidents de ce genre, et d'une façon générale à tous les cas dans lesquels les corps ne pouvaient être retrouvés, une procédure analogue à celle qu'avait établie le décret du 3 janvier 1813 en vue des accidents arrivés dans les mines. Sur le vu du procès-verbal relatant l'événement et après enquête, les décès étaient constatés par un jugement lorsque les circonstances paraissaient suffisamment probantes (1). La loi du 8 juin 1893 a consacré cette solution, en l'appliquant à la fois aux individus disparus en mer et aux marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer quand il n'a pas dressé d'acte régulier de décès.

Nous nous bornons à reproduire le texte, suffisamment clair par lui-même, des nouveaux art. 87 à 92.

Art. 87. « *Si une ou plusieurs personnes inscrites au rôle d'équipage ou présentes à bord, soit sur un bâtiment de l'État, soit sur tout autre bâtiment, tombent à l'eau sans que leur corps puisse être retrouvé, il sera dressé un procès-verbal de disparition par l'autorité investie à bord des fonctions d'officier de l'état civil. Ce procès-verbal sera signé par l'officier instrumentaire et par les témoins de l'accident, et inscrit à la suite du rôle d'équipage. — Les dispositions des art. 60 et 61, relatives au dépôt et à la transmission des actes et des expéditions, seront applicables à ces procès-verbaux.* »

Art 88. « *En cas de présomption de perte totale d'un bâtiment ou de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers, s'il n'a pas été possible de dresser les procès-verbaux de disparition prévus à l'article précédent, il sera rendu par le ministre de la marine, après une enquête administrative et sans formes spéciales, une décision déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition de tout ou partie de l'équipage ou des passagers.* »

Art. 89. « *La présomption de décès sera déclarée comme il est dit à l'article précédent, après une enquête administrative et sans formes spéciales, par le ministre de la marine à l'égard des marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer, quand il n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès.* »

Art. 90. « *Le ministre de la marine pourra transmettre une copie de*

1. Bordeaux, 6 mars 1874, D. 78, 5, 12; — 23 février et 16 juin 1880, S. 81, 2, 43; — 15 février 1888, D. 89, 2, 197; — Besançon, 30 juillet 1878, D. 79, 2, 34, S. 78, 2, 300; — Rouen, 11 octobre 1889, D. 90, 2, 305, S. 90, 2, 10.

ces procès-verbaux ou de ces décisions au procureur général du ressort dans lequel se trouve le tribunal, soit du dernier domicile du défunt, soit du port d'armement du bâtiment, soit enfin du lieu du décès, et requérir ce magistrat de poursuivre d'office la constatation judiciaire des décès. — Ceux-ci pourront être déclarés constants par un jugement collectif rendu par le tribunal du port d'armement, lorsqu'il s'agira de personnes disparues dans un même accident. »

Art. 91. « *Les intéressés pourront également se pourvoir, à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire d'un décès, dans les formes prévues aux art. 855 et suivants du code de procédure civile. Dans ce cas, la requête sera communiquée au ministre de la marine, à la diligence du ministère public. »*

Art. 92. « *Tout jugement déclaratif de décès sera transcrit à sa date sur les registres de l'état civil du dernier domicile, ou, si celui-ci est inconnu, à Paris. Il sera fait mention du jugement et de sa transcription, en marge des registres, à la date du décès. — Les jugements collectifs seront transcrits sur les registres de l'état civil du port d'armement; il pourra en être délivré des extraits individuels. — Les jugements déclaratifs de décès tiendront lieu d'actes de l'état civil et ils seront opposables aux tiers, qui pourront seulement en obtenir la rectification conformément à l'art. 99. »*

CHAPITRE V

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES ET MARINS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX

210. Le projet de code civil ne contenait pas de règles spéciales sur les actes de l'état civil concernant les militaires en campagne. Dans la pensée des auteurs du projet, ces actes devaient être dressés, conformément aux art. 47 et 48, soit par les officiers publics étrangers suivant les formes étrangères, soit par les agents diplomatiques ou consulaires français suivant les formes françaises. Mais le Premier Consul réclama vivement contre cette omission. « Le militaire, dit-il, n'est jamais l'étranger quand il est sous le drapeau; là où est le drapeau, là est la France. Il faut une loi sur les naissances, les mariages et les décès à l'armée. » C'est à la suite de ces paroles que furent rédigés les art. 88 à 98 qui, considérant fictivement comme français le territoire étranger occupé par une armée française, attribuèrent à certaines autorités militaires la qualité d'officiers de l'état civil à l'égard des personnes faisant partie de l'armée.

Les événements de 1870-1871 ayant démontré l'insuffisance de ces articles, qui ne prévoyaient point le cas où l'armée opérait sur le territoire français, la loi du 8 juin 1893 a réglementé de nouveau la matière, en même temps qu'elle a modifié l'intitulé du chapitre V, afin de le mettre d'accord avec les nouvelles dispositions introduites par elle. Cette loi a été complétée sur un point par la loi du 16 mai 1900.

Voici le texte des art. 93 à 98 qui ont remplacé les anciens art. 88 à 98 :

Art. 93. *Les actes de l'état civil concernant les militaires, les marins de l'État et les personnes employées à la suite des armées seront établis comme il est dit aux chapitres précédents. — Toutefois, hors de France et dans les circonstances prévues au présent paragraphe, ils pourront, en tout temps, être également reçus par les autorités ci-après indiquées, en présence de deux témoins : 1° dans les formations de guerre mobilisées, par le trésorier ou l'officier qui en remplit les fonctions, quand l'organisation comporte cette emploi, et, dans le cas contraire, par l'officier commandant; 2° dans les quartiers généraux ou états-majors, par les fonctionnaires de l'intendance ou, à défaut, par les officiers désignés pour les suppléer; 3° pour les personnes non militaires, employées à la suite des armées, par le prévôt ou l'officier qui en remplit les fonctions; 4° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administrations gestionnaires de ces établissements; 5° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant; 6° dans les colonies et les pays de protectorat et lors des expéditions d'outre-mer par les officiers du commissariat ou les fonctionnaires de l'intendance ou, à leur défaut, par les chefs d'expédition, de poste ou de détachement. — En France, les actes de l'état civil pourront également être reçus, en cas de mobilisation ou de siège, par les officiers énumérés aux cinq premiers numéros du paragraphe précédent. La compétence de ces officiers s'étendra, s'il est nécessaire, aux personnes non militaires qui se trouveront dans les forts et places fortes assiégés.*

La loi du 18 mai 1900 a ajouté à cet article l'alinéa suivant : « *Les déclarations de naissance aux armées seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement.* »

Art. 94. « *Dans tous les cas prévus à l'article précédent, l'officier qui aura reçu un acte en transmettra, dès que la communication sera possible, et dans le plus bref délai, une expédition au ministre de la guerre ou de la marine, qui en assurera la transcription sur les registres de l'état civil du dernier domicile du père ou, si le père est inconnu, de la mère, pour les actes de naissance; du mari pour les actes de mariage; du défunt, pour les actes de décès. Si le lieu du dernier domicile est inconnu, la transcription sera faite à Paris.* »

Art. 95. « *Dans les circonstances énumérées à l'art. 93, il sera tenu un*

registre de l'état civil : 1° dans chaque corps de troupes ou formation de guerre mobilisée, pour les actes relatifs aux individus portés sur les contrôles du corps de troupes ou sur ceux des corps qui ont participé à la constitution de la formation de guerre ; 2° dans chaque quartier général ou état-major, pour les actes relatifs à tous les individus qui y sont employés ou qui en dépendent ; 3° dans les prévôtés, pour toutes les personnes non militaires employées à la suite des armées ; 4° dans chaque formation ou établissement sanitaire dépendant des armées et dans chaque hôpital maritime ou colonial, pour les individus en traitement ou employés dans ces établissements, de même que pour les morts appartenant à l'armée, qu'on y placerait à titre de dépôt ; 5° dans chaque unité opérant isolément aux colonies, dans les pays de protectorat ou en cas d'expédition d'outre-mer. — Les actes concernant les individus éloignés du corps ou des états-majors auxquels ils appartiennent ou dont ils dépendent seront inscrits sur le registre du corps ou de l'état-major près duquel ils sont employés ou détachés. — Les registres seront arrêtés au jour du passage des armées sur le pied de paix ou de la levée du siège. — Ils seront adressés au ministre de la guerre ou de la marine, pour être déposés aux archives de leur département ministériel. »

Art. 96. « Les registres seront cotés et paraphés : 1° par le chef d'état-major, pour les unités mobilisées qui dépendent du commandement auquel il est attaché ; 2° par l'officier commandant, pour les unités qui ne dépendent d'aucun état-major ; 3° dans les places fortes ou forts, par le gouverneur de la place ou le commandant du fort ; 4° dans les hôpitaux ou formations sanitaires dépendant des armées, par le médecin-chef de l'hôpital ou de la formation sanitaire ; 5° dans les hôpitaux maritimes ou coloniaux et pour les unités opérant isolément aux colonies, dans les pays de protectorat et en cas d'expédition d'outre-mer, par le chef d'état-major ou par l'officier qui en remplit les fonctions. »

Art. 97. « Lorsqu'un mariage sera célébré dans l'une des circonstances prévues à l'art. 93, les publications seront faites au lieu du dernier domicile du futur époux ; elles seront mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie. »

Art. 98. « Les dispositions des art. 93 et 94 seront applicables aux reconnaissances d'enfants naturels. — Toutefois la transcription des actes sera faite, à la diligence du ministre de la guerre ou de la marine, sur les registres de l'état civil où l'acte de naissance de l'enfant aura été dressé ou transcrit, et, s'il n'y en a pas eu ou si le lieu est inconnu, sur les registres indiqués en l'art. 94 pour la transcription des actes de naissance. »

CHAPITRE VI

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

211. Rectifier un acte de l'état civil c'est réparer les irrégularités dont il est entaché.

Le principe général qui domine toute cette matière est qu'un acte de l'état civil ne peut pas, une fois rédigé, être modifié par l'officier public qui l'a dressé, même avec le consentement des parties intéressées. « Ce qui est écrit est écrit », disait le tribun Siméon. Sans doute l'officier de l'état civil peut, au moyen de ratures ou de renvois, approuvés et signés, corriger les fautes dont on s'aperçoit au moment même de la rédaction de l'acte (art. 42); mais quand la rédaction est terminée, aucune addition, aucun retranchement, aucun changement ne doit avoir lieu qu'en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire.

212. A. DES CAS DANS LESQUELS LA RECTIFICATION PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

— Il y a lieu à rectification dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un acte de l'état civil renferme des erreurs ou des inexactitudes, lorsqu'il présente des omissions, ou lorsqu'il contient des énonciations qui n'auraient pas dû y être portées;

2° Lorsqu'un acte, régulier à l'origine, a subi après coup des altérations;

3° Lorsqu'un acte a été inscrit sur une feuille volante;

4° Lorsqu'un acte n'a pas été dressé et inscrit sur les registres dans les délais légaux (avis du Conseil d'état des 8-12 brumaire an XI).

Dans ces deux derniers cas, il n'y a pas véritablement rectification, au sens propre et technique du mot. On dresse l'acte plutôt qu'on ne le redresse; on le fait plutôt qu'on ne le rectifie; mais les formes de procéder sont les mêmes qu'en cas de rectification proprement dite.

213. B. PAR QUI LA RECTIFICATION PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE? — Le droit de demander à la justice la rectification d'un acte de l'état civil appartient à toute personne intéressée. Un intérêt pécuniaire n'est pas nécessaire pour permettre d'agir; un intérêt moral, un intérêt de réputation ou d'honneur suffit. Ainsi l'individu qui, sans son aveu, a été désigné dans un acte de naissance comme père d'un enfant naturel peut agir en rectification de cet acte. Un acte de décès, au lieu de se borner à constater la mort, porte que la personne est décédée dans un établissement d'aliénés, en prison ou par suite d'une exécution criminelle; tout membre de la famille sera fondé à provoquer la rectification. La personne dont le nom a été mal orthographié ou qui se plaint de l'omission de la particule *de* ou *du*, d'un titre nobiliaire auquel elle prétend avoir droit, ou d'un nom de terre qui

est devenu partie intégrante de son nom patronymique, peut également faire rectifier l'acte dans lequel ces fautes ou ces omissions ont été commises. Il en est de même de toute personne dont on aurait usurpé dans un acte le nom ou les titres.

En principe, le ministère public n'a point qualité pour prendre l'initiative d'une demande en rectification. Il joue seulement, dans les instances de cette nature, le rôle de partie jointe, c'est-à-dire qu'il se borne à donner ses conclusions.

Toutefois le principe comporte trois exceptions :

1° Le ministère public est autorisé à poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil concernant des indigents (loi du 25 mars 1817, art. 75, et loi du 10 décembre 1850, art. 3) ;

2° Il peut agir également lorsque la déclaration prescrite par la loi du 10 juillet 1850, sur la publicité des contrats de mariage, a été omise ou qu'elle est erronée (art. 76 *in fine*) ;

3° Enfin, la jurisprudence lui reconnaît le droit de demander la rectification lorsque l'ordre public y est intéressé, c'est-à-dire quand l'intérêt social est en jeu (avis du Conseil d'État des 8-12 brumaire an XI). Ainsi le ministère public serait fondé à poursuivre la rectification d'un acte de naissance qui constaterait une filiation adultérine ou incestueuse, ou dans lequel l'enfant aurait été inscrit sous un sexe qui n'est pas le sien (1).

214. C. DU TRIBUNAL COMPÉTENT POUR CONNAÎTRE DE LA DEMANDE EN RECTIFICATION ET DE LA PROCÉDURE A SUIVRE. — L'art. 99, modifié par la loi du 8 juin 1893, s'exprime ainsi : « *Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf appel, par le tribunal du lieu où l'acte a été reçu et au greffe duquel le registre est ou doit être déposé.* » L'ancien art. 99 ne disait pas devant quel tribunal l'action devait être portée. Il se bornait à déclarer *qu'il serait statué par le tribunal compétent.* En attribuant formellement compétence au tribunal du lieu où l'acte a été reçu et au greffe duquel est ou sera déposé le registre sur lequel cet acte est inscrit, le législateur de 1893 n'a fait que consacrer la solution suivie en pratique. S'il s'agit d'un acte omis, l'action est portée devant le tribunal du lieu où il aurait dû être inscrit.

La règle reçoit du reste un certain nombre d'exceptions, dont deux font l'objet de nouveaux alinéas ajoutés à l'art. 99 par la loi de 1893 :

1° « *La rectification des actes de l'état civil dressés au cours d'un voyage maritime, aux armées, ou à l'étranger, sera demandée au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été transcrit conformément à la loi; il en sera*

1) Cour de cass., 22 janvier 1862, D. 62, 1, 26, — Sir. 62, 1, 257; — 25 mars 1867, D. 67, 1, 300, S. 67, 1, 215; — 25 mai 1869, D. 69, 1, 413, Sir. 69, 1, 308.

de même pour les actes de décès reçus en France ou dans les colonies et dont la transcription est ordonnée par l'art. 80 » (art. 99, al. 2).

2° « La rectification des jugements déclaratifs de décès sera demandée au tribunal qui aura déclaré le décès; toutefois, lorsque ce jugement n'aura pas été rendu par un tribunal de la métropole, la rectification en sera demandée au tribunal dans le ressort duquel la déclaration de décès aura été transcrite conformément à l'art. 92 » (art. 99, al. 3). La loi suppose qu'un acte régulier de décès n'a pu être dressé, le corps de la personne ou des personnes disparues n'ayant pas été retrouvé, et qu'il y a lieu de rectifier le jugement déclaratif de décès. La demande en rectification doit alors être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif, à moins que ce jugement n'émane pas d'un tribunal de la métropole. Dans cette dernière hypothèse, la loi, afin d'épargner aux intéressés des lenteurs et des frais, attribue compétence au tribunal dans le ressort duquel la déclaration du décès a été transcrite.

3° Lorsque la demande en rectification est formée incidemment au cours d'une instance pendante devant un tribunal autre que celui de la situation des registres, le tribunal saisi de la demande principale est compétent pour en connaître (arg. art. 856, al. 3, c. pr.) (1).

4° Lorsqu'il y a lieu de rectifier divers actes, dressés dans le ressort de tribunaux différents, et qui reproduisent une même erreur commise dans le premier d'entre eux, il ne doit être formé qu'une seule demande en rectification, et cette demande doit être portée devant le tribunal au greffe duquel est ou sera déposé le registre contenant l'erreur originaire (2).

La demande en rectification s'introduit par une requête adressée au président du tribunal qui en ordonne la communication au ministère public et désigne un rapporteur. Si la rectification demandée intéresse d'autres personnes que le réclamant, le tribunal peut ordonner la mise en cause de ces personnes. Il peut également ordonner qu'un conseil de famille sera convoqué pour donner son avis. « Le procureur de la République sera entendu dans ses conclusions. — Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu » (art. 99 *in fine*, art. 855 et 856 c. pr.).

215. D. COMMENT S'OPÈRE LA RECTIFICATION QUAND ELLE EST ORDONNÉE PAR LA JUSTICE? — L'acte rectifié reste matériellement tel qu'il a été dressé; on ne lui fait subir aucune modification. La rectification ne pouvant pas être opposée aux parties intéressées qui n'ont point été mises en cause, il importe en effet de maintenir intact, afin de pouvoir le représenter au besoin, l'acte qui, vis à vis d'elles, conserve sa force primitive. D'un autre côté, les corrections matérielles opérées sur l'acte rectifié pourraient donner

1) Toulouse, 26 avril 1893, S. 96, 2, 252.

2) Limoges, 22 juillet 1895. D, 97, 2, 163, S. 97, 2, 278.

lieu à des méprises qui ne seraient pas toujours aisément réparables. La rectification résulte de la transcription intégrale du jugement rectificatif sur les registres courants et de la mention faite en marge de l'acte rectifié de la date de ce jugement et de son objet. « *Les jugements de rectification, dit l'art. 101 modifié par la loi du 8 juin 1893, seront transmis immédiatement par le procureur de la République à l'officier de l'état civil du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé. Ils seront inscrits sur les registres; et mention en sera faite en marge de l'acte réformé.* » L'art. 857 du code de procédure s'exprime à cet égard en termes plus complets et plus précis. « Aucune rectification, dit-il, 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 ». (Joign. avis du Conseil d'État des 23 février-4 mars 1808).

La mention faite en marge de l'acte rectifié est portée également par le greffier sur le double du registre déposé au greffe du tribunal.

216. E. DES EFFETS DU JUGEMENT DE RECTIFICATION. — Tout jugement est réputé conforme à la vérité : *Res judicata pro veritate habetur* (art. 1351). Mais cette présomption légale de vérité est essentiellement relative; elle n'existe qu'entre les personnes qui ont été parties au procès. La question, jugée entre elles, demeure entière à l'égard de ceux qui, ayant intérêt à contester la solution intervenue, n'ont pas figuré dans l'instance : *Res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*. L'art. 100 fait l'application de ce principe aux jugements rectificatifs d'actes de l'état civil. « *Le jugement de rectification, dit-il, ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées.* » Celui qui a obtenu la rectification ne peut donc s'en prévaloir à l'encontre des personnes intéressées à la contester contre lesquelles il n'a pas plaidé. Il ne pourra le faire qu'à la condition d'obtenir contre elles un nouveau jugement; et si, moins heureux dans le second procès que dans le premier, il voit sa prétention repoussée, on aboutira à ce résultat que ce qui est réputé vrai à l'égard de certaines personnes sera réputé faux à l'égard d'autres personnes. C'est afin d'éviter une pareille situation, que l'art. 99 du code civil et l'art. 856 du code de procédure permettent au tribunal d'ordonner la mise en cause des personnes intéressées à contester la prétention du demandeur.

TITRE III

Du domicile.

217. Le domicile est le siège légal de la personne. L'art. 102 indique en ces termes dans quel lieu il est situé : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.* » Une personne a son principal établissement là où se trouve le centre de ses affaires, de ses intérêts, de ses habitudes. Entre ce lieu et la personne, la loi crée un lien de droit et fait résulter de cette situation diverses conséquences juridiques.

Plusieurs motifs exigeaient que chaque personne fût ainsi mise en rapport légal avec un lieu déterminé. « C'est en vain, dit M. Demolombe, qu'on aurait partagé le pays en départements, arrondissements, cantons et communes, l'administration publique n'en serait pas moins impossible si ces différentes circonscriptions territoriales ne se composaient pas d'une certaine agrégation de personnes appelées à être plus spécialement gouvernées dans le ressort de chacune d'elles, à y exercer certains droits et à y supporter certaines charges, à reconnaître la compétence et la juridiction des diverses autorités administratives et judiciaires qui y sont instituées. Or, cette agrégation des personnes se forme et se manifeste par le domicile... D'un autre côté, des rapports fréquents et nombreux existent entre les particuliers; ils ont des notifications à se faire, des assignations à se commettre, etc.; exiger que ces assignations fussent toujours remises à la personne elle-même, c'était presque demander l'impossible; c'était surtout favoriser la mauvaise foi des débiteurs, en leur offrant le moyen d'échapper aux poursuites de leurs créanciers. Il fallait donc déterminer un lieu où la personne serait présumée ne rien ignorer de ce qui y serait adressé pour elle, un lieu qui la représentât en quelque sorte à l'égard des tiers. Ce lieu, c'est le domicile » (1).

En disant que le domicile de tout Français *quant à l'exercice de ses droits civils* est au lieu de son principal établissement, l'art. 102 n'a point voulu dire que l'exercice de ces droits ne peut avoir lieu que là où la personne est domiciliée. Chacun peut en principe exercer ses droits civils en quelque endroit qu'il se trouve. Les droits qui ne peuvent être exercés qu'au siège légal de la personne sont en très petit nombre. La formule de l'art. 102 a simplement pour but d'indiquer que, dans notre titre, le domi-

1) Demolombe, t. I, n° 338.

cile est envisagé uniquement au point de vue des relations civiles et que les règles qui y sont tracées sont étrangères au domicile *politique*, lequel est régi par la constitution ou par les lois qui la complètent (1).

L'opposition établie ici par la loi entre le domicile politique et le domicile civil explique également pourquoi l'art. 102 parle du domicile de *tout Français* et non du domicile de *toute personne*. Cette opposition n'a en effet de raison d'être qu'en ce qui concerne les Français, puisque les Français seuls ont la jouissance des droits politiques. Mais un étranger peut, aussi bien qu'un Français, avoir en France son domicile civil, sans qu'il y ait à distinguer s'il a ou non obtenu du gouvernement l'autorisation de s'y fixer, car il peut, indépendamment de toute autorisation, avoir en France son principal établissement. L'autorisation gouvernementale n'est pas une condition exigée de lui pour qu'il ait un domicile en France, mais un moyen de lui assurer la jouissance des droits civils qui appartiennent seulement aux étrangers autorisés (2).

De même un Français peut avoir son domicile en pays étranger, son principal établissement pouvant se trouver hors de France sans qu'il ait pour cela perdu la qualité de Français.

Le domicile ne doit pas être confondu avec la *résidence*, laquelle est un pur fait, le fait de séjourner, d'habiter pendant un temps plus ou moins long dans un endroit déterminé. A la différence du domicile qui ne se perd point par cela seul que la personne cesse de se trouver dans le lieu où il est établi, et qui peut même, comme nous le verrons, exister indépendamment de tout séjour dans ce lieu, la résidence prend fin aussitôt que la personne quitte le lieu où elle s'était fixée. Un même individu peut avoir autant de résidences que bon lui semble, tandis qu'il n'a qu'un domicile.

Bien qu'ils expriment des idées distinctes, les mots *domicile* et *résidence* sont du reste assez souvent pris l'un pour l'autre, non seulement dans le langage vulgaire, mais jusque dans les textes de loi ; d'où des équivoques possibles. Ainsi, l'art. 184 du code pénal punit la *violation de domicile*. Le domicile est alors l'endroit servant d'habitation, le lieu où se trouve actuellement la personne. Dans les art. 270 et 271 du même code qui défi-

1) On appelle domicile politique le lieu où un citoyen exerce ses droits politiques. Ce domicile peut être distinct du domicile civil (lois du 30 novembre 1875, art. 1, et du 5 avril 1884, art. 4).

2) Demante, t. I, n° 128 bis, II ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 237 ; Laurent, t. II, n° 68 ; Huc, t. I, n° 268 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcadé, t. I, n° 1020. — *Contra* : Demolombe, t. I, n° 268 ; Demangeat, *De la condit. des étr.*, n° 81. — La jurisprudence est peu précise sur la question. V. notamment, Cour de cass., 7 juillet 1874, D. 75, 1, 271, S. 75, 1, 19 ; — 22 juillet 1886, D. 87, 1, 224, S. 87, 1, 69 ; — Pau. sous cass., 11 mars 1874, D. 75, 1, 243, S. 75, 1, 409 ; — Aix, 27 mars 1890, D. 91, 2, 13, S. 93, 1, 505.

nissent et punissent le vagabondage, le mot domicile désigne également la résidence. Il en est de même dans l'art. 87 du code d'instruction criminelle, etc. L'interprète doit se garder d'une semblable confusion.

Il y a deux sortes de domiciles : le domicile *réel*, appelé aussi plus exactement domicile *général*, et le domicile *d'élection* ou domicile *spécial*.

CHAPITRE PREMIER

DU DOMICILE GÉNÉRAL

218. Le domicile général ou domicile réel est le domicile ordinaire ; c'est celui auquel s'applique la définition que nous avons précédemment donnée.

SECTION I

DE LA DÉTERMINATION DU DOMICILE

219. La détermination du domicile résulte soit d'une disposition de la loi attribuant de plein droit un domicile à une personne, soit de la volonté de l'homme.

Le domicile attribué par la loi se nomme *domicile de droit* ou *domicile légal*.

Le domicile fixé par la volonté de l'homme est le *domicile volontaire* ou *domicile de choix*.

§ 1. — *Du domicile de droit.*

220. Les personnes dont la loi détermine d'office le domicile sont : 1° les fonctionnaires publics nommés à vie ; 2° les femmes mariées ; 3° les mineurs ; 4° les interdits ; 5° les personnes qui servent ou qui travaillent habituellement chez autrui.

1° Fonctionnaires nommés à vie.

221. « *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).

On appelle fonctions conférées à vie celles qui sont à la fois perpétuelles et irrévocables, c'est-à-dire celles dont le titulaire est investi pour un temps indéfini et dont il ne peut être arbitrairement dépouillé. Les fonctionnaires nommés à vie sont dits *inamovibles*. Tels sont les notaires, les présidents et les juges des tribunaux de première instance, les premiers présidents, présidents et conseillers de la Cour de cassation et des Cours d'appel.

L'acceptation de pareilles fonctions entraîne translation immédiate du

domicile dans le lieu où elles doivent être exercées ; il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait pris possession effective de son poste. L'acceptation de la fonction résulte de la prestation du serment professionnel. Si le fonctionnaire n'a pas de serment à prêter, la question de savoir à quel moment son acceptation a eu lieu est uniquement de fait.

L'acceptation d'une fonction autre qu'une fonction à vie, c'est-à-dire d'une fonction conférée pour un temps indéfini mais révocable, comme celle de préfet, de magistrat du ministère public, de juge de paix, de percepteur, ou d'une fonction irrévocable mais temporaire, comme celle de sénateur, de député, de juge d'un tribunal de commerce, n'emporte point par elle-même et de plein droit translation du domicile dans le lieu où elle doit être exercée. Le fonctionnaire conserve son ancien domicile, à moins qu'il ne manifeste de la manière indiquée dans les art. 104 et 105 l'intention d'en changer (1). « *Le citoyen appelé à une fonction temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire* » art. (106).

2° Femmes mariées.

222. « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari* » (art. 108, al. 1). C'est une conséquence de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari et de l'état de dépendance et de subordination dans lequel elle se trouve placée vis à vis de lui.

L'acquisition par la femme du domicile de son mari résulte du seul fait du mariage, sans qu'il soit nécessaire que la femme se soit rendue au lieu où le mari est domicilié. Ainsi, par exemple, une femme domiciliée à Lyon épouse dans cette ville un homme domicilié à Paris ; son domicile est immédiatement transporté à Paris. Et lors même qu'elle continuerait, du consentement de son mari, d'habiter Lyon, elle n'en serait pas moins domiciliée à Paris, si le mari conserve là son domicile.

On discutait naguère la question de savoir si la femme peut avoir un autre domicile que celui de son mari lorsque la séparation de corps a été prononcée entre les époux. L'opinion la plus répandue se prononçait pour l'affirmative malgré les termes absolus de l'art. 208. L'unité de domicile étant la conséquence de la communauté d'existence n'a plus en effet de raison d'être lorsque l'obligation de la vie commune a cessé par suite de la séparation de corps. La loi du 6 janvier 1893 a consacré cette solution en ajoutant à l'art. 108 une disposition ainsi conçue : « *La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. — Néanmoins, toute signification faite à la femme séparée, en matière de questions d'état, devra également être adressée au mari, à peine de nullité.* » Les

1) Bastia, 30 mars 1892, D. 93, 2, 557. — Cour de cass., 30 janvier 1895, D. 75, 1, 358, S. 95, 1, 172.

actions relatives à l'état de la femme intéressant la famille tout entière, il importe qu'il ne puisse y être statué sans que le mari, chef de la famille, soit averti et mis à même d'intervenir.

3° Mineurs non émancipés.

223. « *Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur...* » (art. 108, al. 2).

L'enfant légitime acquiert en naissant le domicile de son père. Là est en effet son principal établissement, le père ayant la direction de la personne de ses enfants et la gestion de leurs intérêts.

Le domicile que l'enfant reçoit ainsi au moment de sa naissance se nomme *domicile d'origine*.

Lorsque le mariage vient à se dissoudre par la mort de l'un des époux, l'enfant tombe en tutelle et il est alors domicilié chez son tuteur. Ce tuteur est ordinairement le survivant des époux (art. 390); mais ce peut aussi être une autre personne. Dans ce dernier cas, c'est chez cette personne que le mineur est domicilié, alors même qu'il habiterait avec son père ou sa mère; la loi ne lui attribuant le domicile paternel que lorsqu'il a encore ses père et mère. Décision parfaitement logique d'ailleurs, le siège légal du mineur devant être chez celui qui le représente dans tous les actes civils (art. 450).

Quant aux enfants naturels, il est extrêmement probable que les rédacteurs du code n'ont pas songé à eux. En donnant à l'enfant le domicile de *ses père et mère*, l'art. 108 suppose qu'il s'agit d'un enfant légitime. On doit dès lors décider qu'un enfant naturel n'a point de domicile légal et qu'il est domicilié là où se trouve son principal établissement. Lors donc qu'il a été reconnu par son père et par sa mère, il n'est point nécessairement, ainsi que le pensent certains auteurs, domicilié chez son père, si ses deux parents ont des domiciles distincts; il pourra être domicilié chez sa mère si c'est elle qui prend soin de lui. S'il a été placé dans un hospice ou recueilli par une personne charitable, il sera domicilié dans l'hospice ou chez la personne qui l'élève (loi du 15 pluviôse an XIII; décret du 10 janvier 1811, art. 15; loi du 24 juillet 1899, art. 17) (1).

C'est seulement au mineur non émancipé que la loi assigne un domicile. Le mineur émancipé étant affranchi de l'autorité paternelle ou tutélaire, peut se choisir un domicile comme bon lui semble. S'il continue de demeurer avec ses parents ou son tuteur, sans se créer un autre établissement, il conserve son domicile chez eux, mais à titre de domicile de choix.

1) Demante, t. I, n° 132 bis, III; Planiol, t. I, n° 593. — Cour de cass., 9 mai 1889, D. 89, 1, 424, S. 89, 1, 436.

4° Interdits.

224. « *Le majeur interdit aura le sien (son domicile) chez son tuteur* » (art. 108, al. 2 *in fine*). C'est là en effet que l'interdit a le siège de ses affaires, son principal établissement, son tuteur, comme celui du mineur, le représentant dans tous les actes civils.

Il suit de là que lorsqu'une femme est nommée tutrice de son mari interdit, ainsi que le permet l'art. 507, le mari, contrairement à l'état de choses ordinaire, est domicilié chez sa femme laquelle peut dès lors changer à son gré le domicile commun. Si le mari était placé sous une tutelle autre que celle de sa femme, celle-ci serait domiciliée chez le tuteur de son mari, son domicile étant d'après la loi, le même que celui du mari (1).

La règle qui attribue à l'interdit le domicile de son tuteur s'applique à l'individu en état d'interdiction légale aussi bien qu'à celui qui a été interdit judiciairement. Toutefois, la loi du 25 mars 1873, sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie, attribue à ces condamnés, pour l'exercice de certains droits, un domicile spécial, distinct du domicile de leur tuteur et existant concurremment avec celui-ci. « Le domicile des déportés, pour tous les droits civils dont ils ont l'exercice aux colonies, dit l'art. 17 de cette loi, est au lieu où ils subissent leur peine. » (Joign. l'art. 15 du décret du 31 août 1878, sur la condition des transportés concessionnaires de terrains, remplacé aujourd'hui par l'art. 32 du décret du 18 janvier 1895).

Quant à l'individu simplement pourvu d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513), il n'a pas de domicile obligé.

5° Personnes servant ou travaillant habituellement chez autrui.

225. « *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 demeurent avec elle dans la même maison* » (art. 109).

Conçue dans les termes les plus généraux, cette disposition s'applique à tous ceux qui, à un titre quelconque, exercent leur industrie chez autrui, non seulement aux domestiques, mais encore aux commis, aux clercs, aux secrétaires, aux précepteurs, aux intendants ou régisseurs, etc. Mais deux conditions sont nécessaires pour que ces personnes aient leur domicile chez celui qui les emploie. Il faut d'abord qu'elles travaillent *habituellement* chez lui. Si elles n'y travaillent qu'accidentellement, de temps à autre, elles

1) Demolombe, t. I, n° 363 ; Demante, t. I, n° 132 bis, V ; Duranton, t. I, n° 371 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 998. — Comp. Aubry et Rau, §, 43, texte et note 7 ; Laurent, t. II, n° 99 ; Planiol, t. I, n° 603.

conservernt leur domicile propre. Il faut ensuite qu'elles demeurent avec le maître sous les ordres ou sous la direction duquel elles travaillent et dans la même maison. L'art. 109 est donc inapplicable aux *journaliers*, c'est-à-dire à ceux qui viennent chez leur maître chaque matin et retournent chez eux le soir. Il ne s'applique pas non plus au jardinier ou au garde-chasse qui habite une maison appartenant à son maître, mais distincte de celle occupée par celui-ci. Enfin notre article est inapplicable au fermier. Comme tout locataire, le fermier est *chez lui* dans la ferme qu'il exploite, alors même que cette ferme est une dépendance de la maison occupée par le propriétaire. D'ailleurs le fermier n'est point un homme à gages, travaillant sous les ordres d'autrui ; il travaille pour lui-même et non pour le propriétaire. Sans doute, la plupart du temps, et à moins de circonstances particulières, le fermier est domicilié dans la ferme. Mais c'est parce qu'il y a en fait son principal établissement. Il ne s'agit point là d'un domicile attribué, imposé par la loi.

Remarquons en terminant que l'expression *les majeurs* dont se sert l'art. 109 n'est pas rigoureusement exacte. Elle dit trop et ne dit pas assez. Il y a en effet des personnes qui, bien qu'elles soient majeures, ne tombent pas sous l'application de cet article. Ce sont les femmes mariées non séparées de corps et les interdits. Ces personnes, alors même qu'elles travaillent habituellement chez autrui et qu'elles habitent chez celui qui les emploie, conservent leur domicile chez leur mari ou chez leur tuteur. D'un autre côté, les mineurs émancipés n'ayant pas d'autre domicile de droit sont au contraire soumis à l'art. 109 aussi bien que les majeurs.

§ 2. — Du domicile de choix.

226. Les personnes auxquelles la loi attribue un domicile ne cessent pas d'avoir ce domicile par cela seul que la cause qui le leur a fait assigner n'existe plus ; mais il leur est désormais loisible de s'en créer un autre si bon leur semble. Tant qu'elles n'en ont pas adopté un nouveau, elles conservent, bien qu'à un titre différent, celui qui leur avait été assigné (1). Toute personne recevant un domicile au moment de sa naissance, le domicile établi par la volonté de l'homme remplace donc dans tous les cas un domicile antérieur. Aussi l'art. 102, relatif au domicile de choix, parle-t-il non de l'acquisition, mais du changement de domicile. La remarque en fut faite lors de la discussion au Conseil d'Etat. Le projet de code déterminait la manière dont *se forme* le domicile. Cette expression fut supprimée sur l'observation suivante du premier consul : « Le domicile est formé de plein droit par la naissance... il faut donc expliquer non comment le domicile se forme, mais comment il peut changer. »

1) Cour de cass., 30 mars 1892, D. 93, 1, 29, S. 92, 1, 524.

« *Le changement de domicile, dit l'art. 103, s'opèrera 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 nécessaires pour l'acquisition d'un nouveau domicile : 1° la translation de l'habitation dans un autre lieu ; 2° l'intention d'avoir dans ce lieu son principal établissement. Ces deux conditions doivent exister cumulativement. L'intention de la part d'une personne de transporter son domicile dans un lieu n'entraîne pas acquisition de domicile dans ce lieu si elle n'est accompagnée de la translation effective de l'habitation ; et réciproquement la translation de l'habitation n'entraîne pas changement de domicile si elle n'est accompagnée de l'intention de fixer le siège principal de ses affaires au lieu de la nouvelle résidence (1).

Le fait matériel de la translation de l'habitation est toujours facile à constater ; mais il n'en est pas de même de l'intention de transporter le domicile dans le lieu de la nouvelle résidence. Afin de prévenir les difficultés que cette question pourrait faire naître, la loi offre à toute personne qui se propose de changer de domicile un moyen de manifester clairement sa volonté à cet égard. Ce moyen consiste dans une déclaration faite à la municipalité du lieu que l'on quitte et à celle du lieu où l'on s'établit : « *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 l'on aura transféré son domicile* » (art. 104). Mais le plus ordinairement cette double déclaration n'est point faite. L'art. 105, prévoyant cette situation, s'exprime ainsi : « *A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances* ». Au nombre des circonstances de nature à révéler l'intention d'une personne d'abandonner son ancien domicile pour en acquérir un nouveau on peut citer : le paiement de la contribution personnelle dans le lieu où elle est venue s'établir, l'exercice dans ce lieu d'un commerce ou d'une industrie, la vente des biens qu'elle possédait là où elle était précédemment établie et l'acquisition d'autres biens là où elle est actuellement fixée, la déclaration par elle faite dans des actes qu'elle est domiciliée au lieu de sa nouvelle habitation, etc. (2).

Le juge du fond est appréciateur souverain du point de savoir si l'intention de transférer le domicile existe ou non. Ce pouvoir d'appréciation lui appartient même en présence de déclarations faites conformément à l'art. 104,

1) Cour de cass., 9 mars 1880, D. 80, 1, 201 ; — 7 décembre 1885, D. 86, 1, 159 ; — 20 novembre 1889, D. 90, 1, 171, S. 90, 155 ; — 21 novembre 1893, D. 94, 1, 60, S. 94, 1, 80 ; — Grenoble, 17 janvier 1893, D. 93, 2, 114.

2) Cour de cass., 28 mai 1879, D. 79, 1, 83, S. 79, 1, 311 ; — 24 avril 1883, D. 84, 1, 101, S. 83, 1, 311 ; — 11 mai 1887, D. 88, 1, 180, S. 87, 1, 376 ; — 19 décembre 1887, D. 88, 1, 459, S. 90, 1, 451 ; — 20 novembre 1889, D. 90, 1, 171, S. 90, 1, 155.

ces déclarations pouvant n'être pas sincères et avoir pour but de faire fraude à la loi ou de faire tort à un tiers, par exemple en déplaçant, à la veille d'un procès, la compétence des juridictions (1).

La translation du domicile est réalisée dès que les deux conditions indiquées dans l'art. 103 se trouvent remplies. Il n'est pas nécessaire que l'habitation dans le nouveau lieu ait duré un certain temps. Le code n'a pas reproduit la disposition de l'art. 173 de la coutume de Paris qui exigeait une résidence d'an et jour. Mais, en l'absence des déclarations autorisées par l'art. 104, la durée de la résidence dans le nouveau lieu est évidemment un des faits dont il y a lieu de tenir compte pour découvrir l'intention de la personne.

227. De ce qui précède il résulte qu'une personne ne peut pas légalement être sans domicile. Dès lors qu'elle n'en a pas acquis un autre, elle a en effet conservé son domicile d'origine. Mais si, en droit, toute personne a nécessairement un domicile, il peut se faire que ce domicile soit ignoré et qu'il soit impossible aux intéressés de le découvrir. Les choses se passeront alors en fait comme s'il n'y en avait pas. Un enfant est issu de parents qui mènent une vie errante, par exemple de comédiens ambulants ou de marchands colporteurs; depuis son bas âge, il a suivi ses père et mère dans leurs pérégrinations; il a continué après eux le même genre de vie et il est arrivé à l'âge de cinquante ou soixante ans sans s'être jamais fixé nulle part. Cet individu a reçu en naissant le domicile de son père, lequel avait conservé son domicile d'origine s'il n'en avait pas acquis un autre. Mais la trace de ce domicile qui se transmet peut-être ainsi depuis plusieurs générations est complètement perdue; nul ne sait où il est. L'art. 69, al. 8 du code de procédure, prévoyant une pareille situation, dispose que la résidence actuelle remplace alors le domicile inconnu. C'est sans doute à la même hypothèse que se réfèrent les art. 2 et 59 du même code lorsqu'ils parlent d'un individu *n'ayant pas de domicile*.

Une personne peut-elle avoir plusieurs domiciles à la fois? La négative a été proclamée lors de la confection du code par Tronchet au Conseil d'État et par Malherbe devant le Corps législatif. Elle résulte également : de l'art. 102 qui place le domicile au lieu du principal établissement, lieu nécessairement unique, le principal établissement étant celui qui domine tous les autres; — des art. 103 et suivants qui parlant uniquement du changement de domicile, c'est-à-dire du remplacement d'un domicile par un autre, subordonnent par là même l'acquisition d'un nouveau domicile à la perte de l'ancien; — de l'art. 110 qui, supposant que toute succession

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1027. — Cour de cass., 31 mai 1881, D. 82, 1, 18; — 15 mai 1882, D. 83, 1, 223, S. 85, 1, 15; — 24 février 1892, D. 92, 1, 288, S., 191, 151.

s'ouvre dans un lieu unique, dispose que ce lieu est celui du domicile du défunt.

Mais il peut se faire qu'en fait les choses se passent comme s'il était possible d'avoir plusieurs domiciles. Une personne peut avoir dans des endroits différents plusieurs établissements qui, en apparence ont une importance égale. Si cette personne ne fait rien pour apprendre au public en quel lieu se trouve son établissement principal et portant son domicile, elle devra supporter les conséquences de la situation équivoque dans laquelle elle s'est ainsi placée, en ce sens qu'elle ne sera pas admise à se plaindre, au cas où des tiers, trompés par les apparences, la considéreraient comme domiciliée dans un lieu autre que celui où se trouve réellement son domicile (1).

A la règle de l'unité du domicile, une opinion assez répandue apporte une exception en ce qui concerne les personnes morales. Elle admet que lorsqu'une de ces personnes, par exemple une société commerciale, étend ses opérations sur une grande surface de territoire et qu'elle a, outre son *siège social*, centre principal de ses intérêts et de ses affaires, des succursales ou centres d'action secondaires dans diverses localités, elle doit être considérée comme ayant autant de domiciles accessoires qu'elle a de succursales. La question a été soulevée surtout à propos des compagnies de chemins de fer, et la jurisprudence l'a maintes fois résolue en ce sens que ces compagnies ont un domicile secondaire dans toutes les localités où elles ont une gare importante dont le personnel renferme des agents munis de pouvoirs suffisants pour les représenter et agir en leur nom (2). Mais, sans critiquer cette solution en elle-même, nous croyons qu'il n'est pas exact, dans le silence de la loi, d'y voir une exception au principe de l'unité du domicile, et il nous paraîtrait préférable de dire que les personnes civiles doivent être réputées avoir fait élection de domicile dans chacun de leurs établissements secondaires pour les rapports qui s'y forment entre elles et les particuliers. On pourrait même soutenir avec grande apparence de raison que les personnes civiles, quelles qu'elles soient, n'ont point de domicile proprement dit et que leur siège social lui-même n'est qu'un simple domicile d'élection, ce domicile suffisant pour toutes les affaires qu'elles peuvent avoir.

1) Cour de cass., 7 juillet 1885, D. 86, 1, 159, S. 86, 1, 152; — 4 août 1896 D. 97, 1, 605.

2) Cour de cass., 19 juin 1876, D. 77, 1, 134, S. 76, 1, 383; — 3 février 1885, D. 86, 1, 304, S. 1, 85, 269; — 30 juin 1891, S. 91, 1, 479.

SECTION II

DES EFFETS DU DOMICILE

228. Dans notre ancien droit, alors qu'un grand nombre de coutumes se partageaient le territoire français, c'était, en cas de conflit entre coutumes différentes, le domicile de la personne qui déterminait son statut personnel. L'établissement d'une législation uniforme pour toute la France a fait disparaître l'importance que présentait à cet égard la fixation du domicile. Les intérêts pratiques qui s'attachent aujourd'hui au domicile sont les suivants :

1° Le domicile détermine la compétence du tribunal en matière personnelle et mobilière. *Actor sequitur forum rei* (art. 59 c. pr.). Il en est de même en matière d'absence (art. 112, 115, 120, 129 c. c.), d'autorisation maritale (art. 861 c. pr.), de divorce et de séparation de corps (art. 234, c. c. 875 c. pr.), de séparation de biens (art. 865 c. pr.), d'interdiction et de nomination d'un conseil judiciaire (art. 492 et 514 c. c.), de faillite (art. 438 c. com.), etc.

2° Les citations et exploits d'ajournement et tous les actes extra-judiciaires, sommations, commandements, etc., peuvent être signifiés au domicile aussi valablement qu'à la personne elle-même (art. 2, 68, 420 c. pr.).

3° La succession d'une personne s'ouvre à son domicile quel que soit le lieu dans lequel elle est décédée. « *Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile* », dit l'art. 110. Par voie de conséquence, la loi attribue compétence au tribunal du domicile du défunt pour statuer sur toutes les contestations auxquelles donne lieu le règlement de sa succession (art. 822 c. c., 59 al. 6 et 986 c. pr.). Au triple point de vue de la célérité, de l'économie et de l'uniformité des décisions, il convenait en effet que tous les litiges relatifs à une succession fussent centralisés devant un même tribunal. Le tribunal du domicile du défunt ayant sous la main tous les documents à consulter se trouvait naturellement désigné pour en connaître.

4° C'est au domicile du débiteur que peut être exigée, à défaut de convention sur ce point, l'exécution des obligations qui n'ont pas pour objet un corps certain (art. 1247).

5° Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux. Toutefois le domicile quant au mariage est soumis à des règles spéciales (art. 74 et 165).

6° Le contrat d'adoption doit être reçu par le juge de paix du domicile de l'adoptant (art. 353). Les demandes et consentements relatifs à la tutelle

officieuse doivent être constatés par le juge de paix du domicile de l'enfant (art. 363).

7° C'est le domicile qui détermine le lieu où s'ouvre la tutelle (art. 406).

8° Les mesures de publicité prescrites par la loi en vue de porter à la connaissance des tiers certains faits qui modifient la capacité d'une personne (divorce, séparation de corps, interdiction, nomination d'un conseil judiciaire, séparation de biens), doivent être accomplies au domicile de cette personne.

9° Enfin, la détermination du domicile présente encore de l'intérêt dans les cas prévus par les art. 60, 61, 80, 82, 87, 93, 95, 96, 97, 115, 171, 2018 du code civil, 105 du code forestier, etc.

CHAPITRE II

DU DOMICILE D'ÉLECTION

229. Le domicile d'élection ou domicile élu est celui qui est choisi en vue d'une affaire déterminée et spécialement pour l'exécution d'une convention.

Le but de l'élection de domicile est, d'une part, d'obvier, pour le cas où des contestations viendraient à s'élever sur l'exécution du contrat, aux inconvénients pratiques résultant de la règle *Actor sequitur forum rei* qui oblige le demandeur à aller plaider, peut-être fort loin, devant le tribunal du domicile du défendeur et, d'autre part, de faciliter la procédure, en permettant de faire certaines significations ailleurs qu'au domicile ordinaire.

En général, l'élection de domicile est facultative pour les intéressés. Parfois cependant elle est rendue obligatoire par la loi (V. notamment les art. 176 et 2148 c. c., 61, 422, 559, 584, 637, 673 c. pr.).

Elle peut procéder des deux parties ou de l'une d'elles seulement; être faite soit au moment de la formation du contrat et dans l'acte même qui le constate, soit postérieurement et par acte séparé.

On discute la question de savoir si elle peut être tacite aussi bien qu'expresse. Rien n'indique, à notre avis, que la loi ait entendu s'écarter en cette matière du principe général d'après lequel la volonté n'a pas besoin d'être formellement exprimée et peut s'induire du rapprochement et de la combinaison des diverses clauses d'un acte ou des circonstances. Mais, comme l'élection de domicile constitue une dérogation au droit commun et qu'elle entraîne une renonciation à certains droits, elle ne saurait être admise qu'en vertu d'une volonté bien certaine et ne doit jamais se présumer. Ainsi l'indication d'un lieu dans lequel le paiement devra être effectué

n'emporte pas, du moins en matière civile, élection de domicile dans ce lieu (1). De ce que le débiteur a consenti à payer dans un lieu déterminé, il ne s'ensuit pas nécessairement en effet qu'il ait renoncé à la compétence du tribunal de son domicile au cas où des difficultés viendraient à surgir sur l'exécution du contrat (2).

Le plus ordinairement, l'élection de domicile est faite, comme le suppose l'art. 111, dans un lieu autre que celui du domicile général. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite au lieu même de ce domicile. Elle présenterait alors son utilité dans le cas où l'élisant viendrait à décéder ou à changer de domicile ordinaire (3).

230. Les effets de l'élection de domicile sont tantôt plus tantôt moins étendus.

Lorsque les parties où l'une d'elles se sont bornées à élire domicile dans un lieu déterminé, sans indication d'une personne chez laquelle le domicile est établi, l'élection n'a d'autre effet que d'attribuer compétence au tribunal de ce lieu pour connaître des contestations relatives à l'exécution de l'acte en vue duquel elle a été faite. Toutes les significations concernant cette exécution doivent être faites, conformément au droit commun, au domicile ordinaire.

Lorsque l'élection de domicile a été faite dans tel lieu et chez telle personne déterminée, elle n'a plus simplement pour effet d'attribuer juridiction au tribunal du lieu, elle permet en outre de faire au domicile élu toute les significations qui intéressent l'exécution du contrat. Ainsi le créancier muni d'un titre exécutoire peut, si le débiteur n'accomplit pas son obligation, lui faire un *commandement* au domicile élu. Les exploits d'ajournement et autres actes de procédure peuvent également être signifiés à ce domicile. C'est cette seconde hypothèse, de beaucoup la plus fréquente, que prévoit l'art. 111 : « *Lorsqu'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 relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile.* » Par le mot *acte* la loi désigne ici le fait juridique, le contrat en vue duquel l'élection de domicile a été faite et non l'écrit dressé pour constater le contrat.

Le jugement rendu par le tribunal du domicile élu peut-il, comme les actes de la procédure, être valablement signifié à ce domicile? La négative

1) L'art. 420 du code de procédure donne une solution différente en matière commerciale.

2) Demolombe, t. I, n° 374; Aubry et Rau, § 146; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1039. — Aix, 25 mars 1877, D. 78, 2, 111. — *Contra*: Laurent, t. II, n° 104; Huc, t. I, n° 393.

3) Pau, 15 mai 1885, D. 88, 2, 152.

est soutenue. L'art. 111, dit-on, ne permet de faire au domicile élu que les significations relatives à l'exécution de la convention. Or, une fois que la justice a prononcé, le jugement a pris la place de la convention. C'est le jugement, et non plus la convention, qu'il s'agit d'exécuter. Il faut donc en revenir à la règle ordinaire d'après laquelle les significations se font au domicile réel (1). L'opinion contraire nous paraît mieux fondée. Loin de faire disparaître la convention sur laquelle il est intervenu, le jugement ne fait que reconnaître son existence et ordonner son exécution. La signification du jugement est donc relative à la convention elle-même, à son exécution, et doit dès lors pouvoir être faite au domicile élu (2).

En principe, l'élection de domicile concerne seulement l'exécution *forcée*, et laisse sous l'empire du droit commun l'exécution volontaire de la convention à laquelle elle se réfère. La personne chez laquelle le domicile a été élu n'a donc point qualité pour recevoir le paiement. Toutefois l'art. 111, en réglant ainsi les effets de l'élection de domicile, ne fait qu'interpréter la volonté des parties contractantes. Celles-ci demeurent donc entièrement libres d'y déroger si elles le jugent à propos (3).

Lorsqu'elle est faite chez une personne déterminée, l'élection de domicile confère à cette personne le mandat de recevoir pour l'élisant les significations relatives à l'exécution de la convention et de les lui transmettre. Ce mandat est révocable au gré du mandant et prend fin par la renonciation du mandataire, par la mort du mandant et par celle du mandataire (art. 2003), à moins que l'élection n'ait pas été faite, comme il arrive souvent, chez un fonctionnaire public, par exemple dans l'étude d'un notaire, auquel cas le mandat ayant été donné non en considération de la personne du mandataire, mais en considération de la fonction dont il est revêtu, se transmet au successeur du fonctionnaire. La cessation du mandat conféré à la personne chez laquelle le domicile a été élu n'empêche point du reste l'élection de domicile de subsister entre les parties contractantes. Les significations continueront donc d'être faites valablement chez cette personne, tant que l'élisant n'aura pas fait choix dans le même lieu d'un nouveau mandataire et notifié ce choix à son co-contractant.

231. Le domicile élu prend fin lorsque l'affaire en vue de laquelle il a été établi est entièrement terminée. Il subsiste malgré le décès de l'une ou de l'autre des parties et se transmet activement et passivement à leurs héritiers ou successeurs (art. 1122).

Si l'élection a été faite dans l'intérêt commun des parties contractantes,

1) Duranton, t. I, n° 379. — Paris, 6 novembre 1897, D. 98, 2, 60.

2) Aubry et Rau, § 146, texte et note 8; Valette sur Proudhon, t. I, p. 241; Demolombe, t. I, n° 380; Huc, t. I, n° 393; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1043.

3) Cour de cass., 25 janvier 1893, D. 93, 185.

elle ne peut être révoquée avant l'exécution complète de la convention que de leur consentement mutuel (art. 1134). Mais si elle a eu lieu dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, ce qui est le cas le plus ordinaire, cette partie est toujours libre d'y renoncer. Elle peut, si bon lui semble, faire au domicile général les significations relatives à l'exécution de la convention et porter devant le tribunal de ce domicile les contestations qui viennent à surgir.

232. Résumons en terminant les différences qui séparent le domicile réel et le domicile d'élection :

1° Le domicile réel est le domicile de droit commun. Le domicile d'élection est un domicile exceptionnel. Le premier sert pour toutes les relations juridiques. Le second est spécial à l'affaire en vue de laquelle il a été établi et ne peut être invoqué pour aucune autre.

2° Une personne ne peut avoir qu'un seul domicile réel, tandis qu'elle peut se créer autant de domiciles d'élection que bon lui semble.

3° Le domicile réel s'éteint avec la personne et ne passe point à ses héritiers. Le domicile d'élection est transmissible activement et passivement aux héritiers des parties, c'est-à-dire que ceux-ci peuvent s'en prévaloir et sont tenus de le subir.

4° Le domicile réel, sauf dans les cas où il est imposé par la loi elle-même, peut être déplacé au gré de la personne. Il en est autrement du domicile élu. Établi par une convention, il ne peut être changé que du consentement mutuel des parties contractantes. Mais il est toujours loisible à celui qui a élu domicile chez une personne d'indiquer dans le même lieu une autre personne en remplacement de celle chez laquelle le domicile avait été primitivement élu.

TITRE IV

Des absents

233. Dans le langage ordinaire on dit qu'une personne est absente quand elle ne se trouve pas, à un moment donné, là où sa présence est demandée. Ce n'est pas avec cette signification que le mot *absent* est employé dans le présent titre. *L'absent, dans le sens juridique de cette expression, est un individu qui a disparu dans des circonstances telles qu'il y a incertitude sur le point de savoir s'il est vivant ou mort.* Quant à celui qui ne se trouve pas dans un lieu déterminé, mais sur l'existence duquel il n'y a aucun

doute, ce n'est point légalement un absent, mais un *non-présent* (art. 819, 840 c. c., 928 c. pr.)(1).

234. Trois sortes d'intérêts appelaient l'attention du législateur sur la situation créée par la disparition d'une personne : — L'intérêt de cette personne elle-même, si elle existe encore et se trouve empêchée par quelque circonstance extraordinaire de donner de ses nouvelles : — L'intérêt de ceux qui ont des droits auxquels le décès prouvé de l'absent donnerait ouverture ; — Enfin l'intérêt de la société à laquelle il importe que les biens des absents ne dépérissent point faute de soins et ne restent pas trop longtemps sans représentant et sans maître.

235. La matière de l'absence n'avait pas été réglementée d'une façon complète avant le code civil. Le droit romain était entièrement muet sur ce point. Les coutumes contenaient seulement quelques dispositions relatives à l'administration des biens délaissés par l'absent. Les rédacteurs du code ont eu le mérite d'édifier les premiers une théorie générale de l'absence et de ses effets.

Les principes sur lesquels repose cette théorie sont les suivants :

1° La loi s'efforce de concilier autant que possible les intérêts de l'absent avec ceux des personnes présentes.

2° A aucune époque elle ne considère, d'une manière absolue, l'absent ni comme vivant, ni comme mort ; elle voit toujours en lui une personne dont l'existence ou le décès sont plus ou moins incertains.

3° Les effets de l'absence, en ce qui concerne le patrimoine délaissé par l'absent, se modifient à mesure qu'on s'éloigne de l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles. Le décès de l'absent devenant avec le temps de plus en plus vraisemblable, la loi accorde plus de faveur aux intérêts des personnes présentes. Elle distingue, sous ce rapport, trois périodes dans l'absence :

Celle de la *présomption d'absence* ;

Celle de la *déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire* des biens de l'absent ;

Celle de l'*envoi définitif en possession*.

La première période commence avec l'incertitude sur l'existence de la personne qui a disparu. La loi, pendant cette période, se préoccupe principalement des intérêts de l'absent. Elle permet de prendre, s'il est nécessaire, des mesures pour assurer la conservation de ses biens.

La seconde période a pour point de départ le jugement déclaratif d'absence, jugement qui peut être rendu cinq ans après la disparition ou les dernières

1) Le mot *absent* est quelquefois employé dans la loi pour désigner un simple non-présent. Cette incorrection se rencontre notamment dans l'art. 316 du code civil et dans les art. 909, al. 3, 910, 911, al. 2, 942 et 943 du code de procédure.

nouvelles si l'absent n'a confié à personne la gestion de son patrimoine, et au bout de onze ans seulement lorsqu'il a laissé un mandataire chargé de cette gestion. L'absence une fois déclarée, tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès sont admis à les exercer provisoirement comme s'il était décédé. C'est l'envoi en possession provisoire. Mais la loi exige des envoyés en possession certaines garanties de restitution pour le cas où l'absent viendrait à reparaitre et elle ne leur reconnaît sur les biens remis entre leurs mains que des pouvoirs d'administration.

Enfin, l'envoi définitif en possession peut être obtenu lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence, ou cent ans depuis la naissance de l'absent. Lorsqu'il a été prononcé, les garanties de restitution prises en faveur de l'absent et les restrictions apportées aux pouvoirs des envoyés en possession cessent d'exister. Ceux-ci sont désormais considérés, dans leurs rapports avec les tiers, comme définitivement propriétaires des biens de l'absent et ils peuvent par suite en disposer librement. Si l'absent lui-même ou des ayants-droit préférables à ceux qui ont obtenu l'envoi en possession venaient à se présenter, ils ne seraient admis à réclamer que les biens qui seraient encore entre les mains des envoyés en possession, et ils devraient les prendre dans l'état où ils se trouveraient.

Mais, qu'on ne l'oublie pas, c'est seulement en ce qui concerne les biens appartenant déjà à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles qu'il y a lieu de distinguer ces trois périodes de l'absence. A tous autres égards cette distinction est sans application.

236. Lors de la rédaction du code civil, au sortir de la tourmente révolutionnaire et au milieu des guerres incessantes de l'époque, les règles de l'absence présentaient une importance pratique qu'elles n'ont plus aujourd'hui. L'incertitude sur le sort des hommes tend en effet à diminuer. Par suite des progrès de la civilisation, du développement des moyens d'investigation et d'information, il est beaucoup plus facile qu'autrefois de retrouver les traces d'une personne et d'obtenir la preuve directe de son existence ou de son décès. D'un autre côté, la loi du 8 juin 1893, en permettant aux tribunaux de rendre dans les hypothèses qu'elle prévoit des jugements *déclaratifs de décès*; a réduit dans une notable mesure les applications de la théorie de l'absence.)

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE

237. La présomption d'absence commence, avons-nous dit, avec l'incertitude sur l'existence de la personne. Le point de départ de cette première

période dépend donc essentiellement des circonstances. L'incertitude naîtra en effet plus ou moins vite suivant les habitudes ou la profession de la personne disparue, suivant les causes plus ou moins explicables de la disparition ou du défaut de nouvelles. Les juges du fait jouissent à cet égard d'un souverain pouvoir d'appréciation (1).

238. La présomption d'absence ne donne lieu par elle-même à l'application d'aucune mesure particulière en ce qui concerne le patrimoine délaissé par la personne qui a disparu. La loi ne permet d'intervenir dans les affaires d'un présumé absent qu'en cas de *nécessité*, c'est-à-dire si les intérêts de l'absent sont réellement en souffrance, et dans les limites de cette nécessité même. Seule en effet la nécessité justifie l'immixtion dans les affaires d'une personne qui peut reparaître d'un moment à l'autre. « *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* » (art. 112).

C'est donc à la justice, après qu'elle a reconnu qu'il y a incertitude sur l'existence de la personne disparue et que le patrimoine de cette personne est en souffrance, d'ordonner les mesures propres à sauvegarder ses intérêts.

L'existence d'un procureur fondé, c'est-à-dire d'un mandataire chargé par l'absent d'administrer son patrimoine, exclut en général l'intervention de la justice parce qu'il n'y a pas alors nécessité d'intervenir. Mais cela suppose que le mandataire est investi de pouvoirs suffisants pour lui permettre de garantir efficacement les intérêts de son mandant et qu'il use des pouvoirs qui lui ont été conférés. Si donc la procuration donnée au mandataire ne s'étend pas, à raison de son caractère spécial, à l'intérêt auquel il s'agit de pourvoir, si cette procuration a pris fin par une cause quelconque, si le mandataire néglige de remplir son mandat, ou s'il se trouve avoir à un moment donné des intérêts opposés à ceux du présumé absent, les choses doivent se passer comme si l'absent n'avait point laissé de mandataire.

Souverains appréciateurs du point de savoir s'il y a ou non nécessité d'intervenir, les magistrats le sont également des mesures qu'il convient d'ordonner. La loi devait nécessairement leur laisser toute latitude à cet égard, les mesures à prendre dépendant des circonstances, de la profession du présumé absent, de la nature et de la situation de ses biens, de l'état de sa fortune et de ses affaires, de l'étendue de la procuration qu'il a pu laisser. Ils peuvent notamment, s'ils reconnaissent que le patrimoine de l'absent exige des soins incessants, en confier la gestion à un curateur dont ils au-

1) Cour de cass., 21 novembre 1887, D. 88, 1, 165, S. 88, 1, 324; — 23 novembre 1891, S. 92, 1, 16.

ront soin de déterminer les pouvoirs. Mais ils doivent, dans tous les cas, se borner aux mesures strictement nécessaires, à des mesures d'administration provisoire qui ne modifient pas l'état des biens du présumé absent et qui tendent seulement à les empêcher de se détériorer ou de périr. Il ne s'agit point d'innover ni même d'améliorer; il s'agit uniquement de conserver et d'attendre.

239. Dans un cas particulier, le législateur prend soin d'indiquer lui-même aux magistrats ce qu'ils ont à faire. Quand un présumé absent est intéressé dans les opérations auxquelles donne lieu l'ouverture d'une succession, la dissolution d'une société ou d'une communauté (inventaire, compte, liquidation, partage), le tribunal doit nommer pour le représenter un notaire : « *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* » (art. 113). A raison de ses connaissances spéciales, un notaire est en effet plus apte que tout autre à défendre les intérêts de l'absent dans ces opérations souvent très compliquées.

La justice n'ayant à intervenir qu'en cas de nécessité, l'art. 113 demeurerait sans application si le présumé absent avait laissé un mandataire muni de pouvoirs suffisants pour le représenter dans les opérations dont il s'agit.

Le notaire commis par le tribunal ne pourrait pas instrumenter *comme notaire* dans les opérations où il représente l'absent. La qualité de représentant, de mandataire d'une personne, partie dans un acte, est en effet incompatible avec celle d'officier public recevant cet acte.

L'art. 113 paraît avoir spécialement en vue le cas où les comptes, inventaires, etc., sont provoqués par d'autres contre l'absent. Mais on doit tenir pour certain que le tribunal pourrait, en commettant un notaire, lui donner pouvoir de provoquer lui-même ces opérations au nom de l'absent si, à raison des circonstances, il considérait cette mesure comme nécessaire pour sauvegarder les intérêts de celui-ci.

Le notaire nommé en vertu de l'art. 113 pour représenter un absent ne doit pas être confondu avec celui qui est chargé, aux termes des art. 928, 931 et 942 du code de procédure de représenter de simples *non-présents* à la levée des scellés et à la confection de l'inventaire. Tandis que le rôle de ce dernier finit avec l'inventaire, le notaire nommé pour un présumé absent doit défendre ses intérêts dans les opérations ultérieures et beaucoup plus importantes des comptes, liquidations et partages. D'un autre côté, le notaire chargé de représenter un présumé absent est nommé par le tribunal tout entier sur la demande de la partie la plus diligente; celui qui représente des non-présents est désigné d'office par le président. Enfin, un seul notaire peut représenter tous les non-présents, tandis que l'on doit nommer autant de notaires qu'il y a d'absents ayant des intérêts différents.

L'art. 113 suppose, par la généralité de ses termes, qu'un présumé absent peut se trouver intéressé dans le partage d'une succession. Or, aux termes de l'art. 136, le présumé absent ne succède point. La succession qui s'ouvrirait à son profit si son existence était certaine, est dévolue à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qu'il aurait exclus. Comment se peut-il dès lors que l'art. 113 reçoive son application en matière de succession ? Cela est possible dans deux cas :

1^o Lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte au profit de l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, c'est-à-dire alors que son existence était certaine ;

2^o Lors même qu'il s'agit d'une succession ouverte depuis la disparition ou les dernières nouvelles, si les cohéritiers de l'absent, dans l'espoir de son retour, refusent de se prévaloir du droit que leur confère l'art. 136.

240. Quel est le tribunal compétent pour ordonner les mesures conservatoires du patrimoine du présumé absent ? La loi ne s'est pas expliquée sur ce point. L'art. 112 se borne à dire, ce qui allait de soi, qu'il sera statué *par le tribunal de première instance*. Lorsque le domicile de l'absent et les biens qui exigent des mesures de conservation sont situés dans le ressort du même tribunal, c'est évidemment à ce tribunal qu'il appartient d'ordonner les mesures nécessaires. Mais quand le domicile et les biens sont situés dans le ressort de tribunaux différents, est-ce le tribunal du domicile ou celui de la situation des biens qui est compétent pour statuer ? Quelques auteurs estiment que c'est le tribunal du domicile qui doit trancher la question de savoir s'il y a présomption d'absence, et que c'est ensuite au tribunal ou aux tribunaux de la situation des biens de déterminer les mesures à prendre. Cette solution avait été adoptée par le Conseil d'Etat (séance du 4 frimaire an X), mais comme aucun texte de loi ne l'a consacrée, il est généralement admis qu'il n'y a point lieu d'intenter deux actions distinctes, l'une pour faire déclarer que la personne dans l'intérêt de laquelle on sollicite l'intervention de la justice est réellement en état de présomption d'absence, l'autre pour faire ordonner les mesures que réclame la situation de ses biens ; il suffit d'une action unique ayant directement pour objet de faire ordonner les mesures nécessaires, et cette action, dans laquelle la question de présomption d'absence se présente comme question préjudicielle, doit être portée devant le tribunal du domicile de l'absent. Ce tribunal est en effet mieux à même que tout autre de vérifier le fait de la présomption d'absence et de pourvoir d'une manière générale à l'administration de tous les biens. Si le tribunal du domicile ne se trouve pas suffisamment éclairé sur la nécessité et la nature des mesures à prendre à l'égard de tels et tels biens en particulier, il adressera une commission rogatoire au tribunal de la situation de ces biens (1).

1) Demolombe, t. II, n^o 20 ; Aubry et Rau, § 149 ; Baudry-Lacantinerie et Hou-

241. Les tribunaux ne peuvent pas statuer d'office; il faut que leur intervention soit requise. Le droit de saisir la justice à l'effet de faire pourvoir à l'administration du patrimoine de l'absent appartient aux parties intéressées (art. 112) et au ministère public (art. 114).

Les *parties intéressées* sont toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel et même, d'après l'opinion commune fondée sur les termes généraux de l'art. 112, un intérêt simplement futur et éventuel à la conservation des biens du présumé absent. Ces personnes sont notamment :

1° *Les créanciers de l'absent*, sans qu'il y ait à distinguer si leur créance est exigible, à terme ou conditionnelle (art. 1180 et 2092). Il y a seulement cette différence entre les créanciers à terme ou conditionnels et ceux dont la créance est exigible que ces derniers, au lieu de se borner à réclamer des mesures conservatoires, peuvent poursuivre le paiement immédiat de ce qui leur est dû.

2° *Le conjoint de l'absent*. Quel que soit le régime sous lequel il est marié, il a en effet intérêt à la bonne administration des biens dont les revenus sont destinés à subvenir aux dépenses du ménage et à l'entretien de la famille.

3° *Les héritiers présomptifs de l'absent, et d'une façon générale, tous ceux au profit desquels, si l'absence se prolonge, doit avoir lieu l'envoi en possession provisoire.*

Aux termes de l'art. 114, « *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.* » Cet article renferme deux dispositions bien distinctes. La première, en imposant au ministère public l'obligation de veiller d'une manière générale aux intérêts des présumés absents, l'autorise implicitement à provoquer d'office les mesures nécessaires à la conservation de leurs biens s'il n'existe pas de parties intéressées ou si les parties intéressées n'agissent point (1). La seconde, confirmée par l'art. 83, al. 7 du code de procédure, exige la communication au ministère public des affaires concernant des présumés absents, afin qu'il donne ses conclusions.

La procédure à suivre sur les demandes relatives à l'administration des biens d'un absent est réglée par l'art. 859 du code de procédure.

242. La présomption d'absence prend fin :

1° *Par la preuve acquise de l'existence du présumé absent.* Cette preuve peut résulter soit du retour de l'absent, soit de la réception de ses nouvelles. Dans le premier cas, les mesures ordonnées par la justice cessent

ques-Fourcade, t. I, n° 1078; Demante, t. I, n° 147 bis, III; Planiol, t. I, n° 655. — Comp. Laurent, t. II, n° 136; Huc, t. I, n° 401.

1) Paris, 23 août 1870, D. 71, 2, 9, S. 71, 2, 8; — Nancy, 26 mars 1874, D. 75, 2, 37, S. 74, 2, 65.

immédiatement. L'absent reprend l'administration de son patrimoine, à charge de respecter les actes légalement faits pendant son absence. Dans le second cas, les mesures prises sont provisoirement maintenues jusqu'à ce que l'absent puisse reprendre la gestion de ses biens (arg. art. 131).

2° *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* La succession de l'absent étant alors ouverte, le fondé de pouvoir laissé par lui ou désigné par la justice cesse immédiatement ses fonctions, à moins que les héritiers ne se trouvent dans l'impossibilité de prendre aussitôt en mains l'administration des biens héréditaires (arg. art. 131 et 1991).

3° *Par le jugement de déclaration d'absence.*

CHAPITRE II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

243. Plus l'absence se prolonge et plus l'existence de la personne disparue devient douteuse. Il convient dès lors, quand il s'est écoulé un certain temps depuis la disparition ou les dernières nouvelles, de mettre un terme à la situation anormale dans laquelle se trouve le patrimoine de l'absent et de substituer aux mesures forcément incomplètes que comporte la période de présomption d'absence un régime plus régulier et mieux défini. Pour que ce nouveau régime, établi non plus seulement dans l'intérêt de l'absent mais aussi dans l'intérêt de ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès, puisse commencer, il faut que l'absence ait été préalablement *déclarée* par un jugement rendu après une procédure spéciale destinée à constater que l'on est toujours sans nouvelles de la personne disparue et à la mettre en demeure, si elle existe encore, de donner signe de vie.

A quel moment la déclaration d'absence peut-elle être demandée? — Quelles sont les personnes qui ont qualité pour la provoquer? — Quelles sont les formes à suivre pour l'obtenir? Telles sont les questions qui font l'objet des art. 115 à 119.

244. A. A QUÉL MOMENT LA DÉCLARATION D'ABSENCE PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE? — Ce moment varie suivant que l'absent a laissé un mandataire ou qu'il n'en a pas laissé.

Lorsque l'absent n'a pas laissé de mandataire, la demande peut être formée *quatre ans* après sa disparition ou ses 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. 115).

Lorsque l'absent a laissé un mandataire, la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'au bout de 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). La personne qui, avant de s'éloigner, prend soin de confier à un mandataire la gestion de son patrimoine montre par là que son éloignement pourra se prolonger et se dispense par avance de la nécessité d'une correspondance. Son silence demeure donc plus longtemps explicable que celui de l'absent qui n'a pas pris une semblable précaution et qui a laissé ses biens à l'abandon.

L'art. 121 ayant pour objet, comme l'art. 115, de déterminer l'époque à laquelle il y a lieu de faire déclarer l'absence aurait dû logiquement figurer, avec ce dernier article, dans le chapitre II. La place qu'il occupe dans le chapitre III intitulé *Des effets de l'absence* tient à ce que, d'après sa rédaction primitive, le fait d'une procuration laissée par l'absent était sans influence sur l'époque à laquelle la déclaration d'absence pourrait être poursuivie, et devait seulement retarder les effets du jugement de déclaration, c'est-à-dire l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Cette idée fut ensuite abandonnée au cours de la discussion au Conseil d'État et il fut décidé que l'existence d'une procuration retarderait à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession. Mais on ne remarqua pas que, par suite de ce changement, l'art. 121 aurait dû, aussi bien que l'art. 122 qui le complète, être transporté dans le chapitre II.

C'est seulement une *procuration générale* qui a ainsi pour effet de retarder l'époque où la déclaration d'absence peut être demandée. L'art. 121 parle à la vérité d'une *procuration* sans spécifier sa nature ; mais on doit pour l'interpréter le rapprocher de l'art. 120. Lorsqu'après avoir supposé dans l'art. 120 que l'absent n'a point laissé de procuration *pour l'administration de ses biens*, le législateur ajouta sans autre explication dans l'art. 121 : « Si l'absent a laissé une procuration.... », il entend évidemment se référer, quant à la nature de cette procuration, à ce qui est dit dans l'article précédent. Il a dès lors en vue une procuration laissée par l'absent pour l'administration de ses biens, pour l'administration de son patrimoine, c'est-à-dire une procuration générale. L'existence d'une semblable procuration peut seule d'ailleurs, d'ordinaire au moins, expliquer le silence persistant de l'absent. Notre conclusion est donc qu'une procuration spéciale ne fait pas obstacle à ce que la déclaration d'absence soit demandée quatre ans après la disparition ou les dernières nouvelles, sauf aux magistrats, qui jouissent en toute cette matière d'un souverain pouvoir

d'appréciation (art. 117), à ajourner pendant un temps plus ou moins long le jugement de déclaration si, en fait, à raison des circonstances, cette procuration leur paraît donner au mandataire les moyens de veiller efficacement aux intérêts de l'absent et peut par suite expliquer le défaut de nouvelles (1).

Si, depuis le départ de l'absent, la procuration qu'il a laissée vient à prendre fin par suite d'événements indépendants de sa volonté, comme la mort du mandataire ou sa renonciation, la demande en déclaration d'absence ne pourra néanmoins être formée qu'au bout de dix ans. Il y aura lieu seulement, si les biens de l'absent sont en souffrance, de recourir aux mesures conservatoires autorisées par l'art. 112. C'est ce que déclare expressément l'art. 122 : « *Il en sera de même (c'est-à-dire le délai de dix ans sera maintenu) 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 1^{er} du présent titre.* » La cessation du mandat, dès lors qu'elle est inconnue du mandant, n'empêche point en effet son silence de demeurer explicable. S'il ne donne point de ses nouvelles, c'est qu'il croit n'avoir pas besoin de s'occuper de ses affaires. Il n'y a donc pas de raison pour restreindre le délai après lequel la déclaration d'absence peut être poursuivie.

Mais on ne saurait admettre la même solution dans le cas où la procuration viendrait à prendre fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été donnée. Bien que l'art. 122 ne fasse pas de distinction entre les causes qui peuvent mettre fin au mandat, le motif sur lequel il est fondé ne permet pas de l'appliquer en pareil cas. Lorsqu'une personne, au moment de s'éloigner de son domicile, a chargé un mandataire de gérer ses affaires pendant un temps déterminé, deux ou trois ans par exemple, et qu'à l'expiration du délai qu'elle a fixé elle ne donne point de ses nouvelles, son silence cesse d'être explicable. A partir de ce moment les choses doivent donc se passer comme si elle n'avait point laissé de procuration : la déclaration d'absence pourra être demandée quatre ans après l'expiration des pouvoirs du mandataire (2).

Dans le cas où la procuration aurait été donnée pour plus de dix ans, pour quinze ou vingt ans par exemple, elle n'augmenterait point le délai de dix ans après lequel la déclaration d'absence peut être demandée. Tout le monde est d'accord sur ce point. Il ne saurait dépendre de l'absent de paralyser indéfiniment par sa volonté l'exercice des droits subordonnés à son décès.

1) Demolombe, t. II, n° 54; Aubry et Rau, § 151, texte et note 3; Laurent, t. II, n° 155; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1088. — Comp. Huc, t. II, n° 411.

2) Aubry et Rau, § 151; Laurent, t. II, n° 155.

245. Le point de départ des quatre ans ou des dix ans est, avons-nous dit, le jour même de la disparition de l'absent lorsque, depuis ce moment, il n'a pas donné de ses nouvelles et, lorsqu'il en a donné, le jour de ses dernières nouvelles. Pour calculer le délai, on doit, dans ce dernier cas, s'attacher à la date de l'émission des nouvelles et non à celle de leur réception. Le bon sens dit en effet que le délai doit courir du moment où l'existence de l'absent cesse d'être certaine. Or ce moment est celui où les nouvelles sont expédiées et non celui où elles arrivent à destination, l'absent pouvant être décédé dans l'intervalle.

246. B. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR PROVOQUER LA DÉCLARATION D'ABSENCE ? — Le droit de demander la déclaration d'absence appartient, d'après l'art. 115, aux *parties intéressées*. Ces mots n'ont pas ici le même sens que dans l'art. 112. Ils désignent ceux qui sont appelés à profiter de la déclaration d'absence, c'est-à-dire ceux qui ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès pourront, une fois l'absence déclarée, obtenir l'envoi en possession provisoire. Tels sont les héritiers présomptifs de l'absent, son conjoint, ses légataires, ses donataires de biens à venir, le nu propriétaire d'un bien dont il a l'usufruit, etc. Quant aux créanciers de l'absent, bien que l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817, sur l'absence des militaires, les range parmi les personnes qui peuvent poursuivre la déclaration d'absence, il est difficile de comprendre qu'ils aient intérêt à la demander. L'envoi en possession qui suit la déclaration d'absence, en morcelant le patrimoine de leur débiteur et en attribuant une partie de ses revenus aux envoyés en possession, leur est en effet plus nuisible qu'utile.

Le ministère public, chargé de veiller aux intérêts de l'absent (art. 114), n'a point qualité pour provoquer la déclaration d'absence, cette mesure étant, à certains égards, préjudiciable à l'absent. Il est au contraire le contradicteur naturel de la demande formée par les intéressés et il lui appartient de faire valoir les diverses raisons de nature à la faire écarter.

247. C. QUELLES SONT LES FORMES A SUIVRE POUR OBTENIR LA DÉCLARATION D'ABSENCE ? — La demande en déclaration d'absence est portée devant le tribunal du domicile de l'absent, ou, s'il n'a pas de domicile connu, devant celui de sa dernière résidence (arg. art. 115, art. 59, c. pr. et loi du 13 janvier 1817, art. 1).

Elle se forme par une requête à laquelle doivent être jointes les pièces destinées à la justifier (arg. art. 860 c. pr.). Le tribunal, si la demande lui paraît dénuée de fondement, peut la rejeter immédiatement. Si elle lui semble fondée, il doit ordonner qu'une enquête sera faite dans l'arrondissement du domicile de l'absent et dans celui de sa résidence ou même de ses diverses résidences s'il en avait plusieurs.

« Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents

produits, ordonnera qu'une enquête soit faite, contradictoirement avec le procureur du Roi, dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre » (art. 116). Des termes impératifs de cet article il résulte que le tribunal, qui peut rejeter la demande sans enquête préalable, ne peut au contraire déclarer l'absence sans avoir eu recours à cette mesure d'instruction. Il n'y a pas en effet de meilleur moyen de découvrir les causes de l'absence, les raisons qui peuvent la prolonger et empêcher l'absent de donner de ses nouvelles, ou celles qui donnent lieu de croire à son décès, que d'interroger les personnes qui l'ont connu et qui ont été en relation avec lui.

L'enquête est faite contradictoirement avec le procureur de la République, c'est-à-dire que ce magistrat y figure au nom de l'absent, comme défenseur de ses intérêts, et qu'il se trouve ainsi constitué la partie adverse des demandeurs en déclaration d'absence. Par suite il a le droit d'adresser aux témoins les interpellations qu'il juge convenables, de faire rejeter les dépositions de ceux qui présentent des causes de reproche, et de procéder à une contre-enquête (art. 252 et suiv. c. pr.).

Lorsqu'il est établi que l'absent n'a pas donné de ses nouvelles depuis quatre ou dix ans, le tribunal est autorisé à déclarer l'absence, mais il n'y est pas obligé. Il peut refuser de la déclarer si les circonstances particulières de la cause lui paraissent expliquer le silence persistant de l'absent. La loi lui reconnaît un pouvoir discrétionnaire absolu. C'est ce qui résulte de l'art. 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.* »

248. Le jugement qui ordonne l'enquête et celui qui déclare l'absence doivent être transmis par le procureur de la République au Ministre de la justice, lequel est chargé d'en opérer la publication : « *Le procureur du Roi enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la justice qui les rendra publics* » (art. 118). La loi ne dit pas de quelle manière la publication doit avoir lieu. En fait, elle s'opère au moyen d'une insertion au *Journal officiel*. Cette publicité a pour but d'avertir l'absent, s'il est encore vivant, des mesures qui se préparent ou qui viennent d'être prises, et de le mettre ainsi à même de les prévenir ou de les faire cesser.

Afin que la publication du jugement qui ordonne l'enquête puisse produire un effet utile, un délai d'un an doit s'écouler entre ce jugement et celui qui déclare l'absence. « *Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête* » (art. 119). La déclaration d'absence qui peut être demandée quatre ans ou dix ans après la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles, ne peut donc être prononcée que cinq ans ou onze ans après la même époque.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'ABSENCE

249. Dans les trois sections qui composent ce chapitre, la loi envisage successivement les effets de l'absence : 1° relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition; 2° relativement aux droits éventuels qui peuvent lui compéter; 3° relativement à son mariage.

SECTION I

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT
POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION

250. Tandis que, pendant la présomption d'absence, on procède par voie de mesures isolées, prises au jour le jour, quand la nécessité l'exige et dans la mesure de la nécessité, après la déclaration d'absence, la loi établit pour les biens de l'absent un régime d'ensemble. Tous ceux qui, au cas de décès de l'absent, auraient des droits à exercer sur son patrimoine sont autorisés à demander que la gestion de ses biens leur soit confiée. C'est l'*envoi en possession provisoire*, qui se transformera plus tard, s'il y a lieu, en *envoi définitif*. Cette mesure est établie à la fois dans l'intérêt de l'absent et dans l'intérêt des personnes qui ont sur ses biens des droits subordonnés à son décès; mais c'est l'intérêt de l'absent qui l'emporte aux yeux de la loi. L'envoi en possession provisoire a pour but principal non point de permettre l'exercice immédiat des droits auxquels le décès prouvé de l'absent donnerait ouverture, mais d'assurer une bonne gestion de son patrimoine, les meilleurs administrateurs étant naturellement ceux à qui les biens qu'ils gèrent doivent appartenir un jour.

Lorsque l'absent est marié sous le régime de la communauté, il dépend de l'époux présent d'empêcher l'envoi en possession provisoire, en déclarant qu'il entend que la communauté continue.

Nous traiterons, dans trois paragraphes : — de l'envoi en possession provisoire, — du droit reconnu au conjoint de l'absent d'opter entre la continuation et la dissolution de la communauté, — de l'envoi définitif en possession.

§ 1. — *De l'envoi en possession provisoire.*1^o Des personnes qui peuvent demander l'envoi en possession.

251. Ces personnes sont énumérées dans les art. 120 et 123 ainsi conçus :

« Dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, 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 » (art. 120).

« 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 du 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 » (art. 123).

Au premier rang des personnes qui peuvent demander l'envoi en possession se placent les *héritiers présomptifs* de l'absent, et par là on doit entendre ses successeurs irréguliers aussi bien que ses héritiers légitimes (art. 140).

Pour déterminer les personnes auxquelles cette qualité appartient, il faut se placer non au jour où la demande est formée, mais au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, c'est-à-dire au jour où il a pour la dernière fois donné signe de vie. Lorsque celui qui était à ce moment héritier présomptif de l'absent est décédé avant l'envoi en possession, le droit qu'il avait de l'obtenir a été transmis par lui à ses propres héritiers ou successeurs qui pourront l'exercer en son lieu et place.

L'envoi en possession peut également être demandé par les légataires de l'absent, ou par leurs héritiers si les légataires eux-mêmes sont décédés depuis la disparition ou les dernières nouvelles, par ceux auxquels l'absent aurait fait des donations de biens à venir (art. 1082 et suiv.), par la personne qui aurait fait une donation à l'absent lui-même en se réservant le droit de reprendre les biens compris dans cette donation au cas où elle survivrait au donataire (art. 951 et 952), par le nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit, etc.

Régulièrement, les héritiers présomptifs de l'absent doivent se faire envoyer en possession de tous les biens composant son patrimoine et délivrer ensuite aux autres intéressés, sur leur demande, les biens auxquels ceux-ci ont droit. C'est la marche indiquée par l'art. 123. Le plus souvent les choses se passeront effectivement ainsi, les héritiers étant d'ordinaire plus

intéressés que tous autres à obtenir l'envoi en possession. Mais il peut se faire cependant qu'ils ne le demandent point, par exemple parce que connaissant l'existence d'un testament qui ne leur laisse rien ou presque rien des biens de l'absent, ils ne veulent pas prendre la peine de provoquer une mesure dont ils ne profiteraient que peu ou point. Comme il ne saurait dépendre d'eux de tenir en échec le droit des autres intéressés, ceux-ci, après les avoir mis en demeure de demander l'envoi en possession, pourront, à leur refus, l'obtenir directement. Une mise en demeure préalable ne serait même pas nécessaire dans le cas où un légataire universel se trouverait en présence d'héritiers non réservataires. Ce légataire, traité par la loi comme un héritier légitime (art. 1006), pourrait *de plano* se faire envoyer en possession (1).

Pour connaître les légataires de l'absent, il est procédé, s'il y a lieu, à l'ouverture de son testament, à la réquisition des intéressés ou du ministère public.

2° A quel moment et dans quelles formes l'envoi en possession peut-il être demandé?

252. L'envoi en possession provisoire peut être obtenu aussitôt que l'absence est déclarée, sans qu'il y ait à distinguer si l'absent a ou non laissé un fondé de pouvoir.

L'art. 120 semble à la vérité ne l'autoriser qu'autant qu'il n'existe point de procuration; mais cet article est rédigé d'une façon défectueuse. Il porte la trace du système consacré par le projet, et abandonné dans la suite, d'après lequel l'existence d'une procuration était sans influence sur la déclaration d'absence et retardait seulement l'envoi en possession. On doit le corriger en retranchant les mots : *Dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens*, et le lire ainsi : « *Les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, etc...* »

L'envoi en possession est demandé, dans les mêmes formes que la déclaration d'absence, au tribunal compétent pour prononcer la déclaration (art. 860 c. pr.). Bien que l'art. 120 semble exiger deux jugements distincts, l'un qui déclare l'absence, l'autre qui prononce l'envoi en possession, en pratique, afin de diminuer les frais, on demande l'envoi en possession en même temps que la déclaration d'absence et il est statué sur le tout par un seul et même jugement. Cette manière de procéder, conforme à l'art. 860 du code de procédure, qui se borne à régler les formes de l'envoi en possession, n'est point en réalité contraire à l'art. 120, dont l'objet principal

1) Aubry et Rau, § 152, texte et note 14; Demolombe, t. II, nos 60 et 75; Laurent, t. II, n° 165; Demante, t. I, nos 145 bis, II et 152 bis, I et II; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1109. — Comp. Huc, t. I, nos 420 et 421.

est d'indiquer que la déclaration d'absence est la condition préalable sans laquelle aucun envoi en possession ne peut avoir lieu.

3° Des biens auxquels s'applique l'envoi en possession provisoire.

253. Il s'applique à tous les biens qui appartenant à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, quelle que soit leur nature. Mais il ne comprend point les droits qui ont pu s'ouvrir ultérieurement à son profit, lesquels sont régis par les art. 135 et suivants.

Les fruits produits par les biens de l'absent depuis le dernier signe de vie donné par lui suivent, en qualité d'accessoires, le sort de la chose qui les a produits. Ils sont donc remis à l'envoyé qui reçoit cette chose (1). Mais celui-ci ne les reçoit pas en tant que fruits; ils entrent dans ses mains comme un capital et, par conséquent, sauf restitution à l'absent s'il reparaît; aussi l'art. 126 veut-il qu'il en soit fait emploi.

4° Des effets de l'envoi en possession.

254. Ces effets doivent être envisagés : 1° dans les rapports des envoyés en possession avec l'absent; 2° dans les rapports des envoyés en possession entre eux et avec les tiers.

A. Des effets de l'envoi en possession dans les rapports des envoyés en possession avec l'absent.

255. Les envoyés en possession sont chargés d'administrer les biens de l'absent sous l'obligation de les lui restituer s'il vient à reparaître. En prévision de cette restitution possible, la loi exige d'eux certaines garanties. Elle les astreint : 1° à fournir caution; 2° à faire dresser un inventaire des meubles et des titres de l'absent; 3° à faire vendre, s'il y a lieu, le mobilier; 4° à faire emploi du prix provenant de la vente ainsi que des fruits échus.

a) *Caution.* — L'obligation de donner caution incombe à tous les envoyés en possession, même aux descendants de l'absent. L'État seul est affranchi de cette formalité.

La caution étant imposée par la loi, doit satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019 (art. 2040). Elle est reçue par le tribunal sur les conclusions du procureur de la République (art. 517 et suiv. c. pr.).

A défaut de caution, les envoyés seraient admis à fournir une sûreté équivalente (art. 2041). S'ils ne pouvaient fournir cette sûreté, il y aurait lieu, d'après certains auteurs, d'appliquer par analogie les dispositions des art. 602 et 603 au titre de l'*Usufruit* (2). Mais cette solution, qui sacrifie l'intérêt de l'absent à celui des personnes qui prétendent appréhender ses biens,

1) Demolombe, t. II, n° 87; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1112.

2) Demolombe, t. II, n° 93; Aubry et Rau, § 152.

nous paraît très contestable. Dès lors que ces personnes ne remplissent pas la condition à laquelle la loi subordonne leur entrée en possession, le jugement d'envoi doit, croyons-nous, rester sans effet à leur égard et les mesures prises pendant la période de présomption d'absence continuent de recevoir leur exécution (1).

b) *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 du tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ledit procureur du Roi* » (art. 126, al. 1). Il faut bien en effet constater ce que les envoyés reçoivent, afin de savoir ce qu'ils seront tenus de rendre, s'il y a lieu. En l'absence d'un inventaire régulier, la consistance du mobilier pourrait être établie par tous les modes de preuve, même, d'après l'opinion générale, par la commune renommée (arg. art. 1415 et 1442).

En ce qui concerne les immeubles, l'art. 126 *in fine* s'exprime ainsi qu'il suit : « *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 du Roi; les frais en seront pris sur les biens de l'absent.* » C'est donc une pure faculté que ce texte accorde aux envoyés et non une obligation qu'il leur impose. En usant de cette faculté les envoyés éviteront, au cas où ils seraient obligés de restituer les biens de l'absent, les contestations qui pourraient s'élever sur l'état dans lequel se trouvaient ces biens lors de la prise de possession. On a soutenu que, faute d'avoir fait procéder à la visite des immeubles, ils doivent être présumés les avoir reçus en bon état et répondent par conséquent des dégradations survenues, à moins qu'ils ne prouvent que ces dégradations ne proviennent pas de leur fait (2). Cette doctrine, basée sur un argument d'analogie tiré de l'art. 1731, aux termes duquel le locataire ou fermier qui n'a pas fait dresser un état des lieux loués est présumé les avoir reçus en bon état, est absolument inadmissible. Les présomptions légales ne s'étendent point par analogie d'un cas à un autre, et il n'y a d'ailleurs aucune analogie entre la situation d'un locataire ou d'un fermier et celle d'un envoyé en possession provisoire. Le locataire ou fermier ayant le droit d'exiger que l'immeuble loué lui soit livré en bon état (art. 1720), on doit supposer qu'il a usé de ce droit. L'envoyé en possession au contraire prend les biens de l'absent dans l'état où il les trouve, c'est-à-dire le plus souvent en mauvais

1) Laurent, t. II, n° 171; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1115; Huc, t. I, n° 431.

2) Marcadé, sur l'art. 126; Aubry et Rau, § 153; Demolombe, t. II, n° 98; Duranton, t. I, n° 474; Demante, t. I, n° 155.

état, par suite de l'abandon dans lequel ils ont été laissés. C'est donc violer à la fois la logique et l'équité que de présumer qu'il les a reçus en bon état (1).

c) *Vente du mobilier.* — « *Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier* » (art. 126, al. 2). Des termes mêmes de cette disposition, il résulte que le législateur a entendu laisser ici au tribunal la plus grande latitude, tout dépendant en effet des circonstances, spécialement de la nature des meubles appartenant à l'absent et de la qualité des envoyés en possession. Les magistrats ordonneront, par exemple, la vente des meubles meublants qui se détériorent rapidement par l'usage ou par l'effet du temps et dont l'absent de retour ne trouverait plus que des débris, et la conservation en nature des tableaux, livres, médailles ou autres objets précieux que l'absent ne pourrait point remplacer. Les enfants de l'absent devront obtenir plus facilement que des collatéraux l'autorisation de conserver certains meubles en nature.

Il appartient également aux magistrats de déterminer les formes de la vente et le délai dans lequel elle doit avoir lieu.

En parlant de la vente du mobilier, l'art. 126 n'a évidemment en vue que les meubles corporels. La vente ayant pour but de substituer à des biens improductifs ou sujets à dépérissement un capital productif, n'a pas de raison d'être quand on se trouve en présence d'un placement fait par l'absent lui-même.

d) *Emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus.* « *Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus* » (art. 126, al. 2). La loi n'ayant indiqué ni le mode d'emploi des deniers ni le délai dans lequel il doit être effectué, c'est encore au tribunal de tracer les règles auxquelles les envoyés seront tenus de se conformer à cet égard. S'il n'a rien prescrit, les envoyés agiront sous leur responsabilité et celle de leur caution.

L'obligation de faire emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus au moment de l'entrée en possession s'applique également à tous les capitaux disponibles, tels que les deniers comptants trouvés chez l'absent et les sommes provenant, au cours de la gestion des envoyés, du remboursement des créances.

Les frais qu'entraîne l'accomplissement des diverses mesures que nous venons d'indiquer sont supportés par l'absent. L'art. 126 dispose en effet qu'on prend sur les biens de l'absent les frais de la visite de ses immeubles. S'il en est ainsi d'une dépense purement facultative pour les envoyés et qui profite surtout à eux, il n'en saurait être différemment de celles qui sont faites principalement ou exclusivement dans l'intérêt de l'absent lui-même.

1) Laurent, t. II, n° 173; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1119; Huc, t. I, n° 433.

256. Les pouvoirs appartenant aux envoyés en ce qui concerne les biens de l'absent font l'objet des art. 125, 127, 128 et 134.

« *La possession provisoire, dit l'art. 125, ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.* »

La loi donne le nom de *dépôt* à la possession des envoyés provisoires. Cette expression ne doit pas être prise à la lettre. Il y a en effet des différences essentielles entre la possession provisoire et le dépôt. Le dépositaire n'est pas chargé d'administrer la chose déposée, mais seulement de la garder, tandis que les envoyés en possession administrent les biens de l'absent. D'un autre côté, le dépôt est gratuit, tandis que la gestion des envoyés est salariée. Enfin, le dépôt proprement dit, à la différence de la possession provisoire, ne porte que sur des objets mobiliers. Dans la pensée du législateur, le mot *dépôt* a simplement pour but d'indiquer que les envoyés en possession, comme le dépositaire, sont des détenteurs précaires, qu'ils possèdent les biens qui leur sont remis, non pour leur propre compte, mais pour le compte de l'absent. De là résulte notamment cette conséquence qu'ils ne sauraient acquérir par la prescription les biens de l'absent (art. 2236).

Les envoyés en possession ont comme tels le droit et le devoir de procéder à tous les actes qui, d'après les principes généraux, rentrent dans la classe des actes d'administration. C'est ainsi qu'ils peuvent et doivent :

1° *Faire tous les actes conservatoires des biens de l'absent*, par exemple interrompre les prescriptions qui courent contre lui, prendre ou renouveler des inscriptions hypothécaires, exécuter les réparations nécessaires quelle qu'en soit la nature, etc.

2° *Passer des baux*. Dans le silence de la loi, on admet généralement que les envoyés sont tenus de se conformer quant à la durée des baux et à l'époque de leur renouvellement aux règles tracées par les art. 1429 et 1430. Ces articles écrits pour le mari administrateur des biens propres de sa femme sous le régime de communauté, mais dont les dispositions sont étendues à l'usufruitier par l'art. 595 et au tuteur par l'art. 1718, semblent bien en effet devoir être considérés comme renfermant le droit commun sur les pouvoirs des administrateurs en pareille matière.

3° *Recevoir les capitaux appartenant à l'absent et en donner quittance*.

4° *Faire emploi des capitaux disponibles*.

5° *Défendre à toutes les actions intentées contre l'absent quelle qu'en soit la nature* : « *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 en auront l'administration légale* » (art. 134).

Mais les envoyés en possession peuvent-ils également intenter les actions qui appartiennent à l'absent? L'affirmative est certaine en ce qui concerne les actions mobilières et les actions possessoires dont la loi accorde l'exercice à tout administrateur (arg. art. 464, 482 et 1428). Quant aux actions immobilières pétitoires qui, d'après le droit commun, n'appartiennent pas aux administrateurs du patrimoine d'autrui (art. 464 et 1428), on doit décider, croyons-nous, que les envoyés ne peuvent les intenter qu'autant qu'ils sont autorisés à cet effet par la justice. On s'est prévalu en sens contraire de la disposition de l'art. 817 qui reconnaît aux envoyés en possession le droit d'intenter au nom de l'absent l'action en partage, sans distinguer s'il s'agit d'un partage mobilier ou d'un partage immobilier. Dès lors qu'ils ont l'action en partage, ils doivent, dit-on, avoir, par identité de raison, toutes les actions immobilières (1). L'argument n'est rien moins que décisif. Par suite de sa nature toute spéciale, l'action en partage est en effet soumise par la loi à des règles qui lui sont propres. S'appuyer sur l'art. 817 pour soutenir que les envoyés peuvent intenter au nom de l'absent les actions immobilières en général, c'est donc étendre une disposition qui, par elle-même, n'est pas susceptible d'une interprétation extensive. En accordant aux envoyés en possession l'exercice des actions passives, l'art. 134 les laisse par là même sous l'empire du droit commun en ce qui concerne les actions actives (2).

257. Simples administrateurs, les envoyés ne peuvent faire aucun acte de disposition. L'art. 128 applique ce principe à l'aliénation des immeubles et à la constitution d'hypothèque : « *Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent.* »

Du silence gardé par la loi relativement aux meubles on ne doit pas conclure que les envoyés ont le droit de les aliéner. Un simple argument *a contrario* ne saurait suffire pour faire admettre ici une dérogation à cette règle générale que celui-là seul peut aliéner qui est propriétaire. La manière dont s'exprime l'art. 128 s'explique d'ailleurs par cette considération que le législateur a dû regarder la question comme résolue quant aux meubles par l'art. 126, qui veut que le tribunal détermine, au moment de l'envoi en possession, ceux qui devront être vendus et ceux qui seront conservés en nature. Les envoyés ne peuvent donc faire, sans l'autorisation de justice, aucune aliénation mobilière, à moins toutefois que cette aliénation ne constitue un acte d'administration, comme la vente d'une récolte.

Les aliénations faites par les envoyés sans l'autorisation judiciaire ne se-

1) Demolombe, t. II, n° 114; Demante, t. I, n° 158 bis I; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1130.

2) Laurent, t. II, n° 188; Aubry et Rau, § 153, texte et note 16; Huc, t. I, n° 434.

raient pas opposables à l'absent de retour, lequel serait fondé à agir en revendication contre l'acquéreur, sauf l'application des art. 2262 et 2279.

N'ayant pas le droit d'aliéner, les envoyés en possession provisoire ne sauraient non plus transiger ni compromettre sur des droits appartenant à l'absent (arg. art. 2045 c. c. et 1003 c. pr.), ni acquiescer à une demande formée contre lui.

Ils ne peuvent enfin accepter ou répudier une succession ou un legs échus à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, un pareil acte ne rentrant pas dans la classe des actes d'administration.

258. Nous avons dit que la gestion des envoyés en possession n'est pas gratuite. La loi leur alloue d'abord une portion, puis la totalité des fruits par eux perçus. Par cette rémunération, elle a voulu, dans l'intérêt de l'absent lui-même, engager ceux auxquels l'envoi en possession est offert à le demander. « *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* » (art. 127).

La quantité de fruits que les envoyés sont autorisés à conserver dépend de la durée de l'absence et non de la durée de l'envoi en possession, parce que la loi tient compte pour la déterminer de la probabilité plus ou moins grande du décès de l'absent. Si l'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis sa disparition, les envoyés ne sont tenus de lui rendre que le cinquième des revenus; ils gagnent donc les quatre cinquièmes. S'il ne reparaît qu'après les quinze ans, les envoyés lui restituent seulement le dixième et conservent par conséquent les neuf dixièmes. Après trente ans d'absence, tous les fruits appartiennent aux envoyés. Ce n'est pas à dire pourtant que l'époque de l'envoi en possession soit sans influence sur la quantité de fruits dont les envoyés sont appelés à bénéficier. Leur droit ne s'exerce en effet que sur les fruits postérieurs à l'envoi. Les fruits antérieurs font partie du capital dont l'absent de retour est fondé à exiger la restitution, et il en doit être fait emploi aux termes de l'art. 126.

Les fruits que les envoyés en possession sont autorisés à conserver sont d'ailleurs seulement ceux qu'ils ont *perçus* au moment où ils doivent restituer les biens. L'art. 127 les dispense en effet de *rendre* les fruits, ce qui implique qu'ils les ont touchés. La règle s'applique aux fruits civils aussi bien qu'aux fruits naturels, la loi ne distinguant pas.

La portion de fruits attribuée aux envoyés en possession se calcule non sur le produit brut des biens de l'absent, mais sur leur produit net, c'est-à-dire déduction faite des dépenses périodiques qui constituent une charge des fruits et qu'on appelle pour cette raison *revenus passifs*. Ces dépenses

sont ainsi supportées par les envoyés et par l'absent dans la proportion de leur émolument respectif. Parmi les dépenses qui doivent être acquittées sur les revenus figurent notamment les frais de culture, les impôts ordinaires, les intérêts des dettes de l'absent, les arrérages des rentes dont il est grevé, les réparations d'entretien. Quant aux grosses réparations, elles sont une charge non des revenus, mais de la propriété elle-même. Les envoyés en possession, s'ils les ont acquittées, peuvent donc en exiger de l'absent le remboursement intégral.

Bien que l'art. 127 ne prévoie que le retour de l'absent, la règle qu'il formule est générale et régit tous les cas dans lesquels les envoyés sont obligés de restituer les biens dont ils avaient la gestion. L'art. 130 l'applique textuellement au cas où on apprend que l'absent est décédé à une époque où les envoyés en possession n'étaient pas ses véritables héritiers. Elle devrait l'être également dans l'hypothèse où un parent plus rapproché se présenterait et obtiendrait l'envoi en possession au lieu et place des envoyés primitifs (1).

B. Des rapports des envoyés en possession entre eux et avec les tiers.

259. Dans le silence des textes, la détermination de la nature de ces rapports soulève de sérieuses difficultés.

Suivant une doctrine très répandue, l'envoi en possession opère à cet égard une sorte d'ouverture provisoire de la succession de l'absent, comme s'il était décédé au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Entre eux et vis à vis des tiers les envoyés en possession sont considérés comme d'ores et déjà propriétaires des biens de l'absent, sous la condition résolutoire de son retour ou de la preuve acquise qu'à l'époque de son décès ils n'étaient pas appelés à lui succéder. De ce principe on déduit, sauf certaines dissidences, les conséquences suivantes :

1° Les héritiers ou autres successeurs envoyés en possession peuvent faire entre eux le partage du patrimoine de l'absent conformément aux règles ordinaires des partages de succession. Ils peuvent, s'ils le jugent nécessaire ou utile pour parvenir au partage, recourir à une licitation. Mais comme il ne leur est pas permis d'aliéner les biens de l'absent, la licitation doit avoir lieu entre eux, sans admission des étrangers.

2° En procédant au partage, les envoyés sont en droit de se contraindre respectivement au rapport des avantages qu'ils auraient reçus de l'absent sans clause de préciput et, s'ils sont héritiers réservataires, de demander la réduction des libéralités excessives faites par l'absent.

3° Ils peuvent faire entre eux relativement au patrimoine de l'absent les conventions, les arrangements qu'ils jugent à propos, les art. 791, 1130 et

1) Demante, t. I, n° 156 bis, III ; Laurent, t. II, n° 194 ; Huc, t. I, n° 440 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1142.

1600 qui interdisent les pactes successores n'étant plus alors applicables.

4° Les dettes de l'absent se divisent entre les héritiers ou autres successeurs envoyés en possession comme elles se diviseraient si la succession était réellement ouverte (art. 870 et suiv.). Toutefois les envoyés n'en sont pas tenus sur leurs biens personnels. Leur situation est, sous ce rapport, celle des héritiers sous bénéfice d'inventaire.

5° Les aliénations ou les constitutions d'hypothèque faites par les envoyés en possession, contrairement à la prohibition de l'art. 128, ne peuvent pas être attaquées par eux comme ayant pour objet la chose d'autrui. L'acquéreur, soit qu'il ait connu, soit qu'il ait ignoré la qualité de l'aliénateur, n'est pas non plus admis à arguer de nullité l'aliénation qui lui a été consentie, à moins qu'il n'ait été induit en erreur par des manœuvres frauduleuses. Il peut seulement, lorsqu'il n'a pas connu la qualité de l'envoyé, suspendre le paiement de son prix, à raison du danger d'éviction auquel il est soumis par suite de l'éventualité du retour de l'absent (art. 1653). L'hypothèque peut être immédiatement inscrite, mais le créancier ne peut pas poursuivre *hic et nunc* la vente de l'immeuble hypothéqué parce qu'en prononçant l'expropriation la justice prêterait son concours à un acte qui excède les pouvoirs légaux des envoyés.

6° La prescription qui court contre l'absent au profit des tiers qui possèdent un de ses biens ou qui lui doivent quelque chose se règle, après l'envoi en possession, non d'après la condition personnelle de l'absent, mais d'après celle des envoyés. Ainsi elle est suspendue au cas de minorité des envoyés malgré la majorité de l'absent, tandis qu'elle ne l'est pas, malgré la minorité de l'absent, si les envoyés sont majeurs. Mais ce n'est que provisoirement que les choses se passent ainsi, car si l'existence de l'absent vient à être établie, ce sera eu égard à sa personne que les questions de prescription devront être décidées (1).

260. Après avoir longtemps prévalu, cette doctrine est aujourd'hui très critiquée. Les interprètes les plus récents et les plus autorisés du code civil estiment que l'envoi en possession n'a point pour effet d'ouvrir même fictivement et provisoirement la succession de l'absent et que, dans leurs rapports entre eux et avec les tiers, comme vis à vis de l'absent lui-même, les envoyés en possession ne sont que des administrateurs. C'est seulement après l'envoi définitif que le code traite les envoyés comme des propriétaires. Cette qualité ne leur appartient donc pas tant que dure la période de l'envoi en possession provisoire. La seule disposition légale que l'on puisse invoquer en faveur de l'opinion contraire est l'art. 40 de la loi de finances du 28 avril 1816. Aux termes de cet article, « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu

1) Demolombe, t. II, nos 128 et suiv.; Aubry et Rau, § 153; Demante, t. I, nos 150 et suiv.; Duranton, t. I, nos 503 et suiv.

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. » Mais ce n'est pas à l'aide d'une loi fiscale que l'on doit interpréter le code civil. Si l'article que nous venons de transcrire assimile l'envoi en possession à l'ouverture d'une succession, c'est par des motifs d'utilité pratique. L'envoi provisoire devient généralement définitif, le sort de l'absent demeurant le plus souvent ignoré. Il est dès lors plus simple et plus sûr, pour sauvegarder les intérêts du fisc, d'exiger le paiement immédiat des droits de mutation, sauf à en opérer la restitution s'ils se trouvent avoir été perçus indûment.

La succession de l'absent n'étant pas ouverte aux yeux de la loi civile, les envoyés en possession ne peuvent se contraindre respectivement au partage des biens compris dans l'envoi (art. 129). Le partage qu'ils effectueraient volontairement ne saurait être maintenu après l'envoi définitif et chacun d'eux aurait alors le droit d'en exiger un nouveau. Il ne leur est même pas permis de procéder à un simple partage de jouissance, ce partage supposant entre les intéressés une véritable indivision qui fait ici défaut. A plus forte raison ne peut-il être question de licitation. Le seul partage possible pendant l'envoi provisoire est un partage de l'administration, s'il ne convient pas aux envoyés de gérer collectivement les biens qui leur sont confiés ou bien d'en remettre la gestion à un seul ou à quelques-uns d'entre eux. La loi n'ayant pas réglé les détails de l'administration, il appartient aux tribunaux de trancher les difficultés auxquelles elle donnerait lieu.

Les héritiers présomptifs envoyés en possession ne sont pas fondés à exiger le rapport des libéralités que l'un d'eux aurait reçues de l'absent sans clause de préciput. Les biens dont l'absent a disposé entre-vifs au profit d'un de ses successibles sont sortis de son patrimoine pour entrer dans celui du gratifié qui les administre. Il n'y a donc pas lieu de pourvoir à leur administration. Ceux dont l'absent a disposé par testament n'ont point cessé de faire partie de son patrimoine ; mais tant qu'il ne s'agit que d'assurer leur conservation, et non d'en opérer la répartition entre les ayant droit, le rapport n'a pas de raison d'être.

Les envoyés en possession qui ont la qualité d'héritiers réservataires ne peuvent pas non plus demander la réduction des donations entre vifs faites par l'absent au delà des limites de la quotité disponible. Mais ils ne sont tenus de délivrer les legs que dans la mesure du disponible, les légataires ne pouvant avoir la prétention d'être placés par l'envoi provisoire dans une

situation autre que celle où ils se trouveraient en cas de décès de l'absent.

Les envoyés ne sont pas admis à faire, relativement aux biens de l'absent, des conventions ou arrangements autres que ceux qui ont trait à l'administration. Ces conventions leur sont interdites par cela même qu'ils ne sont point propriétaires.

Comme administrateurs, ils doivent acquitter les dettes de l'absent, mais ils n'en sont pas tenus sur leurs biens personnels. Ceux qui considèrent la succession de l'absent comme ouverte en sont réduits, pour limiter l'obligation des envoyés quant aux dettes, à leur reconnaître arbitrairement la qualité d'héritiers bénéficiaires sans qu'ils aient accepté sous bénéfice d'inventaire.

Si, contrairement à la prohibition de l'art. 128, les envoyés en possession ont aliéné ou hypothéqué pour leur propre compte un bien de l'absent, ils peuvent demander la nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque. En attaquant l'acte qu'ils ont indûment accompli, ils agissent en effet non point en leur nom personnel, mais au nom de l'absent et en qualité d'administrateurs. Leur action ne saurait dès lors être repoussée par l'exception de garantie, pas plus que ne pourrait l'être celle d'un tuteur qui aurait aliéné les biens de son pupille. Mais ils doivent, bien entendu, réparer le préjudice qu'ils ont causé par leur fait. Quant à l'acquéreur, il est autorisé, lorsqu'il n'a pas connu l'origine du bien et la qualité de l'aliénateur, à suspendre le paiement de son prix en vertu de l'art. 1653, mais il n'est pas admis, faute de pouvoir établir l'existence de l'absent, à demander la nullité de l'aliénation comme ayant pour objet la chose d'autrui. Sur ce point les deux systèmes sont d'accord, tout en basant leur décision sur un motif différent.

Enfin, la prescription qui court contre l'absent, s'il ne se trouve pas dans un des cas d'exception prévus par l'art. 2251, se règle eu égard à sa condition personnelle et non eu égard à celle des envoyés⁽¹⁾.

5° Des événements qui font cesser l'envoi en possession provisoire.

261. L'envoi en possession provisoire prend fin :

- 1° Par la preuve acquise de l'existence de l'absent;
- 2° Par la preuve acquise de son décès;
- 3° Par le laps de trente ans depuis l'envoi provisoire ou de cent ans depuis la naissance de l'absent;
- 4° Par un nouvel envoi en possession ordonné au profit de personnes préférables aux premiers envoyés.

I. La preuve de l'existence de l'absent peut résulter soit de son retour, soit de la réception de ses nouvelles. Dans le premier cas, les envoyés en

1) Laurent, t. II, nos 195 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1151 et suiv. ; Huc, t. I, nos 437 et suiv.

possession rendent compte de leur gestion à l'absent de retour et lui restituent immédiatement tous ses biens, déduction faite de la portion de fruits qui leur est attribuée par l'art. 127. Dans le second, l'envoi en possession provisoire et la déclaration d'absence qui l'a précédé cessent également de plein droit de produire leurs effets, mais il peut y avoir lieu d'appliquer les dispositions des art. 112 et 113. « *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^{er} du présent titre, pour l'administration de ses biens* » (art. 131).

S'il s'écoulait un délai de quatre ans à partir de la date des nouvelles, sans que l'absent donnât de nouveau signe de vie, on retomberait dans l'hypothèse prévue par l'art. 115 et une nouvelle déclaration d'absence pourrait être demandée. Dans le cas où, en donnant de ses nouvelles, l'absent aurait désigné un fondé de pouvoirs pour administrer ses biens, la justice, n'aurait pas à s'occuper de cette administration. Les envoyés rendraient leurs comptes à ce fondé de pouvoirs et ce serait seulement après l'expiration d'un délai de dix ans depuis la date des nouvelles qu'une nouvelle déclaration d'absence pourrait être demandée.

II. Lorsqu'on acquiert la preuve du décès de l'absent, il y a lieu de régler sa succession, en se reportant à l'époque de son décès. Les envoyés en possession provisoire peuvent donc 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 au moment où il est décédé. « *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'art. 127* » (art. 130). Ainsi l'absent n'ayant pas laissé de parents au degré successible, son conjoint a obtenu l'envoi en possession de tous ses biens. Après la mort du conjoint, on apprend que l'absent lui-même n'est décédé que postérieurement à lui. Les successeurs du conjoint prédécédé devront restituer les biens de l'absent à l'État, véritable successible au moment du décès prouvé.

Ce que l'art. 130 dit des héritiers de l'absent s'appliquerait également à ses légataires au cas où, en apprenant son décès, on découvrirait un testament appelant telles ou telles personnes à recueillir ses biens. Ces légataires ou, s'ils étaient décédés depuis l'absent, leurs représentants, seraient fondés à demander la restitution des biens aux héritiers envoyés en possession. Enfin, si nous supposons l'envoi en possession obtenu par un légataire, par un donataire de biens à venir, par un donataire sous condition de retour, et qu'il soit établi que le décès de l'absent est postérieur à celui de ces personnes, leur droit étant devenu caduc par leur décès, il y aura lieu à res-

titution, de la part de leurs successeurs, au profit de ceux qui étaient appelés à succéder à l'absent au jour où il est décédé.

III. Lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent, l'envoi provisoire fait place à l'envoi définitif en possession.

IV. Enfin l'envoi en possession peut cesser d'une façon purement relative, en ce sens qu'il peut être remplacé par un nouvel envoi en possession ordonné au profit de personnes préférables aux premiers envoyés. Un individu a disparu laissant un frère et un cousin germain. Ce dernier, bien qu'il ne soit pas l'héritier le plus proche de l'absent, demande et obtient l'envoi en possession. Puis le frère, apprenant ce qui s'est passé, se présente et fait valoir ses droits. Le cousin devra lui restituer les biens dont il avait été indûment mis en possession.

§ 2. — *Du droit reconnu au conjoint de l'absent d'opter entre la continuation et la dissolution de la communauté.*

262. Lorsque l'absent est marié sous un régime autre que le régime de communauté, la déclaration d'absence produit, en ce qui concerne les biens délaissés par lui, ses effets ordinaires. Le contrat de mariage des époux est considéré comme dissous et tous ceux qui ont sur le patrimoine de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, y compris l'époux présent, sont admis à les exercer provisoirement. Quand les époux sont communs en biens, les choses peuvent se passer autrement. La loi accorde alors à l'époux présent la faculté d'opter entre la dissolution provisoire de la communauté et sa continuation. En prenant ce dernier parti, il empêche l'envoi en possession au profit des divers intéressés, lesquels se trouvent dès lors dans la même situation que s'il n'y avait pas absence. « *L'époux commun en biens, dit l'art. 124, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. — La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite.* » En permettant ainsi à l'époux présent d'exiger le maintien de ses conventions matrimoniales, le législateur est parti de cette idée que le mariage n'étant point dissous tant que le décès de l'absent n'est pas établi, il serait injuste d'imposer à l'époux présent la rupture des conventions sur la foi desquelles l'union conjugale a été formée. Le droit de l'époux présent, droit certain, résultant d'un contrat, doit l'emporter sur le droit incertain, hypothétique, des héritiers présomptifs de l'absent. On peut

ajouter que l'intérêt de l'absent, s'il vit encore, est que l'administration de ses biens demeure concentrée entre les mains de son conjoint, au lieu d'être morcelée entre des ayant droit peut-être fort nombreux. Ces motifs existant également dans le cas où les époux ont adopté un régime autre que le régime de communauté, on ne s'explique pas que les auteurs du code n'aient pas alors reconnu au conjoint présent le droit de maintenir provisoirement le *statu quo*.

Si l'art. 124 est spécial au régime de communauté, il s'applique d'ailleurs indistinctement toutes les fois qu'il y a communauté. Il régit donc la communauté conventionnelle aussi bien que la communauté légale et même la communauté d'acquêts stipulée accessoirement au régime dotal (art. 1581).

L'exercice du droit d'option n'est soumis par la loi à aucune forme spéciale. L'époux présent peut donc manifester sa volonté d'une manière quelconque.

Cela posé, examinons successivement l'hypothèse où l'époux présent se prononce pour la continuation provisoire de la communauté et celle où il préfère sa dissolution provisoire.

263. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *L'époux présent opte pour la continuation provisoire de la communauté.* Comme l'envoyé en possession provisoire, l'époux qui opte pour la continuation de la communauté est soumis à l'obligation de faire inventaire (art. 126, al. 1). Cette obligation incombe au mari aussi bien qu'à la femme; la loi en effet ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer, l'inventaire étant la base nécessaire du compte que l'époux présent pourra avoir à rendre aux ayant-droit de l'absent. L'inventaire doit comprendre non seulement les meubles et titres personnels de l'époux absent, mais encore ceux de la communauté.

Le tribunal peut ordonner la vente de tout ou partie du mobilier, auquel cas il doit être fait emploi du prix. Si c'est la femme qui est présente, la justice peut ordonner la vente tant des meubles communs que des meubles personnels du mari. Si c'est le mari, elle peut bien ordonner de vendre les meubles personnels de la femme, mais non les meubles communs, parce que ce serait porter atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté (1).

Mais, à la différence de l'envoyé en possession, l'époux qui opte pour la continuation de la communauté n'est pas tenu de donner caution. L'art. 124 qui prévoit à la fois le cas de la continuation et celui de la dissolution de la communauté n'exige que dans ce dernier cas la garantie d'une caution. Cette distinction n'est certainement pas très rationnelle, car la caution serait tout aussi utile dans un cas que dans l'autre; mais elle a pour but d'en-

1) Demolombe, t. II, n° 281; Baudry-Lacantinerie et Houques-Foucade, t. I, n° 1210.

courager l'époux présent à opter pour la continuation de la communauté.

En même temps qu'elle empêche l'envoi en possession provisoire au profit de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté lui permet « de prendre ou de conserver » l'administration des biens de son conjoint. Cette administration est dite *légale*, parce qu'elle a sa source dans la loi.

Le mot *prendre* concerne spécialement le cas où c'est la femme qui demande la continuation de la communauté. Elle prend, elle acquiert alors une administration qu'elle n'avait pas auparavant. Le mot *conserver* s'applique au cas où c'est le mari qui est présent. Il continue en effet une administration qui lui appartenait déjà. Cependant il peut arriver qu'il *prenne*, par suite de son option, une administration qu'il n'avait pas. C'est ce qui a lieu quand la femme s'était réservé l'administration de certains de ses biens par une clause spéciale de son contrat de mariage.

Sur les biens de la communauté, les pouvoirs du mari demeurent les mêmes que si la femme n'était pas absente (art. 1421 et suiv.). Il peut donc en disposer à titre onéreux et même à titre gratuit dans les limites tracées par l'art. 1422. Les aliénations par lui faites sont opposables aux héritiers de la femme, alors même qu'il serait établi qu'au moment où elles ont eu lieu la communauté se trouvait dissoute, sauf aux héritiers à réclamer leur part du prix. Sur les biens personnels de la femme, dont le mari avait déjà l'administration, ses pouvoirs restent également ce qu'ils étaient auparavant (art. 1428 et suiv.). Mais il n'a, sur ceux dont la femme s'était réservé l'administration, que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire.

La femme présente n'a, dans tous les cas, que les pouvoirs d'un envoyé en possession tant sur les biens communs que sur les biens personnels du mari. Elle peut faire, sans autorisation de justice, tous les actes d'administration. La loi lui reconnaît ce droit par cela seul qu'elle lui permet d'entreprendre la continuation de la communauté. L'obligation pour la femme de s'adresser au tribunal à chaque acte qu'elle voudrait faire lui rendrait en effet toute gestion impossible. Mais elle ne peut aliéner ou hypothéquer les biens de son mari, les biens communs ou même ses biens personnels, ni plaider, fût-ce sur un acte d'administration, sans l'autorisation de justice (art. 222).

264. L'administration légale prend fin :

- 1° Par le retour de l'absent ou par la preuve acquise de son existence.
- 2° Par la preuve acquise de son décès. La communauté est liquidée et partagée entre l'époux présent et les héritiers de l'absent d'après son état au moment de la mort de celui-ci, sauf le maintien des actes accomplis par l'administrateur légal dans la limite de ses pouvoirs.
- 3° Par la volonté de l'époux présent qui, après avoir opté pour la conti-

uation de la communauté, se prononce ensuite pour sa dissolution provisoire. L'option de l'époux en faveur du maintien provisoire de la communauté peut toujours être rétractée par lui. En agissant ainsi il ne lèse en effet aucun droit. Il y a lieu alors à l'envoi en possession provisoire. Par suite la communauté est considérée comme dissoute non du jour où l'époux a renoncé à l'administration légale, mais du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, et c'est d'après son état à ce moment qu'elle doit être liquidée et partagée. Il sera fait un nouveau partage, s'il vient à être établi que la communauté n'a été dissoute que plus tard, et les envoyés devront restituer les biens s'il est reconnu au contraire que la communauté n'a pas en réalité été dissoute, l'absent vivant encore.

Il ne faut pas confondre *la renonciation à la continuation provisoire de la communauté*, renonciation qui peut être faite par le mari aussi bien que par la femme, avec *la renonciation à la communauté elle-même*, laquelle n'est permise qu'à la femme ou à ses héritiers. La femme qui a opté pour la continuation de la communauté conserve, nonobstant cette option, le droit de renoncer à la communauté elle-même, de quelque manière qu'elle vienne à se dissoudre (art. 124 et 1453).

4° Par la mort de l'époux présent. Cette fois encore la communauté doit être liquidée et partagée non d'après son état actuel mais d'après son état au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, sauf à refaire le partage sur de nouvelles bases s'il est établi soit que l'époux absent vivait encore au moment du décès de son conjoint, soit qu'il est mort avant l'époux présent, mais à une époque postérieure à celle de sa disparition ou de ses dernière nouvelles.

5° Par l'envoi définitif en possession.

265. En ce qui concerne les fruits perçus pendant l'administration légale, l'art. 127 assimile l'époux aux envoyés en possession provisoire. Cette assimilation est généralement critiquée. La situation de l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté est, dit-on, très différente de celle d'un envoyé en possession. Tandis que la prolongation de l'absence rend de plus en plus probables les droits des envoyés, et doit dès lors faire traiter ceux-ci avec une faveur croissante, elle rend de plus en plus incertains ceux du conjoint administrateur, lequel doit être chaque jour plus convaincu qu'il lui faudra restituer les biens qu'il détient aux héritiers ou autres ayant-droit de l'absent. Loin d'augmenter avec le temps, comme pour les envoyés en possession, la quotité de fruits qui lui est attribuée devrait donc aller en diminuant. — La critique serait fondée si, en attribuant aux envoyés en possession une quantité de fruits qui augmente avec la probabilité du décès de l'absent, la loi s'était préoccupée des droits des envoyés. Mais elle a eu en vue avant tout l'intérêt de l'absent lui-même. C'est afin d'assurer l'administration de son patrimoine qu'elle accorde une

rémunération à ceux qui veulent bien s'en charger. A ce point de vue, il n'y avait pas lieu de traiter l'époux administrateur autrement que les envoyés en possession (1).

La disposition de l'art. 127 soulève une difficulté. Comment la concilier avec celle de l'art. 1401 al. 2 qui fait entrer dans la communauté tous les revenus des époux? Il faut à cet effet distinguer suivant que l'administration légale prend fin par le retour de l'absent, par la preuve de son décès ou par une autre cause.

Si l'absent reparaît ou donne de ses nouvelles, la communauté ayant réellement subsisté, c'est à elle qu'appartiennent tous les fruits perçus par l'époux présent pendant son administration. Sous le régime de la communauté légale, l'art. 127 demeure donc sans application. Mais il est possible que, par une clause spéciale du contrat de mariage, certains biens de l'époux absent aient été exclus de la communauté même quant à la jouissance. Dans ce cas, les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes des revenus de ces biens appartiendront, en vertu de l'art. 127, à l'époux présent qui les gagnera non pour lui, mais pour la communauté; tandis que, si cet article n'existait pas, ils appartiendraient en entier à l'absent.

Si le décès de l'absent vient à être prouvé, on appliquera la même solution aux fruits perçus jusqu'au moment du décès. Ceux qui auront été perçus depuis ce moment, date de la dissolution réelle de la communauté, jusqu'à la cessation de l'administration légale, appartiendront en propre à l'époux présent et aux héritiers de l'absent dans la proportion fixée par l'art. 127 (art. 130).

Enfin lorsque l'administration légale cesse par toute autre cause que le retour de l'absent ou la preuve acquise de son décès, l'art. 127 reçoit toujours son application. La communauté étant alors réputée dissoute du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, il ne peut être question d'y faire entrer la part de fruits attribuée à l'époux administrateur (2).

266. 2^e HYPOTHÈSE. — *L'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté.* Il y a lieu dans ce cas à l'envoi provisoire au profit des divers ayant-droit, y compris l'époux présent. Cet époux est admis à exercer, à titre d'envoyé en possession, les droits légaux ou conventionnels qui lui appartiendraient si l'absent était décédé au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Il reprend donc tous ses biens propres, tant ceux dont la communauté avait la jouissance que ceux dont elle ne jouissait pas, le prix de ses biens qui ont été aliénés sans emploi et les indemnités ou récompenses qui lui sont dues à un titre quelconque par la

1) Laurent, t. II, n^o 212.

2) Laurent, t. II, n^o 214; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, nos 1203 et suiv.

communauté. Il a droit à la moitié des biens communs, sauf la faculté pour la femme de renoncer à la communauté (art. 1470 et 1474). Enfin il est fondé à réclamer, sur les biens propres de l'absent et sur la part de celui-ci dans la communauté, le droit d'usufruit ou la pension alimentaire que la loi du 9 mars 1891 accorde au conjoint survivant; mais il agit alors comme héritier ou comme époux et non plus comme commun en biens (1).

Outre les droits qu'il tient de la loi elle-même, l'époux présent exerce ses droits *conventionnels*, c'est-à-dire ceux qui résultent pour lui des clauses de son contrat de mariage, par exemple les gains de survie stipulés à son profit soit sur les biens de la communauté, soit même sur les biens propres de son conjoint, le droit pour la femme de reprendre en cas de renonciation les valeurs tombées de son chef dans la communauté, etc.

267. En sa qualité d'envoyé en possession, l'époux qui a opté pour la dissolution de la communauté est tenu de donner caution *pour les choses susceptibles de restitution*, afin de garantir les droits éventuels de l'absent ou de ses représentants au cas où il viendrait à être établi que la communauté n'a pas été dissoute, ou qu'elle l'a été à une époque autre que celle de la disparition ou des dernières nouvelles.

L'époux présent doit donc donner caution pour les biens qui lui sont attribués à titre de gains de survie, soit sur la part de l'absent dans la communauté, soit sur le patrimoine personnel de celui-ci. Ces biens devront en effet être restitués si, après son décès, il est prouvé que l'absent lui a survécu.

La caution n'est pas due au contraire à l'égard des biens personnels de l'époux présent qui n'étaient pas entrés dans la communauté même pour la jouissance. Ainsi la femme qui se serait réservé, par une clause de son contrat de mariage, l'administration et la jouissance de tel ou tel immeuble ne devrait point caution à raison de cet immeuble qu'elle ne serait en aucun cas tenue de restituer.

Mais l'époux présent est-il tenu de donner caution pour la part qu'il prend dans la communauté et pour ses biens personnels dont la communauté avait la jouissance? Quelques divergences se sont produites à cet égard.

Tout le monde reconnaît que la femme présente est tenue de donner caution pour la portion des biens communs qui lui est attribuée par le partage, ces biens devant être restitués par elle si le mari reparaît. Mais une opinion très répandue estime que le mari présent ne doit pas caution pour la part qu'il prend dans la communauté (2). On en donne pour raison que le mari ayant, en sa qualité de chef de la communauté, le droit de disposer

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1188.

2) Demolombe, t. II, n° 300; Duranton, t. I, n° 470; Laurent, t. II, n° 215.

librement des biens communs, la femme, au cas où elle reparaîtrait, n'aurait rien à exiger de lui. La communauté, dissoute en apparence, n'ayant point en réalité cessé d'exister, la femme devrait respecter tous les actes accomplis par son mari. On oublie en raisonnant ainsi d'une part que le droit de disposition du mari, bien que très étendu, n'est cependant pas absolu (art. 1422), et d'autre part que ce n'est point seulement dans l'intérêt de l'absent lui-même et pour le cas de son retour que la caution est exigée, mais dans l'intérêt de quiconque peut avoir des restitutions à demander à l'époux présent. Or le mari peut être tenu de restituer aux héritiers de la femme une partie des biens qui lui ont été attribués, s'il est prouvé que la femme est décédée à une époque postérieure à celle de ses dernières nouvelles, et si, dans l'intervalle entre le partage provisoire et la date du décès, il s'est produit des changements dans la composition de la communauté (1).

A l'égard des biens personnels prélevés par l'époux présent lors de la liquidation provisoire de la communauté, il y a lieu au contraire de distinguer entre le mari et la femme. Le mari n'est en aucun cas tenu de fournir caution de ce chef. Il peut en effet, quoi qu'il arrive, disposer de ses biens de la façon la plus absolue sans en devoir compte à qui que ce soit. La femme devant restituer ses biens au mari, s'il reparaît, est soumise à la nécessité de donner caution.

L'art. 124 n'exige pas textuellement de l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté les autres mesures de garantie auxquelles sont assujettis les envoyés en possession ordinaires, à savoir l'inventaire, la vente du mobilier et l'emploi des capitaux. L'art. 126 qui impose ces diverses mesures à l'époux optant pour la continuation de la communauté ne parle pas non plus de celui qui se prononce pour la dissolution provisoire. De là on conclut généralement que l'intention du législateur a été d'affranchir cet époux de toute obligation autre que celle de donner caution (2). Il y a cependant de très sérieux motifs de douter que telle ait été sa volonté. L'époux qui opte pour la dissolution de la communauté étant un envoyé en possession, on ne voit pas pourquoi il serait sous ce rapport traité d'une façon spéciale. Il y aurait d'ailleurs une inconséquence manifeste à exiger de lui une caution et à le dispenser de l'inventaire qui complète et qui rend véritablement efficace la garantie résultant du cautionnement. Pour savoir ce que l'époux présent devra restituer le cas échéant, et par suite quelle sera l'étendue de l'obligation de la caution qui garantit

1) Marcadé sur l'art. 124; Valette sur Proudhon, p. 323, note a; Demante, t. I, n° 161; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1190.

2) Laurent, t. II, n° 216; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1191; Huc, t. I, n° 430.

cette restitution, il faut bien en effet qu'on sache ce qu'il a reçu (1).

268. Les pouvoirs de l'époux présent sur les biens qui lui sont attribués par suite de l'exercice provisoire de ses droits et qui sont susceptibles de restitution sont ceux d'un envoyé en possession ordinaire.

Il gagne les fruits qu'il perçoit dans la proportion déterminée par l'art. 127. On doit lui appliquer les règles que nous avons tracées en traitant de la continuation provisoire de la communauté.

A la différence de l'époux qui s'est prononcé pour la continuation de la communauté, celui qui a opté pour la dissolution ne peut plus revenir ensuite sur sa détermination. En prenant ce parti, il a en effet donné lieu à l'envoi provisoire au profit des héritiers présomptifs de son conjoint et de tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de celui-ci. Il n'est pas en son pouvoir de les déposséder.

§ 3. — *De l'envoi définitif en possession.*

269. Pendant cette nouvelle période de l'absence, les intérêts de l'absent, naguère prédominants, passent au second plan. Ils sont désormais primés par ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès et par l'intérêt économique de la libre circulation des biens.

1° De l'époque à laquelle l'envoi définitif en possession peut être obtenu, des personnes qui peuvent le demander et de ses formes.

270. « *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* » (art. 129).

Il résulte de cet article qu'il y a lieu à l'envoi définitif dans deux cas :

1° Lorsque l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration du patrimoine de l'absent.

2° Lorsqu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, sans qu'il soit nécessaire que l'envoi en possession provisoire ait été préalablement obtenu. Le même jugement peut alors déclarer l'absence et prononcer l'envoi définitif.

271. Les mêmes personnes qui peuvent demander l'envoi provisoire ont aussi qualité pour demander l'envoi définitif lequel n'est, comme on l'a dit, que le développement et le terme de la situation créée par l'envoi provisoire. C'est donc en général par les envoyés en possession provisoire que

1) Demolombe, t. II, n° 297.

l'envoi définitif peut être demandé. Si cependant l'envoi provisoire avait été obtenu par d'autres que les véritables ayant-droit, ces derniers, pourvu que leur action ne fût pas prescrite, pourraient requérir à leur profit l'envoi définitif.

Comme l'envoi provisoire, l'envoi définitif n'a pas lieu de plein droit ; il doit être demandé à la justice. La demande est portée devant le tribunal qui a déclaré l'absence ou qui est compétent pour la déclarer. Le tribunal peut, s'il le juge utile, ordonner une enquête à l'effet de s'assurer si l'absent n'a point donné de ses nouvelles ; mais, dans le silence de la loi, cette mesure est pour lui simplement facultative. Le jugement ordonnant l'enquête et le jugement prononçant l'envoi définitif ne sont soumis à aucune condition spéciale de publicité.

Si l'envoi définitif n'a pas lieu de plein droit, l'expiration du temps après lequel il peut être obtenu produit du reste par elle-même un certain effet. Elle opère la libération des cautions données par les envoyés en possession provisoire. Dès que le moment où la demande d'envoi définitif peut être formée est arrivé, que cette demande soit formée ou non, les cautions sont déchargées, non seulement pour l'avenir, mais pour le passé. On ne pouvait en effet ni reconnaître aux cautions le droit de requérir elles-mêmes l'envoi définitif, ni faire dépendre leur libération de la diligence des ayant-droit à le demander. Il fallait donc nécessairement les déclarer libérées de plein droit par le seul effet du temps.

2° Des effets de l'envoi définitif.

272. D'après le projet de code civil, l'envoi définitif rendait les envoyés propriétaires incommutables des biens de l'absent. Une seule exception était apportée à cette règle en faveur des enfants de l'absent encore mineurs au moment de son décès prouvé. L'absent lui-même, s'il reparaisait, n'avait pas le droit d'exiger d'eux la restitution de ses biens. Ce système, contraire à l'équité et au principe qu'il n'y a pas d'hérédité d'un homme vivant, fut ensuite abandonné. D'après celui qui a prévalu, les envoyés définitifs deviennent légalement propriétaires des biens de l'absent ; mais, à l'égard de l'absent lui-même ou de ses véritables ayant-droit, ils n'ont qu'une propriété révocable et peuvent, sur la demande de ces personnes, être contraints de restituer les biens compris dans l'envoi. Dans ce cas, leur droit de propriété disparaît, mais seulement pour l'avenir ; tous les actes antérieurement accomplis par eux relativement aux biens de l'absent sont maintenus. L'expression *envoi définitif*, bien qu'elle ait été conservée, n'indique donc pas d'une façon rigoureusement exacte les effets de cet envoi. C'est seulement à l'égard des tiers qu'il crée une situation réellement définitive et incommutable.

De ces principes résultent notamment les conséquences suivantes :

1° Les envoyés en possession peuvent demander les uns contre les autres le partage des biens de l'absent. Il en est ainsi alors même qu'ils auraient déjà procédé à une division de ces biens, le partage opéré pendant l'envoi provisoire ne pouvant avoir effet qu'en ce qui concerne l'administration. Pour composer la masse partageable, on applique, s'il y a lieu, les règles sur le rapport et sur la réduction.

2° La communauté de biens provisoirement continuée, en vertu de l'option du conjoint présent est dissoute, et il est procédé à la liquidation et au partage de cette communauté.

3° Les envoyés sont tenus des dettes qui grèvent le patrimoine de l'absent; mais comme ils ne sont que de simples successeurs aux biens et non les continuateurs de la personne de l'absent dont le décès n'est pas prouvé, ils n'en sont point tenus *ultra vires* et sur leur propre patrimoine.

4° Ils peuvent aliéner les biens de l'absent, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit. Nous allons voir, en étudiant l'art. 132, quelles sont, en cas d'aliénation, leurs obligations envers ceux auxquels ils doivent restituer les biens.

3° Des événements qui peuvent donner lieu à la restitution des biens par les envoyés définitifs.

273. Ces événements sont : 1° le retour de l'absent ou la preuve acquise de son existence; 2° la preuve acquise de son décès; 3° la preuve faite par certains parents qu'à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent ils étaient ses héritiers présomptifs, à l'exclusion de ceux qui ont été envoyés en possession, ou conjointement avec eux.

274. I. L'art. 132 détermine dans les termes suivants les rapports des envoyés en possession avec l'absent dont l'existence vient à être établie : « 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 qui reparaît pendant l'envoi provisoire reprend ses biens tels que les envoyés les ont reçus. S'ils ont été dégradés, il est fondé à réclamer des dommages-intérêts. S'ils ont été aliénés, il peut les revendiquer contre les tiers acquéreurs. Il n'en est plus de même après l'envoi définitif. L'absent n'a alors aucun droit contre les tiers. Quant aux envoyés en possession, ils ne sont tenus envers lui que dans la mesure où ils se trouvent enrichis à ses dépens, *quatenus locupletiores facti sunt*. A l'exception des fruits qu'ils ont perçus, lesquels leur appartiennent en totalité (art. 127), ils ne peuvent rien conserver du patrimoine de l'absent; mais ils sont quittes en lui remettant ce qu'ils ont entre les mains, sans que leur patrimoine personnel puisse être entamé par la restitution qu'ils ont à faire. L'absent ne jouit d'ailleurs d'aucune garantie spéciale pour l'exécution des obligations

dont ils sont tenus envers lui. Telle est la règle dont l'art. 132 contient diverses applications particulières. Il distingue suivant que les biens de l'absent sont encore au moment du retour de celui-ci dans les mains des envoyés en possession ou qu'ils ont été aliénés par eux.

275. L'absent reprend en nature ceux de ses biens dont les envoyés n'ont pas disposé; mais il les reprend dans l'état où ils se trouvent. Il est donc obligé de respecter les droits réels dont ces biens sont grevés du chef des envoyés, et s'ils ont subi des dégradations, fût-ce par le fait des envoyés, il ne peut exiger de ceux-ci aucune indemnité, à moins qu'ils n'aient tiré profit des détériorations commises, auquel cas ils sont tenus dans la limite de leur enrichissement. Peu importe que les constitutions de droits réels ou les dégradations aient eu lieu pendant l'envoi provisoire ou depuis l'envoi définitif. C'est en effet dans les termes les plus absolus que l'art. 132 déclare que la reprise des biens a lieu dans l'état où ils se trouvent, et, d'autre part, la libération des cautions prononcée par l'art. 129 prouve que l'époque de l'envoi définitif étant arrivée, la responsabilité des envoyés cesse ou va cesser même pour le passé (1).

Il peut se faire qu'au lieu de subir des dégradations, les biens de l'absent aient reçu des améliorations par le fait des envoyés. Ceux-ci auront-ils le droit de réclamer une indemnité à raison de leurs impenses, en supposant qu'elles ne doivent pas être considérées comme une charge des fruits? On s'est prévalu, pour soutenir la négative, du texte de l'art. 132. Suivant quelques auteurs, cet article, en disant que l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, établit entre les envoyés et lui une sorte de forfait qui rend de part et d'autre toute réclamation impossible à raison des dégradations ou des améliorations (2). Mais la doctrine se prononce en général en sens contraire et cette solution nous paraît en effet la meilleure. Il est de principe que celui qui a fait des travaux sur le bien d'autrui est fondé à réclamer de ce chef une indemnité (art. 555, 861, 862, 1381, 1634). Pour que ce principe d'équité fût inapplicable aux envoyés en possession, il faudrait qu'un texte spécial y eût dérogé en ce qui les concerne. Ce texte n'existe pas. L'art. 132 a été écrit exclusivement dans l'intérêt des envoyés, et ce serait en méconnaître entièrement l'esprit que de le retourner contre eux pour leur enlever le bénéfice du droit commun et permettre à l'absent de s'enrichir à leur dépens (3).

276. Quand un bien de l'absent a été aliéné à titre onéreux, l'envoyé aliénateur doit restituer la contre-valeur acquise par lui dans l'état où elle

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1231.

2) Huc, t. I, n° 444.

3) Demolombe, t. II, n° 166; Aubry et Rau, § 157; Duranton, t. VI, n° 246; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1233.

se trouve. En cas d'échange, l'absent recevra donc le bien acquis en contre-échange. En cas de vente, il aura droit au prix. Si le prix est encore dû, l'absent devient directement créancier de l'acheteur et supporte par conséquent l'insolvabilité totale ou partielle de celui-ci. Si le prix a été payé entre les mains des envoyés, l'absent est fondé à en obtenir d'eux le remboursement, à la condition qu'il existe encore dans leur patrimoine. Les envoyés seraient dispensés de toute restitution s'ils prouvaient que le prix touché par eux a péri, soit par suite d'un mauvais placement, soit parce qu'ils l'ont dissipé de bonne foi. En cas de perte partielle, ils seraient quittes en restituant la portion qui n'a pas péri. Si les envoyés ont employé le prix du bien aliéné à acheter d'autres biens, l'absent reprend les biens provenant de cet emploi, sans qu'il lui soit permis d'exiger, au lieu et place de ces biens, la restitution du prix, et sans que, de leur côté, les envoyés puissent lui imposer la restitution du prix et conserver les biens pour eux.

Tout ce que nous venons de dire du prix des biens aliénés s'appliquerait également aux capitaux remboursés par les débiteurs de l'absent entre les mains des envoyés définitifs.

En cas d'aliénation à titre gratuit, les envoyés ne s'étant pas enrichis par cette aliénation, n'ont rien à restituer. Si cependant ils avaient en donnant imposé au donataire certaines charges dans leur intérêt, ces charges devraient profiter à l'absent. D'autre part, si la libéralité par eux faite avec les biens de l'absent était d'une nature telle qu'à défaut de ces biens ils l'auraient faite néanmoins avec leurs biens personnels, ils devraient verser à l'absent une indemnité égale au montant de la dépense qu'ils se sont ainsi épargnée. Un envoyé a, par exemple, doté ou établi un de ses enfants avec des biens de l'absent. S'il n'avait pas eu ces biens entre les mains, il aurait affecté à cette destination une partie de sa propre fortune. Pour qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens de l'absent, il faut donc qu'il lui tienne compte de la valeur qu'il aurait consacrée à l'établissement de son enfant, s'il avait été réduit à ses seules ressources.

Enfin, l'absent peut exercer toutes les actions en nullité, en résolution ou en révocation qui appartiennent aux envoyés contre les acquéreurs des biens dont ils ont disposé soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

277. Lorsqu'on acquiert la preuve de l'existence de l'absent, sans qu'il reparaisse, il y a lieu d'appliquer par analogie ce que dit l'art. 131 pour le cas d'envoi provisoire. Les effets de l'envoi cessent donc immédiatement et le tribunal prescrit les mesures nécessaires à l'administration des biens de l'absent, à moins que celui-ci ne confie cette administration à un fondé de pouvoir.

Les droits que l'art. 132 reconnaît à l'absent contre les envoyés en possession peuvent être exercés par lui à quelque époque que son existence vienne à être établie. Aucune prescription ne peut lui être opposée par les

envoyés qui ne sont à son égard que des détenteurs précaires (art. 2236).

278. II. Quand le décès de l'absent vient à être prouvé, ceux qui étaient ses héritiers au moment de sa mort sont appelés à recueillir sa succession. Si donc les envoyés en possession étaient à cette date les héritiers les plus proches de l'absent, ils conservent à titre irrévocable les biens qui leur ont été attribués. Dans le cas contraire, ils doivent les restituer aux véritables héritiers. Telle est la décision de l'art. 130, et cette décision régit la période de l'envoi définitif aussi bien que celle de l'envoi provisoire. La généralité des termes de cet article et la suppression des mots *pendant l'envoi provisoire* qui figuraient dans le texte primitif ne peuvent laisser aucun doute sur ce point. Il existe cependant une double différence entre le cas où la preuve du décès est acquise pendant l'envoi provisoire et celui où elle ne l'est qu'après l'envoi définitif. Dans ce dernier cas, les envoyés en possession conservent tous les fruits qu'ils ont perçus. De plus, les héritiers ne pouvant avoir plus de droits que l'absent lui-même s'il était vivant, doivent prendre les biens dans l'état où ils se trouvent au jour de leur réclamation.

L'action par laquelle les héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé demandent aux envoyés en possession provisoire ou définitive la restitution des biens composant sa succession est une action en *pétition d'hérédité*. Pour qu'elle puisse être utilement intentée, il faut qu'il ne se soit pas écoulé plus de trente ans depuis le décès de l'absent. Au bout de ce temps elle serait en effet éteinte par la prescription (art. 2262).

279. III. En dehors du cas où le décès de l'absent se trouve légalement établi, les envoyés en possession peuvent être contraints de restituer, en tout ou en partie, les biens qu'ils ont entre les mains sur la demande de certains parents qui prouvent qu'à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent ils étaient ses héritiers présomptifs à l'exclusion de ceux qui ont été envoyés en possession ou conjointement avec eux. Il ne s'agit plus alors d'une pétition d'hérédité, puisqu'on ignore si l'absent est décédé, mais d'une action tendant à obtenir l'envoi en possession en concours avec les envoyés primitifs ou même de préférence à eux. Cette action se prescrit par trente ans. Mais le point de départ de la prescription varie suivant la qualité des parents.

A l'égard des parents autres que les descendants de l'absent, les trente ans courent du jour de l'envoi provisoire. Leur action est donc rarement recevable après l'envoi définitif, cet envoi étant régulièrement prononcé alors que l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire. Pour qu'elle puisse être utilement intentée il faut que l'envoi définitif ait été obtenu cent ans après la naissance de l'absent, l'envoi provisoire n'ayant pas duré trente années, ou bien que la prescription ait été interrompue ou suspendue au profit des demandeurs.

A l'égard des descendants de l'absent, les trente ans courent seulement du jour de l'envoi définitif : « *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. 133). Leur droit, s'il n'est pas imprescriptible comme celui de l'absent lui-même, est donc soumis à une prescription plus longue que celui des autres parents de l'absent. Cette faveur appartient à tous les descendants indistinctement, aux enfants naturels comme aux enfants légitimes, aux petits-enfants comme aux enfants du premier degré. Mais la restitution des biens n'a lieu que *comme il est dit en l'art. 132*, c'est-à-dire que les descendants doivent les prendre dans l'état où ils se trouvent.

L'art. 133 suppose que le décès de l'absent n'est pas établi. S'il l'était, les descendants ne pourraient, comme tous autres héritiers, intenter leur action en pétition d'hérédité que pendant trente ans à compter du décès.

SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

280. Sous le nom de *droits éventuels*, le code désigne ici ceux dont l'ouverture au profit de la personne qui est appelée à les recueillir est subordonnée à l'existence de cette personne. Tels sont :

1° Le droit de succéder. Pour recueillir une succession, il faut être vivant au moment où cette succession vient à s'ouvrir (art. 725).

2° Le droit de recueillir un legs. Le légataire doit exister au moment du décès du testateur si le legs est pur et simple (art. 1039), et au moment de l'événement de la condition si le legs est conditionnel (art. 1040).

3° Le droit de retour stipulé dans une donation entre vifs. Le donateur ne profite de ce droit qu'autant qu'il survit au donataire (art. 951).

4° Le droit à une substitution. Pour que l'appelé recueille les biens substitués, il faut qu'il survive au grevé (art. 1048-1053).

5° Le droit résultant d'une donation de biens à venir. Le donataire ne peut profiter de la donation que s'il survit au donateur (art. 1089).

6° Le droit à une rente viagère. Le paiement des arrérages de cette rente ne peut être exigé qu'autant qu'on justifie de l'existence du créancier ou de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (art. 1983).

Après avoir traité dans les art. 112 à 134 des biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, la loi va donc supposer, dans la présente section, que des droits exigeant l'existence actuelle de la personne appelée à les recueillir viennent à s'ouvrir au profit

de l'absent alors que son existence est devenue incertaine. L'art. 135, qui n'est du reste qu'une application du droit commun, pose le principe en ces termes : « *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.* » Celui qui invoque un droit est tenu d'établir que ce droit existe (art. 1315). Lors donc que le droit réclamé est subordonné à la condition que telle personne soit vivante au moment où il prend naissance, celui qui prétend l'exercer du chef de cette personne doit prouver qu'elle a survécu à l'ouverture du droit. Tant que cette preuve n'est pas faite, la prétention du réclamant est irrecevable. Ainsi une succession s'ouvre à laquelle un absent est appelé. Ses représentants, quels qu'ils soient, ne pourront demander qu'on l'admette au partage et qu'on lui attribue la part qui lui est assignée par la loi qu'en établissant qu'il vivait encore au moment où la succession s'est ouverte. S'il s'agit d'un legs fait à l'absent, on ne pourra le réclamer en son nom qu'en prouvant qu'il existait lors du décès du testateur, si le legs est pur et simple, et au jour de l'accomplissement de la condition si le legs est conditionnel.

La disposition de l'art. 135 s'applique pendant la présomption aussi bien qu'après la déclaration d'absence, l'existence du présumé absent étant douteuse comme celle de l'absent déclaré (1). Ce fut même pour prévenir toute équivoque à cet égard que, lors de la discussion de notre article au Conseil d'État, on remplaça le mot *absent* qui se trouvait dans le texte primitif par cette périphrase : *un individu dont l'existence n'est pas reconnue*.

281. Celui dont l'existence est incertaine, ne recueillant pas les droits éventuels qui lui sont échus, que vont devenir ces droits? Tant que dure l'incertitude sur le sort de l'absent, les choses se passent à cet égard comme s'il était décédé. Son exclusion profite donc provisoirement à ceux qui seraient appelés à profiter de son décès prouvé. Si, par leur nature, les droits éventuels qui lui sont échus ne pouvaient appartenir qu'à lui seul, comme une rente viagère ou un legs d'usufruit, ces droits sont réputés éteints jusqu'à preuve contraire. Si, à défaut de l'absent, ils devaient être dévolus à d'autres personnes, celles-ci les recueillent en son lieu et place. C'est ce que déclare expressément l'art. 136 en ce qui concerne les successions : « *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.* » Une personne a trois enfants dont l'un est absent. Elle meurt. Les deux enfants présents prendront toute la succession comme si leur frère était prédécédé. — Une personne laisse à son décès son père et un fils, mais ce

1) Alger, 4 mai 1896, D. 97, 2, 364.

dernier est absent. Le père recueillera toute l'hérédité. — Si l'héritier absent a des enfants ou descendants présents, ceux-ci pourront-ils venir par représentation à la succession dont leur auteur se trouve écarté à raison de l'incertitude de son existence? La négative a été soutenue. Suivant l'art. 744, a-t-on dit, on ne représente pas les personnes vivantes. Les enfants de l'absent ne pouvant pas prouver son décès ne sauraient donc le représenter (1). Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. L'art. 136 veut que lorsqu'une succession échoit à une personne dont l'existence est douteuse, on procède comme si cette personne était décédée. Ses descendants doivent donc la représenter, puisqu'ils la représenteraient en cas de décès. Il serait contraire à toute logique de considérer l'absent comme mort à l'effet de l'écarter de la succession et de le considérer ensuite comme vivant à l'effet d'empêcher la représentation.

282. L'exclusion prononcée contre l'absent par les art. 135 et 136 étant déterminée par l'incertitude qui règne sur son existence, n'a plus de raison d'être lorsque cette incertitude vient à cesser. Si donc, avant qu'il y ait prescription accomplie, l'absent reparait, ou si ses représentants ou ayant-cause parviennent à prouver qu'il existe encore ou qu'il existait au moment où les droits se sont ouverts, rien ne s'oppose plus à ce que ces droits soient exercés soit par lui, soit par ses représentants ou ayant-cause. « *Les dispositions des deux articles précédents, dit l'art. 137, auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compétent à l'absent ou à ses représentants ou ayant-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.* » Ceux qui recueillent un droit au lieu et place d'un absent devraient dès lors, semble-t-il, être assujettis, en vue de cette éventualité, à des mesures conservatoires. Il n'en est rien pourtant. La loi qui montre tant de sollicitude pour l'absent, lorsqu'il s'agit de lui conserver les biens qui lui appartenaient au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, a complètement négligé ses intérêts quand il s'agit des droits éventuels qui lui sont échus. Elle n'exige de ceux qui les recueillent à son défaut aucune garantie de restitution et n'apporte aucune limitation à leurs pouvoirs.

283. Pour produire un effet utile, la réclamation de l'absent ou de ses représentants doit avoir lieu avant que la prescription soit accomplie. Ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent en vertu des art. 135 et 136 ne sont point en effet à son égard des détenteurs précaires comme les envoyés en possession. Ils possèdent à titre de propriétaires, et par conséquent la prescription peut s'accomplir à leur profit. La loi ne fixe pas le délai de la prescription, parce que ce délai varie suivant la nature du droit qui appartient à l'absent et qui fait l'objet de l'action. Ainsi il est de trente

1) Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 347.

ans s'il s'agit de la pétition d'hérédité (art. 2262) et de cinq ans seulement s'il s'agit de réclamer les arrérages d'une rente viagère (art. 2277).

L'art. 138 applique à ceux qui ont recueilli une succession à défaut d'un absent le principe de l'acquisition des fruits par le possesseur 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.* » Le code abroge ainsi une règle du droit romain, suivie par notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle l'héritier apparent, obligé de restituer la succession à l'héritier véritable, devait lui tenir compte de tous les fruits dont il avait retiré un bénéfice encore existant. De là cette maxime : *Fructus augent hæreditatem*. Celui qui possède de bonne foi une hérédité méritant la même faveur que le possesseur de bonne foi d'un objet individuel, la loi française reconnaît à l'un comme à l'autre le droit de conserver les fruits qu'il a perçus. Bien que l'art. 138 ne parle que de ceux qui ont recueilli une succession au lieu et place de l'absent, le principe dont il fait l'application à ce cas particulier régirait également ceux qui auraient recueilli tout autre droit à son défaut. L'unique but de cet article est de proscrire la maxime *Fructus augent hæreditatem* et de faire rentrer le possesseur de bonne foi d'une hérédité sous l'empire de la règle ordinaire.

284. La loi, nous l'avons dit, n'a point limité les pouvoirs de ceux qui recueillent au lieu et place d'un absent les droits éventuels qui lui sont échus. De là la question de savoir quel est, dans le cas où l'existence de l'absent vient à être établie, le sort des actes accomplis par ces personnes relativement aux biens qu'elles avaient appréhendés. On s'accorde à reconnaître que les actes d'administration doivent être respectés par l'absent de retour ou ses représentants. Mais il existe une controverse très vive en ce qui concerne les actes d'aliénation. Ces actes doivent, suivant nous, être considérés comme nonavenus. Une succession ouverte au profit de Paul, dont l'existence n'est pas reconnue, a été recueillie en son lieu et place par Pierre. Dans cette succession se trouve un immeuble que Pierre vend à Jean. Quelque temps après Paul reparaît. S'il ne lui convient pas de se contenter de la restitution du prix de vente touché par Pierre, il pourra agir en revendication contre Jean, et celui devra lui rendre l'immeuble, à moins qu'il ne puisse invoquer la prescription. On ne peut en effet transmettre à autrui des droits que l'on n'a pas soi-même. Or quand l'existence de l'absent au moment de l'ouverture de la succession à laquelle il était appelé se trouve établie, il est prouvé que celui qui a recueilli cette succession était sans droit, qu'il n'était pas réellement héritier. Donc il n'a pu conférer à des tiers aucun droit sur les biens héréditaires. Le législateur aurait pu admettre ici, par dérogation aux principes, une solution différente, ainsi qu'il l'a fait dans l'art. 132 en ce qui concerne les envoyés en

possession définitive. Mais, dans le silence de la loi, il n'appartient pas à l'interprète de créer une exception.

285. Les dispositions des art. 135 et suivants n'ont rien d'impératif; il est loisible aux intéressés de renoncer à s'en prévaloir. Ainsi les co-héritiers de l'absent peuvent l'admettre volontairement au partage de la succession. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle intervient et la nature du droit auquel elle s'applique, une pareille renonciation présente un caractère purement provisoire et peut toujours être rétractée par ceux qui l'ont faite. Tant qu'elle est maintenue, les biens attribués à l'absent sont administrés conformément aux art. 112 et suivants.

SECTION III

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

286. Notre législation n'admet d'autres causes de dissolution du mariage que le décès prouvé de l'un des époux et le divorce (art. 227). Le conjoint d'un absent n'a donc pas le droit, quelque prolongée que soit l'absence, de contracter un nouveau mariage. « Le plus important de tous les contrats, disait Bigot-Préameneu dans *l'Exposé des motifs*, ne saurait dépendre d'une simple présomption, soit pour déclarer anéanti celui qui aurait été formé, soit pour en former un nouveau qui ne serait, au retour de l'absent, qu'un objet de scandale et de trouble. »

Mais il peut arriver que, par erreur ou par fraude, l'époux présent contracte une nouvelle union. Le motif qui faisait obstacle à cette nouvelle union, l'incertitude sur le sort de l'absent, s'oppose alors à ce qu'elle puisse être attaquée. S'il est possible en effet qu'elle soit entachée de nullité, l'absent étant vivant lors de sa célébration, il se peut aussi qu'elle soit valable, l'absent étant décédé au moment où elle a été contractée. De là la disposition de l'art. 139 : « *L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera recevable à attaquer ce mariage, par lui-même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence.* »

Le fondé de pouvoir dont il est ici question n'est point le mandataire général que l'absent aurait préposé avant son départ à la gestion de ses affaires, mais un mandataire spécialement chargé d'attaquer le mariage. Un mandataire n'a en effet d'autres pouvoirs que ceux que le mandant a eu l'intention de lui conférer. Or il est inadmissible qu'en constituant un mandataire chargé de veiller à ses intérêts l'absent ait songé au cas où son conjoint viendrait à contracter une nouvelle union, et qu'il ait entendu conférer à son mandataire le pouvoir de faire annuler cette union. Le mandat général donné par lui se réfère exclusivement dans sa pensée à la gestion de

ses intérêts pécuniaires. Mais s'il en est ainsi, pourquoi la loi exige-t-elle comme condition particulière et distincte que le mandataire soit muni de la preuve de l'existence de l'absent? Cette preuve ne résulte-t-elle pas de la procuration qui lui a été donnée? La seule réponse plausible nous paraît être la suivante : De deux choses l'une, ou bien la procuration dont le mandataire est porteur est *authentique*, ou bien elle est *sous seing privé*. Dans le premier cas, elle prouve tout à la fois l'existence de l'absent et le pouvoir conféré au mandataire. Dans le second, en vue duquel statue l'art. 139, la procuration ne suffit pas à prouver l'existence de l'absent, laquelle doit être authentiquement démontrée. Le mandataire doit rapporter en outre un certificat de vie délivré par un officier public (1).

287. Ainsi que nous le verrons en traitant des nullités de mariage, la nullité de la nouvelle union contractée par une personne déjà engagée dans les liens d'un mariage non encore dissous peut être poursuivie non seulement par l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté, mais encore par les nouveaux époux eux-mêmes, par tous ceux qui ont intérêt à la faire prononcer et par le ministère public (art. 147, 184 et 190). Cette règle doit-elle, une fois que l'absence a cessé, recevoir son application? Le ministère public et les intéressés ont-ils alors le droit d'agir en nullité si l'absent lui-même néglige de le faire? L'affirmative n'est pas douteuse, bien qu'elle ait été contestée. L'art. 139 est étranger à cette situation. Il parle en effet de l'époux *absent*, c'est-à-dire de l'époux dont l'existence est incertaine. Tant que dure cette incertitude, personne ne peut attaquer le mariage contracté par l'époux présent, si ce n'est l'époux absent lui-même ou son fondé de pouvoir. Mais dès qu'elle a pris fin, soit par le retour de l'absent, soit par la réception de ses nouvelles, il n'y a plus ni absence ni absent, on rentre dans le droit commun et les art. 147, 184 et 190 deviennent applicables. On comprend difficilement qu'au lieu d'accepter une interprétation aussi simple et aussi naturelle, qui trouve sa confirmation dans les travaux préparatoires du code, quelques auteurs, sous prétexte d'interpréter littéralement l'art. 139, aient soutenu que l'époux absent a seul qualité, non seulement tant que l'absence dure, mais même après qu'elle a cessé, pour provoquer l'annulation du mariage; ce qui n'aboutit à rien moins qu'à autoriser l'état de bigamie au milieu de la société, en donnant à l'époux qui avait disparu le pouvoir de contraindre les nouveaux époux à rester malgré eux unis par un lien contre lequel leur conscience proteste et de faire ainsi, au gré de son caprice ou de son intérêt, que son conjoint ait à la fois deux maris ou deux femmes légitimes (2).

1) Demolombe, t. II, n° 263; Demante, t. I, n° 177 bis, IX et X; Laurent, t. II, n° 251; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1278.

2) Demolombe, t. II, n° 234; Duranton, t. I, n° 527; Valette sur Proudhon,

288. La femme dont le mari est absent n'est point relevée de l'incapacité dont elle est atteinte en sa qualité de femme mariée. L'autorisation maritale qu'elle ne peut obtenir est alors remplacée par l'autorisation de justice (art. 222). Supposons que la femme vienne à agir sans autorisation. Pourra-t-elle demander la nullité de l'acte qu'elle a passé? Non, car il est possible que son mari fût décédé au moment où cet acte a été fait, auquel cas elle était pleinement capable. Dès lors qu'elle ne peut établir qu'à cette date le mariage subsistait encore, sa demande doit être rejetée (1).

289. L'art. 140 dispose que « *Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens.* » Cet article est absolument inutile. Il contient purement et simplement une application du principe posé dans l'art. 120, et cette application résultait d'une façon évidente de la combinaison de l'art. 120, avec l'art. 767 au titre *des Successions*.

CHAPITRE IV

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU

290. On décide généralement que les mesures organisées par les articles qui composent ce chapitre sont spéciales à la période de présomption d'absence, et qu'une fois l'absence déclarée il y a lieu à l'application provisoire des règles ordinaires de la tutelle. Les mots *disparu*, *disparition*, employés dans ces articles aussi bien que dans la rubrique du chapitre ne viennent en effet qu'à la première période de l'absence, et l'art. 142 suppose textuellement que l'absence n'a pas été déclarée.

La loi a prévu quatre hypothèses différentes.

291. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *Le père a disparu la mère étant vivante et présente.* L'art. 141 relatif à cette hypothèse s'exprime ainsi : « *Si le père 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*

t. I, p. 302; Marcadé, sur l'art. 139; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1283; Planiol, t. III, n° 379. — *Contra* : Laurent, t. II, n° 250; Huc, t. I, nos 405 et 456. — Comp. Aubry et Rau, § 159, texte et notes 3 et 4; Demante, t. I, n° 177 bis; Beudant, t. I, n° 364.

1) Demolombe, t. II, n° 267; Aubry et Rau, § 159, texte et note 5; Demante, t. I, n° 177 bis XI; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1285. — Caen, 13 décembre 1875, D. 1877, 2, 108, S. 76, 2, 137; — Cour de cass., 7 mai 1889, D. 90, 1, 119, S. 92, 1, 396.

leur éducation et à l'administration de leurs biens. » La puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants appartient cumulativement pendant le mariage au père et à la mère (art. 372); mais elle est exercée par le père seul (art. 373). Si donc celui-ci se trouve, à raison de son absence, dans l'impossibilité de l'exercer, il est logique et naturel que la mère l'exerce en son lieu et place. La surveillance qui appartient à la mère n'étant pas une tutelle, mais l'exercice de la puissance paternelle, ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale établie par l'art. 2121 sur les biens des tuteurs et il n'y a pas lieu à la nomination d'un subrogé tuteur (art. 420).

Pour accomplir les divers actes que comporte l'administration des biens de ses enfants, la mère n'a point besoin de l'autorisation de justice, et cela alors même que cette autorisation lui serait nécessaire pour accomplir les mêmes actes relativement à ses biens personnels. Sous ce rapport sa situation est exactement la même que celle du père au lieu et place duquel elle agit. Mais elle en diffère aux deux points de vue suivants :

1° Le droit de correction est, entre ses mains, plus restreint que lorsqu'il est exercé par le père (arg. art. 381).

2° Elle n'a pas sur les biens de ses enfants le droit de jouissance légale de l'art. 384. Le présumé absent conserve en effet tous ses droits, aussi bien quant à la jouissance que quant à la propriété. La mère perçoit donc les revenus des biens de ses enfants non pour elle-même, mais au nom et pour le compte de son mari absent (1).

292. 2° HYPOTHÈSE. — *Le père disparaît la mère étant prédécédée.* Cette hypothèse et la suivante font l'objet de l'art. 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 déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. » Par suite du prédécès de sa femme, le père, au moment où il a disparu, se trouvait investi de la tutelle de ses enfants (art. 390). Tant qu'il ne s'est pas écoulé six mois depuis sa disparition, la loi ne prescrit aucune mesure. L'absent pouvant reparaître d'un jour à l'autre, elle veut éviter une immixtion trop précipitée dans ses affaires. Il y aurait lieu seulement, en cas de nécessité, de recourir, pendant ce délai, aux mesures conservatoires autorisées par les art. 112 et suivants. A l'expiration des six mois, la surveillance des enfants doit être déférée par le conseil de famille à l'un des ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire.

1) Demolombe, t. II, n° 318; Huc, t. I, n° 461. — Cour de cass., 1^{er} avril 1889, D. 91, 1, 413, S., 89, 1, 217; — Alger, 27 décembre 1890, S. 92, 2, 5. — *Contra* : Marcadé sur l'art. 141; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1293; Duranton, t. I, n° 521.

Quelle que soit la personne à laquelle elle est déférée, cette surveillance constitue une véritable tutelle qui ne se distingue de la tutelle ordinaire que par son caractère provisoire. Elle entraîne par conséquent l'hypothèque légale et donne lieu à la nomination d'un subrogé tuteur.

Mais pourquoi la loi fait-elle intervenir ici le conseil de famille pour choisir l'ascendant auquel les enfants seront confiés, alors que, d'après le droit commun, elle désigne elle-même parmi les ascendants celui qui doit gérer la tutelle (art. 402 et suiv.)? Les travaux préparatoires expliquent cette anomalie. Le projet du titre *de la Tutelle* exigeait l'intervention du conseil de famille dans tous les cas où il y avait lieu à la tutelle des ascendants pour désigner celui d'entre eux qui serait tuteur. L'art. 142 fut rédigé conformément à ce système, ainsi que le fit remarquer le tribun Leroy dans son rapport. « Les dispositions contenues aux deux premiers articles du chapitre IV, disait-il, sont concordantes avec celles du projet sur les tutelles, que les communications officieuses ont fait connaître à la section de législation du Tribunat. » Plus tard, lors de la rédaction définitive des art. 402 et suivants, on abandonna le système admis tout d'abord et le tuteur fut désigné par la loi elle-même et non par le conseil de famille. Il aurait fallu dès lors remanier l'art. 142 pour le mettre d'accord avec le nouveau principe adopté, mais on n'y songea point. Quelques auteurs ont prétendu que cet article se trouve implicitement modifié par suite du changement apporté aux art. 402 et suivants. Il faudrait pour qu'il en fût ainsi que sa disposition fût incompatible avec celle de ces derniers articles. Il y aurait alors, dans la mesure de l'incompatibilité, abrogation tacite. Mais le défaut d'harmonie n'est pas l'incompatibilité. La disposition de l'art. 142 et celles des art. 402 et suivants, si elles ne sont pas en harmonie, sont du moins parfaitement compatibles, puisque ces articles statuent en vue d'hypothèses différentes, le premier ayant trait à une tutelle provisoire, les autres à une tutelle définitive.

293. 3^e HYPOTHÈSE. — *Le père disparaît alors que la mère est encore vivante, mais la mère vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée.* Tant que la mère est vivante, c'est à elle qu'appartient la surveillance des enfants (art. 141). A son décès, la tutelle s'ouvre et elle revient de plein droit au père absent (art. 390). La situation se trouve donc désormais la même que dans l'hypothèse précédente. Si le décès de la mère s'est produit plus de six mois après la disparition du père, la surveillance des enfants est déférée immédiatement par le conseil de famille à un des ascendants les plus proches ou à un tuteur provisoire. S'il a eu lieu avant l'expiration des six mois, on attend pour organiser la surveillance que ce délai soit écoulé, sauf à faire ordonner provisoirement par la justice les mesures nécessaires.

Dans les art. 141 et 142 le législateur prévoit uniquement la disparition du père. Il ne dit rien de la disparition de la mère; mais cette lacune est facile à combler.

Si la mère vient à disparaître alors que le père est vivant et présent, rien n'est changé dans la situation de celui-ci vis à vis de ses enfants. Jusqu'à la déclaration d'absence, il exerce la puissance paternelle dans les mêmes conditions qu'auparavant.

Si la mère disparaît après le décès de son mari, ou si le père, vivant lors de la disparition de sa femme, décède avant la déclaration d'absence, il y a lieu d'appliquer par analogie la disposition de l'art. 142.

Même solution dans le cas où les père et mère disparaîtraient soit en même temps, soit l'un après l'autre.

294. 4^e HYPOTHÈSE. — *L'époux qui disparaît était remarié et il existe des enfants mineurs issus de son premier mariage.* Cette fois encore, après l'expiration d'un délai de six mois, la surveillance des enfants doit, conformément à l'art. 142, être déferée par le conseil de famille à l'un des ascendants ou à un tuteur provisoire. « *Il en sera de même,* dit l'art. 143, *dans le cas où l'un des époux qui aura disparu laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.* » Le législateur aurait pu se dispenser de formuler cette disposition qui allait de soi, le cas dont il s'agit rentrant dans les prévisions de l'art. 142, puisque l'un des parents est décédé au moment où l'autre disparaît. La circonstance que le père survivant ou la mère survivante a contracté une nouvelle union ne pouvait évidemment faire obstacle à l'application de cet article, le nouvel époux n'ayant aucun droit sur la personne et sur les biens des enfants issus du premier mariage de son conjoint.

295. Les art. 141, 142 et 143 supposent que les enfants mineurs étaient placés sous l'autorité du père ou de la mère qui a disparu. Les mesures qu'ils prescrivent seraient donc sans application dans le cas où l'absent aurait été dispensé ou exclu de la tutelle, ainsi que dans celui où il aurait encouru la déchéance de la puissance paternelle en vertu de la loi du 24 juillet 1889, les enfants se trouvant alors soumis, lors de sa disparition, à un autre pouvoir protecteur.

D'un autre côté les termes de ces articles prouvent qu'ils n'ont en vue que les enfants légitimes. Ils parlent en effet d'*enfants issus d'un commun mariage* ou d'un *mariage précédent* et pouvant avoir des ascendants. En cas de disparition du père ou de la mère d'un enfant naturel reconnu, il appartiendrait à la justice d'ordonner, suivant les circonstances, et en s'inspirant des décisions des art. 141-143, les mesures qui lui paraîtraient commandées par le plus grand intérêt de cet enfant.

CHAPITRE V

DE L'ABSENCE DES MILITAIRES

296. Les dispositions du titre *de l'Absence* sont en principe applicables aux militaires comme à toutes autres personnes. Mais des lois spéciales, les unes antérieures, les autres postérieures au code, ont, sur certains points, édicté, pour les militaires, des règles particulières qui forment à leur égard un droit exceptionnel. Ces lois sont :

- 1° La loi du 11 ventôse an II;
- 2° La loi du 16 fructidor an II;
- 3° La loi du 6 brumaire an V;
- 4° La loi du 13 janvier 1817;
- 5° La loi du 9 août 1871.

Les dangers auxquels sont exposés les militaires en campagne, la difficulté de constater leur sort, enfin la faveur due à ceux dont la mission est de défendre, au péril de leur vie, l'honneur, la sécurité, l'indépendance du pays, tels sont les divers motifs sur lesquels sont fondées ces lois spéciales.

297. La loi du 11 ventôse et celle du 16 fructidor an II ne forment en réalité qu'une loi unique. La seconde a en effet presque exclusivement pour objet d'étendre les limites d'application de la première. Elle déclare que « les dispositions de la loi du 6 ventôse concernant les *défenseurs de la patrie* sont communes aux officiers de santé et à tous autres citoyens attachés au service des armées de la république ». Ces lois doivent être considérées comme étant encore en vigueur. Elles n'ont point été abrogées par la loi du 30 ventôse an XII, car elles ont trait à une *matière* spéciale dont le code ne s'est pas occupé. Aussi un décret du 16 mars 1807 ordonna-t-il leur publication dans les pays nouvellement réunis à la France. Elles n'ont pas été abrogées non plus par la loi du 13 janvier 1817 dont l'objet est absolument différent.

Les lois du 11 ventôse et du 16 fructidor an II sont étrangères aux biens qui appartenaient déjà aux militaires au moment de leur départ pour l'armée. Elles ne concernent que les successions qui peuvent s'ouvrir à leur profit depuis cette époque.

L'art. 1 de la loi du 11 ventôse prescrit au juge de paix qui a apposé les scellés sur les effets d'une succession dans laquelle un militaire se trouve intéressé, d'avertir directement l'héritier, s'il sait à quel corps ou armée il est attaché, et d'aviser dans tous les cas le ministre de la guerre. Après

l'expiration du délai d'un mois; si l'héritier ne donne pas de ses nouvelles et n'envoie pas de procuration, il doit lui être nommé par le conseil de famille un curateur qui provoque la levée des scellés et peut faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles, en toucher le prix et administrer les immeubles en bon père de famille, à charge de rendre compte au militaire absent ou à son fondé de pouvoir (art. 2 à 4).

Bien que la loi ne parle que des *successions* auxquelles les militaires sont appelés, il est généralement admis qu'elle doit être appliquée par identité de motifs aux legs et aux donations de biens à venir qui s'ouvriraient à leur profit.

Mais quelle est l'étendue de l'exception qu'elle apporte en pareille matière aux règles du droit commun? L'ouverture de la succession postérieurement au départ de l'héritier peut avoir lieu à un moment où l'existence de celui-ci ne saurait être mise en doute; elle peut aussi se produire alors que son existence est déjà incertaine. La loi du 11 ventôse an II régit évidemment la première hypothèse, celle de la simple non-présence, puisqu'elle suppose que l'héritier peut être avisé directement par le juge de paix et qu'il peut envoyer une procuration. Mais régit-elle également la seconde, celle d'absence véritable? La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative. Ils estiment que la loi de l'an II déroge en faveur des militaires absents au principe, déjà admis dans l'ancien droit, et consacré aujourd'hui par les art. 135 et 136, en ce sens que les successions qui s'ouvrent à leur profit doivent être mises en réserve, sans qu'il soit permis aux héritiers présents de les en exclure sous prétexte que leur existence n'est pas certaine. Cette solution paraît bien en effet commandée par la généralité des termes de la loi et par l'esprit dans lequel elle est conçue. L'avantage qu'elle a voulu accorder aux membres de l'armée serait sans aucune importance s'il consistait uniquement dans l'établissement d'un mode particulier d'administration des successions auxquelles ils sont appelés (1).

La loi du 11 ventôse an II ne reçoit d'ailleurs son application que pendant la période de présomption d'absence. Les héritiers présents, au préjudice desquels les successions ouvertes depuis les dernières nouvelles du militaire absent ont été mises en réserve pour le tout ou pour partie dans l'intérêt de celui-ci, sont autorisés, une fois l'absence déclarée, à en réclamer la restitution au curateur chargé de les administrer. Tous ceux qui ont sur les biens appartenant au militaire absent au moment de sa dispa-

1) Demolombe, t. II, n° 344; Aubry et Rau, § 161, texte et note 4; Duranton, t. I, n° 430; Demante, t. I, n° 187 bis, II; Marcadé, Appendice au titre IV; Bédant, t. I, n° 200. — *Contra*: Huc, t. I, n° 467; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, n° 1313.

rition des droits subordonnés à la condition de son décès, étant admis à les exercer provisoirement, il serait souverainement illogique de persister à tenir en échec ceux qui auraient le droit de recueillir une succession à son défaut. En facilitant et en simplifiant la déclaration de l'absence des militaires, la loi du 13 janvier 1817 montre bien au surplus qu'après l'absence déclarée le droit commun reprend entièrement son empire.

298. A la différence des lois du 11 ventôse et du 16 fructidor an II, la *loi du 6 brumaire an V* était une loi de circonstance, due aux guerres générales de l'époque, et qui fixait elle-même le terme après lequel elle cesserait d'être applicable. Elle prescrivait, dans l'intérêt des militaires et des personnes attachées au service des armées, des mesures minutieuses et tout à fait exorbitantes destinées à assurer d'une façon complète la conservation de leurs droits et de leurs propriétés. Le caractère transitoire de cette loi nous dispense d'insister sur ses dispositions.

Le point de départ du délai après lequel son application devait prendre fin était la publication de la paix générale. Ce délai fut prorogé de quelques mois par la loi du 21 décembre 1814.

299. La loi du 13 janvier 1817 présente une plus grande importance. La disparition d'un grand nombre de militaires et d'individus attachés au service des armées pendant les longues guerres de la Révolution et de l'Empire, de 1792 à 1815, avait jeté dans les familles et les propriétés une incertitude préjudiciable à l'intérêt public non moins qu'à l'intérêt privé. La loi du 13 janvier 1817 eut pour but de remédier à cette situation. Elle est relative aux moyens de faire déclarer l'absence ou de constater le décès des militaires ou assimilés disparus pendant la période qu'elle détermine; mais, en ce qui concerne la constatation des décès, elle ne contient qu'une application particulière de la règle générale posée dans l'art. 46 du code civil. En matière d'absence, elle abrège les délais et simplifie les formalités prescrites par le code.

D'après le code civil, la demande en déclaration d'absence ne peut être formée que quatre ou dix ans après la disparition où les dernières nouvelles, suivant que l'absent a laissé ou n'a pas laissé de procuration. D'après la loi de 1817 au contraire, les héritiers d'un militaire ou marin en activité de service pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815, et qui avait cessé, avant cette dernière époque, de paraître à son corps et au lieu de son domicile ou de sa résidence, ont pu se pourvoir de suite en déclaration d'absence, sans distinguer s'il avait laissé ou non une procuration. D'autre part, la déclaration d'absence ne peut, d'après le code, être prononcée qu'un an après la demande, c'est-à-dire après cinq ans ou onze ans d'absence. Suivant la loi de 1817, l'absence pouvait être déclarée immédiatement, alors même que l'absent avait laissé une procuration, s'il était établi qu'il avait disparu sans qu'on eût de ses

nouvelles depuis deux ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage dont il faisait partie servait en Europe, et depuis quatre ans, quand il servait hors de l'Europe. Mais si l'absent avait laissé une procuration, les envoyés en possession étaient tenus, en cas de retour, de lui restituer la totalité des fruits perçus pendant les dix premières années de l'absence.

Les enquêtes exigées par le code n'étaient que facultatives pour le tribunal d'après la loi de 1817.

Enfin cette loi prescrivait la publicité, non exigée par le code, de la demande en déclaration d'absence, tandis qu'elle ne prescrivait point la publicité du jugement ordonnant l'enquête et du jugement définitif, publicité exigée au contraire par l'art. 118.

300. La loi du 9 août 1871 a remis en vigueur les dispositions de la loi du 13 janvier 1817 pour constater judiciairement le sort des Français ayant appartenu aux armées de terre et de mer, à la garde nationale mobile ou mobilisée, à un corps reconnu par le ministère de la guerre qui ont disparu depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au traité de paix du 31 mai 1871.

Non content de ressusciter une loi antérieure pour l'appliquer à une situation analogue à celle qui l'avait fait édicter, le législateur de 1871 lui a donné une portée qu'elle n'avait pas. Tandis que la loi de 1817 était spéciale aux militaires et aux personnes attachées au service des armées, il a permis aux tribunaux d'en faire l'application *à tous autres Français qui auraient disparu dans le même temps par suite de faits de guerre*; mais en leur laissant à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

301. Rappelons en terminant qu'en vue de prévenir autant que possible le retour de l'état de choses qui avait donné lieu aux lois de 1817 et de 1871, la loi du 8 juin 1893 a remanié et amélioré les dispositions du code civil (art. 93 et suiv.) sur la tenue des actes de l'état civil concernant les militaires des armées de terre et de mer et les personnes employées à la suite des armées.

Cette loi accorde en outre des facilités particulières pour la constatation du décès des militaires, ou marins morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer quand il n'a pas été dressé d'acte régulier de décès (art. 89 nouveau).

TITRE V

Du mariage

302. Le mariage est la société légitime de l'homme et de la femme unis pour fonder une famille nouvelle et se prêter un mutuel secours.

Le mariage a donc une double fin, d'une part la procréation et l'éducation des enfants, d'autre part l'accroissement du bien-être matériel et moral des époux par l'union de leurs efforts et de leurs forces, Dieu ayant réparti les inclinations et les aptitudes entre les deux sexes de telle sorte que chacun soit le complément et le soutien de l'autre.

303. Acte religieux par son essence même, ainsi que l'ont reconnu tous les peuples depuis l'origine du monde, parce qu'il a Dieu lui-même pour auteur, le mariage a été élevé par Notre-Seigneur Jésus-Christ à la dignité de sacrement. Comme tel, il est soumis à l'autorité de l'Église qui seule peut déterminer les conditions de sa validité entre chrétiens. Il se forme par un contrat, c'est-à-dire par le concours de volonté des parties. Le contrat et le sacrement ne sont point deux choses distinctes, pouvant être séparées. C'est en effet le contrat qui, lorsqu'il est formé suivant la loi de l'Église, constitue le sacrement, et le sacrement ne peut exister sans la volonté réciproque des parties de se prendre pour mari et femme. Sans le sacrement il n'y a pas de mariage pour les chrétiens. Par conséquent, là où l'Église refuse la dispensation du sacrement, le mariage n'existe pas (1).

Telle est la doctrine catholique (2). Cette doctrine, le législateur humain doit la respecter sous peine de faire violence à la foi et à la conscience des citoyens. Ce n'est point malheureusement ce que fait la loi française. Par-

1) Il faut se garder de confondre le mariage avec la bénédiction nuptiale. Le mariage consiste dans le contrat; il existe dès que le contrat est formé, c'est-à-dire dès que les consentements sont échangés de la manière prescrite par l'Église. La bénédiction nuptiale est une cérémonie accessoire dont l'omission n'enlève rien à la validité du mariage. La formule mondaine : « Vous êtes invité à assister à la bénédiction nuptiale qui sera donnée aux futurs époux tel jour, à telle heure, dans telle église », n'est donc pas rigoureusement conforme à la doctrine catholique. Il ne s'agit pas seulement de la bénédiction nuptiale, il s'agit du mariage lui-même.

2) Voyez notamment : Concile de Trente, sess. XXIV, c. IV et suiv. ; *Syllabus errorum*, joint à l'encyclique *Quanta cura* du 8 décembre 1864, prop. 66 et suiv. ; encyclique *Arcanum divinæ sapientiæ* du 10 février 1880.

tant de ce principe, introduit par la constitution des 3-14 septembre 1791, que la loi ne considère le mariage que comme un contrat purement civil, elle prétend le régir seule, en faisant abstraction de son caractère religieux, et ne reconnaît d'autre union conjugale que celle qui satisfait aux conditions de forme et de fond qu'elle a elle-même déterminées. En d'autres termes, non contente de constater l'existence du mariage légitimement contracté suivant la loi religieuse et d'en régler les conséquences juridiques, notre législation agit comme s'il lui appartenait de créer de sa propre autorité un véritable lien matrimonial et elle n'accorde effet qu'à l'union contractée conformément à ses prescriptions. C'est ce qu'on appelle le principe de la *sécularisation du mariage*.

Du mariage religieux il n'est pas dit un seul mot dans le code civil. La loi civile ne le connaît pas. Le code pénal s'en préoccupe au contraire, mais c'est pour l'entraver. « Tout ministre d'un culte, dit l'art. 199 de ce code, qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil, sera pour la première fois puni d'une amende de seize francs à cent francs. » Et l'art. 200 ajoute : « En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir : pour la première récidive d'un emprisonnement de deux à cinq ans et pour la seconde de la détention. »

On lit dans l'*Exposé des motifs* de Portalis que l'institution du mariage dit *civil* est une conséquence du principe de la liberté des cultes et de la liberté de conscience (1). En réalité, elle méconnaît entièrement la nature du mariage, et, sous prétexte de garantir la liberté des incroyants et des sectateurs des cultes dissidents, elle porte atteinte à la liberté du culte et des consciences catholiques.

304. Il appartient à la puissance civile de régler les effets civils du mariage. Par voie de conséquence, elle a le droit d'exiger que tout mariage soit porté à sa connaissance afin qu'il soit authentiquement constaté. Mais il ne lui appartient pas de légiférer sur le mariage lui-même, pas plus qu'il ne lui appartient de régler ce qui touche aux sacrements de baptême ou de pénitence. Son incompétence à cet égard est radicale et absolue. Pour les chrétiens, le mot même de mariage *civil* est un non sens. Il n'y a pas de mariage civil, mais un simulacre de mariage auquel la loi attache les effets du mariage véritable. Ce prétendu mariage n'est et ne peut être autre

1) Ce sont là les motifs avouables et avoués de la sécularisation du mariage, ceux qu'invoquent les admirateurs de bonne foi du mariage civil. Mais pour un grand nombre de ses champions, sa vraie raison d'être est qu'il constitue une arme contre l'Église, un moyen d'affaiblir dans les masses le sentiment religieux et d'assurer la domination de l'autorité temporelle sur l'autorité spirituelle.

chose que la constatation faite à l'avance, dans une forme inexacte et ridiculement solennelle, du mariage que les futurs se proposent de contracter.

La défense faite au prêtre de célébrer le mariage religieux avant que cette cérémonie civile ait été accomplie, entrave son ministère dans une circonstance des plus délicates et revêt alors un caractère de tyrannie véritablement odieux. Nous avons en vue le cas d'un mariage *in extremis*. Appelé près d'un mourant qui a vécu en état de concubinage, le prêtre ne peut lui administrer les derniers sacrements qu'après avoir régularisé sa situation par le mariage. Or, même en supposant la bonne volonté la plus entière de la part de l'officier de l'état civil, les délais qu'exige l'accomplissement des formalités légales rendront, si l'on en tient compte, le mariage impossible. Que devient ici le principe de la liberté du culte ?

La législation du mariage civil ne respecte pas davantage la liberté de conscience. Deux personnes ont comparu devant l'officier de l'état civil qui les a déclarées unies par mariage ; puis l'une d'elles se refuse à la célébration du mariage religieux. Ce n'est pas là une hypothèse chimérique ; les recueils de jurisprudence nous offrent des exemples d'un semblable refus. Marié aux yeux de la loi, l'époux qui prétend se contenter de la cérémonie civile sera fondé à exiger de son conjoint une cohabitation que la conscience de ce dernier lui interdit. Une opinion autorisée et qui a été consacrée à plusieurs reprises par les tribunaux (1) estime à la vérité que le refus par l'un des époux de se marier religieusement constitue envers l'autre une injure grave de nature à entraîner la séparation de corps ou le divorce, et, quelque réprobation que mérite en elle-même cette dernière institution, l'époux trompé peut certainement, dans la circonstance, s'en prévaloir licitement, puisqu'il s'agit de briser un lien exclusivement civil. Mais le remède n'est pas suffisant. La question de savoir s'il y a ou non injure grave étant abandonnée à l'appréciation des tribunaux, rien ne garantit à l'époux trompé qu'il trouvera dans la justice une protection efficace. Encore supposons-nous que l'époux qui refuse la célébration du mariage religieux viole en agissant ainsi une promesse expresse ou tacite. S'il avait été entendu entre les parties qu'elles s'en tiendraient à la cérémonie civile, celle qui, cédant au remords, viendrait ensuite à solliciter de son complice la régularisation de leur situation et ne parviendrait pas à l'obtenir ne pourrait compter sur le secours des tribunaux.

D'autres situations non moins déplorables peuvent résulter du conflit de la loi religieuse et de la loi civile sur le mariage. Sans parler pour le moment du divorce qui, méconnaissant un des caractères essentiels du mariage,

1) Angers, 29 janvier 1859, D. 60, 2, 97 ; — Bruxelles, 17 juillet 1889, S. 90, 4, 28.

l'indissolubilité, donne à des époux, unis religieusement et civilement, le droit de contracter un nouveau mariage civilement valable, alors que l'Église les regarde toujours comme mariés et voit un adultère dans la nouvelle union, on sait que les conditions requises pour pouvoir se marier ne sont pas les mêmes d'après les deux législations. Certaines causes qui constituent des empêchements dirimants aux yeux de la loi civile n'ont pas ce caractère aux yeux de la loi religieuse, et réciproquement. Il peut donc arriver qu'un mariage soit annulé par les tribunaux civils, tout en demeurant valable canoniquement, ou qu'il soit annulé par l'autorité ecclésiastique, tout en continuant d'exister au point de vue civil. Dans le premier cas, les époux auxquels leur conscience commande de rester unis verront leur union privée de tout effet civil et ne pourront pas légalement se créer une famille légitime. Dans le second, l'un d'eux pourra, avec la sanction de la loi civile, contraindre l'autre à une cohabitation que l'Église considère comme un concubinage.

Une difficulté analogue peut s'élever en ce qui concerne les empêchements simplement prohibitifs, lesquels ne sont pas non plus les mêmes d'après la loi canonique et d'après la loi civile. En interdisant de célébrer le mariage religieux avant la cérémonie civile, le code impose indirectement à l'Église l'observation de ses empêchements prohibitifs et fait ainsi obstacle à la libre dispensation d'un sacrement. Le mariage civil pouvant au contraire avoir lieu malgré l'existence d'un empêchement prohibitif canonique, dont la loi civile ne s'inquiète pas, il peut se faire que deux personnes mariées civilement ne se trouvent pas dans les conditions voulues pour pouvoir contracter un mariage religieux. Sans doute, en pareil cas, l'Église lèvera l'empêchement en accordant une dispense. Mais, grâce à l'antériorité du mariage civil, l'État lui force la main et lui enlève toute liberté d'appréciation et de décision.

On voit ce qu'il faut penser de cette assertion banale, répétée complaisamment par tous les panégyristes du code, que notre législation matrimoniale ne porte aucune atteinte à la liberté religieuse.

305. Certains des inconvénients qu'entraîne en cette matière le dualisme de la loi civile et de la loi religieuse disparaîtraient si le mariage religieux pouvait, au gré des parties, avoir la priorité sur la cérémonie civile. Pour repousser cette légère concession, on allègue que les époux pourraient alors se contenter de la célébration religieuse et négliger de faire constater leur union par l'officier de l'état civil. L'objection n'est pas sérieuse. La loi n'impose pas aux parents l'obligation de déclarer à l'officier de l'état civil la naissance de leur enfant avant qu'il soit procédé aux cérémonies de son baptême. Les déclarations de naissance en sont-elles moins régulièrement faites? Pourquoi en serait-il autrement en ce qui concerne le mariage? Les époux ont tout intérêt à ce que leur état soit régulièrement constaté. La

loi pourrait d'ailleurs sanctionner au besoin par une peine l'accomplissement de ses prescriptions à cet égard.

Ce ne serait là toutefois qu'un palliatif insuffisant. La réforme qui assurerait aux catholiques la pleine possession de leurs droits ne pourrait résulter que d'un accord entre l'État et le chef de l'Église, en un mot d'un concordat. L'exemple des diverses nations étrangères prouve que cette réforme pourrait s'opérer sans compromettre en aucune façon l'indépendance du pouvoir civil dans son domaine propre, et aussi sans violenter les sectateurs des cultes dissidents ou même les incrédules dont l'intérêt préoccupe si vivement ceux que la méconnaissance du droit des catholiques laisse indifférents.

Ces réserves nécessaires étant faites, nous allons aborder l'examen des textes consacrés par le code à la réglementation du mariage.

CHAPITRE PREMIER

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

§ 306. D'après les art. 144 à 164 qui forment le présent chapitre, les conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont au nombre de cinq. Il faut :

- 1° Que les futurs époux aient l'âge fixé par la loi;
- 2° Qu'ils consentent au mariage;
- 3° Qu'ils obtiennent le consentement ou tout au moins qu'ils sollicitent le conseil de certaines personnes;
- 4° Qu'ils ne soient point l'un ou l'autre engagés dans les liens d'un mariage encore existant;
- 5° Qu'ils ne soient point parents ou alliés à un degré où le mariage est prohibé.

Mais ces cinq conditions ne sont pas les seules nécessaires. Après les avoir étudiées nous aurons à compléter l'énumération donnée par la loi.

307. L'absence d'une des conditions exigées pour le mariage constitue un *empêchement*. Les empêchements sont *absolus* ou *relatifs*, *dirimants* ou *prohibitifs*.

Les empêchements absolus sont ceux qui mettent obstacle au mariage d'une personne avec qui que ce soit. Tel est, par exemple, le défaut d'âge.

Les empêchements relatifs sont ceux qui mettent obstacle au mariage entre certaines personnes seulement, comme la parenté et l'alliance.

Les empêchements dirimants, du mot latin *dirimere*, détruire, sont ceux dont la violation entraîne la nullité du mariage.

Les empêchements prohibitifs, de *prohibere*, sont ceux qui font obstacle à la célébration du mariage, mais qui ne permettent pas de l'annuler si, en fait, il a été célébré. L'officier de l'état civil qui connaît l'existence d'un semblable empêchement doit refuser de procéder à la célébration du mariage; mais si, par ignorance ou par fraude, il passe outre, le mariage est valable. La sanction des empêchements prohibitifs consiste simplement dans une peine encourue par l'officier de l'état civil et même, dans certains cas, par les époux.

La question de savoir quels sont les empêchements dirimants et les empêchements simplement prohibitifs appartient au chapitre IV : *Des demandes en nullité de mariage*.

SECTION I

DE L'ÂGE

308. Le mariage ayant principalement pour but la procréation des enfants, il faut, pour pouvoir le contracter, avoir atteint l'âge de la puberté, c'est-à-dire l'âge où commence la faculté d'engendrer. En vertu d'une présomption légale déjà admise en droit romain, cet âge, qui en fait varie suivant les individus, était, dans notre ancienne législation, fixé à quatorze ans pour les hommes et à douze ans pour les femmes. Porté par la loi du 20 septembre 1792 à quinze ans pour les hommes et à treize ans pour les femmes, il a été reculé par le code jusqu'à dix-huit ans et quinze ans. « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* », dit l'art. 144. En admettant cette fixation, le législateur moderne est parti de cette idée qu'au développement physique doit se joindre chez les époux une certaine maturité d'esprit, afin qu'ils soient en état de comprendre la gravité de l'engagement qu'ils contractent et de diriger une famille et une maison.

Le principe posé dans l'art 144 comporte du reste une restriction que l'art. 145 formule en ces termes : « *Néanmoins il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.* » L'appréciation de la gravité des motifs allégués à l'appui d'une demande de dispense appartient souverainement au chef de l'État. Des circulaires du Ministre de la justice, en date du 10 mai 1824 et du 29 août 1832, citent parmi les circonstances de nature à être prises en considération la grossesse de la future et le cas où le mariage projeté doit assurer à la personne qui n'a pas atteint l'âge fixé par la loi des moyens d'existence, ou mettre ses mœurs à l'abri des dangers auxquels elles sont exposées.

La personne qui veut obtenir une dispense d'âge doit adresser sa demande au procureur de la république de son domicile. Ce magistrat y joint ses observations et son avis, puis il la transmet, par l'intermédiaire du procureur général, au Ministre de la justice sur le rapport duquel le chef de l'État statue. Lorsque la dispense est obtenue, le décret qui l'accorde est enregistré au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel l'union doit être célébrée et une expédition en est annexée à l'acte de mariage (1).

Si la loi interdit le mariage avant un certain âge, elle ne fixe en sens inverse aucun âge après lequel le mariage cesse d'être permis. La vieillesse la plus avancée ne constitue pas un empêchement.

Enfin le code ne prohibe pas les mariages *in extremis* et il ne reproduit pas les dispositions des ordonnances de 1639 et de 1697, qui privaient ces mariages de tout effet civil quand ils étaient contractés entre deux personnes qui avaient vécu en concubinage. Le but de ces ordonnances était de détourner des unions illicites, en enlevant à ceux qui les formeraient tout espoir de les légitimer au dernier moment. Ce motif n'a pas prévalu aux yeux des rédacteurs du code. Impuissantes à prévenir les désordres, les ordonnances empêchaient de les réparer et frappaient les enfants en les privant du bénéfice de la légitimation. Il était dès lors préférable de les abroger.

SECTION II

DU CONSENTEMENT DES FUTURS ÉPOUX

309. Le mariage est un contrat. Or un contrat se forme par le consentement, c'est-à-dire par l'accord de volonté des parties (art. 1108). Donc sans consentement pas de mariage. « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* », dit l'art. 146.

Mais il ne faut pas confondre l'absence de consentement avec le consentement vicié. Quand il n'y a pas du tout de consentement, il n'y a pas mariage. Quand il y a un consentement, il y a mariage; mais si le consentement est vicié, le mariage pourra être annulé. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons les nullités de mariage (art. 180).

Le consentement des époux étant une condition *sine qua non* de l'existence du mariage, il en résulte que les personnes qui, à raison de leur état mental, sont incapables de volonté ne peuvent pas se marier. Ainsi qu'un individu atteint d'imbécillité vienne déclarer devant un officier de l'état civil qu'il prend telle personne pour son épouse, il n'y aura pas de mariage, cet individu étant hors d'état de consentir. Mais il ne faut pas confondre l'imbécillité, qui est permanente, avec la folie, laquelle n'est pas nécessairement continue. Le fou peut avoir des intervalles lucides, et le mariage

1) Arrêté du 20 prairial an XI.

contracté par lui pendant un de ces intervalles serait valable. Nous supposons, en donnant cette solution, que l'individu atteint de folie n'a pas été interdit. Lorsqu'il l'a été, la question de savoir s'il peut se marier pendant un intervalle lucide est l'objet d'une controverse qui sera examinée au titre de l'*Interdiction*.

310. Le consentement doit être exprimé au moment même de la célébration devant l'officier de l'état civil. Jusque-là, les futurs conjoints sont respectivement libres de se départir de leur projet d'union. Les promesses de mariage ou *fiançailles*, admises par notre ancienne législation, n'existent plus aujourd'hui avec le caractère qu'elles avaient autrefois. Elles constituaient alors un véritable contrat qui produisait des effets juridiques. Celle des parties qui, sans motif légitime, refusait de contracter le mariage promis et rompait les fiançailles était passible de dommages-intérêts. Aujourd'hui, il y a bien encore des promesses réciproques, un consentement préliminaire donné de part et d'autre avant la célébration; mais ces promesses n'engendrent aucune obligation légale; elles n'enchaînent en rien la liberté de ceux qui les ont faites. Jusqu'à l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil, le droit de se dédire demeure entier.

Ce n'est pas à dire pourtant qu'il ne puisse jamais y avoir lieu à des dommages-intérêts par suite de la rupture d'une promesse de mariage. Cette rupture peut causer au futur éconduit un préjudice matériel. Il est possible en effet que, sur la foi des promesses échangées, il ait fait des dépenses, des acquisitions rendues désormais inutiles, qu'il ait abandonné une situation lucrative, etc. Le préjudice qu'il éprouve de ce chef doit être réparé. L'affront dont il est victime peut même, à raison des circonstances dans lesquelles il s'est produit, de l'éclat et de la publicité dont il a été accompagné, lui causer un préjudice moral en portant atteinte à son honneur et à sa réputation. Ce préjudice peut également donner lieu à des dommages-intérêts. Mais ce n'est pas à raison de l'inexécution d'une promesse, non obligatoire aux yeux de la loi, qu'il y a lieu à des dommages-intérêts; c'est en vertu du principe formulé dans l'art. 1382 que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». En d'autres termes, la responsabilité de celui qui, sans cause légitime, retire sa parole est engagée non parce qu'il n'exécute pas sa promesse, mais parce qu'en y manquant il cause par sa faute un préjudice. Il y a de sa part délit civil, s'il agit par dol, avec intention de nuire; il y a simplement quasi-délit si, comme il arrive le plus souvent, son changement de volonté est le résultat de la légèreté ou d'un caprice (1).

1) Demolombe, t. III, nos 28 et suiv.; Laurent, t. II, nos 304 et suiv.; Beudant, t. I, n° 222; Planiol, t. III, n° 107. — Paris, 16 décembre 1874, D. 76,

SECTION III

DU CONSENTEMENT DES ASCENDANTS OU DE LA FAMILLE

311. L'homme à partir de dix-huit ans, la femme à partir de quinze ans ont l'aptitude légale à contracter mariage; mais ils ne peuvent le faire qu'à la condition d'obtenir préalablement le consentement ou du moins de solliciter le conseil de certaines personnes. Cette condition est exigée dans l'intérêt des futurs époux eux-mêmes, afin de les prémunir contre l'entraînement de la passion et contre les séductions auxquelles ils sont exposés, et aussi dans l'intérêt de leur famille, à raison des effets que produit le mariage à l'égard des parents de chacun des conjoints.

Les règles tracées à cet égard par le code varient suivant qu'il s'agit du mariage d'un enfant légitime ou d'un enfant naturel. Elles ont été modifiées par la loi du 20 juin 1896 qui, dans le but de faciliter le mariage, simplifie les formalités dont le législateur de 1804 l'avait entouré et réduit, pour ceux qui ne peuvent les supporter, les frais qu'entraînent quelques-unes de ces formalités. Le rapporteur de la loi au Sénat nous fait connaître en ces termes les préoccupations qui ont inspiré ses dispositions : « La simplification des formalités du mariage aura pour principal résultat de diminuer le nombre des unions irrégulières, qui deviennent si fréquentes dans les grande villes et dans certains milieux ouvriers. Plus il y a en effet de démarches à faire, d'actes à se faire délivrer, de dépenses à faire, d'obstacles à vaincre, plus vite est exposée à se lasser la patience des futurs époux. Souvent, il faut le constater, la complexité de nos formalités de mariage engendre ces co-habitations, que les fiancés ont l'intention de sanctionner par le mariage, mais qui ne se prolongent dans bien des cas que pour aboutir à un abandon définitif. Dans presque tous les pays, moralistes, économistes, jurisconsultes, justement préoccupés de la question du concubinage et de celle de la dépopulation, qui sont si intimement liées, ont réclamé la simplification des formalités du mariage. Partout, sauf en France, des réformes ont été faites, et pourtant c'est en France que le nombre des mariages et le nombre des habitants tendent le plus à diminuer. » Nous sommes loin de méconnaître l'utilité des réformes introduites par la loi de 1896, réformes inspirées d'ailleurs par les doléances des sociétés charitables qui se vouent à la moralisation de la classe ouvrière; mais rattacher à des causes aussi mesquines que le formalisme exagéré du code la diminution constante des mariages et de la natalité, et présenter les amé-

2, 236, S. 75, 2, 112; — Cour de cass., 16 janvier 1877, D. 76, 1, 85, S. 77, 1, 165; — Paris, 26 juin 1894, D. 95, 2, 86, S. 94, 2, 264. — Comp. Huc, t. II, nos 5 et suiv.

liorations réalisées comme un remède capable d'arrêter dans une mesure appréciable le mal dont on se plaint, c'est de la part du rapporteur de la loi une erreur manifeste. Pour tout esprit non aveuglé par l'esprit de parti, l'affaiblissement du sentiment religieux, favorisé par une législation hostile à l'Église, est la principale cause du fléau social qui inquiète à si juste titre tous ceux qui ont à cœur l'avenir et la grandeur du pays. Tant qu'on ne voudra pas le reconnaître, la situation ne fera que s'aggraver.

1° *Mariage d'un enfant légitime.*

312. Il peut se faire que l'enfant ait encore un ou plusieurs ascendants; il se peut aussi qu'il n'en ait plus aucun. Il convient d'envisager séparément les deux hypothèses.

313. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *L'enfant légitime qui veut contracter mariage a encore un ou plusieurs ascendants.* De la combinaison des divers articles que nous avons à passer en revue résulte la règle générale suivante : Le fils avant vingt-cinq ans, la fille avant vingt et un ans, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants, suivant l'ordre que la loi détermine à cet effet. Après cet âge, les enfants ne sont plus astreints qu'à demander, par acte respectueux, le conseil de leurs ascendants sur le mariage qu'ils se proposent de contracter, sans qu'un refus de consentement puisse faire obstacle au mariage.

La loi établit donc pour les fils une majorité spéciale quant au mariage. Capable à vingt et un ans de tous les actes de la vie civile (art. 488), le jeune homme qui a des ascendants reste incapable de se marier sans leur consentement. C'est seulement à vingt-cinq ans qu'il atteint sa majorité matrimoniale. Pour les filles au contraire la majorité matrimoniale coïncide avec la majorité ordinaire.

Le principal motif de cette différence entre les fils et les filles est que les femmes étant plus tôt nubiles que les hommes et ne trouvant à se marier que pendant un temps limité, il convenait de leur accorder plus tôt la libre disposition de leur sort. Un mariage contre le gré des parents est d'ailleurs moins à craindre de la part des filles que de la part des fils.

314. Quels sont les ascendants qui doivent être appelés à consentir au mariage? La réponse est donnée par les art. 148, 149 et 150, qui prévoient trois situations différentes.

315. A. Le père et la mère existent encore l'un et l'autre. — *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 et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit* » (art. 148). L'enfant qui a encore son père et sa mère doit solliciter le consentement de l'un et de l'autre. Si les parents ne sont pas d'accord,

c'est la volonté du père qui l'emporte. Le mariage peut donc avoir lieu si le père donne son consentement, alors même que la mère refuse le sien. Il est impossible dans l'hypothèse inverse. Le père exerçant à la fois l'autorité paternelle et l'autorité maritale, son suffrage devait nécessairement avoir la prépondérance. Mais la mère doit être consultée directement aussi bien que lui. C'est en effet *en cas de dissentiment* que la loi se contente du consentement du père, et, pour qu'il y ait dissentiment entre deux personnes sur une question, il faut évidemment que ces deux personnes aient été appelées à donner leur avis sur cette question. L'officier de l'état civil ne doit donc procéder à la célébration du mariage qu'autant qu'on lui rapporte la preuve que le consentement de la mère a été demandé et qu'il a été refusé. Comment se fera cette preuve, en supposant, ce qui arrivera alors le plus souvent, que la mère n'assiste pas à la célébration? Elle devra se faire de la même manière que s'il s'agissait d'établir le consentement, c'est-à-dire par acte authentique (art. 73). On enseigne généralement que si la mère refusait de faire constater authentiquement son dissentiment, l'enfant devrait, pour prouver qu'il l'a consultée, lui notifier un acte respectueux dans la forme déterminée par l'art 154, et présenter ensuite à l'officier de l'état civil le procès-verbal constatant cette notification. Il y a cependant une difficulté. La demande de consentement n'est pas un acte respectueux. Or la compétence que la loi reconnaît aux notaires pour notifier les actes respectueux est une dérogation au droit commun, d'après lequel les significations sont faites par les huissiers. Est-il possible dès lors d'étendre au cas qui nous occupe la disposition exceptionnelle de l'art. 154? Si sérieuse que puisse être cette objection, la doctrine généralement reçue nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi qu'une opinion dissidente qui oblige l'enfant à recourir en pareil cas au ministère d'un huissier.

La règle d'après laquelle la volonté du père l'emporte en cas de dissentiment sur celle de la mère a reçu de la loi du 20 juin 1896 une restriction formulée en ces termes par le nouvel art. 152 : « *S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira.* » Les enfants de parents divorcés ou séparés de corps sont trop souvent victimes de l'état de guerre existant entre leurs auteurs. Ceux-ci ne laissant passer aucune occasion de se témoigner la haine dont ils sont animés, il peut arriver que l'un d'eux refuse de consentir au mariage de ses enfants, uniquement parce que l'autre y donne son consentement. D'après l'art. 148, ce refus, quand il émanait du père, rendait le mariage impossible, alors même que le divorce ou la séparation avait été prononcé sur la demande de la mère et qu'elle avait obtenu la garde des enfants. Afin de prévenir un pareil abus d'autorité, le nouvel art. 152 accorde voix prépondérante à celui des époux qui a obtenu le

divorce ou la séparation et auquel la garde de l'enfant a été attribuée.

Cependant, malgré cette réforme, les intérêts de l'enfant peuvent encore se trouver injustement sacrifiés. Il résulte en effet des termes mêmes de l'art. 152 et de la discussion de la loi de 1896 que l'art. 148 demeure applicable : 1° quand le divorce ou la séparation a été prononcé aux torts des deux époux ; la mère, en supposant que la garde de l'enfant lui ait été attribuée, ne pouvant alors prétendre que le jugement a été, comme le veut l'art. 152, rendu à son profit ; 2° quand l'époux au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé n'a pas obtenu la garde de l'enfant, soit qu'elle ait été attribuée à l'autre époux, soit qu'elle ait été confiée à un tiers (art. 302).

316. B. L'un des parents 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, en cas de décès du père, il suffira à l'enfant d'obtenir le consentement de sa mère ; il n'aura pas besoin du consentement de ses ascendants paternels.

Le droit de consentir au mariage se rattachant à la puissance paternelle et n'ayant rien de commun avec la tutelle, appartient au survivant des époux alors même que, pour une cause quelconque, il n'a pas la tutelle de son enfant mineur.

Régulièrement, le décès du père ou de la mère doit être prouvé par la présentation de l'acte de l'état civil dressé pour le constater. Dans le cas où les père et mère sont morts tous les deux, l'art. 155 modifié par la loi du 20 juin 1896 permet, nous le verrons, de suppléer à la présentation des actes de décès par l'attestation des aïeuls et aïeules que les père et mère sont décédés. Quelques auteurs sont d'avis que cette disposition doit être appliquée au cas de décès d'un seul des parents, et que ce décès est suffisamment prouvé par l'attestation du survivant. Cette extension donnée à une disposition exceptionnelle nous paraît d'autant moins admissible qu'il n'y a aucune similitude entre les deux situations que l'on prétend soumettre à la même règle. On peut sans inconvénient s'en rapporter à la déclaration des aïeuls et aïeules attestant le décès des père et mère, car il n'est guère à craindre qu'un aïeul veuille marier son petit-fils ou sa petite-fille contre le gré ou à l'insu du père ou de la mère et qu'il fasse dans ce but une déclaration mensongère. La déclaration du père ou de la mère, de la mère surtout, attestant le décès de son conjoint, ne saurait inspirer la même confiance. Il serait possible en effet qu'un époux vivant éloigné de son conjoint et en mauvaise intelligence avec lui déclarât faussement qu'il est décédé, afin de pouvoir marier à son gré son fils ou sa fille (1).

1) Demolombe, t. III, n° 40 ; Huc, t. II, n° 36 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1460.

L'impossibilité pour l'un des parents de manifester sa volonté existe :

- 1° En cas d'absence ;
- 2° En cas d'aliénation mentale, alors du moins que l'aliéné n'a pas d'intervalles lucides ;
- 3° En cas de déchéance de la puissance paternelle (loi du 24 juillet 1889, art. 1 et 2) ;

4° Enfin, l'art. 153, tel qu'il est aujourd'hui rédigé en vertu de la loi du 20 juin 1896, permet de considérer comme hors d'état de manifester sa volonté, à raison de la difficulté de s'adresser à lui, l'ascendant qui subit la peine de la relégation ou qui est maintenu aux colonies une fois libéré de la peine des travaux forcés : « *Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Toutefois les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant.* »

317. C. Le père et la mère sont l'un et l'autre décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur 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).

A défaut du père et de la mère, le droit de consentir au mariage passe aux aïeuls et aïeules et, à défaut de ceux-ci, aux bisaïeuls et bisaïeules. Le mot *aïeuls* dont se sert l'art. 150 est une expression générique comprenant tous les ascendants à quelque degré qu'ils soient (arg. art. 173 et 174).

Deux cas différents peuvent se présenter : ou bien il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne, ou bien il s'en trouve à la fois dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle.

Supposons tout d'abord qu'il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne. S'il n'existe qu'un ascendant, aïeul ou bisaïeul, l'enfant doit obtenir le consentement de cet ascendant. S'il y en a deux, et que ces ascendants soient l'aïeul et l'aïeule, ou bien un bisaïeul et une bisaïeule, mari et femme, l'un et l'autre doivent être appelés à consentir et, en cas de dissentiment, le consentement de l'aïeul ou du bisaïeul suffit. S'il y avait plusieurs bisaïeuls non conjoints, par exemple deux bisaïeuls ou deux bisaïeules, on appliquerait la même règle que lorsqu'il y a des ascendants dans les deux lignes, deux branches d'une même ligne étant l'une vis à vis de l'autre, ce que sont entre elles les deux lignes. — Lorsque les ascendants se trouvent à des degrés inégaux, quand il y a par exemple une aïeule et un bisaïeul, le droit de consentir au mariage appartient à l'ascendant le plus proche, c'est-à-dire à l'aïeule, à l'exclusion du bisaïeul.

Supposons maintenant qu'il y a des ascendants dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle. S'ils sont à des degrés égaux, ils doivent être tous appelés à consentir au mariage. Si les ascendants de l'une des lignes donnent leur consentement, tandis que ceux de l'autre ligne le refusent, ce partage vaut consentement. Ainsi le futur époux a, dans la ligne paternelle, son aïeul et, dans la ligne maternelle, son aïeule ; le consentement de l'aïeule l'emportera sur le refus de l'aïeul et suffira pour rendre le mariage possible. S'il y avait dans chacune des deux lignes un aïeul et une aïeule, le consentement de l'un des deux aïeuls l'emporterait sur le refus de l'autre aïeul et des deux aïeules. En effet, l'une des deux lignes consent alors, puisqu'en cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule le consentement de l'aïeul suffit. Il y a donc partage entre les deux lignes et par suite consentement. — Si les ascendants des deux lignes sont à des degrés inégaux, s'il y a par exemple, dans la ligne paternelle un aïeul et une aïeule et, dans la ligne maternelle, un bisaïeul, ce dernier devra-t-il être appelé à consentir au mariage concurremment avec les aïeuls de l'autre ligne ? Le code n'ayant pas tranché formellement la question, les auteurs sont divisés. Ceux qui pensent que l'intervention du bisaïeul n'est pas nécessaire argumentent de la gradation que le législateur a suivie en cette matière. Ce sont les père et mère qu'il appelle d'abord à consentir au mariage ; il n'appelle les aïeuls qu'à défaut de parents au premier degré ; les bisaïeuls ne doivent dès lors être consultés, que lorsqu'il n'y a pas d'aïeuls (1). Nous admettrions plus volontiers l'opinion contraire. L'art. 150 exige en effet que les deux lignes soient consultées, sans distinguer si elles sont représentées par des ascendants de degrés égaux ou inégaux. Le mariage d'un descendant intéresse d'ailleurs également les représentants des deux lignes. Enfin cette solution a l'avantage de faciliter le mariage, puisque le partage entre les deux lignes emportera consentement (2).

Il peut arriver, surtout dans les classes pauvres, que les futurs époux ne connaissent pas le lieu où leurs père et mère sont décédés et qu'ils ne puissent par suite présenter leur acte de décès. Il suffit alors pour que le mariage puisse avoir lieu que le décès soit attesté par les aïeuls ou aïeules. Cette décision donnée par un avis du Conseil d'État en date du 4 thermidor an XIII, forme aujourd'hui, en vertu de la loi du 20 juin 1896, le deuxième alinéa de l'art. 155 : « *Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules pour la*

1) Aubry et Rau, § 462, texte et note 33 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 397 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1474 ; Demante, t. I, n° 211 bis, II.

2) Demolombe, t. III, n° 49 ; Laurent, t. II, n° 317 ; Huc, t. II, n° 39 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 250 ; Marcadé, sur l'art. 150.

branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage. »

318. Dans quelle forme le consentement des père et mère doit-il être donné? Il peut être exprimé verbalement devant l'officier de l'état civil au moment même de la célébration du mariage. Si, pour une cause quelconque, les ascendants n'assistent point à la célébration, leur consentement doit être donné dans un acte authentique. D'après l'ancien art. 73, cet acte authentique devait être un acte notarié. Le législateur de 1896 a vu dans la nécessité de recourir à un notaire une cause de démarches, de déplacements et de frais de nature à gêner parfois la réalisation du mariage et, en vue d'obvier à cet inconvénient, il a, par un deuxième alinéa ajouté à l'art. 73, permis aux ascendants de s'adresser, pour faire dresser acte de leur consentement, soit à un notaire, soit à l'officier de l'état civil de leur domicile. Cet article est actuellement ainsi conçu : « *L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeux et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté. — Hors le cas prévu par l'art. 160, cet acte de consentement pourra être donné soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires français* » (1). Dans le cas de l'art. 160 l'écrit constatant le consentement n'est autre que la délibération du conseil de famille. Il est bien évident qu'il ne peut alors être question de faire intervenir ni un notaire ni l'officier de l'état civil.

Antérieurement à la modification apportée à l'art. 73 par la loi du 20 juin 1896, une loi du 8 juin 1893 avait tracé des règles spéciales au cas où le consentement à mariage doit être donné pendant le cours d'un voyage maritime ou par un militaire en temps de guerre ou pendant une expédition. Conçue dans le même esprit qu'une autre loi du même jour relative aux actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime, et dont nous connaissons en partie les dispositions, cette loi charge certains fonctionnaires qu'elle désigne de recevoir les actes de consentement ainsi que d'autres actes dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment. Elle se compose de quatre articles dont il suffira de reproduire le texte.

Art. 1^{er}. « En temps de guerre, ou pendant une expédition, les actes de procuration, les actes de consentement à mariage ou à engagement mili-

1) La circulaire ministérielle du 23 juillet 1896 relative à l'application de la loi nouvelle prescrit la tenue dans chaque mairie d'un registre sur lequel les actes de consentement doivent être mentionnés sommairement avec un numéro d'ordre.

taire et les déclarations d'autorisation maritale consentis ou passés par les militaires, les marins de l'État ou les personnes employées à la suite des armées ou embarquées à bord des bâtiments de l'État, pourront être dressés par les fonctionnaires de l'intendance ou les officiers du commissariat. — A défaut de fonctionnaires de l'intendance ou d'officiers du commissariat, les mêmes actes pourront être dressés : 1° dans les détachements isolés, par l'officier commandant pour toutes les personnes soumises à son commandement; 2° dans les formations ou établissements sanitaires dépendant des armées, par les officiers d'administration gestionnaires pour les personnes soignées ou employées dans ces formations ou établissements; 3° à bord des bâtiments qui ne comptent pas d'officiers d'administration, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions; 4° dans les hôpitaux maritimes et coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant, pour les personnes soignées ou employées dans ces hôpitaux. »

Art. 2. « Au cours d'un voyage maritime, soit en route, soit pendant un arrêt dans un port, les mêmes actes concernant les personnes présentes à bord pourront être dressés : sur les bâtiments de l'État par l'officier d'administration ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions, et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron assisté par le second du navire ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent. — Ils pourront de même être dressés, dans les hôpitaux maritimes ou coloniaux, sédentaires ou ambulants, par le médecin directeur ou son suppléant pour les personnes employées ou soignées dans ces hôpitaux. »

Art. 3. « Hors de France, la compétence des fonctionnaires et officiers désignés aux deux articles précédents, sera absolue. — En France, elle sera limitée au cas où les intéressés ne pourront s'adresser à un notaire. Mention de cette impossibilité sera consignée dans l'acte. »

Art. 4. « Les actes reçus dans les conditions indiquées en la présente loi seront rédigés en brevet. — Ils seront légalisés : par le commissaire aux armements, s'ils ont été dressés à bord d'un bâtiment de l'État; par l'officier du commissariat chargé de l'inscription maritime, s'ils ont été dressés sur un bâtiment de commerce; par un fonctionnaire de l'intendance ou par un officier du commissariat, s'ils ont été dressés dans un corps de troupe, et par le médecin-chef, s'ils ont été dressés dans un hôpital ou une formation sanitaire militaires. — Ils ne pourront être valablement utilisés qu'à la condition d'être timbrés et après avoir été enregistrés. » La loi n'indique pas quel est l'officier du commissariat chargé de l'inscription maritime auquel la légalisation doit être demandée. Mais il résulte des déclarations du rapporteur à la Chambre des députés que c'est celui du port où l'acte est remis à terre et, à défaut, celui du port d'armement.

Quel que soit l'officier public par lequel il est dressé, l'acte de consente-

ment doit-il mentionner le nom de la personne avec laquelle le descendant se propose de contracter mariage? L'affirmative ne nous paraît point douteuse. Le consentement des ascendants est exigé afin qu'ils puissent éclairer et diriger leur descendant dans le choix d'un époux et s'opposer au besoin à un mariage inconvenant ou déshonorant. Pour qu'ils soient en état de juger si le mariage projeté est convenable et donner leur consentement en connaissance de cause, il faut nécessairement qu'ils sachent avec quelle personne leur descendant veut se marier. Un consentement général ou donné en blanc ne satisferait donc pas au vœu de la loi. Ce ne serait pas en réalité un consentement, mais une abdication du droit de consentir. A ce motif de décider, déduit de l'esprit de la loi, vient s'en joindre un autre non moins concluant tiré du texte même de l'art. 73. L'acte authentique du consentement des ascendants doit, d'après cet article, contenir *les prénoms, nom, profession et domicile du futur époux*. Or ces mots s'appliquent tout aussi naturellement et même beaucoup plus naturellement à la personne que l'enfant se propose d'épouser qu'à l'enfant lui-même. Était-il besoin en effet de dire qu'une autorisation doit indiquer celui auquel elle est donnée? Nous concluons donc que l'officier de l'état civil auquel on présenterait un acte de consentement ne mentionnant pas le nom de la personne que l'enfant doit épouser serait fondé à refuser de célébrer le mariage tant qu'on ne lui justifierait pas d'un consentement plus régulier (1).

319. Le consentement des père, mère ou autres ascendants doit exister au moment même de la célébration du mariage. Si donc ce consentement a été exprimé d'avance dans un acte authentique, il faut que l'ascendant le maintienne jusqu'à la célébration. Il demeure, tant que le mariage n'a pas eu lieu, entièrement libre de le révoquer, attendu qu'il s'agit d'une manifestation de volonté purement unilatérale. D'un autre côté, si l'ascendant qui a consenti par avance vient à mourir avant la célébration, son consentement est réputé non venu et l'enfant doit s'adresser à celui ou à ceux que la loi appelle à consentir à défaut du prédécédé.

320. Lorsqu'un ascendant refuse de consentir au mariage de son descendant, celui-ci n'a aucun recours contre cette décision. La volonté de l'ascendant est souveraine, absolue. En refusant son consentement, comme en l'accordant, il accomplit un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle dont il ne doit compte à qui que ce soit. Ce principe comporte une seule exception formulée par l'art. 17 al. 2 de la loi du 24 juillet 1889 : « Si des parents ayant conservé le droit de consentement au mariage d'un

1) Demolombe, t. III, n° 53; Valette, *Cours de code civil*, p. 168; Laurent, t. II, n° 320; Huc, t. II, n° 39; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1493; Marcadé, sur l'art. 73; Demante, t. I, n° 236 bis; Durantou, t. I, n° 91. — *Contra* : Aubry et Rau, § 446, note 6.

de leurs enfants refusent de consentir au mariage en vertu de l'art. 148 du code civil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés dans la chambre du conseil. » Nous aurons à déterminer le sens et la portée de cette disposition lorsque nous étudierons, au titre de *la Puissance paternelle*, la loi du 24 juillet 1889.

321. A partir de vingt-cinq ans ou de vingt et un ans, suivant son sexe, l'enfant n'a plus besoin pour se marier du consentement de ses ascendants. Il est désormais le maître de sa destinée quant au mariage. Mais si ses ascendants ne peuvent plus l'empêcher de contracter une union qui ne leur paraît pas convenable en refusant leur consentement, la loi veut du moins qu'ils soient mis à même de faire entendre leurs observations et leurs remontrances. Elle impose en conséquence à l'enfant l'obligation de leur demander conseil. « *Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148 sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par acte respectueux et formel le conseil de leur père et de leur mère ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté* » (art. 151, al. 1).

Dans l'ancien droit, on appelait *sommation respectueuse* l'acte exigé ici par la loi. C'est à dessein que les rédacteurs du code ont remplacé cette dénomination par celle d'*acte respectueux*, le mot *sommation* emportant une idée qui exclut celle de respect.

Les ascendants dont l'enfant doit requérir le conseil par voie d'acte respectueux sont tous ceux dont il serait tenu de solliciter le consentement s'il n'avait pas atteint sa majorité matrimoniale. Mais cette formalité n'est pas nécessaire, bien entendu, lorsque ces ascendants consentent à l'union projetée. C'est seulement lorsqu'ils refusent d'y consentir que l'enfant, s'il persiste dans son projet, est obligé, pour vaincre leur résistance et pour prouver qu'il les a consultés, de recourir aux actes respectueux.

322. Le code, d'après sa rédaction de 1804, exigeait tantôt trois actes respectueux consécutifs, tantôt un seul. Les art. 152 et 153 étaient alors ainsi conçus :

« *Depuis la majorité fixée par l'art. 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 [ou de vingt-cinq ans], il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre un mois après à la célébration du mariage* » (art. 153).

Ainsi donc, les fils jusqu'à l'âge de trente ans, les filles jusqu'à l'âge de

vingt-cinq ans étaient tenus, si leurs ascendants persistaient dans leur refus de consentement, de faire *trois actes respectueux de mois en mois*. Après trente ans pour les fils et vingt-cinq ans pour les filles *un seul acte respectueux suffisait*. La loi du 20 juin 1896 a introduit à cet égard une innovation capitale réclamée depuis longtemps par beaucoup de bons esprits. Elle a supprimé la nécessité des trois actes respectueux. Un seul acte respectueux suffit aujourd'hui dans tous les cas. Un mois après cet acte unique, il peut être passé outre à la célébration du mariage. Cette innovation est formulée dans l'alinéa suivant ajouté à l'art. 151 : « *Il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.* » Afin de ne pas modifier le numérotage des articles du code, la loi nouvelle n'a pas prononcé l'abrogation des art. 152 et 153 ; elle les a remplacés par des dispositions d'ordre différent.

Le rapporteur de la loi de 1896 au Sénat justifie en ces termes la suppression des trois actes respectueux exigés par le code civil : « La raison qui légitime un acte respectueux nécessite-t-elle qu'à trois reprises le même acte soit signifié ? Nous ne pensons pas que cette obligation soit même conforme à l'intérêt de l'enfant. Lorsque les enfants en sont réduits à cette extrémité pour vaincre la résistance, justifiée ou non, de leurs parents, ce n'est pas une formalité de plus ou de moins qui pourra faire changer chez les uns et chez les autres des sentiments qui se sont manifestés depuis longtemps. Avant de faire ce que dans le langage courant on nomme une sommation, les enfants ont en général invoqué tous les arguments de nature à décider leurs parents à donner leur consentement, et ces derniers ont de leur côté fait tous leur efforts pour faire revenir leurs enfants sur leur détermination. Sans doute l'enfant hésite souvent à recourir à un tel moyen ; mais, lorsque son parti est pris, il ne peut certainement pas être arrêté par la perspective de continuer les hostilités pendant deux mois de plus. Bien au contraire, ces mises en demeure successives, les lenteurs qu'elles entraînent, loin de calmer les passions, les irritent et il faut reconnaître que le renouvellement de l'acte respectueux n'est guère fait pour entretenir le respect filial et l'amour paternel. Si un acte respectueux paraît nécessaire pour motiver une réflexion utile et permettre au père d'user de son autorité pour éclairer son fils ou sa fille, nous ne pensons pas qu'il faille aller plus loin. »

Au cours de la discussion, la Chambre des députés repoussa une proposition de M. Charles Ferry portant suppression complète des actes respectueux. Mais elle avait adopté, contrairement à l'avis de sa commission, un amendement moins radical de M. l'abbé Lemire qui maintenait la nécessité de l'acte respectueux au regard des père et mère, et le supprimait seulement vis à vis des aïeuls et aïeules en cas de décès des père et mère. Cette modification ne fut pas admise par le Sénat.

323. Aux termes de l'art. 154, « *L'acte respectueux sera notifié à celui ou à ceux des ascendants désignés en l'art. 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.* » La loi déroge ici à la règle qui veut que les notifications ou significations judiciaires ou extra-judiciaires soient faites par les huissiers. Elle a pensé que l'intervention d'un huissier aurait, en pareil cas, quelque chose d'hostile et de blessant qui s'accommoderait mal avec la nature de l'acte respectueux. Les notaires, initiés par leur position même aux secrets des familles, ont paru être, dans la circonstance, des intermédiaires plus convenables et plus utiles.

La loi n'exige pas que l'enfant assiste à la notification de l'acte respectueux. Sa présence pourrait en effet être l'occasion de scènes fâcheuses et nuire beaucoup plus qu'elle ne servirait.

La notification doit, autant que possible, être faite à la personne même de l'ascendant. Mais il ne saurait, bien entendu, dépendre de celui-ci de retarder indéfiniment le mariage en se tenant éloigné de chez lui ou en refusant de recevoir le notaire. Si donc il évite systématiquement la présence de l'officier public, la notification sera faite valablement au domicile, conformément au droit commun (art. 68 c. pr.). Dans tous les cas, il doit être dressé un procès-verbal de la notification, dans lequel le notaire indique si elle a pu être faite à la personne même de l'ascendant, auquel cas il est fait mention de sa réponse, ou si, au contraire, elle a dû avoir lieu au domicile.

324. L'art. 155 al. 1, prévoit spécialement le cas d'absence d'un ascendant auquel il devrait être fait un acte respectueux et il indique de quelle manière l'absence peut être prouvée : « *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 le juge de paix.* » En disant que, l'absence de l'ascendant étant établie soit par un jugement soit par un acte de notoriété, il sera passé outre à la célébration du mariage, le législateur suppose que cet ascendant est le seul qui reste à l'enfant. S'il en existe d'autres qui sont en état de manifester leur volonté, ceux-ci remplacent l'absent et par suite l'enfant ne peut se dispenser, s'ils refusent de consentir au mariage, de leur notifier un acte respectueux.

325. La loi du 20 juin 1896 a ajouté à l'art. 155 trois alinéas qui sont la reproduction à peu près textuelle d'un avis du Conseil d'État du 4 thermidor an XIII. Le premier de ces nouveaux alinéas nous est déjà connu.

Il permet de remplacer les actes de décès des père et mère, lorsque les futurs époux ne peuvent se les procurer, par l'attestation des aïeuls ou aïeules que ses père et mère sont décédés. Les deux autres alinéas sont ainsi conçus : « *Si les ascendants dont le consentement ou le conseil est requis sont décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence faute de connaître leur dernier domicile, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. — Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage des dites déclarations.* » Un seul changement a été apporté par la loi nouvelle au texte de l'avis du Conseil d'État. Il consiste dans la substitution des mots : *il sera procédé à la célébration du mariage*, à ceux-ci : *il pourra être procédé à la célébration*. L'officier de l'état civil n'a donc plus seulement la *faculté* de célébrer le mariage lorsqu'il lui est déclaré dans les conditions prévues par la loi que le lieu du décès et celui du dernier domicile des ascendants est inconnu ; il est *tenu* de se contenter de cette déclaration et de procéder à la célébration.

326. Le code n'indique aucune cause de nullité des actes respectueux. Mais il est clair que ces actes ne sauraient être valables quelque informes et irréguliers qu'ils soient. Indépendamment des nullités établies expressément par la loi, il y a des nullités *virtuelles* résultant de la volonté tacite du législateur. Un acte est nul, bien qu'aucun texte ne le déclare tel, s'il manque d'une condition substantielle, c'est-à-dire d'une condition dont l'absence l'empêche de remplir le but que la loi a voulu atteindre. Par application de ce principe, un acte respectueux doit être déclaré nul :

1° Lorsqu'il n'a pas été dressé et notifié par un notaire ;

2° Lorsque les formalités requises à peine de nullité pour les actes notariés en général par la loi du 25 ventôse an XI n'ont pas été observées ;

3° Lorsqu'il n'a pas été notifié à chaque ascendant auquel il devait être adressé ;

4° Lorsqu'il n'est pas conçu en termes respectueux.

L'annulation d'un acte respectueux le faisant considérer comme non avenu, met obstacle à la célébration du mariage, sauf à l'enfant à le renouveler en se conformant cette fois aux prescriptions de la loi.

327. 2^e HYPOTHÈSE. — *L'enfant n'a plus aucun ascendant.* C'est alors le conseil de famille qui est appelé à consentir au mariage. Mais son consentement n'est nécessaire qu'autant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans, sans qu'il y ait à distinguer entre les fils et les filles. En présence de collatéraux envers lesquels le futur époux n'a pas les mêmes

motifs de déférence qu'envers des ascendants et qui, peut-être, ne lui portent que peu d'intérêt, il n'y a plus de raison pour reculer, en ce qui concerne le mariage, l'époque ordinaire de la majorité. « *S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles, mineurs de vingt et un ans, ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille* » (art. 160).

328. Le mariage contracté par un individu soumis à la nécessité d'obtenir le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille peut être annulé lorsque ce consentement n'a pas été obtenu (art. 182 et 183). Indépendamment de cette sanction, dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment, la loi, afin de garantir l'accomplissement de ses prescriptions, a établi des peines contre l'officier de l'état civil qui ne s'y conformerait point. Elle prévoit successivement le cas où l'officier de l'état civil célébrerait un mariage sans s'être assuré de l'existence des consentements requis pour sa validité et celui où, après s'être assuré de l'existence de ces consentements, il omettrait de mentionner dans l'acte de mariage qu'ils ont été obtenus.

Le premier de ces deux cas est régi par l'art. 193 du code pénal. « Lorsque pour la validité d'un mariage, dit cet article, la loi prescrit le consentement des père, mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de 16 francs à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus. »

Le second fait l'objet de l'art. 156 du code civil ainsi conçu : « *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 et 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 tribunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'art. 192, et en outre à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois.* » La loi n'ayant pas déterminé le *maximum* de la durée de l'emprisonnement, et notre législation n'admettant plus de peines arbitraires, il s'ensuit qu'il ne peut excéder six mois. L'emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois est donc en réalité un emprisonnement d'une durée fixe et invariable de six mois.

A la différence du défaut de consentement, le défaut d'actes respectueux n'entraîne point la nullité du mariage. En conséquence, la loi se montre en pareil cas moins sévère pour l'officier de l'état civil. Aux termes de

l'art. 157, « *Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans le 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.* » Outre que la peine est moins forte que celle prononcée par l'art. 156, elle n'atteint l'officier de l'état civil que lorsqu'il a célébré le mariage sans que les actes respectueux aient été faits, et non quand il a simplement omis d'en faire mention dans l'acte de mariage.

2° Mariage d'un enfant naturel.

329. Les art. 158 et 159 distinguent les deux hypothèses suivantes :

330. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *L'enfant naturel a été légalement reconnu et il a encore ses père et mère ou l'un d'eux.* — « *Les dispositions contenues aux art. 148 et 149, et les dispositions des art. 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) (1).

L'enfant naturel qui a été reconnu à la fois par son père et par sa mère est soumis envers eux aux mêmes obligations que l'enfant légitime. Envers eux, disons-nous, mais envers eux seulement, et non envers leurs ascendants, l'enfant naturel n'ayant, aux yeux de la loi, d'autres ascendants que ses père et mère. Voilà pourquoi l'art. 158 ne renvoie point à l'art. 150 dans lequel il n'est question que des aïeuls et aïeules. L'enfant naturel doit donc, jusqu'à vingt-cinq ans ou jusqu'à vingt et un ans, suivant son sexe, obtenir le consentement de ses père et mère. En cas de dissentiment, le consentement du père suffit. S'il n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, ou si, après la reconnaissance faite par l'un ou par l'autre, l'un d'eux est mort ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Après l'âge de vingt-cinq ans pour le fils et de vingt et un ans pour la fille, il est tenu comme l'enfant légitime, de demander conseil par un acte respectueux.

331. 2^e HYPOTHÈSE. — *L'enfant naturel n'a pas été reconnu, ou bien ses père et mère qui l'ont reconnu sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* — « *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 et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc qui lui sera nommé* » (art. 159).

Dans cette seconde hypothèse, l'enfant naturel, s'il a plus de vingt et

1) Les modifications résultant de la loi du 20 juin 1896, rendent inexact le renvoi à l'art. 152 dont le nouveau texte est étranger à l'enfant naturel.

un ans, peut se marier sans avoir besoin du consentement ou du conseil de qui que ce soit. S'il a moins de vingt et un ans, il doit obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire d'un tuteur qu'il lui est nommé spécialement à cet effet. Pourquoi la loi n'appelle-t-elle pas alors à consentir au mariage un conseil de famille, comme elle le fait dans l'art. 160 quand il s'agit d'un enfant légitime? Parce que le conseil de famille d'un enfant naturel n'étant en réalité qu'un conseil d'amis, n'offre pas autant de garanties que celui d'un enfant légitime. Il serait à craindre qu'il accomplît sa mission avec négligence et indifférence; tandis qu'un tuteur spécial, se sentant seul et directement responsable, tiendra sans doute à honneur de ne se décider qu'après avoir pesé soigneusement et consciencieusement les avantages et les inconvénients du mariage projeté.

On décide généralement que la nomination du tuteur *ad hoc* appartient, conformément au droit commun, au conseil de famille ou plutôt à l'assemblée d'amis qui en tient lieu. Il convient pourtant de remarquer que, si le conseil de famille est investi par l'art. 405 du pouvoir de nommer les tuteurs ordinaires, il n'existe aucun texte qui le charge de désigner les tuteurs *ad hoc*. De là quelques auteurs concluent que le tuteur dont il s'agit doit être nommé par le tribunal, plus compétent que le conseil de famille pour donner à l'enfant un protecteur capable et éclairé (1). Lorsque l'enfant est pourvu d'un tuteur ordinaire, celui-ci peut, bien entendu, être choisi comme tuteur *ad hoc*; mais cette fonction ne lui appartient pas de plein droit; il faut qu'elle lui soit conférée.

SECTION IV

DE L'ABSENCE DE TOUT LIEN MATRIMONIAL ANTÉRIEUR ENCORE EXISTANT

332. D'après le droit naturel et le droit divin positif, la société conjugale est *une*, c'est-à-dire qu'elle ne peut être formée qu'entre un seul homme et une seule femme. L'art. 147 consacre formellement ce principe essentiel. « *On ne peut, dit-il, contracter un second mariage avant la dissolution du premier.* » C'est là une règle d'ordre public, applicable par suite non seulement aux Français, mais à tous les étrangers qui voudraient se marier en France, sans qu'il y ait à tenir compte des dispositions contraires que renfermerait leur législation nationale.

Le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier

1) Laurent, t. II, n° 342; Huc, t. II, n° 56; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1481.

est un crime puni des travaux forcés à temps (art. 340 c. p.). L'officier de l'état civil qui prêterait son ministère à ce mariage connaissant l'existence du précédent encourrait la même peine.

Mais si l'on ne peut contracter une nouvelle union alors que l'on est encore dans les liens d'un précédent mariage, rien n'empêche de contracter un second mariage après la dissolution du premier, un troisième après la dissolution du second, etc. Nous verrons toutefois que les seconds ou subséquents mariages donnent lieu à certains égards à des prescriptions particulières (art. 228, 290, 380 et suiv., 1098 et suiv., etc.).

SECTION V

DE L'INEXISTENCE ENTRE LES FUTURS ÉPOUX D'UN RAPPORT DE PARENTÉ OU D'ALLIANCE AU DEGRÉ PROHIBÉ PAR LA LOI

333. La parenté est le lien qui unit les personnes descendant les unes des autres ou d'un auteur commun.

La parenté est *légitime*, lorsqu'elle résulte du mariage, *naturelle*, lorsqu'elle dérive d'une union illicite, *civile* ou *fictive*, lorsqu'elle a sa source dans le contrat d'adoption.

On distingue, dans la parenté, la *ligne* et le *degré*.

La ligne est la suite, la série des parents. Elle est *directe* ou *collatérale*.

La ligne directe est la série des parents qui descendent l'un de l'autre. Ainsi le père et le fils sont parents en ligne directe. La ligne directe est dite *descendante* ou *ascendante* suivant qu'on la considère d'en haut ou d'en bas, c'est-à-dire suivant qu'on descend d'une personne à ses enfants, petits-enfants, arrière petits-enfants, etc., ou qu'on remonte d'une personne à ses père, aïeul, bisaïeul, etc.

La ligne collatérale est la série des parents qui ne descendent pas les uns des autres, mais qui ont un auteur commun. Ainsi deux frères, deux cousins sont parents en ligne collatérale. La ligne collatérale est ainsi nommée parce qu'elle se compose de deux lignes directes descendant l'une à côté de l'autre (*a latere*) de l'auteur commun.

Le degré est la distance, l'intervalle qui existe entre deux parents. Cette distance se détermine par le nombre des générations.

Entre deux parents en ligne directe, il y a autant de degrés que de générations. Ainsi entre un père et son fils il y a une génération; le père et le fils sont parents au premier degré. Entre le grand-père et le petit-fils, il y a deux générations; le grand-père et le petit-fils sont parents au deuxième degré.

En ligne collatérale, le calcul n'est plus aussi simple. Le droit romain comptait les degrés de chaque côté, c'est-à-dire en remontant de l'un des

parents à l'auteur commun et en redescendant de l'auteur commun à l'autre parent. D'après ce mode de procéder, deux frères étant chacun à un degré de l'auteur commun, leur père, sont parents au deuxième degré. L'oncle et le neveu sont parents au troisième degré. En effet, de l'oncle à son père, auteur commun, il y a un degré, et de l'auteur commun au neveu deux degrés. Deux cousins germains sont chacun à deux degrés de leur aïeul, auteur commun, ils sont donc entre eux au quatrième degré. On voit que, dans ce système, il n'y a pas de parents au premier degré en ligne collatérale.

Le droit canonique au contraire ne compte les degrés que d'un seul côté, en ayant soin, lorsque les parents se trouvent à une distance inégale de l'auteur commun, comme l'oncle et le neveu, de les compter du côté du parent le plus éloigné de l'auteur commun. De cette manière deux frères sont parents au premier degré, l'oncle et le neveu au second degré, deux cousins germains également au second degré, etc.

L'ancien droit français suivait, en matière de succession, le mode de calcul du droit romain, mais il calculait comme le droit canonique pour régler, en matière de mariage, les empêchements résultant de la parenté.

Les auteurs du Code ont adopté pour tous les cas le mode de supputation du droit romain (art. 738).

Les parents directs ou collatéraux se divisent en *parents paternels* ou *de la ligne paternelle*, d'une part, et en *parents maternels* ou *de la ligne maternelle*, d'autre part. Les parents paternels d'une personne sont d'abord son père, puis tous les parents de son père. Ses parents maternels sont sa mère et tous les parents de sa mère. Une personne peut être parente d'une autre à la fois par son père et par sa mère. C'est ce qui a lieu pour les enfants d'un même lit considérés les uns à l'égard des autres, et pour les enfants issus du mariage de deux personnes dont l'une appartient à la ligne paternelle et l'autre à la ligne maternelle de celui à l'égard duquel il s'agit d'apprécier leur parenté. On nomme parents *consanguins* les parents paternels, parents *utérins* les parents maternels, et parents *germains* les parents à la fois paternels et maternels. Ainsi deux frères issus du même père et de la même mère sont des frères germains; deux frères issus du même père, mais n'ayant pas la même mère sont des frères consanguins; deux frères ayant la même mère, mais n'ayant pas le même père sont des frères utérins.

334. L'alliance ou affinité est le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre. Tous les parents du mari sont les alliés de la femme, et réciproquement tous les parents de la femme sont les alliés du mari. Mais les parents de l'un des époux ne sont point, comme on le croit communément, les alliés des parents de l'autre époux. De même les alliés de l'un

des époux ne sont point les alliés de l'autre époux. *Affinitas non parit affinitatem.*

L'alliance emprunte à la parenté ses lignes et ses degrés. Chacun des époux est allié aux membres de la famille de son conjoint dans la même ligne et au même degré que celui-ci leur est parent. Ainsi un parent au quatrième degré du mari dans la ligne collatérale est l'allié de la femme au quatrième degré en ligne collatérale.

335. La parenté et l'alliance créent des empêchements au mariage en ligne directe et en ligne collatérale.

336. « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne* » (art. 161).

Entre parents en ligne directe, le mariage est prohibé d'une façon absolue et à l'infini. Pas de mariage possible entre un ascendant et un descendant à quelque degré que ce soit. De pareilles unions *feraient horreur*, dit Portalis dans l'*Exposé des motifs*.

La prohibition s'applique aux parents naturels avec la même étendue qu'aux parents légitimes. La loi ne reconnaît en principe aucun lien entre les enfants naturels et les ascendants de leur père ou de leur mère. Si ce principe avait été maintenu ici, le mariage n'aurait été prohibé qu'entre les père et mère naturels et leurs enfants au premier degré. Mais un motif d'honnêteté publique exigeait que, par dérogation à la règle générale, l'empêchement au mariage existât à tous les degrés.

L'alliance produit dans la ligne directe les mêmes empêchements que la parenté légitime ou naturelle. Le mariage est prohibé entre tous les alliés à titre d'ascendants et de descendants à l'infini. Ainsi un homme ne pourrait pas épouser la mère de sa femme, ni la fille que sa femme aurait eue d'une autre union.

Pour que l'alliance constitue un empêchement au mariage, il faut, bien entendu, que le mariage qui lui a donné naissance soit dissous. Tant que cette union subsiste, il y a un autre obstacle à ce que l'un des conjoints épouse un des parents de l'autre, à savoir l'existence même du mariage qui l'empêche d'épouser qui que ce soit. Mais l'alliance continue-t-elle toujours d'exister après la dissolution du mariage qui l'a produite? On a soutenu qu'elle ne subsiste que lorsqu'il y a des enfants du mariage dissous. C'est une erreur. L'alliance persiste bien qu'il n'y ait pas d'enfants, aucun texte ne la déclarant éteinte en pareil cas. L'art. 206 dispose à la vérité que l'obligation alimentaire cesse entre alliés lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son mariage sont décédés. D'autre part, les art. 283 et 378 du code de procédure font dépendre de l'existence d'enfants certains effets de l'alliance. Mais de ce que l'absence d'enfants fait disparaître quelques-unes des conséquences légales de l'alliance, il serait

peu logique de conclure que l'alliance elle-même est rompue et ne produit plus aucun effet (1).

337. « *En ligne collatérale, dit l'art. 162, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.* »

L'art. 163 ajoute : « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* »

Divers motifs ont fait établir ces prohibitions. « Ce sont d'abord certaines considérations morales, et particulièrement la crainte que des relations illicites ne s'établissent dans la famille, par l'espoir que l'on aurait de pouvoir les légitimer dans la suite; puis des raisons politiques, telles que le désir de rapprocher et d'unir les familles; peut-être enfin des motifs de l'ordre purement naturel, ayant trait aux conséquences fâcheuses que peuvent avoir les mariages consanguins au point de vue de la propagation de l'espèce (2). » Entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, la prohibition repose en outre sur une cause particulière, la nature des relations qui existent entre eux, les oncles et tantes étant souvent appelés à remplir auprès de leurs neveux et nièces le rôle de père ou de mère. *Parentum loco habentur*, disait la loi romaine. En nous basant sur ce motif et sur les termes généraux de l'art. 163, nous pensons que le mariage est également prohibé entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit-neveu (3).

L'interdiction du mariage entre frères et sœurs s'applique, d'après l'art. 162, aux frères et sœurs naturels comme aux frères et sœurs légitimes et sans qu'il y ait à distinguer, en présence des termes généraux de la loi, entre les frères et sœurs germains et les frères et sœurs consanguins ou utérins.

Mais la prohibition n'existe pas entre un oncle et sa nièce naturelle, entre une tante et son neveu naturel. L'art. 163 se borne en effet à défendre le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, sans ajouter comme le fait l'art. 162, *légitimes ou naturels*.

Les alliés au degré de frères et sœurs, c'est-à-dire les beaux-frères et belles-sœurs, sont assimilés aux frères et sœurs eux-mêmes. Un homme ne

1) Demolombe, t. III, n° 117; Aubry et Rau, § 461, texte et note 9; Laurent, t. II, n° 352; Huc, t. II, n° 62; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1544. — Bordeaux, 23 février 1881, S. 82, 2, 106; — Dijon, 26 décembre 1888 et 30 janvier 1889, S. 89, 2, 32; — Orléans, 15 novembre 1893, D. 94, 3, 113.

2) Valette, *Cours de code civil*, p. 181.

3) Demolombe, t. III, n° 105; Marcadé, sur l'art. 163; Valette, *Cours de c. c.*, p. 186; Duranton, t. II, n° 168; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 263; Demante, t. I, n° 220. — Cour de cass., 28 nov. 1877, D. 78, 1, 209, S. 78, 1, 337. — *Contra.* Aubry et Rau, § 464; Laurent, t. II, n° 357; Huc, t. II, n° 63; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1540. — Nîmes, 13 août 1872, D. 72, 2, 169, S. 72, 2, 145.

pourrait donc pas épouser la femme veuve ou divorcée de son frère, pas plus qu'il ne pourrait, étant lui-même veuf ou divorcé, épouser la sœur de sa femme. Mais il n'existe pas d'empêchement légal au mariage entre alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu, l'art. 163 n'ajoutant pas comme l'art. 162 : *et les alliés au même degré*.

338. La preuve de la parenté naturelle est soumise par la loi à des règles particulières. Elle résulte de la reconnaissance des enfants naturels, reconnaissance qui peut être volontaire ou forcée. La reconnaissance est volontaire lorsqu'elle est faite par les parents eux-mêmes dans un acte authentique ; elle est forcée lorsque l'enfant recherche son père et sa mère et fait constater sa filiation par un jugement. La recherche de la paternité est interdite en principe ; elle n'est permise que dans un cas particulier. La recherche de la maternité est admise, mais sous des conditions rigoureuses. Enfin, la loi prohibe toute reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux (art. 334 et suiv.). Ces principes doivent-ils être appliqués lorsqu'il s'agit de prouver la parenté naturelle entre deux personnes à l'effet d'empêcher leur mariage ?

La négative est enseignée par quelques auteurs. Les art. 161 et 162, disent-ils, prohibent le mariage entre tous les ascendants et descendants légitimes ou *naturels*, entre le frère et la sœur légitimes ou *naturels*, sans ajouter à ces mots l'expression *légalement reconnus* qui se trouve dans presque tous les articles où il est question des enfants naturels (art. 158, 331, 383, 756, etc.). Cette omission n'est pas purement fortuite, elle n'est point le résultat d'un oubli, car le tribunal d'appel de Lyon avait demandé que l'empêchement dérivant de la parenté naturelle fût limité aux enfants *légalement reconnus*, et cette observation était trop importante pour ne pas frapper l'attention des rédacteurs du Code. Si donc l'addition demandée n'a pas été faite, ce ne peut être qu'à dessein, parce que, dans la pensée du législateur, la parenté naturelle constitue un empêchement au mariage dès lors qu'elle est prouvée d'une manière quelconque, les magistrats étant investis, dans le silence de la loi, d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, tel ou tel genre de preuve. Le système contraire aboutirait d'ailleurs à des conséquences véritablement monstrueuses. Il faudrait dire alors que le mariage est permis entre un père et la fille naturelle qu'il n'a point reconnue, entre un père ou une mère et son enfant adultérin ou incestueux. La loi n'a pas pu consacrer de pareils résultats (1).

Nous croyons cependant que la parenté naturelle ne forme un empêchement au mariage que lorsqu'elle est prouvée conformément aux art. 334 et

1) Demolombe, t. III, n° 107 ; Marcadé, sur l'art. 161. — Trib. de Versailles, 13 janvier 1892, S. 92, 2, 92.

suivants. Lorsque la loi a établi un mode spécial de constater un fait, ce fait est légalement réputé inexistant, tant qu'il n'a pas été prouvé de la manière indiquée. Or la loi, dans le but de garantir l'honneur des citoyens contre des recherches flétrissantes et la société elle-même contre des procès scandaleux, a soumis à des conditions sévères la preuve de la parenté naturelle. En dehors de ces conditions, cette parenté n'existe donc pas légalement et par suite elle ne peut produire aucun effet. On prétend qu'en omettant dans les art. 161 et 162 les mots *légalement reconnus* les rédacteurs du Code ont entendu déroger au droit commun en ce qui touche les empêchements de mariage. Mais l'argument que l'on donne pour établir que ces mots ont été omis à dessein est bien peu probant. Il repose sur une simple supposition, et la supposition contraire est beaucoup plus plausible, aucune allusion n'ayant été faite soit dans la discussion, soit dans les discours et les rapports, à l'observation du tribunal d'appel de Lyon. Il est donc très possible que cette observation ait passé inaperçue, ou bien que l'addition demandée ait paru inutile, le droit commun demeurant applicable par cela seul qu'il n'y était pas expressément dérogé. Le maintien en pareille matière des règles ordinaires sur la preuve de la filiation naturelle peut à la vérité présenter des inconvénients et donner lieu à des mariages qui blessent la conscience publique. Mais le législateur a pu craindre que la suppression, dans ce cas particulier, des restrictions apportées à la preuve de la parenté naturelle donnât lieu à des scandales plus grands et plus fréquents que ceux qu'il s'agirait d'empêcher (1).

339. Parmi les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, il en est qui peuvent être levés au moyen de dispenses accordées par le chef de l'État. L'art. 164, tel qu'il était primitivement rédigé, n'autorisait les dispenses que pour les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu; mais il a été modifié par la loi du 16 avril 1832 qui a étendu sa disposition aux beaux-frères et aux belles-sœurs. Cet article est aujourd'hui ainsi conçu : « *Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'art. 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* »

Ceux qui veulent obtenir des dispenses doivent remettre leur demande au procureur de la république près du tribunal de l'arrondissement dans lequel ils se proposent de célébrer leur mariage. Ce magistrat émet, dans un rapport spécial, son avis sur la suite que comporte la demande, puis il l'adresse, par l'intermédiaire du procureur général, au ministre de la jus-

1) Aubry et Rau, § 568 *ter*, texte et note 12; Laurent, t. II, n° 350; Huc, t. II, n° 61; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1543; Planiol, t. III, n° 41; Beudant, t. I, n° 232. — Grenoble, 14 janvier 1889, D. 90, 2, 193.

tice. Le décret qui accorde la dispense est enregistré au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le mariage doit avoir lieu et une expédition en est annexée à l'acte de célébration (arrêté du 20 prairial an XI).

Afin de donner une idée complète des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance, notons en terminant qu'aux termes de l'art. 348, l'adoption fait obstacle au mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant, enfin entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

SECTION VI

DE QUELQUES AUTRES CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

340. Aux conditions énumérées dans les divers articles que nous venons de passer en revue, il faut en ajouter un certain nombre d'autres qui résultent soit de textes du code placés en dehors du chapitre I, soit de lois spéciales.

I. Aux termes de l'art. 228, « *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.* » Nous indiquerons en temps et lieu la raison d'être de cette règle dont l'art. 296 fait textuellement l'application en cas de divorce.

II. Le mariage contre lequel il existe une opposition ne peut avoir lieu qu'autant qu'on remet à l'officier de l'état civil la main-levée de cette opposition (art. 68).

III. L'art. 295 interdit aux époux divorcés de se réunir lorsque l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce.

IV. En cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut se marier avec son complice (art. 298).

V. Les militaires de l'armée de terre ou de l'armée de mer et les personnes qui leur sont assimilées ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de leurs supérieurs. Cette autorisation est accordée aux officiers et assimilés par les ministres de la guerre ou de la marine et aux sous-officiers et soldats par le conseil d'administration de leurs corps. (Décrets des 16 juin, 3 août, 28 août 1808 et avis du Conseil d'État des 22 novembre-21 décembre 1808.) Les hommes de la disponibilité et de la réserve de l'armée active peuvent se marier sans autorisation (loi du 15 juillet 1889, art. 58).

VI. Les agents ou fonctionnaires des services diplomatique et consulaire ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation du ministre des affaires étrangères (décret du 19 avril 1894).

VII. Les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent-ils contracter mariage aux yeux de la loi civile?

Conformément aux dispositions du droit canonique, l'ancienne jurisprudence des Parlements considérait l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant au mariage.

La législation révolutionnaire ne se borna pas à autoriser le mariage des prêtres; elle l'encouragea de diverses manières. Un décret de la Convention du 19 juillet 1793 disposait notamment que les évêques qui apporteraient directement ou indirectement quelque obstacle au mariage des prêtres seraient déportés et remplacés.

Sous l'empire de la législation actuelle, la question de savoir si un prêtre, un diacre ou un sous-diacre peut contracter un mariage civilement valable a donné lieu à d'ardentes controverses.

Ceux qui considèrent ce mariage comme interdit invoquent tout d'abord le concordat du 26 messidor an IX et la loi du 18 germinal an X, organique du concordat. Par le concordat, qui a rétabli en France l'exercice public du culte catholique, l'Église a acquis le droit de procéder à tous les actes qui, d'après son dogme et sa discipline, sont nécessaires à l'exercice du culte, et l'État a pris l'engagement de la défendre contre toute entrave apportée à l'exercice de ce droit, ce qui emporte à plus forte raison l'obligation de ne pas la troubler lui-même. La loi organique du 18 germinal an X a en outre donné force légale aux dispositions canoniques relatives à la discipline de l'Église qui étaient autrefois suivies en France et que les lois révolutionnaires avaient abrogées. L'art. 6 de cette loi range en effet parmi les cas d'abus l'infraction aux règles consacrées *par les canons reçus en France*, et l'art. 26 défend aux évêques d'ordonner aucun ecclésiastique *s'il ne réunit les qualités requises par les canons*. L'ordination des prêtres est un acte du culte catholique. Le prêtre est obligé par les canons de vivre perpétuellement dans le célibat. Il en prend l'engagement formel avant de recevoir le sous-diaconat. Cet engagement est donc légalement obligatoire et par suite le pouvoir civil ne saurait prêter la main à sa violation en permettant à un officier de l'état civil de procéder au mariage qu'un prêtre voudrait contracter.

On se prévaut également en ce sens de trois lettres, en date des 14 janvier 1806, 30 janvier et 9 février 1807, par lesquelles Portalis, ministre des cultes, défendait à des officiers de l'état civil de marier des ecclésiastiques, et enfin de deux résolutions du pouvoir législatif lui-même. En 1848, une pétition ayant été adressée à l'Assemblée constituante pour demander qu'une loi autorisât le mariage des prêtres catholiques, le comité des cultes, auquel cette pétition fut renvoyée, conclut à l'ordre du jour par des considérations tirées du concordat, des articles organiques, de la morale publique et de l'intérêt de la société. L'Assemblée législative fut saisie

à son tour de la question en 1850 par une proposition ainsi conçue du représentant Raspail : « Il est interdit à tout maire, ou autre fonctionnaire public, de s'opposer désormais à la célébration du mariage d'un citoyen en état de satisfaire à toutes les conditions énoncées au titre V, livre I, du code civil, à quelque profession religieuse que ce citoyen appartienne, et quelque vœu de chasteté qu'il ait précédemment fait. » Le rapport fait sur cette proposition, au nom de la commission d'initiative parlementaire, par M. Moulin concluait ainsi : « Il a paru à votre commission que l'Assemblée n'avait pas à s'occuper sérieusement de la triste et malheureuse question soulevée, après tant de décisions contraires, par la proposition de M. Raspail. Nous vous demandons à l'unanimité de ne pas la prendre en considération. » La proposition fut écartée à la majorité de 457 voix contre 154. Le pouvoir législatif reconnaissait par là même que l'engagement dans les ordres constituait un empêchement au point de vue civil et qu'il n'y avait pas lieu de modifier la loi sur ce point (1).

Les partisans de ce système se divisent du reste sur la nature de l'empêchement dont ils admettent l'existence. Les uns le considèrent comme dirimant; les autres le regardent comme simplement prohibitif. Cette dernière solution est peu logique, l'empêchement étant dirimant d'après les canons.

Après avoir joui d'un grand crédit, le système que nous venons d'exposer compte aujourd'hui peu d'adhérents dans la doctrine. La plupart des auteurs estiment que l'engagement dans les ordres sacrés ne constitue pas un empêchement au mariage au regard de la loi civile et la cour de cassation s'est ralliée récemment à cette manière de voir qu'elle avait longtemps repoussée.

En même temps qu'il rétablissait en France l'exercice public du culte catholique, le législateur de l'an X a voulu assurer à l'Église le respect de sa discipline. Dans ce but, il a reconnu les canons reçus en France comme règles des rapports entre l'autorité séculière et l'autorité ecclésiastique; mais sans les transformer en lois de l'État et sans leur accorder effet dans l'ordre civil. La portée de la loi est purement administrative. Au point de vue spécial qui nous intéresse, l'État reconnaît et autorise les engagements que le prêtre, lors de son ordination, prend en face d'Église, spécialement l'engagement de ne pas se marier. Mais il ne garantit en rien l'exécution de ces engagements d'ordre purement ecclésiastique et religieux. En vertu du principe de la liberté de conscience, la puissance séculière n'impose en effet à personne une croyance, une profession religieuse quelconque.

1) Aubry et Rau, § 464; Demante, t. I, n° 225 bis, II; Marcadé, t. I, p. 442; Duranton, t. II, n° 201. — Cour de cass., 21 février 1833, D. *Répert.* v° *Culte*, n° 117, S. 33, 1, 168; — 23 février 1847, D. 47, 1, 129, S. 47, 1, 177; — 26 février 1878, D. 78, 1, 113, S. 78, 1, 241.

Légalement, le prêtre est donc libre de tenir ou de ne pas tenir ses engagements. Aux yeux de l'État, il conserve intacts la jouissance et l'exercice des droits civils qui appartiennent à tous les citoyens. Mais s'il vient à cesser de remplir les conditions requises par les canons reçus en France pour l'exercice des fonctions ecclésiastiques, il cesse d'être considéré comme prêtre par l'État, et il encourt la déchéance des immunités et prérogatives attachées à ce titre par la législation séculière. L'État voit désormais en lui un laïque et le traite comme tel.

C'est ainsi que la loi du 18 germinal an X fut expliquée par Portalis lorsqu'il la présenta aux Chambres législatives. A ce moment le mariage des prêtres était non seulement toléré, mais favorisé par la législation, laquelle prétendait contraindre l'Église à laisser des prêtres mariés exercer le ministère sacerdotal. Portalis s'élève hautement contre une pareille prétention de la part du pouvoir séculier : « Quelques personnes, dit-il, se plaindront peut-être de ce que l'on n'a pas conservé le mariage des prêtres... Mais quand on admet ou que l'on conserve une religion, il faut la régir d'après ses principes. L'ambition que l'on témoigne, et le pouvoir que l'on voudrait s'arroger de perfectionner arbitrairement les idées et les institutions religieuses, sont des prétentions contraires à la nature même des choses. » Examinant ensuite en elle-même l'interdiction faite aux prêtres par les canons de contracter mariage, il la justifie par son antiquité, par le respect qu'elle attire sur les ecclésiastiques et par la plus grande liberté qu'elle leur laisse de pourvoir aux exigences de leur ministère, puis il ajoute : « Pour les ministres à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite par ces règlements n'est point consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil. Ainsi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait point nul aux yeux des lois politiques et civiles et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes ; mais dans le for intérieur et l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoniques. Ils continueraient à jouir de leurs droits de famille et de cité, mais ils seraient tenus de s'abstenir de l'exercice du sacerdoce. Conséquemment, sans affaiblir le nerf de la discipline de l'Église, on conserve aux individus toute la liberté et tous les avantages garantis par la loi de l'État. »

L'année suivante, dans son *Exposé des motifs* du titre du *Mariage*, Portalis renouvela les mêmes déclarations : « L'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les lois civiles qui prohibaient les mariages mixtes et qui avaient sanctionné par le pouvoir coactif les règlements ecclésiastiques relatifs au célibat des prêtres séculiers et réguliers. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi de

l'État. » Il est vrai que plus tard, en 1806 et en 1807, le même Portalis, sur l'ordre de l'empereur, défendit à des officiers de l'état civil de célébrer le mariage d'ecclésiastiques; mais c'étaient là des actes de haute administration, c'est-à-dire de pur arbitraire, ainsi qu'en témoignent les termes mêmes des lettres du trop complaisant ministre. Napoléon croyait si peu que le mariage des prêtres fût défendu par la loi qu'à la fin de l'année 1813 il chercha à faire voter une loi uniquement pour l'interdire. Ce projet, qui n'aboutit pas, n'était point du reste inspiré par l'intérêt de la religion, mais par celui de la conscription militaire, l'empereur supposant, à tort ou à raison, que certains jeunes gens entraient dans l'état ecclésiastique avec l'arrière-pensée de revenir à la vie laïque quand les guerres qui moissonnaient les jeunes générations auraient pris fin (1).

Ce second système nous paraît rigoureusement conforme à l'esprit et au texte de la loi. La solution à laquelle il aboutit est un des fruits, et non un des moins amers, de l'antagonisme de la législation civile et de la loi religieuse en cette matière.

Quant aux vœux religieux, tout le monde reconnaît qu'ils ne forment pas légalement un empêchement au mariage, ces vœux n'étant pas reconnus par l'État (loi des 13-19 février 1790). A cette règle quelques auteurs apportaient naguère une exception, d'ailleurs très contestable, concernant les religieuses hospitalières. Les art. 7 et 8 du décret du 18 avril 1809 admettaient ces religieuses à contracter, à l'âge de seize ans, des vœux annuels et à s'engager, lors de leur majorité, par des vœux de cinq ans dont il était dressé acte par l'officier de l'état civil. Les vœux ainsi constatés étant reconnus par la loi constituaient, disait-on, un empêchement prohibitif jusqu'à l'expiration du temps pour lequel ils avaient été faits (2). La question n'offre plus aujourd'hui aucun intérêt, les formalités prescrites par le décret de 1809 ayant cessé d'être observées (Circul. du ministre de la justice du 9 mars 1888).

1) Demolombe, t. III, n° 131; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, nos 241 et suiv.; Valette sur Proudhon, t. I, p. 415 et *Cours de c. c.*, p. 189; Laurent, t. II, n° 370; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1562; Huc, t. II, n° 29; Beudant, t. I, n° 245; Planiol, t. III, n° 57. — Amiens, 30 janvier 1886, D. 86, 2, 42; — Paris, 23 mars 1888, D. 89, 2, 117; — Cour de cass., 25 janvier 1888, D. 88, 1, 97, S. 88, 1, 193.

2) Demolombe, t. III, n° 132; Aubry et Rau, § 464, texte et note 25; Demante, t. I, n° 225 bis, III.

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

SECTION I

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS EN FRANCE ENTRE FRANÇAIS

341. Parmi les formalités du mariage, les unes précèdent la célébration, les autres l'accompagnent, ou plutôt la constituent.

§ 1. — *Des formalités qui précèdent la célébration.*

342. Ces formalités sont au nombre de trois : 1° les publications ; 2° l'affiche ; 3° la remise des pièces à l'officier de l'état civil.

Les deux premières ont pour but de porter le projet de mariage à la connaissance du public, afin que les empêchements, s'il en existe, puissent être dénoncés à l'officier de l'état civil soit officieusement, soit par une opposition en forme. La dernière permet à l'officier de l'état civil de s'assurer par lui-même que toutes les conditions requises par la loi se trouvent remplies.

1° Des publications.

343. Les publications, appelées *bans* par la législation canonique, sont l'annonce orale et publique du mariage projeté.

344. Elles sont faites par l'officier de l'état civil, sur la réquisition *des deux futurs époux*, d'après les notes et renseignements qui lui sont remis à cet effet, mais sans qu'il soit nécessaire de produire immédiatement les pièces constatant l'exactitude des renseignements fournis (avis du Conseil d'État des 19-30 mars 1808).

L'art. 63, au titre *des Actes de l'état civil*, détermine en ces termes le nombre des publications, le jour où elles doivent être faites, leur forme et les énonciations qu'elles doivent contenir : « *Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. 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 inscrit sur un seul registre, qui sera coté*

et paraphé comme il est dit en l'art. 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement. »

345. Les publications sont en principe au nombre de deux.

Elles doivent être faites deux dimanches consécutifs, devant la porte de la mairie, et être constatées par un acte que dresse l'officier de l'état civil. Comme les publications elles-mêmes cet acte doit énoncer : 1° les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux ; 2° leur qualité de majeurs ou de mineurs ; 3° les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Il doit en outre mentionner les jours, lieux et heures où les publications ont été faites.

Cet acte est inscrit sur un registre spécial qui, à la différence des autres registres de l'état civil, n'est pas tenu double, les documents qu'il renferme n'ayant qu'une importance secondaire, et qui est déposé, à la fin de chaque année, non aux archives de la commune, mais au greffe du tribunal.

346. Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites ? La réponse est donnée par les art. 166, 167 et 168 ainsi conçus :

Art. 166. « *Les deux publications ordonnées par l'art. 63, au titre des Actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.* »

Art. 167. « *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.* »

Art. 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.* »

De ces articles, dont les termes sont loin d'être clairs, il résulte que les publications doivent avoir lieu :

1° Dans la commune où chacun des futurs époux a son domicile ordinaire.

2° Dans la commune où l'un d'eux réside actuellement, s'il a dans cette commune une résidence de six mois. Nous verrons en effet que le mariage peut être célébré dans la commune où l'un des futurs réside depuis six mois (art. 74). La résidence continuée pendant ce temps crée *relativement au mariage* un domicile spécial distinct du domicile ordinaire. C'est ce domicile que l'art. 167 qualifie de domicile *actuel* en l'opposant au *dernier* domicile, c'est-à-dire au domicile ordinaire, sans doute parce qu'il constitue relativement à celui-ci un nouveau domicile.

3° Dans les communes où sont domiciliées les personnes sous la puissance desquelles les futurs époux se trouvent placés quant au mariage.

Ces personnes sont celles dont le *consentement* est requis pour la validité du mariage. Lorsque les futurs époux ont atteint leur majorité matrimoniale et qu'ils ne sont plus tenus que de requérir le *conseil* de leurs ascen-

dants, il n'est pas nécessaire de faire des publications au lieu du domicile de ceux-ci. L'enfant qui peut se marier sans le consentement de son ascendant n'est plus en réalité *sous la puissance* de cet ascendant relativement au mariage.

Lorsque l'un des futurs époux est mineur et qu'il n'a plus aucun ascendant, il est placé quant au mariage sous la puissance de son conseil de famille (art. 160). Les publications doivent alors être faites dans la commune où siège ce conseil et non au lieu du domicile des diverses personnes qui le composent.

347. Afin de donner aux publications le temps de produire leur effet, la loi ne permet pas de célébrer le mariage immédiatement après la seconde publication. Aux termes de l'art. 64 *in fine*, « *Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication* », c'est-à-dire avant le mercredi qui suit cette publication.

La loi qui a fixé un délai *avant* lequel le mariage, dont les publications ont été faites ne peut pas être célébré, en a fixé un autre *après* lequel la célébration ne peut plus avoir lieu qu'autant qu'il est fait de nouvelles publications. « *Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications*, dit l'art. 65, *il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite.* » Régulièrement en effet le mariage se célèbre peu de temps après les publications. Quand il s'est écoulé une année sans que la célébration ait eu lieu, les tiers ont oublié le projet de mariage, ou bien ils ont dû penser qu'il était abandonné; et comme il est possible que des empêchements qui n'existaient pas au moment où les publications ont été faites aient surgi depuis, une nouvelle publicité est nécessaire.

L'année se compte à partir *de l'expiration du délai des publications*, c'est-à-dire du délai pendant lequel le mariage ne peut être célébré. Le mariage pouvant avoir lieu le mercredi qui suit la seconde publication, ce jour-là est compris dans l'année après laquelle les publications sont périmées.

Lorsque les publications ont été faites dans plusieurs communes et à des dates différentes, le délai *avant* lequel le mariage ne peut pas être célébré ne commence à courir que du jour de la publication la plus tardive. D'autre part, le délai *après* lequel le mariage ne peut plus être célébré doit être considéré à l'égard de chacune des publications. Si donc les unes sont périmées, tandis que les autres ne le sont pas, il suffit de renouveler les premières.

348. « *Il est loisible au Roi, ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication* » (art. 169). Cette dispense, lorsqu'elle est accordée, permet de célébrer le mariage le

troisième jour depuis et non compris celui où la publication unique a été faite. La célébration se trouve ainsi avancée d'une semaine.

S'il avait fallu, pour obtenir la dispense, s'adresser au chef de l'État, cette formalité aurait exigé plus de temps que la publication elle-même. En conséquence, l'arrêté du 20 prairial an XI a établi à cet égard une délégation permanente en faveur du procureur de la république près du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré. Ce magistrat n'a donc point, comme lorsqu'il s'agit d'une dispense d'âge, de parenté ou d'alliance à transmettre la demande au ministre de la justice. C'est lui-même qui accorde ou qui refuse la dispense, en tenant compte de la gravité des motifs allégués pour l'obtenir. Parmi les causes de nature à justifier la dispense on peut citer une maladie tenant en danger de mort l'un des futurs conjoints, la grossesse de la future donnant lieu de craindre un accouchement avant le mariage, le départ imminent du futur, fonctionnaire civil ou militaire, obligé de se rendre à son poste.

La loi ne permet en aucun cas de dispenser des deux publications, pas même pour un mariage *in extremis*.

349. En cas d'inobservation des règles relatives aux publications, l'officier de l'état civil et les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi sont passibles d'une amende (art. 192).

2° De l'affiche.

350. « 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). La loi exige donc que le mariage soit annoncé à la fois oralement et par écrit. Mais elle est sur ce point très mal observée en pratique. Dans la plupart des communes, les publications orales n'ont pas lieu. L'officier de l'état civil se borne à dresser, sur le registre à ce destiné, l'acte contenant les énonciations prescrites par l'article 63, puis il affiche une copie de cet acte à la porte de la mairie et l'y laisse jusqu'au jour où le mariage peut être célébré. L'affiche remplace donc en réalité les publications, tandis qu'elle devrait être un second moyen de publicité venant s'ajouter aux publications.

3° De la remise des pièces à l'officier de l'état civil.

351. Avant de célébrer le mariage, l'officier de l'état civil doit se faire remettre les diverses pièces constatant que les époux remplissent toutes les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Ces pièces sont :

1° L'acte de naissance des futurs époux. « L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux », dit l'art. 70, al. 1. En même temps qu'il établit l'âge et la filiation des futurs époux, cet acte, depuis la loi du 17 août 1897, permet à l'officier de l'état civil de s'assurer

s'ils sont l'un et l'autre libres de tout lien matrimonial antérieur. Avant cette loi, l'officier de l'état civil n'avait aucun moyen de se renseigner à cet égard d'une façon certaine. Des cas de bigamie pouvant ainsi se produire assez facilement, la loi nouvelle, par un dernier alinéa ajouté à l'art. 76, prescrit de mentionner la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux. Cette mention doit, nous le savons, être faite d'office en vertu du nouvel art. 49. L'officier de l'état civil, devant lequel deux personnes se présenteront pour contracter mariage, se trouvant ainsi averti, par leur acte de naissance, du précédent mariage contracté par l'une d'elles refusera de procéder à la célébration du second tant que la dissolution du premier ne sera pas établie. Mais pour que l'acte de naissance fournisse un renseignement utile il faut évidemment que l'expédition qui en est présentée soit récente. De là la disposition suivante ajoutée par la loi de 1897 au premier alinéa de l'art. 70 : « *Cet acte ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat.* » La preuve que cette condition est remplie résulte de l'expédition elle-même, l'art. 45 modifié par la loi de 1897 exigeant que les extraits des registres de l'état civil portent en toutes lettres la date de leur délivrance.

Le deuxième alinéa de l'art. 70 prévoit le cas où les parties se trouveraient dans l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance et il permet d'y suppléer par un acte de notoriété : « *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.* »

Les art. 71 et 72 déterminent les formalités auxquelles l'acte de notoriété est soumis :

Art. 71. « *L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de ses père et mère, s'ils sont connus ; le lieu et, autant que possible, l'époque de la naissance et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix, et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.* »

Art. 72. « *L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur du Roi, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.* »

Comme on le voit, la loi se montre ici plus exigeante que pour l'acte de notoriété destiné à constater l'absence de l'ascendant dont un des futurs époux devrait requérir le conseil. Dans ce dernier cas en effet, l'art. 155,

al. 1 se contente de la déclaration de quatre témoins et ne prescrit pas l'homologation du tribunal.

L'acte de notoriété dont il s'agit ne saurait bien entendu remplacer dans une autre circonstance l'acte de naissance que l'une des parties se trouve dans l'impossibilité de représenter. Ce mode de preuve n'est admis ici que par exception et par faveur pour le mariage.

2° L'acte authentique du consentement des personnes sous la puissance desquelles les futurs époux sont placés quant au mariage, lorsque ces personnes ne doivent pas assister à la célébration; sauf aux futurs époux qui ont atteint leur majorité matrimoniale à remplacer cette pièce par le procès-verbal constatant l'accomplissement de la formalité de l'acte respectueux. Si les ascendants dont le consentement ou le conseil serait requis sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, la preuve de l'un ou de l'autre de ces faits supplée la production de l'acte de consentement ou du procès-verbal de l'acte respectueux.

3° Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance qui auraient été accordées.

4° L'acte constatant le décès du premier conjoint ou le divorce, si l'un des futurs époux a déjà été marié.

5° Les certificats des publications qui ont dû être faites dans des communes autres que celle où le mariage est célébré et, lorsqu'il y a eu dispense d'une publication, l'acte qui l'accorde.

6° Les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des diverses communes dans lesquelles des publications ont été faites constatant qu'aucune opposition au mariage ne s'est produite, ou la mainlevée des oppositions qui auraient été formées (art. 69).

7° L'autorisation de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires, si le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer, et par le ministre des affaires étrangères s'il s'agit du mariage d'un agent ou fonctionnaire du service diplomatique ou consulaire.

8° Quand il a été fait un contrat de mariage, le certificat prescrit par l'art. 1394 al. 3.

S'il se rencontre dans les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil des noms mal orthographiés ou quelque omission de prénoms, il n'est pas nécessaire d'agir en rectification dans les formes tracées par les art. 99 et suivants. Il suffit que l'identité des personnes dont les noms ont été mal orthographiés ou dont quelques prénoms ont été omis soit attestée à l'officier de l'état civil de la manière indiquée par l'avis du Conseil d'État des 19-30 mars 1808.

Une loi du 10 décembre 1850, en vue de faciliter le mariage des indigents, leur permet d'obtenir sans frais la délivrance des diverses pièces dont la production est exigée. L'art. 4 de cette loi a reçu de la loi du 20 juin 1896

deux modifications consistant, la première dans l'adjonction des *actes respectueux* à l'énumération des actes qui jouissent de l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement, la seconde dans l'addition d'un dernier alinéa ainsi conçu : « Les actes respectueux, comme les actes de consentement, seront exempts de tous droits, frais et honoraires à l'égard des officiers ministériels qui les recevront; il en sera de même pour les actes de consentement reçus à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires français. »

§ 2. — De la célébration.

352. Dans quelle commune le mariage peut-il être célébré? Cette question d'une importance capitale, et qu'il eût été si facile de trancher d'une façon claire et précise, a donné lieu à une grosse controverse. La difficulté vient de ce que les auteurs du code se sont occupés de la célébration dans deux articles différents dont les termes ne concordent pas. Suivant l'art. 74, « *Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile; ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.* » D'après l'art. 165, « *Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.* » Ces articles ont donné lieu à trois systèmes.

Le premier enseigne que le mariage doit être célébré dans la commune où l'une des parties a une résidence actuelle de six mois et qu'il ne peut pas l'être au domicile ordinaire, si ce domicile n'est pas accompagné d'une résidence de six mois. L'art. 74, dit-on, a créé pour le mariage un domicile spécial, régi par des principes tout différents de ceux qui gouvernent le domicile ordinaire et ce domicile ne s'établit que par six mois d'habitation continue dans la même commune. L'art. 165, quand il parle du domicile de l'une des parties, entend parler non du domicile ordinaire, mais du domicile *matrimonial* établi par l'art. 74. Il doit être lu ainsi : « *Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil du lieu où l'une des parties a son domicile matrimonial tel qu'il est déterminé par l'art. 74.* » La loi n'a pas permis que le mariage fût célébré dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile ordinaire, lorsqu'ils ne résident ni l'un ni l'autre dans cette commune depuis six mois, parce qu'elle veut que la célébration ait lieu là où les futurs époux ou l'un d'eux au moins sont connus, et qu'elle estime qu'ils ne peuvent pas l'être suffisamment dans une commune qu'ils n'habitent pas l'un ou l'autre depuis six mois (1).

Un second système soutient également que le mariage ne peut avoir lieu

1) Marcadé, sur l'art. 74; Duranton, t. II, nos 220 et suiv.; Laurent, t. II, nos 412 et suiv.

que dans une commune où l'un des futurs époux a résidé pendant six mois, mais, à la différence du premier, il admet que cette condition de résidence étant une fois remplie au lieu du domicile ordinaire, le mariage y reste toujours possible. En d'autres termes, le mariage peut, d'après ce système, être célébré soit dans la commune où l'une des parties a une résidence actuelle de six mois, soit dans la commune où l'une d'elles a son domicile ordinaire, pourvu qu'elle y ait eu, à une époque quelconque, une résidence de six mois (1).

Enfin le troisième système permet aux futurs époux de faire célébrer leur union soit dans la commune où l'un d'eux a une résidence actuelle de six mois, soit dans la commune où l'un d'eux a son domicile ordinaire, bien qu'il n'y ait pas actuellement et qu'il n'y ait jamais eu une résidence de six mois. D'après ce système, les art. 74 et 165 renferment donc deux dispositions distinctes qui doivent être appliquées cumulativement. L'art. 74 introduit en ce qui concerne le mariage, et dans le but de le faciliter, un domicile de faveur qui s'établit par six mois de résidence. L'art. 165 applique au mariage la règle générale d'après laquelle une personne peut faire à son domicile ordinaire tous les actes qui l'intéressent. La loi du 20 septembre 1792, en vigueur lors de la rédaction du code, contenait en effet la disposition suivante : « Le domicile relativement au mariage est fixé par une habitation de six mois dans le même lieu » (titre IV, section II, art. 2). Or cette disposition avait été interprétée par une loi du 22 germinal an II en ce sens que le droit de se marier dans la commune où l'on avait six mois de résidence n'excluait pas celui de se marier dans la commune où l'on avait son domicile réel, bien qu'on n'y eût pas une résidence de six mois. Il est inadmissible qu'en reproduisant presque textuellement la règle antérieure les rédacteurs du code lui aient attribué un sens nouveau et entièrement différent de celui qu'elle avait auparavant. Les conséquences auxquelles aboutissent les deux premiers systèmes ne permettent point d'ailleurs de les adopter. Outre qu'ils sont difficilement conciliables avec la disposition de l'art. 167, un mariage se trouverait parfois rendu impossible momentanément s'il n'était permis de le célébrer que dans une commune où l'un des futurs réside depuis six mois ou a résidé précédemment pendant six mois. Un pareil résultat est contraire à l'esprit de la loi qui favorise constamment le mariage (2).

Cette dernière opinion, de beaucoup la plus répandue, a reçu en 1871 une sorte de consécration législative. L'assemblée nationale fut alors saisie

1) Demante, t. I, n° 228 bis, I.

2) Demolombe, t. III, n° 200 ; Aubry et Rau, § 466, texte et note 1 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 383 et suiv. et *Cours de code civil*, p. 192 ; Huc, t. II, n° 91 ; Beudant, t. I, n° 166 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1590. — Orléans, 9 août 1890, D. 91, 2, 235.

par les députés de l'Alsace et de la Lorraine d'une proposition de loi tendant à autoriser les habitants des territoires cédés à l'Allemagne qui, après avoir opté pour la nationalité française, étaient venus ou viendraient fixer leur domicile sur le sol français, à contracter mariage dans la commune de leur nouveau domicile lorsqu'ils y auraient une résidence d'un mois. Cette proposition fut écartée comme inutile, par le motif que le mariage peut toujours, d'après les art. 74, 165 et 167 du code civil, être célébré dans la commune où l'une des parties a son domicile réel, lors même qu'il n'y a pas six mois de résidence.

353. Le mariage doit être célébré *publiquement*.

La publicité de la célébration consiste, d'une part, en ce que le public est admis à pénétrer librement dans la salle où la cérémonie a lieu, et, d'autre part, dans la présence de quatre témoins.

Régulièrement, le mariage doit être célébré à la mairie. Les parties ne seraient pas fondées à exiger de l'officier de l'état civil que la célébration eût lieu en tout autre endroit. Mais on s'accorde à reconnaître que ce fonctionnaire peut, *pour des motifs graves*, par exemple lorsqu'il s'agit d'un mariage *in extremis*, déférer à la demande qui lui est faite de célébrer le mariage hors de la mairie, spécialement dans la maison de l'une des parties, pourvu qu'il y ait admission du public (1). Il doit en pareil cas porter avec lui ses registres, afin de dresser l'acte de célébration séance tenante, conformément à la loi. Toutefois, l'officier de l'état civil ne pourrait pas aller célébrer un mariage hors de sa commune. On a soutenu le contraire en se fondant sur le texte de l'art. 165, qui porte que le mariage sera célébré *publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties*, sans parler du lieu de la célébration, et sur cette considération que, si la compétence de l'officier de l'état civil était limitée au territoire de sa commune, il pourrait arriver qu'un mariage *in extremis* fût rendu impossible. Mais cette manière de voir est inadmissible. L'art. 74 dispose en effet que le mariage sera célébré *dans la commune* où l'un des époux a son domicile. D'un autre côté, il est de principe qu'un fonctionnaire public ne peut exercer ses fonctions que dans le ressort territorial pour lequel il a été institué. Hors des limites de sa commune, un maire ou un adjoint ne peut agir ni comme administrateur, ni comme officier de police. Il ne peut, de l'avis de tout le monde, dresser comme officier de l'état civil un acte de naissance ou de décès. Pour qu'il pût procéder à un mariage, il faudrait qu'un texte eût dérogé en vue de cette hypothèse à la règle ordinaire. Or cette dérogation ne résulte point de l'art. 165. En disant que la célébration aura lieu devant l'officier civil du domicile de l'une des parties, la loi suppose cer-

1) Aix, 18 août 1870, D. 71, 2, 249, S. 72, 2, 69; — Toulouse, 7 janvier 1899, D. 1900, 1, 29; — Cour de cass., 31 mai 1900, D. 1901, 1, 205.

tainement que ce fonctionnaire est à son poste, qu'il est dans sa commune.

354. Le choix du jour de la célébration appartient aux parties, sans qu'elles puissent toutefois exiger que le mariage soit célébré un jour de dimanche ou de fête légale. Le choix de l'heure appartient à l'officier de l'état civil. Rien ne s'oppose, s'il veut bien y consentir, à ce que la célébration ait lieu pendant la nuit, et tel est l'usage suivi dans certaines localités.

355. La manière dont s'opère la célébration est déterminée par l'art. 75 ainsi conçu : « *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 interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu (1). — Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et pour femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.* »

Les futurs époux sont tenus de comparaître ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil, sans pouvoir se faire représenter par un fondé de pouvoir. Bien qu'aucun texte ne prohibe expressément les *mariages par procureur* qui étaient permis dans notre ancien droit, la volonté du législateur de les interdire n'en est pas moins certaine. Dans les discussions qui eurent lieu au Conseil d'État, le Premier Consul déclara en effet sans aucune contradiction que « le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes » (séance du 24 frimaire an X). D'autre part, on ne rencontre ni au titre *du Mariage*, ni au titre *des Actes de l'état civil*, parmi les dispositions relatives à la célébration du mariage, aucun texte qui fasse allusion à l'hypothèse d'un mariage contracté par mandataire. Tous parlent uniquement des parties elles-mêmes et les supposent toujours présentes devant l'officier de l'état civil. Les formalités de la célébration ne signifieraient plus rien; elles deviendraient inutiles et sans objet si elles s'accomplissaient devant des fondés de pouvoir. Le mariage par procureur est d'ailleurs incompatible avec la liberté absolue que la loi a voulu assurer aux parties jusqu'au dernier moment, nonobstant toute promesse antérieure. La procuration donnée au mandataire constatant seulement le consentement de la partie lors de sa rédaction, et ne justifiant pas de la persistance de ce

1) Cet alinéa a été ajouté au texte primitif de l'art. 75 par la loi du 10 juillet 1850 relative à la publicité des contrats de mariage.

consentement, il pourrait arriver en effet qu'au moment où le mandataire ferait une réponse affirmative à l'officier de l'état civil la partie eût changé d'avis, de telle sorte qu'elle se trouverait mariée contre son consentement (art. 2008 et 2009). Les dispositions légales relatives au mariage des mineurs viennent enfin confirmer cette solution. En principe le mineur n'intervient pas personnellement dans les actes qui le concernent; il est représenté par un mandataire général, son tuteur (art. 450). Cependant, quand un mineur se marie, ce n'est pas son tuteur qui se présente en son nom devant l'officier de l'état civil. Non seulement c'est le mineur qui compare personnellement, mais c'est lui qui discute et qui arrête ses conventions matrimoniales avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage (art. 1095 et 1398). N'est-ce pas la preuve que, dans l'esprit de la loi, le mariage n'est pas susceptible de se contracter par mandataire? Notre conclusion est donc que l'officier de l'état civil devrait refuser de célébrer le mariage si les parties ne se présentaient pas en personne devant lui.

Les quatre témoins dont les parties sont accompagnées peuvent être du sexe masculin ou du sexe féminin. Ils doivent être âgés de vingt et un ans (art. 37 modifié par la loi du 7 décembre 1897).

Les futurs époux et leurs témoins étant en présence de l'officier de l'état civil, celui-ci commence par donner lecture des diverses pièces qui lui ont été remises. Cette lecture met les parties, les témoins et le public à même de vérifier l'individualité des personnes et l'accomplissement des conditions exigées par la loi. Elle peut en outre apprendre à l'une ou à l'autre partie des circonstances qu'elle ignorait et qui la détermineront peut-être à refuser son consentement.

L'officier public donne également lecture du chapitre VI du titre *du Mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux*.

Il invite ensuite les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, lorsqu'elles assistent à la célébration, à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, en cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que le nom et la résidence du notaire qui l'a reçu.

Puis il demande successivement à chacune des parties si elles consentent à se prendre pour mari et femme. Les parties répondent séparément à cette question. Sur leur réponse affirmative, l'officier de l'état civil les déclare, au nom de la loi, unies par le mariage, et il en dresse acte séance tenante.

Le prononcé de l'union des époux par l'officier de l'état civil fixe le moment précis à partir duquel le mariage existe. L'acte qui doit être dressé n'est pas un élément essentiel à l'existence du mariage, mais seulement un moyen de preuve.

356. L'art. 76 indique dans les termes suivants les énonciations que doit contenir l'acte de mariage : « *On énoncera dans l'acte de mariage : —*

1° les prénoms, noms, professions, âge, lieux de naissance et domiciles des époux; — 2° s'ils sont majeurs ou mineurs; — 3° les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères; — 4° le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis; — 5° les actes respectueux, s'il en a été fait; — 6° les publications dans les divers domiciles; — 7° les oppositions, s'il y en a eu; leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition; — 8° la déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public; — 9° les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré; — 10° la déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été fait ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, la date du contrat, s'il existe, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu, le tout à peine contre l'officier de l'état civil de l'amende fixée par l'art. 50. — Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur de la république, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'art. 99. »

A ces énonciations, qui sont les énonciations ordinaires, il y aurait lieu de joindre celles qui seraient rendues nécessaires par les circonstances, comme les dispenses accordées aux futurs époux, les reconnaissances d'enfants naturels (art. 331) ou les permissions des supérieurs militaires.

Le n° 10 de l'art. 76 et l'alinéa qui le suit ont été ajoutés au texte original par la loi du 10 juillet 1850. La loi du 17 août 1897 a fait à cet article une nouvelle addition consistant dans la disposition suivante qui forme aujourd'hui son dernier alinéa : « Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte des époux. » Ainsi que nous l'avons vu, cette innovation a principalement pour but de prévenir le crime de bigamie en portant à la connaissance de l'officier de l'état civil, devant lequel une personne déjà mariée se présenterait pour contracter une nouvelle union, l'existence du mariage antérieur. Elle offre en outre à ceux qui, avant d'entrer en relations d'affaires avec une personne, ont intérêt à savoir si elle est mariée ou non un moyen facile de se renseigner à cet égard en consultant son acte de naissance.

SECTION II

DES MARIAGES CONTRACTÉS EN PAYS ÉTRANGER PAR DES FRANÇAIS OU EN FRANCE PAR DES ÉTRANGERS

§ 1. — *Des mariages contractés en pays étranger soit entre deux Français, soit entre un Français et un étranger.*

357. Les Français peuvent se marier en pays étranger, en s'adressant à cet effet soit aux officiers publics étrangers qui procèdent suivant les formes usitées à l'étranger, soit aux agents diplomatiques ou consulaires français qui procèdent suivant les formes françaises (art. 47 et 48). Toutefois, c'est seulement lorsque les futurs époux sont l'un et l'autre Français qu'ils ont le choix entre ces deux moyens. Le mariage d'un Français avec une étrangère ou d'une Française avec un étranger ne peut, nous l'avons vu, avoir lieu que devant un officier public étranger, seul compétent à l'égard des deux parties.

Laissant de côté les mariages contractés devant les consuls ou les agents diplomatiques français, le législateur s'est occupé spécialement, dans les art. 170 et 171 des mariages contractés suivant les formes étrangères, soit entre Français, soit entre Français et étrangers :

Art. 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'art. 63, au titre des Actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.* »

Art. 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.* »

Il résulte de ces articles que les Français qui se marient en pays étranger doivent :

1° Satisfaire aux diverses conditions exigées par le chapitre 1^{er} du titre *du Mariage* ;

2° Faire procéder à des publications en France ;

3° Faire transcrire, dans les trois mois de leur retour en France, l'acte de célébration sur les registres de l'état civil de leur domicile.

Reprenons et étudions successivement ces prescriptions.

358. I. Les Français qui se marient en pays étranger doivent satisfaire aux conditions exigées par le chapitre 1^{er} du titre *du Mariage*, et, d'une

façon plus générale, à toutes les conditions de capacité exigées par la loi française. C'est une application du principe que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même en pays étranger (art. 3). Ainsi un Français ne peut pas se marier en pays étranger avant l'âge de dix-huit ans ou de quinze ans révolus, suivant son sexe, bien que la loi de la nation chez laquelle il se trouve autorise le mariage avant cet âge, ni se passer du consentement des personnes sous la puissance desquelles il est placé quant au mariage, bien que la loi étrangère n'exige pas cette condition, ni contracter un second mariage avant la dissolution du premier, bien que la législation locale autorise la polygamie. La législation française ne serait qu'une lettre morte, s'il suffisait pour échapper à ses prohibitions de passer la frontière et d'aller se marier en pays étranger.

Lorsqu'un Français qui se marie hors de France épouse une personne étrangère, la capacité de cette personne demeure bien entendu régie par la loi de son pays. L'obligation de ne point contrevenir aux dispositions de la loi française touchant les qualités et conditions requises pour pouvoir se marier ne concerne que les Français.

Le texte primitif de l'art. 170 contenait une seconde partie qui exigeait, pour que *deux Français* pussent se marier en pays étranger, que l'un d'eux au moins eût dans ce pays une résidence de six mois. Cette disposition fut supprimée sur les observations du Premier Consul. Deux Français peuvent contracter mariage en pays étranger quelque court que soit le séjour qu'ils ont l'un et l'autre dans ce pays.

359. II. Le mariage d'un Français en pays étranger doit être précédé de publications faites en France, suivant les formes et dans les lieux déterminés par la loi française (art. 63, 166 et 168). C'est là une dérogation au droit commun. Les publications font partie des formes relatives à la célébration du mariage. Lors donc que le mariage est célébré, ainsi que le suppose l'art. 170, devant un officier public étranger, les publications devraient, d'après la règle *Locus regit actum*, être régies exclusivement par la loi étrangère. Mais on s'explique aisément cette exception aux principes ordinaires, des publications faites en France étant nécessaires pour y faire connaître le projet de mariage et prévenir ainsi la violation des empêchements édictés par la loi française, en permettant de les signaler à l'officier public étranger.

Il va sans dire que, si les prescriptions de la loi étrangère relativement aux publications diffèrent de celles de l'art. 170, le Français est tenu de se conformer à la fois aux unes et aux autres.

Supposons qu'un mariage contracté par un Français en pays étranger n'ait pas été précédé de publications faites en France. Quelle sera la conséquence de cette omission? La question est très vivement controversée.

Suivant une première opinion, le mariage est alors frappé de nullité. L'art. 170 dispose en effet que le mariage *sera valable... pourvu qu'il ait*

été précédé de publications. C'est bien dire que les publications constituent une condition *sine qua non* de la validité du mariage et que leur omission en entraîne la nullité. A la vérité, lorsqu'il s'agit de mariages contractés en France, la loi n'attache pas la peine de la nullité au défaut de publications; mais elle a dû se montrer plus sévère pour les mariages contractés en pays étranger, parce qu'alors les publications ne sont pas seulement un des éléments de la publicité, comme cela a lieu pour les mariages célébrés en France, lesquels peuvent être connus par d'autres voies; elles constituent le seul moyen de les faire connaître en France. D'ailleurs la peine édictée par l'art. 192 contre l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage sans publications préalables ne pouvant pas atteindre l'officier public étranger, la formalité prescrite par l'art. 170 serait dépourvue de toute sanction si son omission n'entraînait pas la nullité du mariage.

En se fondant sur les mêmes motifs, les défenseurs de cette opinion admettent également que le défaut d'acte respectueux, qui n'est point une cause de nullité d'un mariage célébré en France, entraîne au contraire la nullité d'un mariage célébré en pays étranger. L'art. 170 en effet ne se borne pas à dire que le mariage contracté en pays étranger soit entre Français, soit entre Français et étrangers *sera valable... pourvu qu'il ait été précédé de publications faites en France*; il ajoute : *et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.* Or les dispositions relatives aux actes respectueux sont contenues dans ce chapitre (art. 151 et suiv.). D'autre part, la peine établie par l'art. 157 contre l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage sans qu'il ait été fait d'acte respectueux n'étant pas applicable à l'officier public étranger, la loi a dû, pour assurer l'observation de ses prescriptions, la remplacer par une autre peine, celle de la nullité du mariage (1).

Une seconde opinion estime que l'absence de publications n'entraîne dans aucun cas la nullité des mariages contractés en pays étranger, attendu que la loi n'en prononce pas textuellement la nullité, et qu'en matière de mariage il n'y a point de nullités virtuelles. L'art. 170 dispose, il est vrai, que le mariage sera valable *pourvu que* les conditions qu'il indique aient été remplies; mais il ne dit point ce qui aura lieu en cas d'inaccomplissement de ces conditions, et une nullité de mariage ne se crée pas par argument *a contrario*. Les art. 64 et 228 disposent bien aussi que le mariage *ne pourra être célébré* avant l'expiration du délai des publications, et que la femme *ne peut contracter un nouveau mariage* qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du premier, et malgré cette formule, non moins énergique que celle de l'art. 170, personne ne soutient que l'inobservation de ces articles entraîne la nullité du mariage. La prescription de l'art. 170 n'est pas pour

1) Delvincourt, t. I, p. 68; Marcadé, sur l'art. 170.

cela dépourvue de sanction. Si la peine édictée par l'art. 192 ne peut pas frapper l'officier public étranger qui a célébré le mariage sans publications préalables, elle atteint du moins l'époux français qui ne s'est pas conformé à la loi.

Par les mêmes raisons, l'absence d'acte respectueux n'est pas une cause de nullité des mariages contractés en pays étranger. Par suite, cette formalité manquera en pareil cas de toute sanction; la peine établie par l'art. 157 n'étant applicable qu'à l'officier de l'état civil et non aux parties elles-mêmes. Mais le défaut de sanction est certainement préférable à une sanction aussi rigoureuse que celle qui consisterait dans la nullité du mariage (1).

Enfin, d'après un troisième système, le mariage contracté en pays étranger en violation des prescriptions de l'art. 170 n'est pas nécessairement nul comme le soutient le premier système; il n'est pas non plus nécessairement valable, comme le prétend le second. Les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, le maintenir ou l'annuler. L'art. 193 reconnaît en effet aux magistrats un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un mariage a été ou non contracté publiquement. Or les publications, qui ne sont pour les mariages contractés sur le territoire français que l'un des éléments de la publicité qui doit les entourer, constituent au contraire pour les mariages contractés en pays étranger toute la publicité qu'ils reçoivent en France. Les magistrats doivent donc jouir en ce qui les concerne du pouvoir d'appréciation dont les investit l'art. 193. Ils maintiendront le mariage, s'ils estiment que les parties ont agi de bonne foi, sans aucune pensée de dissimulation et de fraude. Ils l'annuleront au contraire, s'il leur apparaît que l'omission des publications et le fait même de la célébration du mariage en pays étranger ont eu pour but et pour résultat de l'empêcher d'être connu en France, et d'éluder ainsi l'application de telle ou telle disposition prohibitive de la loi française. L'absence d'acte respectueux, comme la violation de tout autre empêchement prohibitif, sans être par elle-même une cause spéciale d'annulation du mariage contracté en pays étranger (un empêchement ne changeant point de nature suivant le lieu dans lequel le mariage est célébré), est seulement une des circonstances de nature à éclairer le juge sur l'intention des parties de dissimuler leur mariage en vue de faire fraude à la loi.

Ce dernier système est celui de la jurisprudence, et c'est aussi celui qui compte le plus de suffrages dans la doctrine (2).

1) Laurent, t. III, n° 31.

2) Demolombe, t. III, n° 225; Valette sur Proudhon, t. I, p. 412 et *Cours de c. c.*, p. 201; Beudant, t. I, n° 259. — Cour de cass., 8 mars 1875, D. 75, 1, 482, S. 75, 1, 171; — 15 juin 1887, D. 88, 1, 412, S. 90, 1, 446; — Rennes, 23 janvier et 27 août 1879, D. 80, 2, 189, S. 81, 2, 129; — Orléans, 14 avril 1886, D. 87, 2, 95, S. 86, 2, 191; — Bourges, 13 juillet 1891, D. 92, 2, 599.

360. III. L'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger par un Français doit, dans les trois mois qui suivent son retour en France, être transcrit sur les registres de l'état civil de son domicile. Quelle est la sanction de cette prescription? Quelques auteurs, partant de cette idée que la transcription sur les registres de l'état civil a pour but de rendre notoire en France le mariage célébré à l'étranger, enseignent qu'en l'absence de cette formalité le mariage, bien que valable entre les époux, ne sera pas réputé connu des tiers, auxquels par suite il ne pourra pas être opposé. D'où ils concluent notamment que la femme n'aura pas alors d'hypothèque légale sur les biens de son mari et qu'elle ne pourra pas demander l'annulation des engagements qu'elle aurait contractés sans l'autorisation maritale.

Ce système n'a aucun fondement. L'objet de l'art. 171 n'est point de donner au mariage une certaine publicité dans l'intérêt des tiers, l'insertion de l'acte de célébration dans les registres de l'état civil ne pouvant produire une publicité sérieuse. Il serait d'ailleurs bien étrange qu'un mariage qui, si les époux restaient à l'étranger, produirait en France tous ses effets, cessât d'y avoir effet par suite de leur retour sur le territoire français, ce retour devant nécessairement par lui-même donner au mariage une plus grande notoriété en France. La formalité prescrite par l'art. 171 n'a d'autre but que de donner aux époux eux-mêmes et à leurs enfants un moyen permanent, prompt et facile de se procurer, chaque fois que besoin sera, la preuve de leur état, preuve qu'il ne leur serait pas toujours aisé de se procurer à l'étranger. C'est une simple mesure d'ordre, dépourvue de toute sanction. L'omission de la transcription devait, d'après le projet du code, entraîner une amende de 100 à 1000 francs. Mais cette disposition fut supprimée à la suite de l'observation, pourtant inexacte, du conseiller d'État Réal que la sanction se trouvait dans les lois sur l'enregistrement(1).

§ 2. — *Des mariages contractés en France soit entre un Français et un étranger, soit entre deux étrangers.*

361. De même que les Français peuvent se marier en pays étranger, de même les étrangers peuvent contracter mariage en France, pourvu qu'ils satisfassent aux conditions de capacité requises par la loi de leur pays. Ainsi un jeune homme étranger peut se marier en France dès l'âge de dix-sept ans, si sa loi nationale autorise le mariage à cet âge. Le mariage lui sera au contraire interdit en France jusqu'à vingt ans, si la loi de son pays fixe à vingt ans l'âge à partir duquel il est permis de se marier.

1) L'échange des actes de l'état civil qui s'opère aujourd'hui entre la France et un grand nombre de pays étrangers a enlevé à l'article 171 presque toute son utilité.

Lorsque les futurs époux ont la même nationalité, le mariage peut être célébré soit devant un officier de l'état civil français, suivant les formes prescrites par la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum*, soit devant un agent diplomatique ou consulaire accrédité en France par le gouvernement du pays auquel les futurs conjoints appartiennent, si d'ailleurs la législation étrangère reconnaît compétence à ce fonctionnaire pour procéder à la célébration. Lorsque les futurs époux sont de nationalité différente, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont tous les deux étrangers ou si l'un d'eux est Français, le mariage ne peut être célébré que par un officier de l'état civil français, ce fonctionnaire étant seul compétent à l'égard des deux parties (1).

CHAPITRE III

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE

362. L'opposition est l'acte par lequel une personne ayant qualité à cet effet défend à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage.

L'existence d'un empêchement prohibitif ou dirimant peut être ignorée de l'officier de l'état civil et des parties elles-mêmes ou bien dissimulée frauduleusement par celles-ci. L'opposition est le moyen d'éviter la violation de cet empêchement. Elle est en outre une dernière ressource mise par la loi à la disposition des ascendants pour empêcher un mariage qu'ils désapprouvent.

SECTION I

DES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR FORMER OPPOSITION

363. Dans la crainte que le droit d'opposition ne fût détourné de son objet et ne devînt pour des gens malintentionnés un moyen d'entraver méchamment un mariage, le législateur ne l'a accordé qu'à certaines personnes, en le restreignant même pour quelques-unes d'entre elles à certains cas spécialement déterminés. On lui a reproché, non sans raison, de s'être laissé influencer outre mesure par le souvenir des abus qui s'étaient produits sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, et d'avoir renfermé le droit d'opposition dans des limites trop étroites.

Les personnes auxquelles la loi reconnaît le droit de former opposition

1) Paris, 6 avril 1869, S. 70, 2, 178.

sont : 1° le conjoint de l'une des parties qui se proposent de contracter mariage; 2° les ascendants; 3° certains collatéraux; 4° le tuteur et le curateur.

364. 1° DU 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). En formant opposition le conjoint défend son titre et prévient un crime de bigamie.

Le droit de faire opposition appartient évidemment au conjoint séparé de corps; mais il n'appartient pas au conjoint divorcé, lequel n'a plus légalement le titre d'époux. Ainsi l'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'adultère de son conjoint n'a pas qualité pour former opposition au mariage que celui-ci se disposerait à contracter avec son complice au mépris de la prohibition de l'art. 298 (1).

365. 2° DES ASCENDANTS. — « *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* » (art. 173). L'affection que les ascendants portent à leurs descendants ne permet pas de redouter de leur part une opposition injuste et vexatoire. La loi leur reconnaît en conséquence un droit d'opposition absolu et illimité. Ils peuvent s'opposer au mariage de leurs descendants, alors même que ceux-ci ont atteint leur majorité matrimoniale et qu'il n'existe aucun empêchement légal. Ils ne sont même pas tenus d'indiquer dans l'acte qui renferme leur opposition le motif sur lequel elle est fondée (art. 176). Sans doute si le futur époux demande à la justice la mainlevée de l'opposition, il faudra bien que l'ascendant fasse connaître les raisons qui l'ont déterminé à la former, et s'il ne peut invoquer l'existence d'un empêchement reconnu par la loi, la mainlevée devra nécessairement être accordée; mais, en retardant la célébration, l'opposition aura du moins pour résultat de donner aux passions le temps de se calmer. « Souvent, dit Portalis dans l'*Exposé des motifs*, on n'a aucune raison décisive pour empêcher un mauvais mariage; mais un père ne peut pas renoncer à l'espoir de ramener son enfant par des conseils salutaires: il se rend opposant, parce qu'il sait que le temps est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions. » Il peut même arriver qu'un enfant qui n'a pas reculé devant la signification d'un acte respectueux connu seule-

1) Huc, t. II, n° 108; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1630; Beudant, t. I, n° 270. — Trib. de la Seine, 12 avril 1894, D. 94, 2, 447; Paris, 3 mars 1897, D. 97, 2, 439, S. 97, 2, 102; — Besançon, 14 février 1900, D. 1900, 2, 136. — *Contra*: Trib. de Dieppe, 26 juin 1890, D. 92, 2, 213, S. 90, 2, 200; — Amiens, 16 février 1897, D. 97, 2, 492.

ment de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins, s'arrête devant la nécessité d'engager contre son ascendant un procès en mainlevée d'opposition et renonce à son projet d'union.

Le droit d'opposition n'appartient pas collectivement et concurremment à tous les ascendants; il ne peut être exercé par eux que graduellement et dans l'ordre successif déterminé par l'art. 173. C'est le père qui est appelé à l'exercer tout d'abord et à l'exclusion de tout autre. A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le droit d'opposition passe à la mère. Lorsque le père et la mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il appartient concurremment aux aïeuls et aïeules de chacune des lignes paternelle et maternelle. Le consentement donné au mariage par les aïeuls d'une ligne n'enlèverait donc pas à ceux de l'autre ligne le droit de former opposition, sans préjudice de la mainlevée qui devra être accordée en pareil cas s'il n'existe d'autre obstacle au mariage que le dissentiment de l'opposant ou des opposants, puisque ce dissentiment emporte consentement aux termes de l'art. 150. Mais de même que la mère n'est fondée à former opposition qu'à défaut du père, de même, dans chaque ligne, l'aïeule ne peut agir qu'à défaut de l'aïeul.

Enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit de former opposition passe aux bisaïeuls. C'est en effet seulement à *défaut d'aucun ascendant* que l'art. 174 attribue le droit d'opposition aux collatéraux. S'il y a dans une ligne des aïeuls et dans l'autre seulement des bisaïeuls, ces derniers peuvent, croyons-nous, s'opposer au mariage aussi bien que les aïeuls.

366. 3° DES COLLATÉRAUX. — « *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 opposition que dans les deux cas suivants : 1° lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'art. 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 mainlevée 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* » (art. 174).

Les collatéraux auxquels le droit d'opposition est reconnu par cet article sont : le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains.

Ce droit leur appartient individuellement et concurremment. La loi n'établit en effet entre eux aucun ordre hiérarchique; elle les met tous sur la même ligne. Un cousin germain peut donc faire opposition alors même que le futur époux a un frère ou une sœur qui ne juge pas à propos d'agir.

Mais c'est seulement à *défaut d'aucun ascendant* que les collatéraux jouissent du droit d'opposition. Il faut de plus qu'ils soient majeurs. Le

code n'admet pas qu'ils puissent être représentés dans la circonstance par leur tuteur. Il fait du droit d'opposition un droit essentiellement personnel qui doit être exercé par le titulaire lui-même.

Enfin, les collatéraux dénommés dans l'art. 174 ne sont recevables à agir que dans deux cas :

1° Lorsque le futur époux est mineur et qu'il n'a pas obtenu le consentement de son conseil de famille. Pour trouver l'application de ce premier cas, il faut imaginer des situations tout à fait anormales. Il est clair en effet qu'en thèse générale, quand un mineur se présentera pour contracter mariage sans justifier du consentement de son conseil de famille, l'officier de l'état civil refusera de procéder à la célébration, sans qu'il soit besoin à cet effet d'une opposition. Celle-ci n'aurait sa raison d'être qu'autant que le futur époux chercherait à tromper l'officier de l'état civil en lui présentant soit un faux acte de naissance duquel il résulterait qu'il est majeur, soit un faux acte de consentement du conseil de famille, ou bien en dissimulant la rétractation faite par ce conseil du consentement qu'il avait tout d'abord donné au mariage.

2° Lorsque le futur époux est en état de démence. Le terme générique de *démence* comprend les diverses variétés d'aliénation mentale que la loi désigne ailleurs par les mots d'*imbécillité*, *démence* ou *fureur* (art. 489). Mais comme une opposition fondée sur ce motif pourrait être formée à la légère, elle ne peut être maintenue, si le futur époux en demande la mainlevée à la justice, qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai fixé par le tribunal ; ce qui suppose que l'état de démence du futur est *habituel* ; car c'est alors seulement que l'interdiction est possible (art. 489). Les magistrats peuvent même, lorsque l'allégation de démence leur paraît manifestement dénuée de fondement, donner immédiatement mainlevée pure et simple de l'opposition.

367. 4° DU TUTEUR OU CURATEUR DU FUTUR ÉPOUX. — « *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 le conseil de famille, qu'il pourra convoquer* » (art. 175). Le droit d'opposition accordé par cet article au tuteur ou curateur du futur conjoint lui appartient concurremment avec les collatéraux dont parle l'art. 174 et dans les mêmes cas, c'est-à-dire lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu et en cas de démence du futur époux. Mais le tuteur ou curateur n'est fondé à agir qu'autant qu'il y a été autorisé par le conseil de famille *qu'il peut convoquer* ou plus exactement dont il peut *requérir la convocation* à cet effet (art. 406). Grâce à cette condition, il est bien difficile de comprendre une opposition fondée sur la démence du futur époux. En effet si le futur n'est pas sain d'esprit, le conseil de famille refusera son consentement au mariage, et dès lors il

ne sera pas besoin de fonder l'opposition sur la démence, ce qui nécessiterait une demande en interdiction ; il sera bien plus simple de la baser sur le défaut de consentement. Si, après avoir consenti au mariage, le conseil reconnaît, sur les observations du tuteur ou du curateur, que le futur n'est pas sain d'esprit, plutôt que d'autoriser le tuteur ou curateur à former opposition pour cause de démence, il révoquera son consentement. On s'est ingénié à chercher des cas exceptionnels dans lesquels la seconde cause d'opposition admise par les art. 174 et 175 pourrait trouver son application. On a supposé d'abord l'hypothèse d'un mariage projeté par un majeur interdit. Mais cette explication est contredite par le texte de l'art. 174 qui se place en présence d'un futur époux non interdit, puisqu'il oblige l'opposant à provoquer l'interdiction ; et d'ailleurs, en admettant qu'un interdit soit capable de se marier, le conseil de famille n'ayant pas à intervenir dans son mariage, on ne voit pas à quel titre il pourrait autoriser le tuteur à y former opposition. On a supposé encore le cas où le conseil de famille d'un mineur, après avoir donné son consentement au mariage, viendrait à concevoir sur l'état mental du futur époux des doutes qui, sans être assez sérieux pour le décider à révoquer son consentement, le déterminent néanmoins à autoriser le tuteur ou le curateur à former opposition à ses risques et périls. Enfin on a mis en avant le cas où un tuteur *ad hoc* ayant consenti au mariage d'un enfant naturel, le conseil de famille autoriserait le tuteur ordinaire ou le curateur à former opposition. Il est difficile de croire que ces diverses situations se soient présentées à l'esprit du législateur. Il est beaucoup plus probable qu'il n'a même pas entrevu la difficulté et qu'il a statué sans remarquer que, réduit aux cas prévus par l'art. 175, le droit d'opposition accordé au tuteur ou curateur était dépourvu de toute utilité pratique.

368. Telles sont les personnes auxquelles la loi confère textuellement le droit d'opposition. Cette énumération est essentiellement limitative. Les descendants, les neveux et nièces, les alliés même les plus proches ne sauraient donc former opposition au mariage de leurs ascendants, de leurs oncles ou tantes ou de leurs alliés. Mais doit-on également refuser le droit d'opposition au ministère public ?

La question est très controversée.

Un premier système reconnaît au ministère public le droit de former opposition toutes les fois qu'il existe un empêchement dirimant, ou même un empêchement simplement prohibitif si cet empêchement est fondé sur un motif d'ordre public. On se fonde sur l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation judiciaire. « En matière civile, dit cet article, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements. *Il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Pour que

le ministère public puisse agir d'office en matière civile, il n'est donc pas nécessaire que ce pouvoir lui soit conféré par un texte formel et spécial. Dès lors que l'ordre public est en jeu, il est autorisé à agir pour assurer l'exécution de la loi. Par conséquent il a le droit de s'opposer à la célébration d'un mariage qui violerait une loi d'ordre public, bien qu'il ne figure pas au nombre des personnes auxquelles le code confère le droit de former opposition (1).

Un autre système, laissant de côté la loi de 1810, reconnaît également au ministère public le droit d'opposition, mais seulement dans les cas où, si le mariage avait été célébré, il pourrait en demander l'annulation. Par cela même que le ministère public a le droit de provoquer l'annulation de certains mariages, il est, dit-on, autorisé à former opposition à leur célébration. Mieux vaut en effet prévenir le mal que d'avoir à le réparer, alors surtout qu'il s'agit d'un mal qui, par sa nature même, ne peut jamais être entièrement réparé. Il serait absurde d'obliger le ministère public à attendre pour faire respecter la loi qu'elle ait été violée (2). — Cette argumentation n'est rien moins que concluante. Dans la théorie du code le droit de provoquer l'annulation d'un mariage n'emporte point nécessairement le droit de former opposition à ce mariage. Quand la nullité est absolue, toute personne intéressée peut la faire valoir, et cependant toute personne intéressée ne peut pas s'opposer à un mariage, alors même qu'il existerait à la célébration de ce mariage un empêchement d'où naît une nullité absolue.

Enfin une troisième opinion refuse absolument au ministère public le droit d'opposition, parce que le code ne le lui accorde pas et que ce droit étant exceptionnel et renfermé dans des limites très étroites ceux-là seuls peuvent l'invoquer qui en ont reçu la concession d'un texte formel. En admettant que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 doive être entendu dans le sens que lui attribue le premier système, question qui est elle-même controversée, cette loi ne saurait recevoir son application dans les cas réglés, comme l'est celui qui nous occupe, par une loi spéciale. Le code civil a réglementé d'une façon complète le droit d'opposition; il a déterminé les personnes auxquelles ce droit appartient, le refusant par là même à toutes celles qui ne sont pas comprises dans la liste qu'il a dressée. Or il ne parle pas du ministère public, tandis qu'il l'indique textuellement au nombre des personnes qui peuvent poursuivre l'annulation du mariage. C'est donc qu'il entend exclure son intervention (3).

1) Demolombe, t. III, n° 151; Valette sur Proudhon, t. I, p. 420; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1647; Demante, t. I, n° 249; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 291; Beudant, t. I, n° 270.

2) Aubry et Rau, § 454, texte et note 27; Durantou, t. II, nos 202 et 345. — Grenoble, 14 janvier 1889, D. 90, 2, 193.

3) Huc, t. II, n° 116; Laurent, t. II, n° 387; Planiol, t. III, n° 129.

Cette solution ne présente du reste aucun inconvénient, car le ministère public, s'il connaît quelque obstacle à la célébration d'un mariage, n'a pas besoin pour prévenir la violation de la loi de recourir à une opposition proprement dite. Il lui suffit de signaler cet obstacle à l'officier de l'état civil, lequel ne manquera pas de s'arrêter devant cet avertissement à lui donné par le fonctionnaire chargé de poursuivre les infractions qu'il viendrait à commettre; et pour vaincre sa résistance, les parties devront, comme au cas d'opposition, s'adresser à la justice.

369. Au surplus, toute personne non comprise dans l'énumération donnée par les art. 172, 173, 174 et 175 peut informer *officieusement* l'officier de l'état civil des empêchements dont elle a connaissance. Cet avertissement ne constituant pas une opposition, l'officier public est libre de ne pas en tenir compte. Mais s'il célèbre le mariage sans s'assurer au préalable que l'empêchement qui lui a été signalé n'existe pas, il engagera sa responsabilité et s'exposera aux peines édictées par les art. 156, 157, c. c., 194 et 340 c. p.

SECTION II

DES FORMES DE L'OPPOSITION

370. L'opposition à mariage se forme par exploit d'huissier. Elle doit en conséquence satisfaire aux conditions communes à tous les exploits (art. 61 c. pr.). Mais elle est soumise en outre à certaines conditions particulières qui font l'objet des art. 66 et 176 :

Art. 66. « *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; ils 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. 176. « *Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition; le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier qui aurait signé l'acte d'opposition.* »

Tout acte d'opposition doit donc :

- 1° Indiquer la qualité de l'opposant;
- 2° Énoncer le motif sur lequel l'opposition est fondée, à moins que l'opposant ne soit un ascendant;
- 3° Contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré;

4° Enfin être signé, tant sur l'original que sur la copie, par l'opposant lui-même ou par son fondé de procuration spéciale et authentique.

L'indication de la qualité de l'opposant et du motif de l'opposition permet à l'officier de l'état civil et aux futurs époux de vérifier, par la seule inspection de l'acte, si l'opposant est du nombre des personnes auxquelles la loi reconnaît le droit de former opposition, et s'il agit dans un cas où il est autorisé à le faire. On a vu plus haut pourquoi les ascendants sont dispensés de faire connaître le motif de leur opposition.

L'obligation imposée à l'opposant de faire élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré permet au futur époux d'obtenir la mainlevée de l'opposition plus facilement et plus promptement que s'il lui fallait, conformément à l'art. 59 al. 1 du code de procédure, s'adresser à cet effet au tribunal du domicile de l'opposant, qui peut être très éloigné. Lorsque la célébration du mariage peut avoir lieu dans plusieurs communes différentes (art. 74 et 165), et que l'opposant ignore dans laquelle de ces communes les parties se proposent d'y faire procéder, il n'est pas tenu de faire élection de domicile dans ces différentes communes. Il lui suffit, pour se conformer à la lettre et à l'esprit de la loi, d'élire domicile dans la commune où le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée a son domicile ordinaire ou son domicile matrimonial.

En exigeant que l'acte d'opposition soit signé, tant sur l'original que sur la copie, par l'opposant ou par son mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique, la loi a voulu empêcher que l'opposition pût être formée sous un nom supposé par une personne n'ayant pas qualité pour s'opposer au mariage. Grâce à la précaution prise par l'art. 66, celui qui serait tenté de commettre une pareille supercherie ne pourrait réussir qu'au moyen d'une fausse signature, ce qui le rendrait passible de la peine de la réclusion (art. 150 c. p.) sans préjudice des dommages-intérêts.

L'opposant qui ne saurait pas signer devrait nécessairement se faire remplacer par un fondé de pouvoir muni d'une procuration spéciale et authentique.

L'acte d'opposition est nul s'il n'énonce pas la qualité de l'opposant, s'il ne mentionne pas le motif de l'opposition, ou s'il ne contient pas élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré. De plus, l'huissier qui a signé cet acte frappé de nullité encourt la peine de l'interdiction. Cette dernière sanction implique que l'huissier est fondé à refuser son ministère à une personne qui voudrait lui faire dresser un acte d'opposition illégal, par exemple à un opposant qui refuserait d'indiquer sa qualité ou le motif de l'opposition. Mais l'officier ministériel n'est pas juge de la validité de l'opposition. Il n'a donc pas à rechercher si l'opposant a réellement la qualité qu'il s'attribue ou si le motif qu'il allègue est fondé. Ce sont là des questions dont l'examen appartiendra au tribunal saisi de la

demande en mainlevée de l'opposition. Dès lors qu'on lui fournit les indications nécessaires pour dresser un acte d'opposition régulier dans la forme, l'huissier n'a pas autre chose à demander et il ne peut pas refuser d'agir.

La signature de l'opposant est-elle exigée à peine de nullité de l'acte d'opposition comme les formalités de l'art. 176? Malgré le silence de l'art. 66, une opinion accréditée se prononce pour l'affirmative, cette formalité, à raison de la gravité des motifs qui l'ont fait exiger, devant être considérée comme substantielle. La solution contraire nous semblerait plus juridique. L'art. 1030 du code de procédure dispose en effet qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est pas *formellement* prononcée par la loi. Il n'y a donc pas, en matière d'exploits, de nullités virtuelles fondées sur la volonté tacite du législateur.

371. L'opposition doit être signifiée non seulement à l'officier de l'état civil, mais encore aux parties elles-mêmes (art. 66 *in fine*), c'est-à-dire tant à celui des futurs époux contre lequel elle est personnellement dirigée qu'à son futur conjoint. Ce dernier n'a point, il est vrai, le droit de demander en son propre nom la mainlevée de l'opposition (1), mais il n'en a pas moins intérêt à connaître l'obstacle que rencontre son projet de mariage; il est donc juste qu'il en soit immédiatement informé.

Il n'est pas nécessaire de signifier l'opposition aux officiers de l'état civil de toutes les communes dans lesquelles le mariage peut être célébré; il suffit que la signification soit faite à l'un d'eux. L'officier de l'état civil, devant lequel deux personnes se présentent pour contracter mariage, ne pouvant en effet procéder à la célébration qu'autant qu'on lui remet un certificat de *non opposition* délivré par les officiers de l'état civil des différentes communes dans lesquelles le mariage pourrait être célébré, sera informé de l'existence de l'opposition, bien qu'elle ne lui ait pas été personnellement signifiée. « *S'il n'y a pas d'opposition, il en sera fait mention dans l'acte de mariage; et si les publications ont été faites dans plusieurs communes, les parties remettront un certificat délivré par l'officier de l'état civil de chaque commune, constatant qu'il n'existe point d'opposition* » (art. 69). Toutefois, la personne qui formerait opposition à un mariage peu de temps avant la célébration agirait prudemment en signifiant son opposition à tous les officiers de l'état civil compétents pour célébrer ce mariage, car il serait possible que les certificats de non-opposition eussent déjà été délivrés.

L'opposition peut être faite valablement jusqu'au moment de la célébration, la loi n'ayant déterminé aucun terme après lequel elle ne serait plus recevable.

L'officier de l'état civil auquel l'opposition est signifiée doit mettre son

1) *Contra*: Trib. de la Seine, 15 avril 1897, D. 98, 2, 419.

visa sur l'original. En exigeant cette formalité, la loi a voulu prévenir un conflit entre l'huissier qui affirmerait avoir fait la signification et l'officier de l'état civil qui soutiendrait ne l'avoir pas reçue.

Aux termes de l'art. 67, « *L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications...* » C'est là une mesure d'ordre destinée à empêcher l'officier de l'état civil de perdre de vue l'opposition et à faciliter la délivrance du certificat prescrit par l'art. 69.

A la différence de l'opposition proprement dite, l'avis officieux de l'existence d'un empêchement donné à l'officier de l'état civil par une personne qui n'a pas qualité pour former opposition, n'est soumis à aucune forme spéciale.

SECTION III

DES EFFETS DE L'OPPOSITION

372. L'effet de l'opposition est de mettre obstacle à la célébration du mariage. « *En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts* » (art. 68).

Mais l'officier de l'état civil est-il tenu de s'arrêter devant une opposition quelconque?

Dans l'ancien droit, toute opposition obligeait le curé à surseoir à la célébration jusqu'à ce qu'il eût été donné mainlevée soit par l'opposant, soit par le juge(1). C'était une conséquence des principes alors admis, le droit d'opposition n'étant soumis à aucune restriction.

La loi du 20 septembre 1792 contenait sur ce point une règle toute contraire. Après avoir réglementé le droit d'opposition elle ajoutait : « 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 » (Titre IV, sect. 3, art. 9).

De ces deux systèmes opposés, quel est celui que les auteurs du code ont adopté? à moins d'admettre qu'ils ont fait une œuvre complètement inutile en déterminant avec tant de soin les personnes qui ont qualité pour former opposition, les causes pour lesquelles l'opposition peut être faite, et les formes dans lesquelles elle doit être rédigée, il faut décider que c'est le second. Le législateur a voulu empêcher le retour des abus qui s'étaient produits sous l'ancienne jurisprudence. Ce but ne serait pas atteint si l'officier de l'état civil devait s'incliner devant une opposition quelconque.

1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 82.

Ainsi à quoi bon refuser à un enfant le droit de former opposition au mariage de son père, si cet enfant peut, au moyen d'une opposition illégalement faite, arriver au même résultat que si la loi lui permettait d'agir, c'est-à-dire arrêter le mariage de son père jusqu'à ce que celui-ci ait obtenu mainlevée? L'officier de l'état civil ne doit donc avoir égard qu'à une opposition qui satisfait aux prescriptions légales. Il doit passer outre lorsque l'opposition émane d'une personne sans qualité, ou d'une personne ayant qualité mais agissant en dehors des cas où la loi l'autorise à le faire. Il en est de même lorsque l'opposition n'est pas faite par exploit d'huissier, ou lorsqu'une formalité prescrite à peine de nullité par la loi n'a pas été observée. Mais c'est seulement lorsqu'il est certain et incontestable que l'opposition est illégale que l'officier de l'état civil doit la tenir pour non avenue. S'il y a doute, son devoir est de s'arrêter, car il n'est pas juge des questions litigieuses. Tel serait le cas où l'acte d'opposition ne serait pas signé par l'opposant ou présenterait quelque autre irrégularité sur laquelle le législateur ne s'est pas formellement expliqué.

A plus forte raison l'officier de l'état civil n'a-t-il pas à apprécier l'exactitude du motif allégué par l'opposant. Ainsi, par exemple, une personne forme opposition au mariage de son frère pour cause de démence de celui-ci. L'officier de l'état civil, qui connaît le futur époux, sait pertinemment qu'il est sain d'esprit. Il n'en doit pas moins surseoir à la célébration jusqu'à ce que l'opposition ait été levée.

373. La mainlevée peut être consentie volontairement par l'opposant ou prononcée par la justice.

374. La mainlevée volontaire n'est autre chose que le désistement de l'opposant. La loi n'en a pas déterminé la forme. Elle peut être donnée verbalement devant l'officier de l'état civil, au moment de la célébration du mariage. Il suffit alors de la mentionner dans l'acte de célébration. Lorsque l'opposant n'a pas l'intention d'assister à la célébration du mariage, la mainlevée de l'opposition doit être donnée par acte authentique. En disant qu'une *expédition* de cet acte doit être remise à l'officier de l'état civil, l'art. 67 suppose un acte reçu par un notaire et en minute. Mais comme il n'exige pas formellement cette condition, on s'accorde à penser que la mainlevée peut également être signifiée par huissier dans la forme tracée par l'art. 66 pour l'opposition elle-même.

Il est clair que si l'opposition avait révélé l'existence d'un empêchement que la mainlevée volontaire ne ferait pas disparaître, l'officier de l'état civil, averti de cet empêchement, devrait, malgré la mainlevée, refuser de procéder à la célébration.

375. Lorsque la mainlevée n'est pas volontairement consentie par l'opposant, le futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée est obligé, s'il persiste dans son projet d'union, de s'adresser à la justice. La demande

est portée soit devant le tribunal du domicile élu dans l'acte d'opposition, soit, si le demandeur le préfère, devant le tribunal du domicile ordinaire de l'opposant, conformément au droit commun. La loi l'affranchit de la règle générale d'après laquelle les affaires sont jugées à *tour de rôle* (art. 506 c. pr.) et prescrit aux magistrats de procéder avec une grande célérité. « *Le tribunal de première instance, dit l'art. 177, prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée.* » Et l'art. 178 ajoute : *S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation.* » Mais ces articles ne signifient pas que le tribunal et la cour doivent avoir jugé définitivement la cause dans les dix jours de l'acte qui les saisit. Ce serait souvent impossible, à raison des nécessités de l'instruction. Supposons par exemple que, l'opposition étant fondée sur l'existence d'un premier mariage de l'un des futurs époux, celui-ci prétende que ce premier mariage est nul. Le point de savoir si l'opposition doit ou non être maintenue dépend de la solution de cette question préalable : Le premier mariage est-il valable ou nul ? Or une pareille question ne saurait être tranchée en dix jours. Ce que le législateur veut c'est que les juges s'occupent de l'affaire avant l'expiration des dix jours, et qu'ils statuent au moins préparatoirement dans ce délai, s'il n'est pas possible de juger de suite au fond.

La mainlevée doit nécessairement être accordée par la justice, dès lors qu'il n'existe aucun empêchement légal au mariage. Alors même que l'opposition émane d'un ascendant, les magistrats ne jouissent, nous l'avons dit, d'aucun pouvoir discrétionnaire leur permettant de la maintenir et d'empêcher le mariage pour des causes non prévues par la loi. Ils ne pourraient même pas, en vue de donner aux passions le temps de se calmer, ordonner qu'il sera sursis pendant un certain temps à la célébration ou prescrire telle ou telle autre mesure modifiant d'une manière quelconque les conditions légales du mariage.

L'opposant qui succombe peut être condamné à des dommages-intérêts, si l'opposition a causé un préjudice à celui contre lequel elle était dirigée. Toutefois, cette règle est inapplicable aux ascendants, lesquels sont toujours présumés avoir agi dans l'intérêt de leur descendant. « *Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts* » (art. 179, al. 1).

Quant aux dépens du procès, ils sont, conformément au droit commun, à la charge de la partie qui succombe, sauf la faculté pour le tribunal d'en opérer la compensation entre les parties dans le cas où l'opposant est l'ascendant, le frère ou la sœur du futur époux (art. 130 et 131 c. pr.).

Il arrive parfois que l'opposant s'efforce de retarder la mainlevée de l'opposition en recourant à divers artifices de procédure. L'un des moyens les plus employés consistant à laisser prononcer la mainlevée par défaut et à former ensuite opposition, la loi du 20 juin 1896 a rendu pour l'ave-

nir cette manœuvre impossible en ajoutant à l'art. 179 un nouvel alinéa ainsi conçu : « *Les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d'opposition.* »

Le futur époux qui a obtenu de la justice la mainlevée de l'opposition faite à son mariage doit, pour que la célébration puisse avoir lieu, remettre à l'officier de l'état civil une expédition du jugement rendu en sa faveur. Comme la mainlevée volontaire, lorsqu'elle est donnée par écrit, la mainlevée judiciaire doit être mentionnée sur le registre des publications de mariage. Après avoir prescrit à l'officier de l'état civil de faire, sur ce registre, mention sommaire des oppositions qui lui ont été signifiées, l'art. 67 ajoute en effet : « *Il fera aussi mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou des actes de mainlevée dont expédition lui aura été remise.* »

376. Par elle-même, l'opposition ne constitue qu'un empêchement prohibitif. Sa seule sanction consiste dans l'amende et les dommages-intérêts auxquels l'officier de l'état civil peut être condamné (art. 68). Le mariage célébré au mépris d'une opposition régulière demeurerait donc valable s'il n'existait par ailleurs un empêchement dirimant.

CHAPITRE IV

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE

377. Dans ce chapitre, le législateur s'occupe non seulement des nullités de mariage, mais encore des *mariages putatifs*, c'est-à-dire des mariages auxquels, malgré leur annulation, le législateur fait produire les effets civils à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, et de la *preuve du mariage*, matière qui, d'après une méthode rigoureuse, aurait dû être traitée à part et faire l'objet d'un chapitre spécial.

SECTION I

DES NULLITÉS DE MARIAGE

378. Avant d'aborder l'examen des textes relatifs aux nullités de mariage, il est indispensable de formuler certains principes généraux.

Considérés au point de vue de leur efficacité, les actes juridiques en général, et le mariage en particulier, peuvent être *valables, annulables, ou inexistantes*.

Un acte est valable quand il réunit toutes les conditions requises pour sa perfection. Un pareil acte est inattaquable et produit son plein et entier effet.

Un acte annulable est un acte imparfait. Il existe, mais son existence est précaire ; il est entaché d'un vice qui pourra entraîner sa ruine.

Enfin, on appelle acte inexistant, ou encore acte *nul* ou *radicalement nul* (1) un acte qui, manquant d'un élément essentiel à son existence même, n'a pas pu se former. Un pareil acte est, aux yeux de la loi, une simple apparence sans réalité ; c'est le néant.

De là entre les actes annulables et les actes inexistants les différences suivantes :

1° Un acte annulable existe tant qu'il n'a pas été infirmé par la justice. Pour le faire tomber il faut donc intenter une action judiciaire et obtenir un jugement d'annulation. L'intervention de la justice n'est pas nécessaire pour infirmer un acte inexistant. Bien plus, toute action en annulation est impossible, car on ne saurait annuler le néant, détruire ce qui n'existe pas. Sans doute, si quelqu'un soutient que cet acte est valable et prétend lui faire produire quelque effet, il faudra bien que celui qui conteste son existence recoure aux tribunaux pour faire trancher le différend, nul ne pouvant se faire justice par lui-même ; mais les juges n'auront pas à annuler l'acte litigieux, ils se borneront à reconnaître et à proclamer qu'il n'existe pas.

2° L'acte inexistant ne produit aucun effet, attendu qu'il n'y a point d'effet sans cause. L'acte annulable existant au contraire jusqu'à ce qu'il ait été annulé produit jusque-là ses effets. Mais, après l'annulation, cette différence disparaît. L'acte annulé étant réputé n'avoir jamais existé, ne cesse point seulement de produire ses effets dans l'avenir ; ceux qu'il avait produits dans le passé sont rétroactivement effacés. Il se trouve donc désormais assimilé à un acte inexistant.

3° Toute personne peut se prévaloir de l'inexistence d'un acte. Les actes annulables, du moins quand le vice dont ils sont entachés ne touche pas à l'ordre public, ne peuvent être attaqués que par ceux auxquels la loi accorde cette faculté.

4° Enfin le vice dont un acte annulable se trouve atteint peut, en général, être effacé, réparé, par une confirmation ou ratification. L'acte devient alors pleinement valable. Toute confirmation est au contraire impossible en ce qui concerne un acte inexistant. On peut guérir un malade, on ne peut pas donner la vie à un mort.

379. Dans le chapitre *des Demandes en nullité de mariage*, le législateur suppose toujours un mariage réunissant les conditions essentielles à son existence, un mariage qui s'est véritablement formé, mais qui est entaché d'un vice à raison duquel il peut être brisé, annulé. En un mot, il s'y occupe exclusivement des mariages simplement annulables, et laisse entièrement de côté les mariages inexistants.

1) Quelques auteurs qualifient d'actes *nuls* les actes simplement annulables.

Or, pour qu'un mariage existe, pour qu'il se forme, trois conditions sont indispensables : 1° la différence des sexes ; 2° le consentement des futurs époux ; 3° la manifestation de ce consentement devant un officier de l'état civil.

Que l'identité de sexe ou, ce qui revient au même, le défaut de sexe déterminé chez l'un des prétendus époux, empêche le mariage d'exister, c'est l'évidence même ; on ne comprend un mariage qu'entre deux personnes de sexe différent. Mais l'impuissance résultant soit d'une mutilation, soit d'une conformation vicieuse, pourvu toutefois que, dans ce dernier cas, le sexe soit reconnaissable et qu'il soit différent chez l'un et chez l'autre des contractants, n'empêche point le mariage d'exister (1). Quant au point de savoir si l'impuissance n'est pas une cause d'annulation du mariage lorsqu'elle a été ignorée de l'autre époux avant la célébration, sa solution dépend du sens que l'on attache aux mots *erreur dans la personne* dont se sert l'art. 180.

Il n'est pas moins évident que le défaut absolu de consentement fait obstacle à l'existence du mariage (art. 146). Le mariage est en effet un contrat et un contrat se forme par le consentement des parties. Deux personnes se présentent devant un officier de l'état civil pour contracter mariage, mais l'une d'elles est dans un état de démence qui ne lui permet pas d'avoir une volonté. Le mariage célébré dans de pareilles conditions ne sera qu'une apparence sans réalité ; il n'existera pas (2).

Il est certain enfin qu'il n'y a pas de mariage, aux yeux de la loi, lorsque le consentement des parties, au lieu d'être exprimé devant un officier de l'état civil l'a été devant toute autre personne. Le mariage est un contrat *solennel* ; or dans les contrats solennels, le consentement des parties est considéré comme n'existant pas lorsqu'il n'a pas été manifesté devant l'officier public chargé de le recevoir et de le constater.

L'absence de toute autre condition, quelle qu'elle soit, n'empêche pas le mariage d'exister et peut seulement entraîner son annulation. Il faudra alors pour faire tomber le mariage, pour l'anéantir, intenter une action judiciaire. C'est cette action que la loi a organisée dans le présent chapitre.

380. Le principe fondamental qui domine toute cette matière est qu'il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont établies par un texte formel. C'est une dérogation au droit commun qui admet des nullités *virtuelles*, c'est-à-dire des nullités qui, sans être prononcées textuellement par la loi, sont fondées sur la volonté tacite du législateur. En matière de

1) Caen, 23 mars 1882, D. 82, 2, 155, S. 82, 2, 108 ; — Comp. Montpellier, 8 mai 1872, D. 72, 2, 48, S. 72, 2, 272.

2) Bruxelles, 20 déc. 1893, D. 95, 2, 185. — Comp. Cour de cass., 9 novembre 1887, D. 88, 1, 161, S. 87, 1, 461.

mariage il n'y a pas de nullités virtuelles. Pour qu'un mariage puisse être annulé, il ne suffit pas qu'il ait été contracté en violation d'une disposition prohibitive de la loi, il faut qu'une autre disposition légale en autorise l'annulation pour ce motif. Le code contient en effet un chapitre spécialement consacré aux nullités de mariage. Il a donc voulu tout prévoir et tout régler. Dès lors que le législateur a manifesté expressément sa volonté, il ne peut être question de rechercher sa volonté tacite. En indiquant les cas dans lesquels le mariage peut être annulé, il exclut par là même toute autre cause d'annulation (1).

381. Les art. 180 et suivants mentionnent *sept* causes de nullité du mariage. Ces nullités sont de deux sortes, les unes sont des nullités *relatives*, les autres des nullités *absolues*.

Les nullités relatives sont étrangères à toute considération d'ordre public; elles sont établies dans l'intérêt de certaines personnes qui, seules admises à s'en prévaloir, peuvent renoncer à les invoquer.

Les nullités absolues sont basées sur des motifs d'ordre public; elles peuvent être invoquées par toute personne intéressée et par le ministère public et ne sont point, en principe, susceptibles d'être effacées par un événement postérieur.

§ 1. — *Des nullités relatives.*

382. Le mariage est entaché de nullité relative : 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.

1° Des vices du consentement donné par les époux ou par l'un d'eux.

383. « *Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux qui n'a pas été libre. — 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).

Dans les contrats ordinaires les vices du consentement sont l'erreur, la violence et le dol (art. 1109 et suiv.).

Le dol est toute manœuvre employée pour tromper quelqu'un. L'art. 1116 dispose à propos des conventions en général que « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». L'art. 180 ne parle pas du dol. Donc par lui-même et indépendamment de l'erreur qu'il peut avoir produite, le dol n'est pas une cause de nullité du mariage. Les tromperies ou dissimulations étant

1) *Contra* : Planiol, t. III, nos 328 et suiv.

malheureusement très fréquentes en pareille matière, le législateur a craint, en faisant de ces manœuvres un vice du consentement, de compromettre la stabilité du mariage, au grand préjudice de l'ordre social. Telle était déjà la règle admise dans notre ancien droit : « *En mariage trompe qui peut* », disait un vieil adage. Aux intéressés de prendre toutes les précautions voulues pour éviter les surprises et les déceptions.

Les vices du consentement qui peuvent entraîner l'annulation du mariage sont seulement la violence et l'erreur. Encore la loi n'admet-elle pas toute espèce d'erreur comme cause de nullité ; elle ne reconnaît ce caractère qu'à *l'erreur dans la personne*.

384. La violence consiste dans des voies de fait ou des menaces exercées contre une personne pour lui arracher son consentement. Par la crainte qu'elle inspire à celui qui en est victime, la violence altère la volonté, elle la trouble, mais elle ne la détruit pas entièrement. De deux maux, la personne violentée choisit en effet celui qui lui paraît le moindre, et choisir c'est faire acte de volonté. Mais le consentement donné dans ces conditions est imparfait, il n'est pas libre. La loi vient au secours de la personne violentée en lui permettant de faire briser le lien qu'elle n'a accepté que par contrainte. Quant au point de savoir quels doivent être les caractères de la violence pour qu'elle puisse entraîner l'annulation du mariage, il y a lieu, pour le résoudre, de recourir aux règles tracées dans les art. 1112, 1113 et 1114. Il convient même de remarquer que c'est surtout en matière de mariage que se présente l'application de l'art. 1114, aux termes duquel la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu d'acte de violence exercé, ne suffit pas pour annuler le contrat.

385. Après avoir dit que le mariage peut être annulé pour défaut de liberté du consentement des époux ou de l'un d'eux, c'est-à-dire en cas de violence, l'art. 180 ajoute qu'il peut l'être également en cas d'erreur *dans la personne*.

D'après le droit commun, l'erreur sur la personne avec laquelle on contracte ne vicie pas les conventions. « L'erreur, dit l'art. 1110, n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter. » Dans la plupart des contrats les parties n'ont en effet en vue que des intérêts matériels et pécuniaires et la question de personne est pour elles complètement indifférente. Mais, à ce principe, l'art. 1110 *in fine* apporte une exception en ces termes : « A moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » Or le mariage est précisément l'un des contrats dans lesquels la considération de la personne est déterminante. De là la disposition de l'art. 180 al. 2.

Il y a erreur *dans la personne*, entraînant d'après cet article la nullité

du mariage, quand on a épousé une personne autre que celle que l'on voulait épouser. Une semblable erreur peut se produire dans deux cas. Elle peut porter soit sur l'identité physique, soit sur l'identité civile de la personne épousée.

Il y a erreur sur l'identité physique lorsque la personne épousée n'est pas physiquement celle que l'on croyait épouser. Paul veut épouser Marie. Au lieu de Marie c'est Jeanne qui se présente devant l'officier de l'état civil et Paul, sans s'apercevoir de la substitution, déclare consentir à prendre cette femme pour épouse. Une erreur de ce genre n'est certainement pas de nature à se présenter fréquemment. Elle suppose un concours de circonstances difficilement réalisable dans notre état social.

Il y a erreur sur l'identité civile lorsque l'un des époux s'est fait agréer en s'attribuant le nom et l'état civil d'une autre personne, ou même un nom et un état purement imaginaires. La personne épousée est bien alors physiquement celle que l'autre époux avait en vue lorsqu'il a exprimé son consentement; mais ce n'est pas civilement celle avec laquelle il voulait contracter mariage. Il y a eu substitution d'une personne civile à une autre.

Il résulte des travaux préparatoires que ces hypothèses sont entrées l'une et l'autre dans les prévisions du législateur lorsqu'il a rédigé l'art. 180 et qu'il a entendu les mettre sur la même ligne. On a fait observer avec raison qu'en théorie pure cette assimilation est critiquable, la situation étant au fond très différente dans les deux cas. L'erreur sur la personne physique ne constitue pas seulement un vice du consentement; elle est exclusive de tout consentement, les volontés des deux parties ne s'étant pas rencontrées. L'époux trompé sur l'identité physique de la personne présente avec lui devant l'officier de l'état civil n'a pas eu la volonté d'épouser cette personne; sa volonté s'est portée sur une autre personne et n'a pu dès lors s'unir, se rencontrer, avec la volonté de la personne présente pour former par cette réunion le contrat sans lequel il n'y a pas de mariage. Dans la rigueur des principes, il s'agit donc alors d'un cas d'inexistence du mariage et non d'un simple cas d'annulabilité comme le suppose l'art. 180.

Toute erreur autre que celle qui porte sur l'identité même de la personne épousée est sans influence sur la validité du mariage. Il s'en faut pourtant que cette solution soit unanimement admise. Une opinion accréditée, attribuant aux mots *erreur dans la personne* une signification beaucoup plus large, estime que l'erreur portant *sur les qualités* de la personne peut, dans certains cas, entraîner la nullité du mariage. D'accord sur le principe, les défenseurs de ce système se divisent du reste lorsqu'il s'agit de déterminer les cas dans lesquels une erreur de cette nature doit être considérée comme une cause de nullité. Les uns proposent à cet égard des distinctions plus ou moins fantaisistes; les autres laissent aux tribunaux le soin de décider, d'après les circonstances de chaque espèce, si les faits qui viennent à se

révéleraient ou non, en les supposant connus, mis obstacle au mariage (1).

Cette opinion a contre elle les précédents historiques, les travaux préparatoires, le texte et l'esprit de la loi.

Dans l'ancien droit, l'erreur sur les qualités ne suffisait pas pour faire annuler le mariage. « Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, disait Pothier, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable. Par exemple si j'ai épousé Marie la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture, ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle fût prostituée, ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle fût flétrie par la justice, dans tous ces cas, le mariage que j'ai contracté avec elle ne manque pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet (2). » — *L'Exposé des motifs* de Portalis montre que les rédacteurs du code n'ont pas entendu innover sur ce point. On y lit en effet que « 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 ». — Les termes de l'art. 180 *erreur dans la personne* ne sont pas moins concluants. Leur sens naturel est celui d'erreur portant sur l'individualité même, d'erreur consistant à prendre une personne pour une autre. C'est la signification que tout le monde attribue aux mots *erreur sur la personne* de l'art. 1110. La formule plus énergique encore de l'art. 180 ne saurait logiquement être entendue autrement. — Enfin la doctrine que nous combattons, en livrant le sort du mariage à des appréciations personnelles et variables, est incompatible avec l'esprit de la loi qui, dans la matière des nullités, s'est constamment préoccupée d'éviter l'arbitraire du juge. La théorie du code peut sans doute avoir des conséquences rigoureuses. Un homme a épousé une femme dont la stérilité est certaine, une femme a épousé un homme frappé naturellement ou accidentellement d'impuissance, un époux vient à découvrir que celui auquel il est uni a encouru avant son mariage une condamnation criminelle, un des époux est atteint d'épilepsie ou d'une autre maladie répugnante ou contagieuse; de pareilles situations sont certainement dignes d'intérêt. Mais ce sont là en somme des hypothèses fort rares, qui le seraient plus encore si l'on apportait tous les soins voulus à se renseigner avant de se lier définitivement, et l'on conçoit très bien que la loi n'ait pas cru devoir, pour subvenir à des infortunes individuelles, compromettre l'intérêt supérieur de la stabilité du mariage (3).

1) Demolombe, t. III, n° 253; Duranton, t. II, n° 62; Marcadé, sur l'art. 180; Huc, t. II, nos 74 et suiv.; Demante, t. I, n° 262 bis, III.

2) *Traité du contrat de mariage*, n° 310.

3) Aubry et Rau, § 462; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 320; Lau-

Après quelques hésitations, la jurisprudence semble aujourd'hui fixée par un arrêt solennel de la cour de cassation rendu dans les circonstances suivantes. Une femme avait épousé un forçat libéré dont la condamnation était ignorée d'elle lors de la célébration. Le tribunal de la Seine et la cour de Paris rejetèrent la demande en nullité formée contre ce mariage, l'erreur dont la femme avait été victime portant seulement sur les qualités de son conjoint et non sur son identité. Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême cassa l'arrêt de la cour de Paris et renvoya l'affaire devant la cour d'Orléans qui jugea comme celle de Paris. Nouveau pourvoi. Par arrêt du 24 avril 1862, la cour de cassation statuant toutes chambres réunies abandonna l'opinion admise par sa chambre civile et se rallia à la solution consacrée par les cours de Paris et d'Orléans (1).

Pour l'application des règles qui précèdent, il n'y a pas à distinguer si l'erreur de l'un des époux a été ou non la suite du dol de l'autre. L'erreur portant sur la personne physique ou civile vicie par elle-même le consentement, bien qu'elle ne soit point le résultat de manœuvres frauduleuses, et réciproquement l'erreur sur les qualités ne suffit pas à invalider le consentement, alors même qu'elle a été produite par des manœuvres frauduleuses.

386. La nullité résultant de la violence ou de l'erreur étant fondée sur l'intérêt purement privé de l'époux dont le consentement est entaché de l'un ou de l'autre de ces vices, ne peut être invoquée que par cet époux. L'action qui lui appartient à cet effet est exclusivement attachée à sa personne. A raison de son caractère purement moral, elle ne fait point partie de son patrimoine et ne saurait par suite, après son décès, être intentée par ses héritiers. Ceux-ci ne pourraient même pas, croyons-nous, continuer l'instance au cas où l'époux violenté ou trompé viendrait à mourir après avoir engagé le procès (2).

387. D'après le droit commun, les vices qui rendent un contrat annulable peuvent être effacés soit par une confirmation ou ratification expresse, soit par une confirmation tacite résultant virtuellement de la manière d'agir de celui ou de ceux auxquels appartenait le droit de les invoquer. En est-il de même dans le cas qui nous occupe?

La loi a pris soin de s'expliquer en ce qui concerne la confirmation tacite. Aux termes de l'art. 181, « *Dans le cas de l'article précédent, la de-* rent, t. II, nos 290 et suiv.; Beudant, t. I, n° 225; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, nos 1718 et suiv.

1) D. 1862, 1, 153, S. 62, 1. 341.

2) Laurent, t. II, n° 450; Marcadé, sur l'art. 180; Huc, t. II, n° 134; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1749. — *Contra*: Demolombe, t. III, n° 258; Aubry et Rau, § 462, texte et note 17; Duranton, t. II, n° 291; Demante, t. I, n° 262 bis, V.

mande 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 violenté ou trompé a, depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, habité avec son conjoint pendant six mois sans intenter l'action en nullité. La loi voit dans ce fait son intention d'approuver le mariage. Il est évident en effet que si l'époux avait eu le dessein de faire annuler son union il n'aurait pas continué la vie commune. L'intention contraire ne peut même pas se supposer; elle serait absolument immorale, la cohabitation devenant alors un concubinage. En exigeant, pour qu'il y ait confirmation, que la vie commune se soit prolongée *pendant six mois*, le législateur a voulu éviter toute incertitude sur la volonté de l'époux et lui donner le temps de réfléchir et de réunir ses preuves.

L'art. 181 est nécessairement limitatif; autrement il n'aurait aucune raison d'être. Le fait qu'il indique constitue le seul cas de ratification tacite. Les tribunaux ne pourraient pas en admettre d'autres.

Le code ne parle pas de la confirmation expresse. Nous n'hésitons pas à penser, bien que la question soit controversée, que cette confirmation doit être admise, une volonté formellement exprimée devant être aussi efficace qu'une volonté manifestée d'une manière purement tacite. C'était la règle de l'ancien droit et rien n'indique que les auteurs du code aient entendu s'en écarter. S'ils se sont occupés spécialement de la ratification tacite, c'est qu'il y avait lieu d'en préciser les conditions et non dans le but d'écarter par préterition la confirmation expresse (1).

2° Du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille.

388. « *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 appartient donc en pareil cas : 1° à l'époux lui-même; 2° à ceux dont le consentement était requis.

A l'époux lui-même. — L'époux qui avait besoin pour se marier du consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille est en effet un incapable quant au mariage, et les incapables sont admis à se prévaloir de

1) Demolombe, t. III, n° 264; Aubry et Rau, § 462; Laurent, t. II, n° 453; Huc, t. II, n° 128; Marcadé, sur l'art. 181; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1760; Beudant, t. I, n° 280; Demante, t. I, n° 263 bis, I.

leur incapacité pour faire annuler les actes dans lesquels ils n'ont pas été protégés comme ils auraient dû l'être.

A ceux dont le consentement était requis. — C'est là pour eux la sanction de l'autorité que la loi leur accorde.

Pour savoir à qui appartient le droit d'agir en nullité, il faut donc se reporter au moment de la célébration, et voir quelles étaient alors les personnes dont le consentement était nécessaire à la validité du mariage. Un enfant, mineur, quant au mariage, qui a perdu son père ou sa mère, se marie sans le consentement du survivant. L'action en nullité appartiendra à celui-ci. — Un enfant a encore son père et sa mère. Il doit, pour se marier, demander le consentement de l'un et de l'autre; mais, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148). Si donc il s'est marié avec le consentement de son père, le mariage est valable, le consentement de sa mère n'eût-il pas été obtenu ni même demandé. Le mariage est annulable au contraire s'il a eu lieu sans le consentement du père et de la mère, ou bien avec le consentement de la mère, sans celui du père. Mais c'est seulement au père qu'appartient le droit d'en faire prononcer l'annulation, son consentement étant seul nécessaire à la validité. La mère ne peut agir en nullité ni du vivant de son mari, dont le silence emporte confirmation, ni après le décès de celui-ci, l'action s'éteignant, ainsi que nous allons le voir, avec celui auquel elle appartient. — Un mineur dont le père et la mère sont décédés a des aïeux dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle. Il se marie avec le consentement des aïeux d'une des lignes sans consulter ceux de l'autre ligne. Ces derniers ne pourront pas agir en nullité. Leur consentement n'était pas en effet nécessaire à la validité du mariage, puisque le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement (art. 150). Par la même raison, si le mineur n'a obtenu le consentement d'aucun de ses ascendants, le refus des représentants de l'une des deux lignes d'agir en nullité rendrait non recevable l'action de l'autre ligne. — Lorsqu'un mineur qui n'a plus d'ascendants s'est marié sans le consentement de son conseil de famille, ce conseil peut demander l'annulation du mariage. Mais il ne peut le faire qu'autant que l'époux qui s'est marié sans son consentement n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans, le conseil de famille cessant légalement d'exister du jour de la majorité du mineur. — Un enfant naturel s'est marié sans le consentement du tuteur *ad hoc* qui doit lui être nommé dans le cas prévu par l'art. 159. Le mariage pourra-t-il être annulé soit à la demande de l'enfant lui-même, soit à la demande du tuteur *ad hoc*? Nous ne le pensons pas. En matière de mariage, il n'y a pas en effet de nullité sans texte. Il faut que la loi prononce la nullité et qu'elle détermine les personnes qui peuvent la demander. Or l'art. 182 parle seulement du mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du

conseil de famille; il ne prévoit pas l'hypothèse du mariage contracté sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*. Peut-être est-ce un oubli du législateur; mais la conséquence nécessaire de cet oubli est que le mariage est inattaquable (1).

389. Comme l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur, l'action fondée sur le défaut de consentement des ascendants ou de la famille est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée. Le mariage ne peut être attaqué *que par ceux dont le consentement était requis*, dit l'art. 182. Après le décès de l'ascendant dont l'autorité a été méconnue, l'action en nullité ne passe donc pas à l'ascendant ou aux ascendants qui le remplaceraient s'il s'agissait de consentir actuellement au mariage. Ainsi l'action appartenant à la mère survivante ne passerait pas, après sa mort, aux aïeuls et aïeules. D'un autre côté, les héritiers de l'ascendant qui avait le droit d'agir en nullité ne seraient pas admis à intenter l'action en son lieu et place, ni même à continuer l'instance qu'il aurait introduite.

390. La nullité dont le mariage se trouve entaché est susceptible de se couvrir du chef de ceux dont le consentement était nécessaire, ou du chef de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement dont il avait besoin. « *L'action en nullité*, dit l'art. 183, *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.* »

Du chef des personnes dont le consentement était requis, la nullité peut, d'après cet article, se couvrir soit par une ratification expresse, soit par une ratification tacite.

La ratification *expresse* n'est assujettie à aucune condition particulière de forme et demeure entièrement soumise quant à sa preuve aux règles du droit commun. L'art. 1338 ne lui est pas applicable.

La ratification *tacite* résulte de la manière d'agir des ascendants envers les époux, de leurs procédés bienveillants envers ceux-ci, impliquant de leur part approbation du mariage contracté sans leur consentement. Elle

1) Aubry et Rau, § 462, texte et note 73; Laurent, t. II, n° 460; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcadé, t. II, n° 1772; Huc, t. II, n° 130. — *Contra*: Demolombe, t. III, n° 278; Marcadé, sur l'art. 182; Duranton, t. II, n° 294; Valette sur Proudhon, t. I, p. 434; Planiol, t. III, n° 410.

résulte également du silence gardé par eux pendant une année à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage. La loi voit dans leur inaction pendant ce délai une renonciation au droit d'agir en nullité.

Du chef de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement dont il avait besoin, la nullité peut également se couvrir par une ratification *tacite* résultant de l'expiration, sans réclamation de sa part, d'une année à compter du jour où il a atteint l'âge voulu pour consentir par lui-même à son mariage.

La deuxième partie de l'art. 183, relative à la ratification de l'époux, ne posant pas en principe, comme le fait la première partie du même article en ce qui concerne les parents appelés à consentir au mariage, que cette ratification peut être tacite et se bornant à déclarer qu'elle résulte de l'inaction de l'époux pendant un an à dater de sa majorité matrimoniale, on en conclut généralement que cette circonstance est la seule qui, aux yeux de la loi, emporte confirmation et qu'on ne saurait attribuer le même effet à aucune autre, pas même à la cohabitation des époux (1). Quant à la ratification *expresse*, la deuxième partie de notre article ne la mentionnant pas non plus, on en a conclu également qu'elle ne saurait intervenir efficacement de la part de l'époux. Mais cette dernière solution nous paraît très contestable. Ici, comme dans l'art. 181, le silence de la loi n'est pas un motif suffisant pour écarter un mode de ratification autorisé par notre ancienne législation et qui n'est que l'application du droit commun. La confirmation tacite étant admise au moins dans un cas, la confirmation expresse doit l'être à plus forte raison, une volonté formellement exprimée étant plus certaine encore que celle qui s'induit des circonstances. Il va sans dire d'ailleurs que cette confirmation n'est possible qu'après que l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même à son mariage, c'est-à-dire vingt-cinq ans ou vingt et un ans, suivant les cas.

La ratification émanant des personnes dont le consentement était requis produit un effet absolu. Elle éteint à la fois l'action en nullité appartenant à ces personnes et celle qui appartenait à l'époux, et rend ainsi le mariage inattaquable. Il en est autrement de la ratification émanant de l'époux. Elle éteint bien l'action appartenant à celui-ci, mais elle n'enlève pas aux personnes dont le consentement était requis le droit de poursuivre l'annulation du mariage.

§ 2. — *Des nullités absolues.*

391. Les causes de nullité absolue sont au nombre de cinq :

1° Le défaut d'âge ou impuberté ;

1) Voyez cependant Aubry et Rau, § 462, texte et note 64.

- 2° L'existence d'un premier mariage ou bigamie;
- 3° La parenté ou l'alliance au degré prohibé ou inceste;
- 4° Le défaut de publicité ou clandestinité;
- 5° L'incompétence de l'officier de l'état civil.

Nous traiterons d'abord des règles communes à ces diverses causes de nullité, pour nous occuper ensuite spécialement de l'impuberté, de la clandestinité et de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui sont, sous certains rapports, soumises à des règles particulières.

1° Règles générales.

392. Le droit de provoquer l'annulation d'un mariage entaché d'une nullité absolue appartient à toute personne intéressée et au ministère public. Tel est le principe posé dans les art. 184 et 191 :

Art. 184. « *Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux art. 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.* »

L'intérêt qui sert de fondement à l'action en nullité peut être moral ou pécuniaire.

393. Les personnes admises à agir en vertu d'un intérêt moral sont :

1° *Les époux eux-mêmes.* — La loi ne distinguant pas, on doit en conclure que l'action appartient même à l'époux coupable, par conséquent, au cas de bigamie, à l'époux bigame aussi bien qu'à son nouveau conjoint, au cas d'impuberté, à l'époux impubère comme à l'époux pubère. En général, une personne n'est pas admise à se prévaloir d'une faute qu'elle a commise : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La loi a dérogé ici à cette règle afin d'atteindre plus sûrement, en multipliant les personnes investies du droit d'agir en nullité, des mariages qui blessent l'ordre public.

2° *Les ascendants de l'un ou l'autre époux et le conseil de famille.* — Bien que l'art. 184 ne mentionne pas textuellement les ascendants parmi les personnes auxquelles il reconnaît le droit de provoquer, dans les cas qu'il prévoit, l'annulation du mariage en vertu d'un intérêt purement moral, ce droit ne saurait leur être sérieusement contesté. L'art. 191 leur accorde en effet l'action en nullité dans des cas moins favorables que ceux auxquels s'applique l'art. 184, et d'autre part l'art. 186, en la leur refusant

dans un cas particulier, suppose manifestement qu'elle leur appartient en général.

A la différence du droit de consentir au mariage ou d'y former opposition, lequel ne peut être exercé par les ascendants que graduellement et à défaut les uns des autres, le droit d'agir en nullité appartient à tous les ascendants concurremment. Cette différence, contestée par quelques auteurs, résulte tant du texte de la loi, qui n'établit entre les ascendants aucun ordre hiérarchique, que de son esprit, l'intérêt d'honneur et d'affection sur lequel l'action est fondée étant commun à tous les ascendants (1). Il y a lieu seulement de remarquer qu'une ascendante, ayant encore son mari, ne peut agir qu'avec l'autorisation de celui-ci, à raison de l'incapacité qui l'atteint en sa qualité de femme mariée.

L'action du conseil de famille n'est recevable qu'autant qu'il n'existe pas d'ascendants et qu'il s'agit d'un époux mineur.

3° *En cas de bigamie, le premier conjoint de l'époux bigame.* — « *L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui* » (art. 188). Après la mort de l'époux bigame, l'action de son premier conjoint serait encore recevable, mais l'intérêt moral n'existant plus, il faudrait qu'il eût à agir un intérêt pécuniaire, comme celui de succéder au défunt ou de partager la communauté (art. 767 et 1453).

La bigamie suppose la validité du premier mariage. De là la disposition de l'art. 189 : « *Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.* »

394. L'action en nullité peut aussi être basée sur un intérêt pécuniaire, à la condition que cet intérêt soit né et actuel, c'est-à-dire d'ores et déjà ouvert et acquis. Les personnes qui peuvent agir en vertu d'un intérêt de cette nature sont notamment :

1° *Les parents collatéraux des époux ;*

2° *Les enfants que l'un des époux aurait eus d'une précédente union.* — En général, les collatéraux et les enfants d'un premier lit ne sont fondés à attaquer le mariage qu'après la mort de l'un des époux, leur intérêt n'étant d'ordinaire né et actuel qu'après cet événement. Il s'agit alors pour eux d'exclure de la succession de l'époux décédé son nouveau conjoint et les enfants issus du mariage, ou du moins de réduire ces derniers à la part que

1) Aubry et Rau, § 461, texte et note 19; Marcadé, sur l'art. 184; Laurent, t. II, n° 490; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1802; Huc, t. II, n° 136; Planiol, t. III, n° 373. — *Contra* : Demolombe, t. III, n° 203; Duranton, t. II, n° 317; Demante, t. I, nos 270 bis et 273 bis, III.

la loi attribue aux enfants naturels. C'est ce que suppose l'art. 187 : « Dans tous les cas où, conformément à l'art. 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. » Cependant il n'est pas impossible que les collatéraux et les enfants d'un premier lit aient un intérêt né et actuel à demander la nullité du mariage du vivant des deux époux. On ne voit pas pourquoi ils ne seraient pas alors admis à agir immédiatement. En s'exprimant comme il l'a fait dans l'art. 187 le législateur s'est placé dans l'hypothèse la plus ordinaire, il a statué *de eo quod plerumque fit*, et non dans le but de refuser aux intéressés le droit d'intenter leur action du vivant des deux époux lorsqu'ils se trouvent exceptionnellement avoir dès ce moment un intérêt né et actuel à faire annuler le mariage. — Paul a un fils, Jean, et un frère, Jacques. Jean a contracté un mariage entaché d'une nullité absolue et de ce mariage est issu un enfant, Joseph. Paul meurt. Jean renonce à sa succession ou bien il en est exclu comme indigne. Jacques ayant un intérêt né et actuel à faire annuler le mariage de Jean, afin d'écartier Joseph de la succession de Paul et de la recueillir en son lieu et place, pourra dès à présent agir à cet effet, — Autre exemple : Paul qui a d'une première union deux enfants, Jacques et Jean, a contracté un second mariage, lequel est entaché d'une nullité absolue, et de ce mariage est né Joseph. Jean vient à mourir. Jacques pourra attaquer le second mariage de son père, afin d'exclure Joseph de la succession de Jean.

3^o *Les créanciers des époux.* — Supposons par exemple qu'une femme qui a emprunté une somme d'argent, sans être autorisée de son mari, refuse de rembourser cette somme en invoquant le défaut d'autorisation (art. 217 et suiv.). Le créancier pourra établir que le mariage de sa débitrice n'est point valable et que par suite elle n'avait pas besoin d'autorisation pour s'obliger. De même, un créancier du mari pourra poursuivre l'annulation du mariage afin de faire tomber l'hypothèque légale qui appartient à la femme (art. 2121).

395. Le ministère public, agissant au nom et dans l'intérêt de la société, ne peut provoquer l'annulation du mariage qu'autant que les deux époux sont vivants. Son droit d'action prend fin lorsque l'un d'eux vient à mourir, parce que, le mariage étant alors dissous, le trouble causé à la société a cessé d'exister. « Le procureur du Roi, dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 184, et sous les modifications portées en l'art. 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer » (art. 190). L'art. 191, dont nous avons reproduit plus haut la disposition, reconnaît également au ministère public

le droit de provoquer l'annulation des mariages qui n'ont pas été contractés publiquement, ou qui n'ont pas été célébrés par l'officier de l'état civil compétent.

Mais l'action du ministère public est-elle facultative ou obligatoire? Les termes des art. 190 et 191 pourraient au premier abord faire croire qu'il est *obligé* d'agir en cas d'impuberté, de bigamie ou d'inceste et que son action est simplement *facultative* en cas de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil. L'art. 190 dispose en effet que dans les cas prévus par l'art. 184 le ministère public *peut et doit* demander la nullité du mariage, tandis que l'art. 191 se borne à dire qu'il *peut* agir lorsque le mariage n'a pas été contracté publiquement ou lorsqu'il n'a pas été célébré par l'officier de l'état civil compétent. Néanmoins, l'opinion commune est que le ministère public *n'est jamais obligé d'agir* et que, même en cas d'impuberté, de bigamie ou d'inceste, il peut, suivant les circonstances, provoquer ou ne pas provoquer l'annulation du mariage. Son action est fondée sur l'intérêt social; elle a pour but de faire cesser un scandale. Or il est possible qu'un mariage annulable ne cause aucun scandale, quel que soit le vice dont il est atteint, ce vice pouvant être complètement ignoré du public. En agissant dans de pareilles conditions, le ministère public ferait naître le scandale, alors que sa mission est de le faire cesser. En réalité l'art 190 ne lui impose nullement l'obligation de saisir la justice. Ses termes peuvent recevoir une autre explication plus rationnelle et plus satisfaisante. Les mots *peut* et *doit* ont chacun un sens différent et doivent être appliqués distributivement. Le ministère public *peut* agir, c'est-à-dire qu'il jouit à cet égard d'une pure faculté et que la loi s'en remet à lui du soin d'apprécier ce qu'il convient de faire; mais, s'il juge à propos d'user de cette faculté, s'il estime qu'il y a lieu de provoquer l'annulation du mariage, il *doit* le faire du vivant des deux époux, son initiative n'ayant plus de raison d'être quand l'un des conjoints est décédé (1).

396. Les nullités absolues, sauf une exception que nous examinerons à l'instant, ne sont pas susceptibles de se couvrir. Elles peuvent être invoquées à toute époque et nonobstant toute renonciation ou convention contraire. L'obtention même de dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance accordées postérieurement à la célébration du mariage n'enlèverait pas aux intéressés le droit d'attaquer une union entachée d'impuberté ou d'inceste. Il convient toutefois de remarquer, en ce qui concerne les personnes dont l'action est fondée sur un intérêt pécuniaire, que si elles laissent périr leur

1) Demolombe, t. III, n° 311; Aubry et Rau, § 461, texte et note 23; Huc, t. II, n° 148. — Comp. Laurent, t. II, n° 495 et 496; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1812; Planiol, t. III, n° 378.

intérêt par la prescription ou si elles y renoncent, elles perdent par là même le droit d'agir en nullité. Leur action qui ne peut pas s'éteindre directement se trouve ainsi éteinte d'une manière indirecte.

2° Règles spéciales à l'impuberté, à la clandestinité et à l'incompétence de l'officier de l'état civil.

397. La nullité résultant de l'impuberté présente deux particularités qui font l'objet des art. 185 et 186.

L'art. 185 s'exprime ainsi : « 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. »

Seule parmi les nullités absolues, la nullité résultant du défaut d'âge est donc susceptible de se couvrir. Elle est couverte dans deux cas :

1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge requis pour pouvoir contracter mariage, c'est-à-dire quinze ans pour la femme et dix-huit ans pour le mari. L'action n'est pas éteinte aussitôt que l'époux ou les époux sont devenus pubères, mais seulement six mois après « parce que, dit Portalis, toutes les fois que la loi accorde une action, elle doit donner le temps utile pour l'exercer- ».

2° Lorsque la femme impubère a conçu avant l'échéance des six mois qui suivent le moment où elle a atteint l'âge requis. Dans ce cas en effet, la présomption légale d'impuberté se trouve démentie par le fait même de la grossesse de la femme, et d'ailleurs l'intérêt de l'enfant à naître demande le maintien du mariage. La grossesse de la femme ne couvre la nullité que dans le cas où c'est la femme elle-même qui n'avait pas atteint l'âge requis pour pouvoir contracter mariage. La grossesse de la femme pubère ne serait point en effet une preuve certaine de la puberté du mari, l'épouse ayant pu chercher dans l'adultère un moyen de défense contre l'action en nullité.

La seconde particularité que présente la nullité résultant du défaut d'âge consiste en ce que les ascendants et la famille sont déchus du droit de l'invoquer lorsqu'ils ont donné leur consentement au mariage : « 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, dit Portalis, qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être joués des lois. »

En présence de cette disposition, on peut se demander de quelle utilité est pour les ascendants et le conseil de famille l'action fondée sur le défaut

d'âge. De deux choses l'une, ou ils ont consenti au mariage, ou ils n'y ont pas consenti. S'ils y ont consenti, ils ne peuvent, d'après l'art. 186, en demander l'annulation pour défaut d'âge. S'ils n'y ont pas consenti, ils ont pour l'attaquer une autre action, l'action en nullité pour défaut de consentement, et dès lors ils n'ont pas besoin de l'action en nullité pour défaut d'âge. Il y a cependant quelques cas dans lesquels cette dernière action aura pour eux son utilité. Ces cas sont : 1° celui où l'action en nullité pour défaut de consentement se trouve éteinte par application de l'art. 183; 2° celui où il y a d'autres ascendants que ceux qui ont consenti au mariage; 3° celui où les ascendants ou le conseil de famille n'ont donné leur consentement que parce qu'ils ont été trompés sur l'âge de l'enfant, ou, ce qui est plus facile à supposer, sur l'âge de son conjoint, car alors ils ne se sont pas joués des lois.

La fin de non recevoir établie par l'art. 186 est spéciale à la nullité résultant du défaut d'âge. Les ascendants et le conseil de famille conservent donc le droit d'invoquer les autres nullités absolues, malgré le consentement qu'ils auraient donné au mariage.

398. L'impuberté, la bigamie et l'inceste sont des faits simples, qui ne donnent lieu à aucune appréciation. Ils existent ou ils n'existent pas, mais dès que leur existence est reconnue, la nullité du mariage doit être prononcée par le juge; rien n'est laissé à son pouvoir discrétionnaire. Il n'en est pas de même de la *clandestinité*. La publicité du mariage est un fait complexe qui se compose de divers éléments : les publications, l'intervalle qui doit les séparer de la célébration du mariage, le fait de la célébration à la maison commune, l'admission du public, la présence de quatre témoins. Il se peut que l'un de ces éléments fasse défaut et que cependant le mariage ait reçu toute la publicité désirable, qu'il ne soit nullement clandestin. Aussi les magistrats jouissent-ils en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Le point de savoir si le mariage a reçu ou non une publicité suffisante est entièrement abandonné à leur appréciation. Cela résulte de la combinaison des art. 192 et 193, dont le premier punit les contraventions aux règles relatives à la publicité et dont le second ajoute que ces peines sont encourues alors même que les contraventions *ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage* (1).

Art. 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*

1) Cour de Cass., 15 juin 1887, D. 88, 1, 412, S. 90, 1, 446. — Paris, 3 mars 1897, D. 97, 2, 439, S. 97, 1, 102.

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. »

Art. 193. « *Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage. »*

Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage *secret*. On appelle mariage secret celui qui, ayant été contracté conformément aux prescriptions de la loi, est tenu caché par les époux, comme si, par exemple, après avoir célébré leur mariage dans une grande ville, où il a passé inaperçu, les époux sont allés s'établir dans une autre localité, dissimulant au public le lien qui les unit. Dans le but de prévenir les unions entre personnes de condition inégale, une déclaration du 26 novembre 1639 avait privé les mariages secrets de tout effet civil. La législation actuelle ne contient aucune disposition analogue; elle ne connaît plus les mariages secrets, en ce sens qu'elle n'attache aucune déchéance au secret dont il plaît aux époux d'entourer leur union. Mais si, par leur manière d'agir, deux personnes mariées viennent à induire en erreur sur leur état les tiers avec lesquels elles contractent, elles devront, en vertu des principes généraux, réparer le préjudice qu'elles auront ainsi causé (art. 1382).

399. L'incompétence de l'officier de l'état civil suppose que le mariage a été célébré soit par l'officier de l'état civil d'une commune dans laquelle ni l'un ni l'autre des époux n'avait son domicile quant au mariage (incompétence personnelle), soit par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties agissant en dehors du territoire de sa commune (incompétence territoriale). Le juge saisi d'une demande en nullité fondée sur cette cause est investi du même pouvoir d'appréciation qu'au cas d'action fondée sur la clandestinité. L'art. 193 qui lui reconnaît ce pouvoir parle en effet de toute contravention aux règles tracées par l'art. 165, et les règles contenues dans cet article sont relatives à la fois à la publicité du mariage et à la compétence de l'officier de l'état civil. L'assimilation établie sous ce rapport entre les deux causes de nullité peut paraître étrange au premier abord. La compétence de l'officier de l'état civil n'est point, comme la publicité du mariage, un fait complexe, composé d'éléments divers; c'est un fait simple et unique, qui n'est pas susceptible de plus ou de moins. L'officier de l'état civil est entièrement compétent ou bien il ne l'est pas du tout; il n'y a pas de milieu. On ne voit pas dès lors comment pourra s'exercer en pareil cas le pouvoir d'appréciation du juge. Pour comprendre sa raison d'être, il faut se rappeler que la compétence de l'officier de l'état civil est intimement liée à la publicité. Le mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil

du domicile de l'une des parties, parce que la loi veut que la célébration ait lieu là où les futurs époux sont connus. Or l'incompétence de l'officier de l'état civil peut, suivant les cas, porter à la publicité du mariage une atteinte plus ou moins grave. Il convient donc que le juge puisse tenir compte des circonstances dans lesquelles a eu lieu la contravention à la loi et des conséquences qu'elle a produites.

SECTION II

DES MARIAGES PUTATIFS

400. Un mariage annulable existe tant qu'il n'a pas été annulé par la justice, et jusqu'à son annulation il produit tous les effets d'un mariage valable. Mais, une fois annulé, il cesse d'exister non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé; il est réputé n'avoir jamais existé et tous les effets qu'il a produits sont rétroactivement effacés. Un mariage annulé est donc dépourvu de tout effet civil soit quant aux époux eux-mêmes, soit quant aux enfants, soit quant aux tiers. En cela l'annulation diffère de la dissolution qui n'agit que pour l'avenir. De là résultent notamment les conséquences suivantes :

1° Les enfants issus du mariage ne sont pas légitimes. Ce sont des enfants naturels simples, ou des enfants adultérins ou incestueux si le mariage était entaché de bigamie ou d'inceste.

2° Les enfants nés avant le mariage ne sont pas légitimés.

3° Les rapports d'alliance créés par le mariage sont anéantis.

4° Les conventions matrimoniales des époux demeurent sans exécution, ainsi que les donations qu'ils se sont faites ou qui leur ont été faites en vue du mariage. La communauté d'intérêts pécuniaires qui en fait aura existé entre eux dans l'intervalle de la célébration du mariage à son annulation sera liquidée d'après les règles ordinaires de la société ou de la communauté. En d'autres termes, on procédera comme s'il s'agissait de régler les intérêts de deux personnes non mariées qui auraient vécu ensemble pendant un certain temps, en mettant en commun tout ou partie de leurs biens, et dont l'association a pris fin.

5° Chaque époux perd le droit de succéder à son conjoint, et si, lors de l'annulation du mariage, l'un des époux est déjà décédé, le survivant doit restituer les biens par lui recueillis dans sa succession.

6° La femme ne peut pas se prévaloir de son incapacité pour faire annuler les actes qu'elle aurait passés sans l'autorisation maritale.

401. Le principe que les effets du mariage annulé sont rétroactivement anéantis reçoit exception au cas de mariage *putatif*. On appelle ainsi un mariage que les époux ou l'un d'eux ont contracté de bonne foi, ignorant

qu'il était entaché d'une cause de nullité. Le mot *putatif* vient du latin *putare*, penser, les époux ou l'un d'eux ayant pensé que leur mariage était valable. Ce mariage, lorsqu'il est annulé, cesse bien d'exister pour l'avenir, mais les effets qu'il a produits jusqu'à son annulation sont maintenus. « *Le mariage qui a été déclaré nul, dit l'art. 201, 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'art. 202 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.* » Mais le premier de ces articles s'exprime en termes trop généraux, car il semble dire que le mariage continue de produire effet même pour l'avenir, ce qui n'est pas. Ce sont seulement les effets *produits* qui sont maintenus.

Le mariage putatif a été emprunté par notre législation au droit canonique.

Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif ? Quelles sont les effets de ce mariage ? Telles sont les deux questions que nous devons examiner.

§ 1. — *Des conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif.*

402. La bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance de la cause qui fait obstacle à la validité du mariage, la croyance erronée de la part des époux ou de l'un d'eux que leur mariage est valable, constitue la condition essentielle pour qu'il y ait mariage putatif. C'est la raison d'être de la faveur que la loi témoigne alors aux époux.

La bonne foi peut être le résultat d'une erreur de droit aussi bien que d'une erreur de fait.

L'erreur de fait consiste dans l'ignorance d'un fait qui s'opposait à la validité du mariage. Ainsi deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé se marient sans connaître le lien de parenté qui les unit ; il y a de leur part erreur de fait.

L'erreur de droit consiste dans l'ignorance ou la notion inexacte d'une disposition légale qui met obstacle à la validité du mariage. Ainsi un beau-frère et une belle-sœur qui contracteraient mariage, sans savoir que l'alliance existant entre eux constitue un empêchement, commettraient une erreur de droit. Il en serait de même de deux personnes qui, tenues à raison de leur âge d'obtenir le consentement de leurs ascendants, se marieraient sans ce consentement dans la conviction qu'il ne leur était pas nécessaire.

On a prétendu que l'erreur de droit ne peut servir de fondement au mariage putatif, et l'on a invoqué en ce sens la maxime que nul n'est censé ignorer la loi (1). Mais cette maxime n'a rien d'absolu en matière civile et

1) Duranton, t. II, n° 351 ; Proudhon, t. II, p. 3.

les termes des art. 201 et 202 n'autorisent nullement à penser que le législateur ait entendu en faire ici l'application. Ces articles parlent en effet d'une façon générale de la bonne foi des époux, sans rien préciser touchant la nature de l'erreur commise par eux. La situation des époux pouvant être aussi digne d'intérêt en cas d'erreur de droit qu'en cas d'erreur de fait, on ne voit pas pourquoi la loi aurait établi pour les deux cas une règle différente (1).

Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de la célébration du mariage. La circonstance que les époux auraient reconnu postérieurement l'erreur dans laquelle ils sont tombés n'empêcherait pas leur union de produire ses effets. Cela résulte du texte de l'art. 201 qui traite le mariage comme putatif dès lors qu'il a été *contracté* de bonne foi.

Suivant une opinion assez répandue les époux n'ont pas à prouver leur bonne foi, laquelle est toujours présumée; c'est à ceux qui soutiennent qu'ils ont agi de mauvaise foi de prouver leur allégation. Cette opinion n'est pas exacte. Le caractère putatif du mariage est une dérogation au droit commun d'après lequel l'annulation rétroagit. En prétendant faire produire à leur mariage, malgré la nullité dont il est entaché, les effets civils d'un mariage valable, les époux deviennent donc demandeurs de ce chef. Par conséquent, c'est à eux d'établir le bien fondé de leur prétention, c'est-à-dire de justifier de leur bonne foi, sans laquelle le mariage doit être réputé non avenu : *Actori incumbit probatio* ; — *Reus excipiendo fit actor*. Vainement objecte-t-on la disposition de l'art. 2268 : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. » Cette disposition est spéciale à la prescription et ne saurait être étendue au cas qui nous occupe, les présomptions légales étant de droit strict (2).

403. La bonne foi des époux ou de l'un d'eux est-elle la seule condition nécessaire pour qu'il y ait mariage putatif ? Oui, répond un premier système. La théorie du mariage putatif est une théorie toute d'équité. Or l'équité ne permet qu'une seule distinction : Les époux ou l'un d'eux sont-ils ou ne sont-ils pas de bonne foi ? S'ils sont de mauvaise foi, ils ne sont dignes

1) Demolombe, t. III, n° 357; Aubry et Rau, § 460, texte et note 7; Marcadé, sur l'art. 201; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 349; Laurent, t. II, n° 504; Huc, t. II, n° 160; Beudant, t. I, n° 294; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1900; Planiol, t. III, n° 435. — Lyon, 24 février 1881, D. 81, 2, 199, S. 83, 2, 18; — Paris, 18 mars 1897, D. 97, 2, 200.

2) Laurent, t. II, n° 506; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1902; Beudant, t. I, n° 294; Huc, t. II, n° 160; Planiol, t. III, n° 438. — Comp. Demolombe, t. III, n° 368; Aubry et Rau, § 460; Marcadé, sur l'art. 201; Demante, t. I, n° 283 bis, IV.

d'aucune faveur, d'aucune pitié. Mais, dès lors qu'ils ont cru contracter un mariage valable, quelque puisse être le vice dont ce mariage est atteint, n'eût-il en réalité aucune existence légale, ils méritent que la loi vienne à leur secours. Une femme étrangère vient contracter mariage sur le sol français. Elle appartient à un pays dans lequel le mariage se contracte devant un prêtre, sans l'intervention d'aucun fonctionnaire civil. On lui persuade qu'il en est de même en France, et le mariage est célébré dans cette forme. Ce mariage est inexistant aux yeux de la loi française, et pourtant cette femme mérite certainement autant d'intérêt que la femme française qui épouse son oncle ou son beau-frère, croyant que ce mariage est permis par la loi. Ne serait-il pas souverainement injuste que la première vît refuser à son mariage les effets civils tandis que la seconde en jouira ?

Malgré la gravité de ces arguments, nous croyons que la bonne foi des époux ou de l'un d'eux ne suffit point aux yeux de la loi pour qu'il y ait mariage putatif et qu'il faut de plus que l'on se trouve en présence d'un mariage annulé et non en présence d'un mariage inexistant. Les art. 201 et 202 font en effet partie du chapitre IV. Or, dans ce chapitre, il n'est pas question des mariages inexistants, mais seulement des mariages annulables. C'est donc aux seuls mariages annulables que ces articles peuvent s'appliquer (1).

§ 2. — *Des effets du mariage putatif.*

404. Ce sont ceux d'un mariage valable actuellement dissous. Le mariage putatif est regardé comme ayant existé régulièrement jusqu'au jour où la justice a prononcé son annulation, et tous les effets qu'il a produits jusqu'à ce moment sont maintenus et se perpétuent. Indiquons brièvement les conséquences de ce principe à l'égard des enfants, à l'égard des époux et à l'égard des tiers.

405. A. Les enfants conçus avant la déclaration judiciaire de nullité sont légitimes, sans qu'il y ait à distinguer si la bonne foi a existé chez les deux époux ou chez l'un d'eux seulement. Ils peuvent donc porter le nom et, le cas échéant, les titres de leur père, alors même que celui-ci serait de mauvaise foi. Ils peuvent également succéder même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents.

D'un autre côté, le mariage putatif opère la légitimation des enfants nés

1) Aubry et Rau, § 460, texte et notes 1 à 4; Laurent, t. II, n° 515; Huc, t. II, n° 161; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1909. — Comp. Demolombe, t. III, n° 355; Marcadé, sur l'art. 202; Beudant, t. I, n° 295; Planiol, t. III, n° 445. — La jurisprudence est divisée. Voyez notamment Paris, 18 déc. 1837, D. 38, 1, 177, S. 38, 2, 113; — Lyon, 28 mai 1869, D. 70, 2, 71, S. 70, 2, 14; — Alger, 26 mai 1879, D. 80, 2, 161, S. 79, 2, 281; — Bordeaux, 5 février 1883, S. 83, 2, 137; — Cour de cass., 30 juillet 1900, D. 1901, 1, 317.

avant sa célébration. Cette solution a cependant été contestée. On a soutenu que le mariage putatif est dépourvu de toute efficacité à l'égard des enfants issus d'un commerce antérieur, l'art. 202 limitant ses effets aux enfants *issus du mariage*. Mais l'art. 202 ne doit pas être isolé de l'art. 201 qui contient le principe même du sujet et qui déclare que le mariage putatif produit les effets civils d'un mariage valable *tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants*, sans distinguer entre les enfants nés avant et ceux nés depuis sa célébration. Si, après cela, l'art. 202, dont l'unique objet est de refuser à l'époux de mauvaise foi les effets civils du mariage, ne parle que des enfants *issus du mariage*, cela tient à ce qu'il se place dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où les époux n'ont pas déjà des enfants au moment où ils se marient. Refuser aux enfants déjà nés le bénéfice de la légitimation, c'est d'ailleurs refuser à l'époux de bonne foi lui-même l'un des effets civils du mariage et peut-être celui qui avait le plus d'importance à ses yeux, cet époux ayant pu être déterminé à contracter mariage par le désir de légitimer ses enfants.

Mais, pour que la légitimation se produise, il faut que le commerce dont les enfants sont issus ne soit entaché ni d'adultère ni d'inceste. Les enfants adultérins ou incestueux ne pouvant être légitimés par un mariage valable (art. 331-335), ne sauraient l'être à plus forte raison par un mariage putatif (1).

406. B. A l'égard des époux, les effets du mariage putatif sont plus ou moins étendus suivant que la bonne foi a existé des deux côtés ou d'un seul.

Lorsque les époux ont été tous les deux de bonne foi, le mariage produit en ce qui les concerne tous les effets civils soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec leurs enfants. Leurs conventions matrimoniales reçoivent donc leur pleine et entière exécution; leurs droits respectifs sur la communauté et sur leurs biens personnels se déterminent et se liquident d'après l'état de choses existant au moment du jugement d'annulation. Ils conservent les avantages qu'ils se sont faits l'un à l'autre ou qui leur ont été faits par des tiers en vue du mariage, pour les exercer aux mêmes conditions et aux mêmes époques que si le mariage avait été valablement contracté. Mais si l'annulation est prononcée du vivant des deux époux, ils perdent le droit de successibilité réciproque établi par l'art. 767, ce droit étant attaché à la qualité d'époux, qualité qui disparaît pour l'avenir par suite de l'annulation du mariage (2). Par

1) Tous les auteurs sont d'accord à cet égard, sauf le dissentiment de MM. Beudant, t. I, n° 291 et Planiol, t. III, n° 449.

2) Demolombe, t. III, n° 370; Aubry et Rau, § 460, texte et note 17; Duranton, t. II, n° 369; Marcadé, sur l'art. 202; Huc, t. II, n° 164; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1922; Demante, t. I, n° 283 bis, VIII; Planiol,

le même motif, l'obligation alimentaire cesse d'exister entre eux (1).

Les époux de bonne foi conservent l'un et l'autre sur la personne et sur les biens de leurs enfants tous les droits résultant de la paternité et de la maternité légitimes.

Lorsque l'un d'eux seulement était de bonne foi, le mariage ne produit ses effets civils qu'en sa faveur et en faveur des enfants. L'époux de mauvaise foi n'est pas recevable à s'en prévaloir. L'époux de bonne foi peut donc seul, dans ses rapports avec son conjoint, demander l'exécution des conventions matrimoniales, de même qu'il peut, s'il le préfère, laisser de côté ces conventions que son conjoint n'a pas le droit d'invoquer, et demander la liquidation et le partage des biens mis en commun conformément aux règles ordinaires de la société ou de la communauté. Mais s'il réclame l'exécution des conventions matrimoniales, il doit les accepter dans leur ensemble; il ne pourrait pas invoquer les clauses du contrat de mariage qui lui sont avantageuses et repousser l'application des autres.

L'époux de bonne foi conserve les donations que son conjoint lui aurait faites par contrat de mariage, sans que ce dernier puisse, de son côté, réclamer l'exécution de celles dont il est bénéficiaire, alors même que les donations auraient été stipulées réciproques. Quant aux donations que les époux se seraient faites pendant le mariage, leur validité n'étant pas un effet civil du mariage, chacun d'eux conserve le droit de s'en prévaloir, sauf au donateur de bonne foi à user de la faculté de révocation que lui reconnaît l'art. 1096.

On n'est pas d'accord sur le sort des donations faites par des tiers à l'époux de mauvaise foi dans son contrat de mariage. L'opinion qui nous paraît la plus plausible distingue entre les donations de biens à venir et les donations de biens présents. Les premières s'adressant non seulement à l'époux lui-même, mais aussi aux enfants issus du mariage (art. 1082, 1084, 1086, 1089), ceux-ci peuvent en réclamer le bénéfice à l'exclusion de l'époux de mauvaise foi, et même exiger de lui la restitution des biens s'ils les a déjà recueillis. Les secondes doivent au contraire être considérées comme anéanties par l'annulation du mariage en vue duquel elles ont été faites. Les enfants n'étant pas alors personnellement donataires n'ont en effet aucune qualité pour en réclamer le bénéfice (2).

t. III, n° 452. — Alger, 26 mai 1879, D. 80, 1, 161, S. 79, 2, 281. — *Contra* Laurent, t. II, n° 511; Beudant, t. I, n° 291.

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1923; Planhol, t. III, n° 453. — *Contra*: Laurent, t. II, n° 510; Beudant, t. II, n° 291; — Rouen, 9 avril 1887, S. 87, 2, 235; — Paris, 16 janvier 1895, D. 95, 2, 518.

2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1935; Huc, t. II, n° 168. — Comp. Demolombe, t. III, nos 381 et 382; Aubry et Rau, § 460, texte

L'époux de bonne foi conserve seul sur la personne et sur les biens de ses enfants les droits attachés à la paternité ou à la maternité légitime. L'époux de mauvaise foi ne succède donc point à ses enfants, du moins comme parent légitime, bien que ceux-ci soient appelés à lui succéder. Mais cette exclusion lui est personnelle et ne s'étend pas à ses parents en faveur desquels le principe de la réciprocité en matière successorale continue à recevoir son application.

C. A l'égard des tiers, comme à l'égard des époux, la situation varie suivant que la bonne foi a été commune aux deux conjoints ou qu'elle a existé seulement chez l'un d'eux. Tandis que, dans le premier cas, les époux peuvent l'un et l'autre se prévaloir vis à vis des tiers de l'existence du mariage, dans le second, ce droit appartient exclusivement à l'époux de bonne foi. Supposons par exemple que la femme ait contracté avec un tiers sans l'autorisation maritale. Si les deux époux sont de bonne foi, le défaut d'autorisation pourra être invoqué tant par la femme que par le mari (art. 225). Si l'un d'eux est de mauvaise foi, l'autre sera seul fondé à s'en prévaloir. De même la femme de bonne foi jouira sur les immeubles du mari de l'hypothèque légale de l'art. 2121 et pourra opposer cette hypothèque aux créanciers de son conjoint, tandis que la femme de mauvaise foi n'aura pas d'hypothèque légale.

SECTION III

DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

408. Celui qui allègue un fait en justice à l'appui de sa prétention doit prouver ce fait s'il est contesté par son adversaire (art. 1315). Lors donc qu'une personne invoque les effets civils d'un mariage et que ce mariage est dénié, c'est à elle d'en établir l'existence. Comment fera-t-elle cette preuve ? Telle est la question qui fait l'objet des art. 194 à 200.

Un mariage qui n'est pas prouvé demeurant dépourvu des effets civils aussi bien que celui qui a été déclaré nul, on s'explique, dans une certaine mesure, que le législateur ait traité de la preuve du mariage dans le chapitre des demandes en nullité. Mais il y a cependant cette différence entre le mariage annulé et le mariage non prouvé que le premier produit les effets civils lorsqu'il a été contracté de bonne foi, tandis que le second, bien que valable, demeure dénué de tout effet (1).

L'art. 194 formule ainsi le principe de la matière : « *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* »
et note 21; Laurent, t. II, n° 514; Demante, t. I, n° 283 bis, XI; Planiol, t. III, n° 458.

1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1940.

l'art. 46, au titre des Actes de l'état civil. » Malgré les termes dans lesquels il est conçu, cet article n'est point spécial au cas où l'existence du mariage est alléguée par les prétendus époux eux-mêmes. La règle qu'il pose est générale. L'acte inscrit sur les registres de l'état civil constitue pour toute personne le mode normal et régulier de prouver un mariage.

409. L'acte de célébration ne saurait être remplacé par la possession d'état d'époux légitimes. « *La possession d'état, dit l'art. 195, ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.* » Posséder un état, c'est agir et être traité en fait comme si on était légalement investi de cet état. Deux personnes ont la possession de l'état d'époux lorsqu'elles se comportent publiquement comme mari et femme et qu'elles sont traitées dans leur famille et dans la société comme des personnes mariées. Dans notre ancien droit, la possession d'état d'époux engendrait une présomption de mariage, et c'était à ceux qui prétendaient qu'elle n'était pas conforme à la vérité, d'en fournir la preuve. L'ordonnance de Blois de mai 1579 (art. 40 et 44) abolit cette présomption, et c'est à bon droit que le code a maintenu son abolition. Due en grande partie aux prétendus époux eux-mêmes, la possession d'état est en effet trop souvent mensongère. Si elle suffisait à prouver le mariage, des unions illicites parviendraient aisément, aujourd'hui plus encore qu'autrefois, à usurper la place des unions légitimes.

Bien qu'il semble, par la manière dont il s'exprime, n'avoir en vue que les rapports des époux entre eux, l'art. 195 a, comme l'art. 194, une portée générale et s'applique à toute personne qui invoque l'existence du mariage. Il y a lieu de raisonner ici non par *a contrario*, mais par *a fortiori*. Si l'un des prétendus époux n'est pas admis, au cas où le mariage est nié par l'autre, à se prévaloir contre celui-ci de la possession d'état, c'est-à-dire à lui opposer son propre fait et son aveu personnel, comment cette possession d'état pourrait-elle avoir effet à l'égard d'un tiers qui y est complètement étranger? En s'exprimant comme il l'a fait, le législateur a voulu dire non point que c'est seulement entre les époux que la possession d'état ne peut remplacer l'acte de célébration, mais que *même dans les rapports respectifs des époux* elle n'est pas admise comme preuve du mariage. Ce qui ne peut laisser aucun doute sur ce point, c'est qu'il a fallu un article spécial, l'art. 197, pour permettre aux enfants de se prévaloir, sous certaines conditions, de la possession d'état, à l'effet d'établir le mariage de leurs père et mère.

410. Mais si la possession d'état ne peut remplacer l'acte de mariage, lorsque cet acte n'existe pas, elle a du moins pour effet de le corroborer quand elle vient se joindre à lui et de purger les vices dont il se trouve atteint. « *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). Malgré les irrégularités dont il est entaché, l'acte de célébration devient donc inattaquable, lorsqu'il est soutenu par la possession d'état, et par suite le mariage est alors prouvé comme il le serait par un acte régulier.

Certains auteurs interprètent tout autrement l'art. 196. Le mot *acte*, disent-ils, a deux acceptions différentes. Tantôt il désigne un fait, *id quod actum est*; tantôt il désigne l'écrit, *instrumentum*, dressé pour constater un fait. C'est avec la première de ces deux significations qu'il est employé dans l'art. 196. L'*acte de célébration* dont parle cet article ne peut pas être l'écrit dressé pour constater la célébration, car cet écrit est un acte de l'état civil, et aucune des formalités auxquelles sont soumis les actes de l'état civil n'est prescrite à peine de nullité. L'acte constatant la célébration n'a donc jamais besoin du secours de la possession d'état. Quelque irrégulier qu'il soit, il est valable et fait preuve du mariage. Il s'agit dans l'art. 196 du fait même de la célébration. La loi a voulu dire que la possession d'état couvre l'irrégularité de la célébration, c'est-à-dire la clandestinité et même l'incompétence de l'officier de l'état civil, la publicité qu'elle donne ultérieurement au mariage venant réparer ce qui a manqué à la publicité primitive (1).

Cette explication doit être rejetée sans hésitation. Suivant l'art. 194, le mariage ne peut se prouver en principe que *par la production d'un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil*. D'après l'art. 195, la possession d'état ne dispense point les prétendus époux *de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil*. Enfin, l'art. 196 supposant que l'acte de célébration devant l'officier de l'état civil *est représenté* et qu'il est accompagné de la possession d'état, déclare les époux non recevables à demander la nullité *de cet acte*. Il résulte à l'évidence du texte même de ces articles et de leur enchaînement que c'est bien de l'écrit dressé pour constater la célébration, et non de la célébration elle-même, que le législateur a entendu parler. Bien que le code n'ait pas sanctionné par la nullité l'observation des formes prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil, nous avons vu que, parmi ces formes, il en est de substantielles, c'est-à-dire qui sont requises pour l'existence même des actes. L'art. 196 recevra son application dans le cas où l'une ou l'autre de ces formes n'aurait pas été observée. Insuffisant pour faire preuve du mariage, l'acte de célébration reçoit alors de la possession d'état l'efficacité qui lui manque (2).

1) Demolombe, t. III, n° 327; Valette, *Cours*, p. 289; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 342; Beudant, t. I, n° 280. — Paris, 24 avril 1874, D. 75, 2, 9, S. 75, 2, 49; — Bourges, 13 juillet 1891, D. 92, 2, 599.

2) Demante, t. I, n° 278; Laurent, t. III, n° 7; Huc, t. II, n° 177. — Comp. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, nos 1948 et suiv.; Planiol, t. III,

Mais si l'acte de mariage est rendu inattaquable par la possession d'état, il n'en est pas ainsi du mariage lui-même. Fût-elle jointe à un acte parfaitement régulier, la possession d'état ne couvrirait aucun des vices dont le mariage se trouverait atteint, pas plus les vices de forme, comme la clandestinité ou l'incompétence de l'officier de l'état civil, que les vices de fond, comme la bigamie ou l'inceste (1).

On enseigne généralement que c'est seulement dans les rapports des époux entre eux que la possession d'état rend inattaquable l'acte de célébration irrégulier, et que toute autre personne conserve le droit d'opposer la nullité de cet acte. La loi ne dit pas en effet d'une façon absolue que la nullité de l'acte irrégulier ne pourra pas être invoquée; elle dit seulement que *les époux seront respectivement non recevables à s'en prévaloir*. Mais nous venons de voir que cette expression déjà employée dans l'art. 195 ne doit pas être entendue dans un sens restrictif. Il est difficile d'admettre qu'une même formule ait dans deux articles consécutifs une signification différente (2).

411. La règle que le mariage ne peut être prouvé que par l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil reçoit exception dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été détruits;

2° Lorsque les père et mère étant décédés, la preuve du mariage doit être faite par leurs enfants;

3° Lorsque la preuve de la célébration se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle.

La première de ces exceptions est indiquée par l'art. 194 *ine fine*, la seconde par l'art. 197, la troisième par les art. 198 à 200.

412. A. DU CAS OU LES REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL N'ONT PAS ÉTÉ TENUS OU ONT ÉTÉ PERDUS. — La preuve de la célébration du mariage peut alors être faite tant par titres que par témoins et par présomptions, conformément à l'art. 46 auquel renvoie l'art. 194 *ine fine*.

413. B. DU CAS OU LES PÈRE ET MÈRE ÉTANT DÉCÉDÉS LA PREUVE DE LEUR MARIAGE DOIT ÊTRE FAITE PAR LES ENFANTS. — « *Si néanmoins, dans le cas des art. 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* » (art. 197).

n° 194. — Cour de cass., 26 juillet 1865, D. 65, 1, 493, S. 65, 1, 393; — Toulouse, 26 avril 1893, D. 94, 2, 556, S. 96, 2, 252.

1) Trib. de la Seine, 2 juillet 1872, S. 72, 2, 248.

2) Huc, t. II, n° 178.

Un enfant qui a perdu son père et sa mère a besoin de prouver sa légitimité contre un adversaire qui la conteste. Comme il peut ignorer dans quelle commune ses auteurs se sont mariés, et se trouver ainsi dans l'impossibilité de se procurer l'acte de célébration de leur mariage, la loi, par faveur pour la légitimité, le dispense de la production de cet acte et lui permet d'y suppléer en prouvant que ses auteurs ont eu la possession d'état d'époux légitimes, qu'il a lui-même la possession d'état d'enfant légitime, et que cette possession d'état n'est pas contredite par son acte de naissance.

Quatre conditions sont donc nécessaires pour que l'art. 197 reçoive son application :

1° *Il faut que le père et la mère soient tous les deux décédés.* Le motif essentiel de notre article est en effet l'impossibilité où l'enfant peut se trouver d'obtenir des renseignements sur le lieu de la célébration du mariage de ses parents, et tant que l'un d'eux est vivant cette impossibilité n'existe pas. Au cas de décès des père et mère ne doit-on pas assimiler celui où les parents sont absents ou en état de démence? La négative a des partisans qui se fondent sur le principe que les dispositions exceptionnelles sont de stricte interprétation. Nous inclinerions néanmoins à admettre l'affirmative. Il y a en effet en pareil cas le même motif de décider qu'en cas de décès, la démence ou l'absence déclarée ou même simplement présumée des père et mère ou du survivant plaçant également l'enfant dans l'impossibilité d'obtenir les renseignements qui pourraient l'éclairer. Il est dès lors permis de penser que si le texte n'a parlé que du décès, c'est que cette hypothèse étant la plus ordinaire se sera seule présentée à la pensée du législateur (1).

Mais nous ne saurions partager l'avis de quelques auteurs d'après lesquels l'art. 197 devrait être appliqué au cas où l'un des parents étant décédé, le survivant, présent et sain d'esprit, viendrait à nier l'existence du mariage. Paul et Marie ont un enfant, Pierre. Marie meurt. Pierre demande alors à son père le partage de la communauté de biens qu'il prétend avoir existé entre ses parents. A cette demande Paul répond qu'il n'y a pas eu mariage et que par suite il n'y a point de communauté à partager. Pierre ne sera pas admis à invoquer le bénéfice de l'art. 197. Vainement dit-on que l'enfant se trouve cette fois encore, grâce à l'opposition d'intérêt qui existe entre le survivant de ses auteurs et lui, dans l'impossibilité de savoir où le mariage aurait été célébré, et que sa situation est dès lors aussi digne de faveur que si ses père et mère étaient tous deux décédés. Non, la situa-

1) Demolombe, t. III, n° 396; Marcadé, sur l'art. 197; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 73; Laurent, t. III, n° 10; Beudant, t. I, n° 358; Demante, t. I, n° 279 bis, III; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1959. — *Contra* Aubry et Rau, § 452 bis, note 21; Huc, t. II, n° 179.

tion n'est pas la même dans les deux cas. Comment supposer en effet qu'un père ou une mère vienne, par caprice ou par intérêt, réduire son enfant légitime à la condition de bâtard en lui rendant impossible la preuve de son état? Le législateur ne pouvait pas présumer chez des parents de pareils sentiments.

2° *Il faut que le père et la mère aient eu, de leur vivant, la possession d'état d'époux.* C'est ce qu'expriment ces mots de l'art. 197 : « qui ont vécu publiquement comme mari et femme. »

3° *Il faut que l'enfant ait lui-même la possession d'état d'enfant légitime,* c'est-à-dire qu'il ait toujours été regardé et traité comme tel dans la famille et dans la société. Cette possession d'état, s'ajoutant à celle des parents, la confirme et la corrobore.

4° *Enfin, il faut que la possession d'état de l'enfant ne soit pas contredite par son acte de naissance.* La loi n'exige pas que l'acte de naissance confirme la possession d'état de l'enfant, c'est-à-dire qu'il le qualifie d'enfant légitime; il suffit que l'acte *ne soit pas contraire* à la possession d'état. L'acte de naissance contredirait la possession d'état s'il désignait l'enfant comme naturel; il ne la contredirait point s'il le présentait comme né de parents inconnus. L'enfant n'est même pas obligé de produire son acte de naissance. Le texte primitif de l'art. 197, qui lui imposait cette obligation, fut modifié sur une observation de Cambacérès. L'enfant qui peut ignorer dans quelle commune ses père et mère se sont mariés peut en effet ignorer également en quel lieu il est venu au monde.

Lorsque l'enfant a justifié que les conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent réunies, le mariage de ses parents est par là même établi, et par conséquent il est réputé enfant légitime. Mais sa légitimité demeure néanmoins susceptible d'être contestée par tous les moyens à l'aide desquels elle pourrait l'être, malgré la production d'un acte régulier de célébration, sa situation ne pouvant évidemment être meilleure que si l'acte de célébration était représenté. Aussi l'art. 197 se contente-t-il de dire que sa légitimité ne pourra alors être contestée *sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration.*

414. C. DU CAS OU LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION SE TROUVE ACQUISE PAR LE RÉSULTAT D'UNE PROCÉDURE CRIMINELLE. — Les art. 198, 199 et 200 supposent qu'un fait constituant une infraction à la loi pénale a mis les intéressés dans l'impossibilité d'établir l'existence du mariage par la présentation d'un acte régulier de célébration et que ce fait a donné lieu à une poursuite par laquelle la preuve du mariage s'est trouvée acquise. Si la poursuite n'avait pas fait acquérir cette preuve, c'est-à-dire si elle avait abouti simplement à la constatation que des registres de mariage avaient été détruits ou soustraits en tout ou en partie, sans qu'il fût constaté en même temps à quels mariages se référait la suppression, les art. 198 et

suivants seraient inapplicables; mais les intéressés pourraient s'emparer du jugement intervenu pour établir la perte des registres et invoquer ensuite l'art. 46.

Bien qu'ils parlent d'une procédure *criminelle*, nos articles ne sont point d'ailleurs spéciaux au cas où l'infraction commise constitue un crime proprement dit, comme l'apposition de fausses signatures, la lacération d'un acte de mariage ou tout autre fait prévu par les art. 145, 146, 173 et 255 du code pénal; ils régissent également celui où il s'agit d'un simple *délit*, comme l'inscription de l'acte de célébration sur une feuille volante (art. 192 c. p.). L'expression *procédure criminelle* est une formule générale désignant toute poursuite à raison d'une infraction à la loi pénale. Mais ces textes seraient inapplicables dans le cas où le fait allégué ne serait prévu par aucune loi répressive. C'est ainsi qu'on ne saurait s'en prévaloir dans l'hypothèse où l'officier de l'état civil aurait omis de dresser l'acte de célébration, la loi n'ayant attaché aucune peine à cette omission.

Toute infraction à la loi pénale donne lieu à deux actions, *l'action publique* et *l'action civile*.

L'action publique a pour but de faire appliquer au coupable la peine édictée par la loi. Elle est exercée au nom de la société par le ministère public et portée devant une juridiction répressive, cour d'assises ou tribunal correctionnel, suivant qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit. Cette action s'éteint par la mort du coupable, celui-ci pouvant seul subir la peine de l'infraction par lui commise.

L'action civile tend à obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction et appartient à la personne qui en a souffert. Elle peut être intentée soit par voie principale devant la juridiction civile, soit par voie incidente devant la juridiction répressive déjà saisie de l'action publique. Elle peut aussi, lorsqu'il s'agit d'un délit, être portée directement par la partie lésée devant le tribunal correctionnel, alors même que ce tribunal ne serait pas saisi de l'action publique. Enfin l'action civile survit à l'auteur de l'infraction et peut, après sa mort, être exercée contre ses héritiers, mais alors, bien entendu, seulement par voie principale devant les tribunaux civils.

Tel est le droit commun. Voyons jusqu'à quel point il est applicable à la matière qui nous occupe et pour cela distinguons, avec le code, deux hypothèses, celle où l'auteur du fait coupable est vivant et celle où il est décédé.

415. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *L'auteur du fait coupable est vivant.* Quelles sont les personnes qui peuvent alors agir et par quelle voie peuvent-elles le faire? L'art. 199 a la prétention de répondre à cette double question; mais il le fait en termes tels qu'il faut le rectifier d'un bout à l'autre. « Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, dit-il, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et par le procureur du Roi. »

Sous le nom d'*action criminelle*, la loi entend ici non point l'action publique, mais l'action civile tendant à obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction commise, c'est-à-dire le rétablissement de la preuve du mariage et en outre, s'il y a lieu, des dommages-intérêts. Cette interprétation est commandée par le texte même de l'art. 199 qui reconnaît le droit d'intenter l'action tant aux époux et autres intéressés qu'au ministère public. Jamais en effet les simples particuliers ne peuvent mettre en mouvement l'action publique. L'expression impropre employée ici par le législateur provient de ce qu'au moment de la rédaction du code civil on désignait sous le nom d'action criminelle toute action née d'une infraction, l'action civile aussi bien que l'action publique. C'est seulement lors de la confection du code pénal et du code d'instruction criminelle que la langue du droit pénal a pris plus de précision.

L'action en rétablissement de la preuve du mariage appartient, comme nous venons de le dire : 1° aux époux eux-mêmes ; 2° à toute personne intéressée ; 3° au ministère public.

En permettant au ministère public d'exercer cette action, l'art. 199 déroge au droit commun, d'après lequel le ministère public ne peut intenter les actions civiles en général et spécialement les actions en rectification des actes de l'état civil. « On a pensé apparemment que le rétablissement de la preuve du mariage auquel peuvent se rattacher dans le présent et dans l'avenir tant d'intérêts divers, est, à ce point de vue, d'ordre public et ne doit pas être confondu avec les cas ordinaires de rectification » (1).

Par la manière dont il s'exprime, notre article semble dire que, du vivant des deux époux, eux seuls ont qualité pour agir et que c'est seulement après le décès de l'un d'eux que les autres intéressés et le ministère public acquièrent le droit d'exercer l'action. Telle n'est point cependant la pensée du législateur. Tant que les époux sont vivants l'un et l'autre, ils sont généralement les seuls qui aient à agir un intérêt né et actuel. Partant de là et statuant *de eo quod plerumque fit*, le code n'accorde expressément l'action qu'à eux. Mais il n'a pu entrer dans l'esprit de ses auteurs de refuser, du vivant des époux, l'action en rétablissement de la preuve du mariage à ceux qui, dès maintenant, auraient exceptionnellement un intérêt né et actuel à faire constater l'existence de l'union conjugale. Cet intérêt pourrait exister, par exemple, pour les enfants issus du mariage qui auraient besoin de prouver leur légitimité à l'effet de recueillir une succession dont l'un des époux aurait été exclu comme indigne ou à laquelle il aurait renoncé.

L'art. 199 paraît également subordonner le droit d'action des intéressés autres que les époux à la condition que ceux-ci ou l'un d'eux soient décédés

1) Demante, t. I, n° 281 bis, I.

sans avoir découvert la fraude, c'est-à-dire sans avoir eu connaissance du fait qui a détruit ou altéré la preuve de leur mariage. D'où il résulterait que, dans le cas où les époux auraient connu ce fait et seraient morts sans s'être adressés à la justice, l'action serait éteinte avec eux. Mais tout le monde reconnaît que, cette fois encore, le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*. Il s'est dit que, lorsque deux époux auront connaissance d'un fait qui les prive de la preuve de leur mariage, ils ne manqueront point d'en poursuivre le rétablissement, ce qui rendra inutile l'action de toute autre personne. Mais si cette prévision ne se réalise pas, si, par une inqualifiable négligence, les époux, bien qu'instruits de l'infraction commise, ne se sont pas mis en peine d'intenter l'action, ou si le temps leur a manqué, il n'y a aucun motif pour que les autres intéressés ne puissent pas agir.

Ce que nous disons des intéressés est également vrai du ministère public. Agissant dans l'intérêt social, il peut toujours demander, incidemment à l'action publique, le rétablissement de la preuve du mariage.

Les époux ou autres parties intéressées qui veulent obtenir le rétablissement de la preuve du mariage peuvent-ils, conformément au droit commun, agir à leur choix devant la juridiction civile ou devant la juridiction répressive? On a soutenu que ce choix ne leur appartient pas et qu'ils doivent nécessairement s'adresser aux tribunaux répressifs, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un crime, provoquer, en déposant une plainte, l'action du ministère public et se porter ensuite parties civiles devant la cour d'assises, ou, s'il s'agit d'un délit, agir devant le tribunal correctionnel, soit par voie de citation directe, soit incidemment à l'action du ministère public. Telle est, dit-on, la solution qui résulte de la combinaison des art. 199 et 200. La loi prévoit successivement le cas où l'auteur du fait coupable est vivant et celui où il est décédé. C'est seulement en vue de ce dernier cas qu'elle s'occupe de l'instance intentée au civil, en ayant soin de prendre une précaution destinée à prévenir toute collusion frauduleuse. Cela implique que, dans le premier cas, la seule voie ouverte aux intéressés est le recours à la justice répressive (1). L'opinion contraire nous paraît plus sûre. La loi, dans l'art. 199, suppose sans doute que l'action est portée devant les tribunaux de répression; mais ce peut être uniquement parce que cette voie est celle que les parties préféreront le plus souvent, et il ne s'ensuit nullement qu'elles n'aient pas le droit de procéder autrement si bon leur semble. On ne voit en effet aucun motif de nature à justifier une dérogation aussi grave aux règles du droit commun. Aucun concert frauduleux n'est alors sérieusement à craindre entre le demandeur et le défendeur, car

1) Demolombe, t. III, n° 415; Aubry et Rau, § 452 bis, texte et note 32.

celui-ci, exposé aux poursuites du ministère public dont l'attention sera éveillée par le procès civil, se gardera bien de laisser constater un méfait qu'il n'aurait pas commis. La sincérité de sa défense se trouve par là-même assurée (1).

416. 2^e HYPOTHÈSE. — *L'auteur du fait coupable 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. 200).

L'auteur du fait coupable qui a détruit ou altéré la preuve du mariage peut être l'officier de l'état civil ou toute autre personne. En parlant seulement de l'officier de l'état civil, l'art. 200 prévoit le cas qui pourrait le plus aisément se présenter.

Après le décès de l'auteur de l'infraction, il ne peut plus être question de l'action publique. Une seule action demeure possible, l'action civile tendant à obtenir la réparation du préjudice causé, le rétablissement de la preuve du mariage et des dommages-intérêts. Cette action, qui doit être dirigée contre les héritiers du coupable et portée devant le tribunal civil, ne peut pas être formée directement par les intéressés eux-mêmes. Par dérogation au droit commun, ceux-ci ont seulement la faculté de dénoncer au procureur de la république le fait qui leur porte préjudice et d'intervenir dans l'instance que ce magistrat est tenu d'introduire sur leur dénonciation. Le but de cette règle spéciale est de prévenir un concert frauduleux entre les héritiers du prétendu coupable et ceux qui ont intérêt à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage. Comme nous le disions à l'instant, lorsque l'auteur supposé du fait criminel est personnellement en cause, il n'est pas à craindre, grâce à la peine qui le menace, qu'il se prête à un simulacre de procès tendant à constater à sa charge un crime ou un délit qu'il n'a point commis. Une semblable connivence ne serait au contraire nullement impossible de la part de ses héritiers qui ne peuvent encourir qu'une condamnation pécuniaire. La loi espère, en remettant la direction du procès au procureur de la république, que ce magistrat saura démasquer la fraude au cas où elle viendrait à se produire.

A l'hypothèse, seule textuellement prévue par l'art. 200, du décès de l'auteur de l'infraction, il faut assimiler celle où il serait en état de démence ou d'absence et d'une façon générale toutes celles dans lesquelles, par une cause quelconque, il ne peut y avoir lieu à une poursuite criminelle ou correctionnelle. Dans tous ces cas en effet un concert frauduleux serait possible, le défendeur n'ayant pas à redouter les conséquences de l'action publique.

417. Supposons le procès terminé. La justice a constaté l'infraction com-

1) Marcadé, sur l'art. 199; Laurent, t. III, n° 18; Huc, t. II, n° 184; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1982; Planiol, t. III, n° 208.

mise et reconnu le fait de la célébration du mariage. Elle doit ordonner l'inscription de son jugement ou de son arrêt sur les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été célébré. « *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* » (art. 198). Cette fois encore la loi s'exprime d'une façon inexacte. Dire que l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil *assure au mariage les effets civils*, c'est aller trop loin. De quoi s'agit-il ? D'une question de preuve. La preuve régulière et normale est l'acte de célébration inscrit sur les registres. Par exception la preuve peut résulter d'une procédure criminelle. L'inscription du jugement ou de l'arrêt a donc pour effet, non point de rendre le mariage valable, de le mettre à l'abri de toute attaque à raison des causes de nullité dont il serait entaché, mais seulement d'établir qu'il a été célébré et que la preuve en a été détruite ; ce qui revient à dire que le jugement inscrit remplace l'acte de célébration.

Mais la preuve résultant de ce jugement peut-elle être invoquée par toute personne et contre toute personne ? Ne peut-elle l'être au contraire que par ceux et contre ceux qui ont figuré à l'instance, conformément à la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* ? (art. 1351). La question est très controversée. Les uns estiment que la règle *Res inter alios judicata* doit recevoir ici son application. D'autres distinguent : ils appliquent cette règle lorsque la décision judiciaire ordonnant le rétablissement de la preuve du mariage a été rendue au civil ; ils l'écartent lorsque cette décision émane d'un tribunal répressif. Dans ce dernier cas, la décision a, d'après eux, un effet général et absolu en vertu des principes relatifs à l'influence des condamnations pénales sur les intérêts civils. D'autres enfin, sans distinguer si le jugement émane d'un tribunal civil ou d'un tribunal répressif, pensent que la preuve rétablie est opposable à tous et que tous sont admis à s'en prévaloir. Cette dernière opinion nous paraîtrait la mieux fondée. Le jugement ordonnant le rétablissement de la preuve du mariage est destiné à remplacer l'acte de célébration ; c'est pour ce motif que la loi prescrit son inscription sur les registres de l'état civil. Il doit donc avoir la même force probante que l'acte dont il tient lieu, c'est-à-dire faire preuve du mariage *erga omnes*. La direction du procès étant confiée dans tous les cas au ministère public, représentant de la société, et la décision intervenue laissant intact le droit des intéressés de faire valoir les causes de nullité dont le mariage serait entaché, la loi a pu sans inconvénient déroger dans la circonstance à la règle de l'autorité purement relative de la chose jugée.

CHAPITRE V

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE

418. Ce chapitre et le suivant s'occupent *des effets du mariage*. Par suite, il eût été plus rationnel de les réunir en un seul. Ils sont loin d'ailleurs de renfermer une théorie générale et complète des conséquences légales de l'union conjugale; ils se bornent à réglementer quatre des plus importantes : l'obligation imposée aux pères et mères de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; — l'obligation alimentaire; — les droits et les devoirs respectifs des époux; — l'incapacité de la femme mariée. Les autres effets du mariage sont exposés çà et là dans les différents titres du code.

419. Avant d'aborder l'examen détaillé des questions qui font l'objet des art. 203 à 226, il ne sera pas inutile de donner une idée d'ensemble des effets que produit le mariage. Ces effets ont lieu :

A. DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX. — La femme prend la condition civile et sociale de son mari. Nous ne connaissons plus aujourd'hui ce qu'on appelait autrefois, et ce qu'on appelle encore dans certains pays, le *mariage morganatique* ou *mariage de la main gauche* qui tout en étant une union légitime, un véritable mariage, n'associe pas la femme à la condition du mari.

Par voie de conséquence, la femme acquiert le nom du mari et, s'il y a lieu, les titres qui y sont attachés. Aucun texte à la vérité ne dispose que la femme abandonne son nom patronymique pour prendre celui de son mari; mais il existe à cet égard un usage constant. Cet usage a été consacré implicitement par la loi du 6 février 1893 qui a ajouté à l'art. 299 une disposition portant que, « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom » et modifié l'art. 311 en permettant au tribunal d'interdire à la femme séparée de corps de porter le nom de son mari, ou de l'autoriser à ne pas le porter.

La femme acquiert également de plein droit la nationalité de son mari (art. 12 et 19) et son domicile (art. 108).

Les époux jouissent l'un vis à vis de l'autre de certains droits et sont astreints à certains devoirs (art. 212-214).

L'époux survivant est appelé à succéder à son conjoint (art. 767).

Les époux qui ont des enfants ou des descendants ne peuvent se faire des libéralités que dans les limites fixées par les art. 1094 et 1098.

Ils sont soumis, lorsqu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage au régime de la communauté de biens tel qu'il est réglé par les art. 1400 à 1496.

Le contrat de vente est interdit entre époux (art. 1595).

La prescription ne court pas au profit de l'un des époux contre l'autre (art. 2253).

B. DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LEURS ENFANTS. — Les enfants issus du mariage sont légitimes. Ils ont pour père le mari de leur mère : *Is est pater quem nuptiæ demonstrant* (art. 312 et suiv.).

Le mariage opère *ipso facto* la légitimation des enfants nés et reconnus avant sa célébration (art. 331).

Les enfants sont rattachés par un lien légal de parenté à tous les membres de la famille de leur père et de leur mère.

Ils ont droit à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation (art. 203).

Ils peuvent, lorsqu'ils sont dans le besoin, réclamer des aliments à leurs parents et ils sont, le cas échéant, obligés de leur en fournir (art. 205 et 207).

Ils sont soumis à la puissance paternelle (art. 371 et suiv.) et, lorsque le mariage vient à se dissoudre par le décès de l'un des époux, à la tutelle du survivant (art. 390 et suiv.).

C. DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LEURS PÈRES ET MÈRES. — Quand les époux sont mineurs, le mariage les soustrait à la puissance paternelle en leur conférant le bénéfice de l'émancipation (art. 476).

D. DANS LES RAPPORTS DE CHACUN DES ÉPOUX AVEC LES PARENTS DE L'AUTRE. — Chaque époux devient l'allié de tous les parents de son conjoint. De l'alliance résultent des empêchements au mariage (art. 161 et 162) et, dans certains cas, l'obligation alimentaire (art. 206 et 207).

E. DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LES TIERS. — La femme mariée est incapable. Elle ne peut, en principe, accomplir aucun acte de la vie civile sans l'autorisation de son mari ou de la justice (art. 215).

Elle jouit d'une hypothèque légale sur les immeubles de son mari (art. 2121).

SECTION I

DE L'OBLIGATION IMPOSÉE AUX ÉPOUX DE NOURRIR, ENTRETENIR ET ÉLEVER LEURS ENFANTS

420. « *Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* » (art. 203).

L'obligation de *nourrir* et d'*entretenir* comprend tout ce qui est nécessaire à la vie matérielle ; celle d'*élever* s'applique à tout ce qu'exige le développement moral et intellectuel de l'enfant.

Cette double obligation, que l'on désigne assez souvent par le terme générique de *devoir d'éducation*, dérive en réalité non du mariage mais du

fait de la procréation, et s'impose par suite aux pères et mères naturels comme aux pères et mères légitimes. On s'explique cependant que le législateur se soit exprimé comme il l'a fait dans l'art. 203 et qu'il ait placé cette disposition dans le titre *du Mariage*. Les enfants naissent en effet ordinairement d'une union légitime et les personnes qui se marient peuvent être considérées comme prenant l'engagement d'élever les enfants qui naîtront de leur union.

Pour accomplir le devoir qui leur incombe, les parents ont besoin de certains pouvoirs que le code a réglementés au titre *de la Puissance paternelle*.

Les dépenses qui en résultent sont une charge du mariage et doivent être supportées par les deux époux. La mesure dans laquelle chacun d'eux y contribue est déterminée par le régime matrimonial qu'ils ont adopté (art. 1409 al. 5, 1530, 1537, 1540, 1575). Lorsque ce régime est détruit par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, chaque époux les supporte dans la proportion de ses ressources. Si, par une cause quelconque, l'un d'eux se trouve dans l'impossibilité de payer sa part contributive, l'obligation doit être acquittée intégralement par l'autre (arg. art. 1448, al. 2). Il en est de même en cas de décès de l'un des époux (1).

Mais c'est seulement lorsque l'enfant n'a pas de biens personnels que les choses se passent ainsi. Quand il en possède, ce qui est du reste assez rare du vivant des père et mère, les sommes nécessaires à son éducation doivent être prélevées sur ses revenus et les parents ne sont tenus de les payer sur leurs propres biens qu'en cas d'insuffisance desdits revenus.

La déchéance de la puissance paternelle encourue par les parents ou par l'un d'eux ne modifie pas l'application des règles qui viennent d'être posées. Privés alors du droit de diriger l'éducation de leurs enfants, les parents restent tenus de supporter les dépenses qu'elle entraîne.

421. Le devoir d'éducation étant une obligation civile, est par là même sanctionnée par une action. Les père et mère peuvent être contraints par la justice de satisfaire à ce devoir lorsqu'ils ne l'accomplissent pas spontanément. Mais quelles sont les personnes qui ont qualité pour saisir la justice dans l'intérêt de l'enfant lequel, tant qu'il est mineur, est incapable d'agir lui-même? Lorsque l'un des époux est décédé, le droit d'agir appartient certainement au tuteur de l'enfant, si la tutelle a été confiée à un autre qu'au survivant des père et mère, et, si le survivant est tuteur, au subrogé tuteur (art. 420 al. 2). La question devient plus embarrassante quand l'enfant a encore ses père et mère. Son représentant légal, chargé d'exercer les

1) Bordeaux, 19 janvier 1888, S. 88, 2, 132; — Paris, 26 avril 1892, D. 93, 2, 175; — Cour de cass., 6 août 1894, D. 95, 1, 199, S. 94, 1, 416.

actions qui lui appartiennent, étant alors son père (art. 381) lequel est en même temps tenu vis-à-vis de lui du devoir d'éducation, tout recours à la justice semble par là même impossible. Une opinion accréditée reconnaît cependant le droit d'agir à la mère. Elle se fonde sur les termes de l'art. 203. Les époux, dit cet article, contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. *Ensemble*, c'est-à-dire l'un envers l'autre. La mère peut donc poursuivre judiciairement l'exécution de l'obligation dont le mari est tenu envers elle (1). Il est très douteux que tel soit le sens de l'art. 203. Le mot *ensemble* paraît bien signifier *simultanément, l'un et l'autre*, et non l'un envers l'autre. C'est envers les enfants et non vis-à-vis l'un de l'autre que les époux contractent par le fait même du mariage l'obligation dont parle l'art. 203. Cet article est en effet emprunté au n° 384 du *Traité du contrat de Mariage* de Pothier, dans lequel il s'agit uniquement des obligations des parents envers leurs enfants. Si les auteurs du code avaient voulu lui donner une portée différente, ils l'auraient placé non point dans le chapitre V, mais dans le chapitre VI où se trouvent exposées les obligations des époux l'un envers l'autre. Rien n'autorise donc à penser que, par dérogation à la règle qui attribue au père seul l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage, ils aient admis en cette matière l'intervention de la mère (2).

On discute également la question de savoir si le ministère public peut poursuivre d'office l'exécution de l'art. 203. Les uns lui refusent ce droit par la raison qu'aucun texte ne le lui confère (3). D'autres croient pouvoir le lui reconnaître en se fondant sur l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, aux termes duquel le ministère public « poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

Ces questions ont du reste beaucoup perdu de leur importance depuis que la loi du 24 juillet 1889 a permis à certains parents et au ministère public de provoquer contre les père et mère qui manquent gravement à leurs devoirs la déchéance de la puissance paternelle.

422. Les père et mère sont libérés de l'obligation que leur impose l'art. 203 lorsque l'enfant, son éducation étant terminée, se trouve en état de subvenir par lui-même à ses besoins. A ce moment, l'enfant est-il fondé à exiger de ses parents le capital qui lui est nécessaire soit pour contracter mariage, soit pour se créer un établissement, par exemple pour acheter un fonds de commerce ou un office ministériel? L'art. 204 répond : « *L'enfant*

1) Demolombe, t. IV, n° 9; Demante, t. I, n° 285 bis II; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2019.

2) Laurent, t. III, n° 41; Planiol, t. I, n° 2437.

3) Demolombe, t. IV, n° 9; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2021.

n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » C'est la reproduction de la règle suivie autrefois dans la plupart des pays coutumiers : « *Ne dote qui ne veut.* » La loi s'en remet donc complètement sur ce point à l'affection des parents. « Elle juge qu'il serait contre le respect que les enfants doivent à leurs pères et mères qu'ils pussent les traduire en justice et les obliger à y découvrir le secret de leurs affaires pour connaître s'ils ont ou non le moyen de donner une dot convenable. Il peut à la vérité se rencontrer des pères et mères qui ne rendent pas sur ce point justice à leurs enfants; mais c'est un cas rare et un moindre mal qu'il faut tolérer pour en éviter un plus grand » (1).

SECTION II

DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

423. On désigne sous ce nom l'obligation imposée à une personne de fournir à une autre les ressources dont celle-ci a besoin pour vivre, c'est-à-dire non seulement les aliments proprement dits, la nourriture, mais encore le logement, le vêtement, les frais de maladie, etc.

L'obligation alimentaire existe : 1° entre certains parents (art. 205, al. 1 et 207); 2° entre certains alliés (art. 206 et 207); 3° entre époux (art. 212 et loi du 9 mars 1891); 4° entre l'adoptant et l'adopté (art. 349); 5° à la charge du donataire au profit du donateur (art. 955).

Dans la présente section nous nous occuperons exclusivement de l'obligation alimentaire existant entre parents ou entre alliés.

De nombreuses différences séparent cette obligation du devoir d'éducation dont il a été question dans la section précédente. Tandis que le devoir d'éducation consiste principalement à développer les facultés intellectuelles et morales de l'enfant, l'obligation alimentaire ne se rapporte qu'aux besoins physiques de celui au profit duquel elle existe. — Le devoir d'éducation a pour objet des soins à donner. L'obligation alimentaire s'acquitte en général au moyen d'une somme d'argent. — Le devoir d'éducation incombe seulement au père et à la mère, et, lorsque ceux-ci viennent à décéder pendant la minorité de l'enfant, au tuteur; il n'est point imposé aux ascendants comme tels, et encore moins à des alliés. L'obligation alimentaire s'impose aux ascendants et descendants à quelque degré qu'ils soient et même à certains alliés. — Le devoir d'éducation commence à la naissance de l'enfant et cesse lorsque ses parents l'ont mis à même de gagner sa vie. L'obligation alimentaire n'a pas une durée certaine et déterminée; elle naît avec les besoins de celui qui a droit aux aliments et ne finit que lorsque ces besoins viennent à cesser. — Enfin le devoir d'éducation est unilatéral de

1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 646.

sa nature. L'obligation alimentaire est réciproque. Ceux qui doivent des aliments à tel ou tel de leurs parents ou de leurs alliés qui se trouve dans le besoin pourraient eux-mêmes en obtenir de ce parent ou de cet allié s'ils étaient dans l'indigence.

§ 1. — *Quels sont les parents et les alliés auxquels l'obligation alimentaire est imposée ?*

424. Les art. 205 al. 1, 206 et 207 qui contiennent la réponse à cette question sont ainsi conçus :

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin... » (art. 205, al. 1).

« 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 » (art. 206).

« Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques » (art. 207).

425. L'obligation alimentaire existe donc à titre réciproque entre ascendants et descendants à tous les degrés. Mais elle n'existe pas entre parents collatéraux, pas même entre frères et sœurs. On a cru justifier cette décision rigoureuse par les considérations suivantes : La filiation, a-t-on dit, engendre entre ascendants et descendants de véritables rapports juridiques. Le père qui a donné la vie à son fils est par là même tenu de la lui conserver, si ce fils est hors d'état de subvenir à ses besoins. Par le même motif, l'aïeul doit venir au secours de son petit-fils lorsque celui-ci ne peut se suffire à lui-même. Le fils ou le petit-fils doit de son côté conserver la vie à celui de qui il la tient immédiatement ou médiatement. Il accomplit par là une sorte de restitution qui, quoi qu'il fasse, restera toujours incomplète. Très différente est la situation respective des collatéraux. L'origine commune qui les réunit peut bien créer entre eux des devoirs moraux ou de convenance, mais la loi n'a pas à sanctionner des devoirs de cette nature qui relèvent exclusivement de la conscience (1). Cette argumentation nous paraît plus subtile que vraie. L'obligation alimentaire ne repose point seulement sur cette idée que ceux qui reçoivent la vie et ceux qui la transmettent sont par cela même obligés de la conserver; elle a une base plus large. Elle dérive des devoirs d'affection et d'assistance que font naître les liens du sang, les rapports de famille. Si tel est son véritable fondement, le législateur n'aurait pas dépassé la juste mesure en l'établissant non point seulement entre ascendants et descendants, mais aussi entre les parents les plus rapprochés en ligne collatérale, entre les frères et sœurs

1) Huc, t. II, n° 198.

et même entre les oncles ou tantes et les neveux ou nièces.

L'art. 205 étant placé parmi les dispositions relatives aux effets du mariage n'a en vue que les parents légitimes. Il est certain cependant que l'obligation alimentaire existe également entre les parents naturels et leurs enfants lorsque la filiation se trouve légalement établie. L'art. 762 permet en effet aux enfants adultérins ou incestueux de réclamer des aliments à la succession de leur père ou de leur mère. Cette disposition implique manifestement que les parents incestueux ou adultérins sont eux-mêmes tenus, pendant leur vie, de fournir des aliments à leurs enfants. A plus forte raison la même obligation existe-t-elle à la charge des parents de l'enfant naturel simple auquel la loi fait en général une situation bien meilleure que celle des enfants adultérins ou incestueux.

Les parents naturels devant des aliments à leurs enfants, ceux-ci sont par voie de conséquence tenus de leur en fournir, la réciprocité étant la règle en cette matière. Telle était d'ailleurs la solution admise dans l'ancien droit. Mais c'est seulement à leurs père et mère que les enfants naturels doivent des aliments et qu'ils peuvent en demander; ils n'ont ni droit ni obligation à l'égard des parents de leurs père et mère, le lien résultant de la filiation illégitime n'existant, d'après la loi, qu'entre les enfants et leurs auteurs immédiats. D'un autre côté, le droit de l'enfant naturel de réclamer des aliments à son père ou à sa mère subit une restriction lorsque sa filiation se trouve établie pendant le mariage de son auteur avec une tierce personne, et qu'à raison du régime matrimonial adopté par les conjoints le paiement de la pension alimentaire blesserait les intérêts de l'autre époux (art. 337).

426. Parmi les *alliés*, l'obligation alimentaire existe à titre réciproque entre les gendres et belles-filles et leurs beau-père et belle-mère.

Les mots *beau-père*, *belle-mère*, *belle-fille* ont en français une double signification et désignent des rapports d'alliance différents. On appelle d'abord beau-père et belle-mère d'une personne le père et la mère du conjoint de cette personne. Le père du mari est le beau-père (*socer*), sa mère est la belle mère (*socrus*) de la femme; le père et la mère de la femme sont le beau-père et la belle-mère du mari. — Quand une personne qui a des enfants d'un premier mariage contracte une seconde union, le nouveau conjoint est également qualifié de beau-père (*vitricus*) ou de belle-mère (*noverca*) à l'égard des enfants du premier lit. Au lieu de résulter, comme dans l'hypothèse précédente, du mariage du fils ou de la fille, l'alliance naît cette fois du second mariage du père ou de la mère. Dans l'ancien droit, on distinguait les deux situations en désignant le nouvel époux sous le nom de *parâtre* ou de *marâtre*, expressions dont l'une n'est plus usitée aujourd'hui et dont l'autre n'est plus guère employée qu'en mauvaise part. — De même le mot *belle-fille* désigne tantôt la femme du fils, la bru (*nurus*)

tantôt la fille que l'un des conjoints a eue d'un précédent mariage, la *filiâtre*, comme disait l'ancien droit (*privigna*). — En se servant du mot *gendre* corrélativement aux mots *beau-père* et *belle-mère*, le législateur indique clairement que le rapport d'alliance qu'il a en vue est uniquement celui qui existe entre chacun des époux et les père et mère de l'autre. Un mari doit donc des aliments au père et à la mère de sa femme; une femme mariée doit des aliments au père et à la mère de son mari. Mais l'obligation alimentaire n'existe point entre la personne dont le père ou la mère a contracté un second mariage et le nouveau conjoint de son auteur. Les travaux préparatoires confirment pleinement cette interprétation. L'article du projet de code qui correspondait aux art. 205 et 206 actuels était ainsi conçu : « 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 lesdits alliés n'aient convolé en secondes noces. » Cette rédaction fut modifiée par le Conseil d'État, sur l'observation faite par Tronchet que les mots *leurs alliés dans la même ligne*, c'est-à-dire les alliés dans la ligne ascendante, comprenaient, dans leur généralité, non seulement les beaux-pères et belles-mères proprement dits, mais encore les parâtres et les marâtres à l'égard desquels on entendait maintenir la règle de l'ancien droit qui ne leur permettait point de réclamer des aliments à leurs filiâtres.

Mais en écartant toute espèce de doute sur ce point, la modification opérée est elle-même devenue la cause d'une autre difficulté. D'après le texte du projet, l'obligation alimentaire devait exister, entre alliés comme entre parents, à tous les degrés de la ligne directe ascendante et descendante. Chaque époux était tenu de fournir des aliments à tous les ascendants de son conjoint, père, mère, aïeuls, bisaïeuls, comme réciproquement ceux-ci étaient tenus de lui en fournir. Le texte définitif ne parlant plus que des gendres et belles-filles, du beau-père et de la belle-mère, ne doit-on pas en conclure que l'obligation alimentaire se trouve limitée au premier degré de l'alliance? Quelques auteurs repoussent cette interprétation. D'après eux, la rédaction primitive ayant été changée pour écarter les parâtres et les marâtres, l'art. 206 doit être entendu, quant aux autres alliés, dans le sens large qu'avait le projet originaire, les beaux-pères et belles-mères étant mentionnés à titre purement énonciatif et faute d'une expression générique après le rejet du mot *alliés* (1).

La solution contraire est plus généralement admise et elle paraît en effet la plus sûre, les opinions émises au cours des discussions au Conseil d'État ne pouvant pas prévaloir sur le texte de la loi quand il est clair et précis. Il suffit d'ailleurs de comparer les termes de l'art. 206 avec ceux de l'article

1) Demolombe, t. IV, n° 25; Marcadé, sur l'art. 206; Duranton, t. I, n° 206.

correspondant du projet pour constater que celui-ci a subi un remaniement beaucoup plus complet que ne le comportait l'observation faite par Tronchet. Il est donc très possible que des motifs dont les procès-verbaux des discussions ne font pas mention aient amené, dans la suite, une restriction au système proposé par la commission de rédaction (1).

427. L'obligation alimentaire résultant de l'alliance prend fin, d'après l'art. 206, dans deux cas :

1° Quand l'époux qui produisait l'alliance et les enfants issus du mariage sont décédés. Le lien de l'alliance n'est pas dissous en pareil cas, mais la loi le considère comme trop relâché pour que la dette d'aliments puisse subsister. L'obligation alimentaire est alors éteinte d'une manière absolue et de chaque côté. L'époux veuf sans enfants n'est pas tenu de fournir des aliments au père ou à la mère de son conjoint décédé et il ne peut pas en exiger d'eux.

2° Quand la belle-mère a convolé en secondes noces, elle perd le droit de demander des aliments à ses gendres et brus. Le beau-père qui se remarie conserve au contraire son droit aux aliments. On ne voit guère d'autre raison de cette différence que la défaveur avec laquelle la loi envisage le second mariage des veuves. L'obligation alimentaire, une fois éteinte par le convol de la belle-mère, ne revit point si son mariage vient à se dissoudre (2).

Privée du droit d'exiger des aliments de ses gendres ou brus, la belle-mère remariée conserve celui d'en réclamer à ses enfants du premier lit. Lors donc que ces derniers sont mariés, les gendres et brus, personnellement affranchis de l'obligation alimentaire, en subissent indirectement les conséquences, l'exécution de cette obligation diminuant les revenus de leur conjoint. Et s'il existe des enfants du mariage, ceux-ci, en qualité de petits-enfants de la belle-mère remariée, demeurent personnellement tenus de lui fournir des aliments.

Le gendre et la bru, qui ne doivent plus d'aliments à leur belle-mère remariée, conservent-ils le droit de lui en demander le cas échéant? La question est très controversée. Ceux qui se prononcent pour la négative invoquent tout d'abord un argument tiré de la combinaison des art. 206 et 207. En même temps qu'il établit l'obligation alimentaire à la charge des gendres et belles-filles, l'art. 206 détermine deux cas dans lesquels cette obligation prend fin. Vient ensuite l'art. 207 qui déclare réciproques les obligations résultant de l'art. 206. L'obligation alimentaire ainsi imposée à la belle-mère est donc ni plus ni moins celle dont ses gendres et belles-filles sont tenus envers elle et comporte les mêmes restrictions. Or cette dernière

1) Laurent, t. III, n° 59; Proudhon, t. I, p. 446; Huc, t. II, n° 199; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2033; Planiol, n° 2059.

2) Limoges, 17 nov. 1896, D. 97, 2, 463.

s'éteint quand la belle-mère se remarie. La même circonstance met donc fin à l'obligation de la belle-mère. — A cet argument de texte on ajoute la considération suivante : Tout le monde reconnaît que dans le cas prévu par le n° 2 de l'art. 206, celui où l'époux qui produisait l'affinité est mort sans enfants, l'obligation alimentaire cesse *ex utroque latere*. Si l'extinction de l'obligation est réciproque dans ce cas, elle doit l'être également dans l'autre. Des faits que la loi met absolument sur la même ligne ne sauraient avoir des effets différents (1).

Quelque serrée que soit cette argumentation, elle ne nous paraît pas décisive et nous inclinons à penser que la belle-mère remariée reste soumise à l'obligation de fournir des aliments à ses gendres et brus. L'obligation alimentaire, qui n'existe qu'en vertu d'une disposition légale, ne peut aussi s'éteindre que par les causes que la loi établit. Or la loi dit bien que l'obligation des gendres et belles-filles cesse en cas de convol de la belle-mère, mais elle ne parle pas de l'obligation de celle-ci. — On prétend que l'extinction de cette obligation résulte du principe de réciprocité posé dans l'art. 207. Mais cet article n'établit la réciprocité que pour *les obligations* créées par les art. 205 et 206 et non pour les cas dans lesquels elles cessent. Il n'y a donc pas de texte qui mette fin à l'obligation de la belle-mère remariée. Et cela s'explique très bien. Il serait en effet souverainement injuste que la belle-mère pût se soustraire, par un fait personnel et volontaire de sa part, à l'obligation que la loi lui impose envers ses gendres et brus. — De ce que, dans le cas prévu par le n° 2 de l'art. 206, l'obligation alimentaire est éteinte des deux côtés, il ne s'ensuit pas qu'il doive en être de même dans l'hypothèse qui fait l'objet du n° 1 du même article, les deux causes d'extinction ayant un caractère tout différent. Le décès de l'époux qui produisait l'affinité et de ses enfants affaiblissant et relâchant le lien de l'alliance entre l'époux survivant et ses beaux-parents, il n'y a pas de raison pour maintenir l'obligation alimentaire d'un côté plutôt que de l'autre. Le convol de la belle-mère modifie au contraire sa situation, sans rien changer à celle de ses gendres et belles-filles. On ne voit pas dès lors pourquoi ceux-ci seraient privés de leur droit d'obtenir des aliments (2).

On discute également la question de savoir si la bru qui, ayant des enfants, vient à contracter un nouveau mariage, perd le droit de demander des aliments à son beau-père et à sa belle-mère. Mais cette fois la solution ne nous paraît pas douteuse. La bru remariée conserve son droit, aucun texte ne le déclarant éteint. Vainement dit-on que sa situation est exacte-

1) Demolombe, t. IV, n° 29; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2036; Demante, t. I, n° 289 bis, II; Valette, *Cours de c. c.*, p. 317.

2) Laurent, t. III, n° 76; Duranton, t. II, n° 420; Huc, t. II, n° 200; Planiol, t. I, n° 2062; Marcadé, sur l'art. 207; Beudant, t. I, n° 372; Aubry et Rau, § 553, texte et note 6.

ment la même que celle de la belle-mère. L'analogie, en supposant qu'elle existe, ne suffit pas pour étendre une disposition exceptionnelle (1).

Aux deux causes d'extinction de l'obligation alimentaire indiquées dans l'art 206, la jurisprudence en ajoute une troisième. Elle admet qu'en cas de divorce chacun des époux cesse de devoir des aliments aux parents de son ex-conjoint (2). D'après la cour de cassation, l'art. 206 statue seulement en vue des hypothèses ordinaires, celle où le mariage subsiste et celle où il a été dissous normalement par le décès de l'un des époux. C'est au titre *du Divorce* que sont indiqués les effets propres à ce mode de dissolution du mariage. Or, dans ce titre, la loi réglant à nouveau l'obligation alimentaire la maintient seulement dans les rapports des époux entre eux et avec leurs enfants. — On a répondu avec raison que le divorce ne détruisant pas l'alliance, les effets de l'alliance doivent continuer à se produire, par cela seul qu'un texte formel n'y a pas mis fin (3).

428. Le code n'a pas déterminé l'ordre dans lequel les diverses personnes auxquelles il impose l'obligation alimentaire sont tenues de l'acquiescer. Il est certain cependant que ces personnes ne sont pas toutes obligées simultanément et qu'il y a lieu d'observer entre elles une gradation. Dans le silence de la loi, les interprètes ont édifié à cet égard une théorie qui peut se résumer dans les propositions suivantes :

1° L'obligation alimentaire ne pèse sur les parents et les alliés qu'autant que l'indigent n'a pas de conjoint en état de lui venir en aide. L'époux est le premier débiteur d'aliments (art. 212) et c'est seulement à son défaut que l'obligation établie par les art. 205 à 207 prend naissance.

2° Les parents sont tenus de l'obligation alimentaire avant les alliés. Le devoir moral d'assistance, dont la loi fait une obligation civile, est en effet plus impérieux entre parents qu'entre alliés. D'autre part, les parents étant appelés à se succéder, à l'exclusion des alliés, il y a lieu de leur appliquer le principe d'équité *ubi emolumentum ibi onus esse debet*. Enfin, le code témoigne lui-même de la volonté du législateur en imposant l'obligation aux parents (art 205) avant de l'imposer aux alliés (art. 206) (4).

3° Parmi les parents, les descendants sont tenus avant les ascendants, la loi les appelant à succéder de préférence aux ascendants (art. 745).

1) Laurent, t. III, n° 77; Huc, t. II, n° 200; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2037; Planiol, t. I, n° 2061; Demante, t. I, n° 289 bis, III. — *Contra* : Demolombe, t. IV, n° 28; Duranton, t. II, n° 421; Marcadé, sur l'art. 207.

2) Cour de cass., 13 juillet 1891, D. 93, 1, 353, S. 91, 1, 311; Orléans, 23 mars 1892, D. 93, 2, 354, S. 92, 2, 133.

3) Planiol, t. I, n° 2061.

4) Paris, 18 déc. 1897, D. 98, 2, 197.

4° Entre parents du même ordre, ceux-là sont tenus en premier lieu qui sont les plus proches en degré de celui auquel les aliments sont dus.

5° Les alliés de la ligne descendante (gendres et brus) sont tenus avant ceux de la ligne ascendante (beau-père et belle-mère). L'alliance étant une imitation de la parenté, doit par analogie lui emprunter ses effets.

Ces décisions, admises dans notre ancien droit, sont certainement justes et rationnelles; mais comme elles ne sont pas écrites dans la loi, elles ne s'imposent point au juge lequel peut, sans encourir la censure de la cour de cassation, s'en écarter s'il a pour agir ainsi des motifs particuliers. Les considérations de fait ayant en cette matière une grande importance, c'est peut-être à dessein que le législateur a évité de tracer aucune règle préfixe, afin de laisser aux tribunaux toute liberté de statuer d'après les circonstances. Une personne qui se trouve dans l'indigence a encore son père; elle a aussi des enfants, mais ceux-ci, sans être absolument hors d'état de lui venir en aide, ont des ressources médiocres et de lourdes charges de famille, tandis que le père est riche et n'a pas de charges. Le juge pourra mettre les aliments à la charge exclusive du père. Il pourra également, si l'indigent a des enfants dans une situation modeste et des gendres ou des brus jouissant d'une grande fortune, imposer à ces derniers seuls le service de la pension alimentaire (1).

429. Le droit aux aliments est exclusivement attaché à la personne de celui à qui la loi l'accorde. Il s'éteint avec lui et ne passe pas à ses héritiers comme tels. Ceux-ci seraient fondés seulement à réclamer le paiement des termes de la pension alimentaire échus et non acquittés pendant la vie de leur auteur, le montant de ces termes faisant partie de sa succession. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais si le droit aux aliments, la *créance* alimentaire, est intransmissible par voie héréditaire, en est-il de même de l'*obligation* alimentaire? L'affirmative ne nous paraît point douteuse bien qu'elle ait été contestée. L'obligation alimentaire dérive des devoirs de piété et d'assistance qu'engendre le lien qui unit les parents ou les alliés. Ce lien étant personnel et intransmissible, l'obligation qui en procède doit l'être également. Celui qui est tenu de la dette alimentaire l'acquitte tant qu'il vit. A sa mort, elle s'éteint avec lui, à moins que son héritier ou successeur ne soit lui-même au nombre de ceux auxquels le créancier peut s'adresser à raison des rapports de parenté ou d'alliance existant entre eux. Mais, s'il est alors obligé, c'est en tant que parent ou en tant qu'allié et non comme héritier ou successeur du débiteur primitif. Supposons par exemple qu'un petit-fils qui fournit des aliments à son aïeul vienne à mourir laissant pour héritiers des frères et sœurs issus d'un autre lit et non parents de l'indigent. Exclu par eux de la succession de son petit-fils

1) Bruxelles, 6 juillet 1897, D. 98, 2, 421.

(art. 750) l'aïeul ne pourra pas exiger d'eux une pension alimentaire (1).

La règle de l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire reçoit cependant exception au profit des enfants adultérins ou incestueux auxquels l'art. 762 reconnaît le droit d'obtenir des aliments sur la succession de leurs père et mère.

Nous verrons également qu'en vertu de la loi du 9 mars 1891 l'obligation alimentaire existant entre époux peut, après la mort de l'un d'eux, s'imposer à sa succession.

§ 2. — *Des cas dans lesquels les aliments sont dus.*

430. Pour que l'obligation alimentaire existe, deux conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que celui qui réclame des aliments soit dans le besoin ; 2° que celui à qui il les demande soit en état de les lui fournir.

Il faut d'abord que celui qui réclame des aliments soit dans le besoin, c'est-à-dire qu'il se trouve dans l'impossibilité de subvenir lui-même à sa subsistance soit par ses biens personnels, soit par son travail.

Par ses biens personnels. Celui-là ne saurait donc exiger des aliments qui, possédant des biens improductifs, pourrait, en les vendant, se procurer les ressources nécessaires, ou qui, ayant des revenus trop minimes, pourrait les augmenter et les rendre suffisants au moyen d'une aliénation à charge de rente viagère. Les circonstances jouent évidemment un grand rôle en cette matière. Il appartient aux magistrats d'apprécier souverainement si le demandeur qui possède quelques biens peut oui ou non se procurer avec ses biens le moyen de se suffire à lui-même (2).

Dans notre ancien droit, celui qui réclamait des aliments pouvait, quand il possédait quelques biens, être contraint d'en faire l'abandon à celui ou à ceux qui devaient le secourir. Dans le silence du code, un semblable abandon ne saurait être imposé aujourd'hui.

Par son travail. Le réclamant peut-il ou non se créer en travaillant des ressources suffisantes? Encore une question de fait que les tribunaux doivent résoudre en tenant compte de l'âge du réclamant, de sa santé, de l'éducation qu'il a reçue, de sa position sociale, etc. (3).

Il faut, en second lieu, que celui auquel les aliments sont demandés soit

1) Demolombe, t. IV, n° 40 ; Laurent, t. III, n° 48 ; Planiol, t. I, n° 2078 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2061. — Cour de cass., 7 avril 1873, D. 74, 1, 342, S. 73, 1, 337 ; — Besançon, 8 juillet 1879, D. 80, 2, 142, S. 80, 2, 299 ; — Cour de cass., 29 novembre 1893, D. 94, 1, 299, S. 94, 1, 464.

2) Douai, 16 janvier 1882, D. 85, 2, 69 ; — Cour de cass., 23 février 1898, D. 98, 1, 303.

3) Cour de cass., 27 janvier 1890, D. 90, 1, 447, S. 90, 1, 216.

en état de les fournir sans tomber dans le besoin. Si ses ressources sont tellement modestes qu'il a lui-même peine à vivre, l'indigent doit chercher ailleurs le secours qui lui est nécessaire. A l'impossible, nul n'est tenu.

Lorsque les deux conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent réunies, ce que le demandeur doit établir en cas de contestation, sa demande doit nécessairement être accueillie, alors même que le dénûment dans lequel il se trouve serait le résultat de sa dissipation ou de son inconduite, ou qu'il aurait eu des torts graves envers celui auquel il réclame des aliments. Ainsi un père ne pourrait pas refuser des aliments à son fils dans le besoin par la raison que celui-ci se serait marié sans son consentement ou contre son gré. Et non seulement ce père devrait des aliments à son fils lui-même, mais il serait tenu d'en fournir à la bru et aux enfants nés du mariage.

Une personne peut être réduite à l'indigence par les poursuites rigoureuses exercées contre elle par ses créanciers. Lorsqu'un parent ou un allié est créancier de celui qui peut lui réclamer des aliments, il ne perd pas pour cela le droit d'exiger le paiement intégral de ce qui lui est dû. Il pourra ainsi arriver qu'il soit lui-même la cause du mal qu'il sera ensuite tenu de réparer. Il n'en était pas de même sous la législation romaine. Le créancier n'était en pareil cas admis à agir contre son débiteur que déduction faite de ce qui était nécessaire à celui-ci pour vivre. C'était ce que les interprètes du droit romain appelaient le *bénéfice de compétence*. Aucun texte ne fait revivre ce bénéfice, déjà repoussé par notre ancienne jurisprudence. Dirait-on qu'il y a inconséquence à permettre au créancier d'exproprier son débiteur, sans lui laisser de quoi vivre, et à l'obliger à lui rendre aussitôt sous forme de pension alimentaire une portion de ce qu'il lui a enlevé? L'inconséquence n'est qu'apparente. « Autre chose est de fournir des aliments qui seront réglés par le juge, et payés par petites sommes, autre chose est de forcer celui qui les doit de laisser dans les mains de son débiteur une partie des biens qui forment le gage de sa créance, c'est-à-dire un capital que ce débiteur pourra dissiper dès le lendemain et dont les autres créanciers profiteraient; ce qui, bien entendu, n'empêcherait pas le débiteur de venir redemander des aliments à celui qui est tenu de lui en fournir » (1).

A plus forte raison, l'obligation alimentaire ne soumet-elle pas celui qui en est tenu à la nécessité de payer les dettes contractées par l'indigent envers des tiers. Toutefois, ces dettes pourraient exceptionnellement être mises à sa charge dans le cas où elles auraient été contractées pour cause d'aliments. L'obligation alimentaire naît en effet aussitôt que les besoins existent, dès avant tout jugement et toute demande. Les dettes contractées

1) Demolombe, t. IV, n° 56.

par une personne qui était déjà dans le besoin, pour se procurer les choses nécessaires à la vie, doivent donc être supportées par celui ou ceux qui, au moment où ces dettes ont pris naissance, étaient légalement tenus de venir à son secours. Conforme aux principes, cette solution est en même temps commandée par l'équité. Il ne faut pas priver de tout crédit celui qui n'a pas la possibilité de s'adresser immédiatement à ses parents ou à ses alliés et détourner les tiers de venir provisoirement à son aide. Le pouvoir d'appréciation qui appartient aux magistrats est une garantie contre toute fraude et tout abus (1).

§ 3. — *Du mode d'exécution de l'obligation alimentaire.*

431. En principe, l'obligation alimentaire s'acquitte en argent et non en nature. L'indigent ne saurait exiger que celui qui doit le secourir l'admette à son foyer et à sa table, pas plus que celui-ci ne pourrait le contraindre à venir s'installer sous son toit. Cette vie commune, dès lors qu'elle serait imposée, deviendrait trop souvent la source de discussions et de froissements.

La prestation en argent à payer par celui qui doit les aliments ne consiste point d'ailleurs dans l'abandon d'un capital produisant des revenus suffisants pour fournir aux besoins de l'alimentaire. Un pareil mode de paiement, très lourd pour le débiteur, présenterait en outre l'inconvénient de mettre à la disposition de l'indigent, qui souvent est un dissipateur, une somme qui pourrait être détournée de sa destination. La dette alimentaire s'acquitte au moyen de versements périodiques constituant une sorte de rente temporaire appelée *pension alimentaire*.

Par exception, la justice peut dans deux cas, prévus par les art. 210 et 211, autoriser une exécution en nature de l'obligation alimentaire. Ces deux cas sont :

1° Celui où le débiteur justifie qu'il ne peut pas payer une pension en argent ;

2° Celui où le père ou la mère, même sans faire cette justification, offre de recevoir et d'entretenir dans sa maison l'enfant qui réclame des aliments.

« 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 demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments » (art. 210). Il est beaucoup moins dispendieux d'avoir chez soi une personne de plus à loger et à entretenir que de prélever sur ses revenus le montant d'une pension en argent suffisante pour faire vivre cette personne à part et au dehors. Dans un ménage, il y a en effet une foule de frais généraux qui sont à peu près les mêmes quel que soit le nombre des personnes pour lesquelles ils sont faits. L'in-

1) Demolombe, t. IV, n° 55.

indigent pourra donc obtenir ainsi un secours efficace qui autrement lui ferait défaut. Les magistrats apprécieront si, à raison des circonstances, ce mode d'exécution de l'obligation alimentaire peut être admis sans inconvénient.

« *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). Il n'y a rien d'humiliant pour un enfant à revenir habiter la maison paternelle et il n'a généralement pas à craindre d'y être mal vu ou maltraité. Voilà pourquoi la loi permet d'accueillir l'offre faite par les père et mère de recevoir chez eux leur enfant indigent, alors même qu'ils jouissent d'une fortune suffisante pour lui servir une pension en argent. Mais, cette fois encore, la loi s'en remet à l'appréciation souveraine des magistrats qui peuvent repousser l'offre des parents, s'ils ont des raisons de penser que l'enfant serait exposé chez eux à de mauvais traitements ou à de fâcheux exemples (1).

A raison de son caractère exceptionnel, la disposition de l'art. 211 doit être interprétée restrictivement. Elle ne saurait donc, croyons-nous, être invoquée par les ascendants autres que le père et la mère, ni à plus forte raison, par le beau-père et la belle-mère.

Dans les cas ordinaires où la dette d'aliments s'acquitte en argent, les parties peuvent, lorsqu'elles sont d'accord, fixer de gré à gré le montant de la pension alimentaire. Lorsqu'elles ne s'entendent pas, le chiffre de la pension est déterminé par la justice, eu égard à l'étendue des besoins de l'alimentaire et à la fortune de celui par qui les aliments doivent être fournis. « *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* » (art. 208). Si donc la fortune du débiteur ne lui permet pas de subvenir d'une façon complète aux besoins de l'alimentaire, celui-ci devra se contenter d'un secours insuffisant.

Les deux éléments d'après lesquels se détermine la quotité des aliments étant essentiellement variables, il n'y a du reste jamais rien de définitif en pareille matière. Le chiffre de la pension alimentaire peut toujours être augmenté ou réduit, si les besoins du créancier ou les ressources du débiteur viennent à s'accroître ou à diminuer. Elle devrait être entièrement supprimée si l'alimentaire cessait d'être dans le besoin ou si le débiteur se trouvait dans l'impossibilité absolue de lui venir en aide. Le jugement ou l'arrangement amiable qui détermine la quotité des aliments demeure donc toujours subordonné à la condition que les choses resteront dans le même

1) Dijon, 27 mars 1872, D. 73, 2, 132, S. 73, 2, 255; — Cour de cass., 23 janvier 1893, D. 93, 1, 184.

état. « 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 » (art. 209).

432. Lorsqu'au lieu d'un débiteur unique il en existe plusieurs, l'obligation alimentaire se répartit entre eux dans la proportion de leurs ressources respectives et chacun n'en est tenu que dans cette mesure. Ainsi un père qui se trouve dans le besoin a trois enfants, tous les trois en état de le secourir. La quotité d'aliments à fournir par chaque enfant sera déterminée eu égard à sa fortune comparée à celle de ses frères, sauf les modifications que des circonstances ultérieures rendraient nécessaires soit dans la fixation du chiffre total de la pension, soit dans la proportion établie entre les enfants.

Dans le cas où l'obligation alimentaire existe ainsi en même temps à la charge de plusieurs débiteurs, c'est seulement dans la mesure où chacun d'eux est personnellement tenu qu'il peut être actionné par le créancier. L'indigent ne serait pas admis à exiger d'un seul d'entre eux le montant intégral du subsidé auquel il a droit, sauf à celui auquel il se serait adressé à recourir ensuite contre les autres pour leur part et portion. Un pareil mode de procéder ne serait possible qu'autant que la dette alimentaire serait solidaire ou indivisible et il est certain, bien que le contraire ait été soutenu, qu'elle ne présente ni l'un ni l'autre de ces caractères.

L'obligation alimentaire n'est pas solidaire. La solidarité, lorsqu'elle n'est pas stipulée par les parties, ne peut en effet exister qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi (art. 1202). Or, aucun texte ne dispose que la dette est solidaire.

L'obligation alimentaire n'est pas indivisible. Elle a en effet pour objet soit une somme d'argent soit des aliments en nature, et l'argent ou les aliments sont des choses essentiellement divisibles. — Pour soutenir que l'obligation alimentaire est indivisible, on a mis en avant un singulier argument. La dette d'aliments, a-t-on dit, a pour objet de faire vivre le créancier. Or on ne vit pas pour partie, pour moitié ou pour un tiers. Chacun des débiteurs doit donc être tenu pour le tout envers le créancier. — Ce prétendu argument est en réalité un pur jeu de mots. Sans doute on ne vit pas pour partie. Mais on peut vivre plus ou moins largement et les aliments nécessaires à la vie peuvent être fournis par plusieurs personnes. « *Quamvis quis pro parte vivere non possit, disat Dumoulin, tamen alimenta dividua sunt; id est, res quibus utimur pro parte sive ab uno, sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent* » (1). L'art. 208 est d'ailleurs décisif contre la doctrine de la solidarité et de l'indivisi-

1) *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, Pars II, n° 238.

bilité. Il veut que les aliments soient accordés dans la proportion de la fortune de celui qui les doit. Lorsqu'il existe plusieurs débiteurs, au lieu d'une obligation unique et commune, il y a donc autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs, ce qui exclut toute idée de solidarité ou d'indivisibilité, ces modalités supposant nécessairement une seule et même obligation pesant en même temps sur plusieurs personnes (1).

433. Ordinairement la pension alimentaire se paie d'avance, au début de chaque mois ou de chaque trimestre. A défaut d'entente entre les parties, le tribunal décide de quelle manière le paiement aura lieu. Il peut ordonner que la pension sera *portable*, c'est-à-dire que le débiteur sera tenu de porter ou d'envoyer, lors de chaque échéance, les arrérages au domicile du créancier, tandis que, d'après le droit commun (art. 1247 al. 2), les créances sont *quérables*, c'est-à-dire que le créancier doit venir chercher (quérir) ce qui lui est dû au domicile du débiteur.

Par dérogation au principe que tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers, lesquels peuvent les saisir et les faire vendre pour se payer sur le prix, la créance d'aliments est insaisissable (art. 581 et 582 c. pr.). Par voie de conséquence, le débiteur d'aliments ne pourrait pas, s'il était lui-même créancier de l'alimentaire, invoquer la *compensation* pour se dispenser de payer tout ou partie de la pension (art. 1293 al. 3 c. c. et 581 al. 2 c. pr.). Cette faveur spéciale dérive de la nature même d'une créance d'où dépend la conservation de la vie de l'indigent. Mais celui-ci ne jouit d'aucune garantie spéciale pour assurer le paiement de la pension qui lui est due. Lorsque le débiteur possède des immeubles, le jugement qui le condamne à payer une pension à l'indigent emporte à la vérité hypothèque sur tous ses immeubles. C'est l'hypothèque judiciaire de l'art. 2123. Mais cette hypothèque n'est pour l'indigent d'aucune utilité, attendu qu'elle disparaît précisément au moment où il aurait intérêt à s'en prévaloir. L'obligation alimentaire est en effet subordonnée à la condition que celui auquel elle incombe soit en état de l'acquitter. Elle prend fin dès que ses ressources ne lui permettent plus d'y satisfaire. Lors donc qu'il vient à tomber en faillite ou en déconfiture et que ses biens sont saisis par ses créanciers, il y a lieu pour lui d'en demander la décharge (art. 209). S'il ne le fait pas, ses créanciers la demanderont en son nom (art. 1166) et feront ainsi tomber l'hypothèque. Le débiteur ne pouvant pas exiger de ses créanciers qu'ils ne le réduisent pas personnellement à la misère, ne saurait à plus forte rai-

1) Demolombe, t. IV, n° 62; Demante, t. I, n° 292 bis, II; Aubry, et Rau, § 553, texte et note 18; Marcadé, sur l'art. 205; Laurent, t. III, n°s 66 et suiv; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n°s 2054 et suiv; Huc, t. II, n°s 225 et 226; Planiol, t. I, n° 2077; Beudant, t. I, n° 273. — Cours de cass., 6 mars 1895, D. 95, 1, 237, S. 96, 1, 232. — Comp. Paris, 16 janvier 1895, D. 95, 2, 518.

son les contraindre à lui laisser les biens dont le revenu assure l'existence d'un de ses parents ou de ses alliés.

Il y a cependant un cas dans lequel les tribunaux pourraient condamner le débiteur de la pension alimentaire à fournir des garanties pour en assurer le paiement. C'est celui où ils auraient des raisons de craindre qu'en vue de se soustraire à la charge qui lui est imposée, il ne recourût à des moyens frauduleux, par exemple à des aliénations simulées. Ils pourraient alors l'obliger soit à fournir caution, soit à effectuer le dépôt d'un capital affecté au service des arrérages. En établissant la dette d'aliments, la loi investit par là même le magistrat du droit de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires pour vaincre la résistance de celui auquel cette dette incombe. Mais ces garanties dirigées contre le débiteur lui-même, contre son insolvabilité apparente et simulée et non contre une insolvabilité réelle et sérieuse, ne seraient pas opposables à ses créanciers (1).

Notons en terminant qu'aux termes de l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838, les demandes en pension alimentaire, lorsqu'elles n'excèdent pas 150 francs, sont de la compétence des juges de paix. Au-dessus de ce chiffre, elles doivent être portées, conformément au droit commun, devant les tribunaux civils.

CHAPITRE VI

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX

434. Le mariage impose aux époux l'un envers l'autre des devoirs d'où dérivent des droits correspondants. Ces devoirs sont de deux sortes : les uns sont communs aux deux époux, les autres sont spéciaux à chacun d'eux.

SECTION I

DES DEVOIRS COMMUNS AUX DEUX ÉPOUX

435. « *Les époux, dit l'art. 212, se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance.* »

§ 1. — *Du devoir de fidélité.*

436. La violation de ce premier devoir conjugal constitue l'*adultère*,

1) Demolombe, t. IV, n° 78. — Cour de cass., 2 déc. 1895., D. 96, 1, 198, S. 96, 1, 321.

lequel entraîne contre l'époux qui s'en rend coupable des conséquences civiles et des conséquences pénales.

Au point de vue civil, l'adultère est une cause de divorce ou de séparation de corps (art. 229, 230, 306). Sous ce rapport, le code avait établi entre le mari et la femme une différence que la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce a fait disparaître. Au regard de la loi civile, l'assimilation est aujourd'hui complète entre les deux époux quant aux suites de l'adultère.

Mais il en est autrement aux yeux de la loi pénale. Sur un point seulement cette loi fait aux deux époux une situation identique. Le ministère public ne peut poursuivre l'adultère que sur la plainte de l'époux outragé. Par ailleurs il existe quatre différences entre le mari et la femme (art. 324 et 336 à 339 c. p.) :

1° Tout adultère de la femme est punissable, quel que soit le lieu où il a été commis et alors même qu'il constituerait un fait isolé. L'adultère du mari ne tombe sous le coup de la loi pénale qu'autant que le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale. L'adultère ou la série d'adultères commis par le mari en dehors de la maison conjugale échappent donc à toute répression. Il en est de même de celui ou de ceux que le mari viendrait à commettre accidentellement dans la maison conjugale avec une femme qu'il n'y entretient pas. C'était précisément la distinction que faisait autrefois le code civil en matière de divorce et de séparation de corps et que la loi du 27 juillet 1884 a supprimée.

2° L'adultère de la femme est puni plus sévèrement que celui du mari. La femme encourt la peine de l'emprisonnement et la même peine est infligée à son complice. Le mari n'encourt qu'une simple amende, sans que sa complice soit punissable en cette seule qualité.

3° Le mari peut faire grâce à sa femme condamnée pour adultère. Le même droit n'appartient pas à la femme à l'égard du mari.

4° Le meurtre commis par le mari sur la personne de la femme et de son complice lorsqu'il les surprend en flagrant délit est excusable. Il n'en est pas de même du meurtre commis par la femme sur la personne du mari et de sa complice.

Ces différences sont injustifiables et devraient disparaître.

§ 2. — *Du devoir de secours.*

437. Le devoir de secours n'est autre chose que l'obligation alimentaire entre époux. Celui des époux qui se trouve dans le besoin a le droit d'exiger de son conjoint qu'il lui fournisse les choses nécessaires à la vie.

A la différence de l'obligation alimentaire des parents et alliés, l'obligation alimentaire entre époux s'exécute en principe *en nature*, les époux vivant d'ordinaire en commun. C'est seulement par exception qu'il peut y

avoir lieu au paiement d'une pension alimentaire par l'un des conjoints à l'autre. Cette situation exceptionnelle se présente dans les cas suivants :

1° *Au cas de séparation de corps judiciairement prononcée.* Le droit d'exiger une pension alimentaire existe même au profit de l'époux dont la conduite a entraîné la séparation, car ce droit dérive du mariage que la séparation laisse subsister.

2° *Lorsque le mari refuse de recevoir sa femme au domicile conjugal.*

3° *Quand, sans refuser de recevoir sa femme, il lui rend la vie commune intolérable.*

Dans ces deux cas, la conduite du mari constituant envers sa femme une injure grave, pourrait justifier de la part de celle-ci une demande en divorce ou en séparation de corps. Mais la femme n'est jamais obligée de recourir à cette ressource extrême. Si donc elle ne croit pas devoir s'y résoudre, elle est fondée à exiger de son mari une pension qui lui permette de vivre, conformément à sa condition sociale, hors du domicile conjugal (1).

Il arrive parfois que des époux se séparent volontairement et conviennent que l'un d'eux paiera à l'autre une pension alimentaire. De pareilles conventions dérogeant à la règle d'ordre public qui oblige les époux à habiter ensemble (art. 214), n'ont aucune valeur aux yeux de la loi (art. 6). Leur inexécution ne saurait donc donner lieu à une action en justice. Chacun des époux demeure toujours libre de les tenir pour non avenues et d'exiger le rétablissement de la vie commune.

Il existe une autre différence entre le devoir de secours des époux l'un envers l'autre et l'obligation alimentaire des parents ou des alliés. Tandis que cette dernière obligation n'est pas transmissible héréditairement et s'éteint, nous l'avons vu, par la mort du débiteur, l'époux survivant peut, le cas échéant, poursuivre contre la succession de son conjoint prédécédé l'accomplissement du devoir de secours dont celui-ci était tenu. C'est là une innovation introduite par la loi du 9 mars 1891. Sous l'empire du code civil, l'époux survivant n'était appelé à succéder à son conjoint qu'à défaut de tous parents soit légitimes soit naturels et il n'avait pas le droit, lorsqu'il ne possédait pas de ressources personnelles, de réclamer des aliments à la succession du défunt. Il pouvait ainsi arriver qu'un époux tombât brusquement de la richesse ou de l'aisance dans la misère, si le défunt n'avait pas eu la précaution de lui assurer des moyens d'existence. La loi de 1891 est venue remédier à une situation qui avait soulevé les plus justes critiques, en apportant à la législation antérieure une double modification.

Tout d'abord elle établit au profit de l'époux survivant dans le cas où, à raison de l'existence d'autres successibles, il n'est pas appelé à succéder en

1) Orléans, 3 avril 1889, D. 89, 2, 184; — Cour de cass., 27 janvier 1890, D. 90, 1, 447, S. 90, 1, 216.

pleine propriété à son conjoint prédécédé, un droit d'usufruit dont l'étendue varie suivant la qualité des héritiers avec lesquels il se trouve en concours. Cette première amélioration fait l'objet de dispositions complémentaires ajoutées par la loi nouvelle au texte primitif de l'art. 767.

— Mais en conférant au conjoint survivant un droit successoral d'usufruit, la loi de 1891 n'a pas fait de lui un héritier réservataire. Il a paru excessif d'*obliger* un époux à laisser à son conjoint, contre lequel il peut avoir de justes sujets de mécontentement, une partie de sa fortune même en usufruit. Il est donc possible que par suite des libéralités entre vifs ou testamentaires faites par le défunt, soit au profit de ses parents, soit au profit d'étrangers, le droit successoral du survivant soit totalement anéanti, ou du moins qu'il se trouve réduit à une valeur insuffisante pour lui procurer les ressources nécessaires à la vie. Dans cette prévision, la loi nouvelle lui permet d'obtenir sur la succession une pension alimentaire. Cette seconde innovation, qui ne pouvait être insérée dans le titre *des Successions* puisqu'il ne s'agit plus d'un droit héréditaire, a trouvé place dans l'art. 205 qui se termine aujourd'hui par les dispositions suivantes : « *La succession de l'époux prédécédé en doit (des aliments), dans le même cas (s'il est dans le besoin), à l'époux survivant. — Le délai pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à son achèvement. — La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers, et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émoulement. — Toutefois si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'art. 927 du code civil. »*

La pension que cet article permet à l'époux survivant de réclamer constitue une dette de la succession du conjoint prédécédé et non une charge grevant les héritiers personnellement. Ceux-ci peuvent donc s'en affranchir en renonçant à la succession. Elle est supportée par les héritiers proportionnellement à leur émoulement et subsidiairement par les légataires particuliers, en ce sens que l'époux créancier peut, pour obtenir la pension à laquelle il a droit, faire réduire tous les legs, cette réduction dût-elle aller jusqu'à leur anéantissement complet, les legs ne devant être délivrés qu'après l'acquittement intégral des dettes : *Non sunt bona nisi deducto ære alieno*. La réduction est proportionnelle à la valeur de chaque legs, sauf l'application de l'art. 927 si le testateur a exprimé sa volonté que tel legs soit acquitté de préférence aux autres.

L'époux qui veut obtenir des aliments sur la succession de son conjoint doit agir à cet effet dans l'année du décès, à moins que le partage ne soit pas achevé dans ce délai, auquel cas le droit d'agir subsiste jusqu'à son achèvement.

— La pension alimentaire est fixée eu égard à l'importance de l'actif héréditaire.

ditaire et à l'étendue des besoins de l'époux créancier. Elle ne peut être augmentée ultérieurement, mais elle peut être réduite ou supprimée, si les besoins de l'époux viennent à diminuer ou à cesser. « Les art. 208 et 209 du code civil, disait le rapporteur de la loi de 1891 au Sénat, seront applicables à la pension alimentaire de l'époux survivant. Si donc, à une époque postérieure à celle à laquelle la pension aura été réglée, l'époux survivant reçoit un accroissement de fortune, elle pourra être diminuée ou même complètement supprimée. L'hypothèse contraire ne peut se poser, puisque l'état de la succession est définitivement fixé à l'heure de son ouverture. »

La loi ne dit pas de quelle manière la pension alimentaire doit être acquittée, ni si l'époux a le droit d'exiger des garanties pour en assurer le paiement. La rédaction adoptée par la Chambre des députés portait que « le *capital* de la pension serait prélevé sur l'hérédité ». Mais, au Sénat, le rapporteur de la commission fit observer que ce prélèvement serait parfois difficile à réaliser et qu'il ne paraissait pas indispensable, l'époux étant suffisamment protégé par le droit qui lui appartient de demander la séparation des patrimoines et par l'inscription qu'il peut prendre sur les immeubles de la succession pour la conservation de son privilège (art. 2111). Toutefois si le texte définitif ne parle plus d'un prélèvement du *capital*, il dit encore que la pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité, et on ne voit pas ce que peut être ce prélèvement sinon celui d'une somme suffisante pour assurer le service de la pension. Aussi doit-on décider, croyons-nous, que, malgré l'observation du rapporteur et le changement de rédaction, l'époux survivant est fondé à exiger ce prélèvement. Si on le lui refusait, il pourrait d'ailleurs l'obtenir indirectement en faisant inscrire le privilège de la séparation des patrimoines et en ne consentant mainlevée de son inscription qu'en échange du prélèvement ou de sûretés équivalentes (1).

Outre la succession de son conjoint prédécédé, l'époux survivant peut avoir d'autres débiteurs d'aliments, par exemple des enfants. Il ne doit alors s'adresser à ceux-ci qu'en cas d'insuffisance des biens héréditaires. La succession du conjoint prédécédé, comme ce conjoint lui-même de son vivant, est tenue de l'obligation alimentaire avant tous autres.

Le divorce, en brisant l'union conjugale, met fin bien entendu au devoir de secours existant entre époux. Nous verrons cependant que la loi en a laissé subsister un vestige dans l'art. 301.

§ 3. — *Du devoir d'assistance.*

438. Tandis que le devoir de secours se réfère aux nécessités matérielles de l'existence, l'assistance présente un caractère surtout moral. Elle consiste dans les soins personnels, les attentions, les bons offices que chacun

1) Huc, t. V, n° 136.

des époux doit à l'autre pour lui alléger les difficultés et les épreuves de la vie, telles que les infirmités et les maladies.

Le devoir d'assistance, supposant la vie commune, ne survit pas, comme le devoir de secours, à la séparation de corps.

SECTION II

DES DEVOIRS SPÉCIAUX A CHAQUE ÉPOUX

439. L'autorité est un élément indispensable à l'existence de toute société. Il faut donc que, dans l'association conjugale, il y ait un pouvoir dirigeant. Par la supériorité de ses forces physiques et intellectuelles, par ses aptitudes spéciales, l'homme est naturellement désigné pour jouer dans le ménage le rôle prépondérant. *Vir est caput mulieris*, dit saint Paul. Le code consacre formellement ce principe, en ayant soin de spécifier que l'autorité maritale, existant non dans l'intérêt propre du mari, mais dans l'intérêt de la bonne direction de la famille, et par suite dans l'intérêt de la femme elle-même, est essentiellement un pouvoir tutélaire et protecteur. « *Le mari, dit l'art. 213, doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.* » D'ordinaire c'est après délibération entre les époux et d'un commun accord que les résolutions sont prises. En cas de dissentiment, la volonté du mari l'emporte et s'impose à la femme.

Du devoir de protection naît spécialement pour le mari l'obligation de recevoir sa femme chez lui. Du devoir d'obéissance naît pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari et l'incapacité d'accomplir sans son autorisation les actes de la vie civile.

§ 1. — *De l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari et au mari de recevoir sa femme.*

440. « *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).

Cette double obligation dérive de l'essence même du mariage, lequel implique nécessairement la communauté d'existence.

La femme est tenue d'accompagner son mari même en pays étranger. A la vérité il n'en était pas de même dans notre ancien droit et le projet de code civil contenait également une disposition ainsi conçue : « 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. » Mais, lors de la discussion au Conseil d'État, cette disposition fut critiquée. On fit observer que le

mari peut être appelé en pays étranger par d'autres motifs non moins légitimes. Le premier consul surtout insista pour que l'obligation de la femme fût générale et absolue. Finalement la seconde partie de l'art. 214 fut retranchée.

Si la femme refuse d'habiter avec son mari, ou le mari de recevoir sa femme, quelle sera la conséquence de ce refus? Il est bien certain qu'il peut être regardé comme une injure grave, de nature à entraîner le divorce ou la séparation de corps. Mais s'il ne convient pas à l'époux lésé d'user de cette ressource et s'il veut obtenir l'exécution de l'obligation dont son conjoint est tenu envers lui, le rétablissement de la vie commune, n'existe-t-il pas quelque moyen de vaincre la résistance de ce dernier?

Supposons d'abord que c'est la femme qui refuse d'habiter avec son mari. Celui-ci est incontestablement fondé à lui refuser tout secours pécuniaire. L'obligation imposée au mari de fournir à sa femme les choses nécessaires à la vie est en effet corrélatrice à l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari. C'est seulement au domicile conjugal que la femme a le droit d'exiger ce dont elle a besoin pour vivre (1). Mais ce moyen de coercition sera impraticable ou inefficace si la femme perçoit elle-même la totalité ou une partie de ses revenus, comme dans le cas de séparation de biens (art. 1449 et 1536) ou de régime dotal avec paraphernaux (art. 1576), et même quand le mari a la jouissance des biens de sa femme, si celle-ci reçoit d'ailleurs des moyens d'existence.

On a soutenu que le mari peut alors se faire autoriser par la justice à saisir les revenus des biens dont sa femme a conservé la jouissance et à se mettre en possession de ces biens, ou encore obtenir contre sa femme une condamnation à des dommages-intérêts (tant par chaque jour de retard qu'elle mettra à réintégrer le domicile conjugal), ou bien enfin faire ordonner qu'elle sera ramenée au domicile conjugal par les agents de la force publique, *manu militari*.

La légalité du premier de ces procédés nous paraît on ne peut plus douteuse. Il faudrait un texte pour que les tribunaux pussent priver la femme d'un droit qu'elle tient de sa qualité de propriétaire et de son contrat de mariage. Sans doute les créanciers peuvent saisir les biens de leur débiteur; mais il n'y a ici ni créancier ni débiteur. L'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est une obligation morale qui, par sa nature même, ne comporte pas une voie d'exécution établie comme moyen de paiement forcé. La saisie des biens du débiteur aboutit à la vente forcée de ces biens. Personne n'oserait prétendre que le mari peut faire vendre à son profit les biens de sa femme. La saisie à laquelle on lui permet de recourir aboutit seule-

1) Cour de cass., 21 mars 1882, D. 82, 1, 362; — Dijon, 4 février 1888, D. 89, 2, 243.

ment à priver la femme de son droit d'administration et de jouissance tant qu'elle ne se décide pas à rentrer au domicile conjugal. Donc ce moyen est arbitraire. Il n'y a qu'un cas dans lequel le mari soit fondé à saisir les biens de sa femme qui refuse de rétablir la vie commune, c'est celui où elle ne verse pas entre ses mains la somme pour laquelle elle est tenue de contribuer aux charges du mariage (art. 1448, 1537 et 1575). Dans ce cas en effet il est véritablement créancier (1).

Il faut en dire autant de la condamnation de la femme à des dommages-intérêts. Vainement invoque-t-on pour légitimer cette mesure la disposition de l'art. 1142, aux termes duquel toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution (2). Cet article n'est écrit qu'en vue des obligations relatives à des intérêts matériels et appréciables en argent; il n'a pas d'application possible à l'hypothèse qui nous occupe. Les dommages-intérêts sont, d'après l'art. 1149, de la perte que le créancier a subie et du gain dont il a été privé. Quelle est la perte que le mari a subie? Quel est le gain dont il a été privé? Ces questions toutes simples, toutes naturelles quand il s'agit de l'inexécution d'une obligation pécuniaire, deviennent absurdes lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une obligation morale comme le devoir de cohabitation. Sous le nom de dommages-intérêts, c'est en réalité une peine, une amende que l'on inflige à la femme. Or il n'y a point de peine sans un texte qui la prononce : *Nulla pœna sine lege*. Qui ne voit d'ailleurs tout ce qu'il y aurait de ridicule et d'odieux dans la conduite d'un mari escomptant en argent la rentrée de sa femme au domicile conjugal et demandant ainsi à l'intérêt ce qu'il ne peut obtenir de l'affection?

Quant à la contrainte directe exercée sur la femme par l'emploi de la *manus militaris*, c'est certainement un procédé peu conforme à nos mœurs et qui, en général, offre bien peu de chances de succès. A peine ramenée au domicile conjugal, la femme, qui ne saurait bien entendu y être enfermée et retenue prisonnière, ne manquera point, la plupart du temps, de le quitter de nouveau. Aucun obstacle légal ne nous paraît néanmoins s'opposer à ce qu'il soit fait usage de ce moyen. Les magistrats pourront donc y recourir si, à raison de circonstances particulières, il y a lieu d'en espérer un bon résultat, par exemple s'il apparaît qu'il n'existe aucune cause personnelle de mésintelligence entre les époux et que la désertion de la femme est due à des influences étrangères dont elle n'a pas la force de s'affranchir par elle-même (3).

1) Bordeaux, 3 janvier 1882, S. 82, 2, 126.

2) Cour de cass. de Belgique, 18 mai 1899, D. 1901, 2, 161.

3) Demolombe, t. IV, n° 107; Duranton, t. II, n° 440; Beudant, t. I, n° 313; Marcadé, sur l'art. 214; Demante, t. I, n° 297 bis, III; Aubry et Rau, § 471, texte et notes 7 et 8; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 367; Planiol, t. III,

Si c'est le mari qui refuse de recevoir sa femme, les tribunaux pourront le condamner à payer à celle-ci une pension alimentaire et même, au cas où ce moyen paraîtrait à raison des circonstances offrir des chances de succès, autoriser la femme à recourir à la force publique pour se procurer l'entrée de la maison conjugale.

441. La règle qui oblige la femme à habiter avec son mari reçoit exception dans trois cas :

1° Lorsque le mari mène une vie errante et vagabonde, l'obligation imposée à la femme étant celle de suivre son mari là où il juge à propos de résider, et non celle de l'accompagner alors qu'il ne se fixe nulle part.

2° Lorsque le mari n'offre pas à sa femme une habitation convenable eu égard à sa position, ou lorsqu'il se passe au domicile conjugal des choses de nature à blesser la dignité de la femme. Le devoir d'habitation imposé à l'épouse est en effet corrélatif à l'obligation imposée au mari de la traiter convenablement et honnêtement suivant ses facultés et son état (1).

3° La femme n'est pas tenue de suivre son mari à l'étranger, lorsque l'émigration est défendue par une loi politique. Le mari ne peut pas exiger de sa femme qu'elle contrevienne à la loi.

§ 2. — De l'incapacité de la femme mariée.

442. La femme mariée est en principe incapable d'accomplir seule, c'est-à-dire sans l'autorisation de son mari et, à défaut, sans l'autorisation de justice, les actes de la vie civile. Cette incapacité est fondée sur plusieurs motifs. Elle repose :

1° Sur le devoir d'obéissance dont la femme est tenue envers son mari.

2° Sur l'inexpérience habituelle des femmes dans la gestion de leurs intérêts. Cette inexpérience n'est point telle sans doute dans l'état social actuel qu'on ait dû, à l'exemple du droit romain et du droit germanique, mettre toutes les femmes en tutelle. Mais quand une femme est mariée, et qu'il y a près d'elle un conseil et un guide tout naturel et tout trouvé, il a paru sage d'en profiter et de soumettre ses actes au contrôle de son mari.

3° Sur la nécessité d'assurer l'unité de direction dans la gestion des intérêts de la famille. Les actes d'une femme mariée ne concernent pas exclusivement cette femme; ils réagissent forcément d'une façon plus ou moins directe sur le mari et sur les enfants. Le chef de famille doit donc intervenir pour sauvegarder les intérêts communs. —

L'incapacité de la femme mariée existe quel que soit le régime matrimonial auquel les époux sont soumis. Mais, sans jamais détruire le principe

n° 220. — *Contra*: Laurent, t. III, n° 93; Huc, t. II, n° 238; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2172. — Aix, 22 mars 1884, S. 84, 2, 92.

1) Cour de cassation, 2 janvier 1877, D. 77, 1, 162, S. 77, 2, 257; — Pau, 8 mai 1890, S. 91, 2, 3.

même de l'incapacité, l'adoption de tel ou tel régime peut exercer sur son étendue d'application une notable influence.

1° Des actes pour lesquels l'incapacité existe.

443. L'incapacité de la femme s'applique en principe à tous les actes juridiques, aux actes judiciaires, c'est-à-dire aux procès, comme aux actes extrajudiciaires.

A. De l'incapacité de la femme en matière judiciaire.

444. « 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).

Ester en jugement, c'est comparaître en justice soit comme demandeur soit comme défendeur, *stare in judicio*.

L'art. 215 est conçu dans les termes les plus généraux. L'incapacité qu'il édicte existe donc dans tous les cas, à moins d'une exception formellement établie par la loi. De là dérivent notamment les conséquences suivantes :

1° L'autorisation maritale est requise quelle que soit la juridiction qui doit être saisie et à toutes les phases de l'instance.

La femme en a même besoin pour comparaître en conciliation devant le juge de paix (art. 48 et suiv. c. pr.). Mais ce n'est point alors de l'art. 215 que résulte cette obligation. Le préliminaire de conciliation n'est pas en effet une instance; il est au contraire destiné à empêcher l'instance de s'engager; mais il suppose chez les parties la capacité de transiger, et la femme ne peut transiger sans autorisation (art. 217).

2° La femme a besoin d'être autorisée pour défendre à une demande formée contre elle aussi bien que pour introduire elle-même une action, et quel que soit dans l'un et dans l'autre cas son adversaire, fût-ce son mari lui-même(1).

3° L'autorisation est exigée même pour les procès engagés antérieurement à la célébration du mariage, en ce sens que si, lors du mariage, l'affaire n'est pas encore en état (art. 342 et suiv. c. pr.), la femme ne peut plus procéder ultérieurement sans être autorisée.

4° L'autorisation est nécessaire à la femme quel que soit le régime matrimonial sous lequel elle se trouve placée. L'art. 215 prend soin de spécifier que la règle s'applique même à la femme séparée de biens ou non commune. La femme séparée de biens peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine (art. 1449 et 1536). On aurait pu penser dès lors qu'elle n'avait pas besoin d'être autorisée pour intenter ou pour soutenir les procès relatifs à des actes d'administration. La loi a cru

1) Paris, 8 février 1892, D. 93, 2, 469.

devoir, pour prévenir toute difficulté, écarter formellement une semblable conclusion. Mais c'est bien sans utilité qu'elle refuse textuellement le droit de plaider sans autorisation à la femme *non commune*, car le régime sans communauté étant de tous les régimes matrimoniaux celui sous lequel les droits de la femme sont le plus restreints, la solution allait de soi.

La nécessité de l'autorisation s'impose également, d'après notre article, à la femme marchande publique. Bien qu'elle puisse, sans autorisation spéciale, accomplir valablement tous les actes de son commerce (art. 5 et 7 c. com.), elle demeure incapable de plaider sans autorisation sur les contestations auxquelles ces actes peuvent donner lieu.

445. Le principe posé dans l'art. 215 comporte deux exceptions.

La première résulte de la loi du 6 février 1893. En vertu de cette loi, la femme recouvre, en cas de séparation de corps, le plein exercice de sa capacité civile et par conséquent le droit d'ester librement en justice.

La seconde est établie par l'art. 216 ainsi conçu : « *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.* » La loi aurait dû dire : en matière criminelle, *correctionnelle* ou de police.

Tandis qu'en matière civile la femme doit être autorisée quel que soit le rôle qu'elle joue au procès, en matière criminelle, correctionnelle ou de police, elle n'a pas besoin d'être autorisée lorsqu'elle est poursuivie. Voici quel est le motif de cette différence. En matière civile, la femme défenderesse peut avoir intérêt à éviter le procès, soit en transigeant, soit même en acquiesçant purement et simplement à la prétention de son adversaire. Il convient donc que son mari soit appelé à apprécier ce qu'il y a de mieux à faire. En matière criminelle au contraire, le procès suit son cours, que la femme se défende ou qu'elle ne se défende pas. Elle a donc toujours intérêt à se défendre et dès lors l'intervention du mari n'a pas de raison d'être.

L'art. 216 s'applique sans difficulté à l'action dirigée contre la femme par le ministère public. Mais est-il également applicable à l'action de la partie civile, c'est-à-dire à l'action intentée par la victime de l'infraction dont la femme s'est rendue coupable à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice que cette infraction lui a causé? Il faut à cet égard distinguer trois hypothèses : celle où l'action civile est intentée par voie principale devant la juridiction civile, celle où elle est formée devant le tribunal répressif concurremment avec l'action publique, et enfin celle où la partie civile agit seule et directement devant la juridiction répressive, comme elle peut le faire en matière correctionnelle ou de police (art. 145 et 182 c. instr. crim.).

Dans la première hypothèse, la femme doit certainement être autorisée. On se trouve en effet en dehors des termes de l'art. 216. La femme n'est pas alors poursuivie en matière criminelle mais en matière civile, et il n'y a aucun motif pour déroger à la règle de l'art. 215.

Dans la seconde hypothèse au contraire, la femme n'a pas besoin d'autorisation, car cette fois la poursuite a lieu en matière criminelle. Si, à côté de l'action publique il y a une seconde action, celle-ci n'est qu'une dépendance et un accessoire de la première. En se défendant contre la poursuite du ministère public, la femme se défend par cela même contre l'action de la partie civile. N'ayant pas besoin d'autorisation pour répondre à l'action publique, elle n'en a pas besoin non plus pour répondre à l'action civile.

La question est plus délicate dans la troisième hypothèse, celle où l'action civile est intentée directement et principalement devant le tribunal correctionnel ou de police. Nous inclinons à penser que la femme doit alors être autorisée. Bien qu'elle soit portée devant un tribunal répressif, l'action est en effet purement civile, puisqu'elle tend non pas à l'application d'une peine, mais à une condamnation à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à une réparation civile. Elle demeure donc sous l'empire de la règle qui exige l'autorisation quand la femme est défenderesse au civil. D'autre part, le motif qui a fait dispenser la femme de la nécessité de l'autorisation lorsqu'elle est poursuivie en matière criminelle, correctionnelle ou de police n'existe pas ici. La femme peut avoir intérêt à indemniser immédiatement le plaignant, non seulement pour éviter les frais du procès, mais encore pour empêcher le ministère public de prendre des conclusions contre elle au cas où la partie civile prouverait l'existence d'un délit ou d'une contravention (1).

B. De l'incapacité de la femme en matière extrajudiciaire.

446. Aux termes de l'art. 217, « *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.* »

L'incapacité de la femme en matière extrajudiciaire n'est pas, on le voit, exprimée dans cet article sous forme de règle générale. Le législateur procède par voie d'énumération; il indique un certain nombre d'actes que la femme ne peut accomplir sans autorisation. Il la déclare incapable de donner, d'aliéner, d'hypothéquer, d'acquérir. Nous allons voir en étudiant les termes de cette énumération qu'elle aurait pu être simplifiée et qu'il aurait suffi de dire que la femme ne peut sans autorisation ni aliéner ni acquérir.

1° La femme est incapable de *donner*, c'est-à-dire de faire des donations entre-vifs (art. 931 et suiv.). La donation dépouillant le donateur sans

1) Aubry et Rau, § 472, texte, et note 14; Marcadé, sur l'art. 216; Laurent, t. III, n° 110; Huc, t. II, n° 244; Beudant, t. I, n° 320; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2202. — *Contra* : Demolombe, t. IV, n° 143.

compensation constitue par là même un acte grave. On conçoit donc aisément que la loi ne l'ait permise à la femme qu'autant qu'elle est autorisée. La règle est générale et s'applique aux donations mobilières aussi bien qu'aux donations immobilières.

2° La femme est incapable *d'aliéner*. Aliéner, c'est faire sortir une chose de son patrimoine pour la faire passer dans le patrimoine d'une autre personne. *Alienare est rem suam alienam facere*. Il y a deux sortes d'aliénations : l'aliénation à titre gratuit et l'aliénation à titre onéreux. L'aliénation à titre gratuit est celle dans laquelle l'aliénateur ne reçoit rien en échange de ce qu'il abandonne. L'aliénation à titre onéreux est celle dans laquelle l'aliénateur reçoit une contre-valeur. Ainsi la vente est une aliénation à titre onéreux. Il en est de même de l'échange. Par le mot *aliéner* la loi entend ici uniquement l'aliénation à titre onéreux, l'aliénation à titre gratuit étant précédemment visée par le mot *donner*.

3° La femme est incapable *d'hypothéquer*. L'art. 2114 définit l'hypothèque : un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Le créancier au profit duquel ce droit est constitué peut aller chercher entre les mains de tout détenteur l'immeuble affecté à sa sûreté, le faire vendre et être payé avant tout autre sur le prix provenant de la vente. L'hypothèque est un démembrement du droit de propriété et elle expose le propriétaire de l'immeuble hypothéqué à une expropriation totale. La constitution d'hypothèque est donc un acte d'aliénation et par suite la loi aurait pu se dispenser de la mentionner à part.

4° La femme est incapable *d'acquérir*. L'acquisition est la contre-partie de l'aliénation. Tandis que l'aliénateur fait sortir un bien de son patrimoine l'acquéreur fait entrer dans le sien un bien nouveau. On acquiert à titre gratuit quand on reçoit une chose sans rien donner en retour. On acquiert à titre onéreux quand on abandonne quelque chose en échange de ce que l'on reçoit. L'acquisition à titre onéreux, par cela même qu'elle entraîne une aliénation, peut être préjudiciable à la femme. Mais il en est autrement d'une acquisition à titre purement gratuit. Pourquoi donc la loi exige-t-elle alors l'autorisation maritale ? Parce qu'il ne convient pas qu'une femme mariée puisse recevoir des libéralités à l'insu de son mari.

Incapable d'aliéner ou d'acquérir sans autorisation, la femme l'est par là même :

a. *D'accepter ou de répudier une succession*, car on acquiert en acceptant une succession et on aliène en la répudiant (art. 776) ;

b. *De payer une dette*, le paiement emportant aliénation des valeurs qui en sont l'objet (arg. art. 1238) ;

c. *De recevoir le paiement de ce qui lui est dû*, cet acte équivalant à l'aliénation de la créance ;

d. *De s'obliger*. Une personne qui s'oblige donne en effet à son créan-

cier, pour le cas où elle n'exécuterait pas son obligation, le droit de faire saisir et vendre ses biens jusqu'à concurrence du montant de ce qui lui est dû (art. 2092 et 2093). Toute obligation contient donc le germe d'une aliénation. L'incapacité de la femme de s'obliger sans autorisation résulte d'ailleurs de plusieurs articles, notamment des art. 221, 222 et 224 qui exigent qu'elle soit autorisée pour *contracter*, c'est-à-dire pour s'obliger par convention, et de l'art. 220 qui, en la déclarant capable de s'obliger sans autorisation dans un cas particulier, implique que, de droit commun, l'autorisation lui est nécessaire.

447. L'incapacité de la femme en matière extrajudiciaire se résume donc en ce qu'elle ne peut ni acquérir, ni aliéner, ni s'obliger sans autorisation. Elle demeure capable de faire tous les actes qui ne constituent ni une acquisition, ni une aliénation, ni une obligation. C'est ainsi qu'elle peut sans autorisation :

1° Donner ou refuser son consentement au mariage ou à l'adoption de ses enfants (art. 148 et 346).

2° Accepter les donations qui leur sont offertes (art. 935). Il y a bien alors acquisition, mais ce n'est pas la femme qui acquiert.

3° Reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage (arg. art. 337). L'obligation qui lui incombe de nourrir, entretenir et élever l'enfant qu'elle a reconnu dérive non point de la reconnaissance, mais du fait même de la génération que la reconnaissance se borne à constater.

4° Faire tous les actes conservatoires de son patrimoine autres que ceux qui nécessitent l'intervention de la justice. Ainsi la femme peut adresser des sommations à ses débiteurs, faire inscrire son hypothèque légale ou une autre hypothèque, requérir les transcriptions prescrites par l'art. 939 du code civil ou par la loi du 23 mars 1855, etc. De pareils actes ne sauraient porter atteinte à l'autorité maritale, et ils sont d'une nature telle qu'ils ne peuvent que profiter à la femme elle-même et à la famille sans jamais leur nuire.

5° Faire son testament. « *La femme*, dit l'art. 226, *peut tester sans l'autorisation de son mari.* » Le testament ne devant produire effet qu'à la mort du testateur et demeurant jusque-là toujours révocable n'emporte aucune aliénation. Il est d'ailleurs de son essence d'être l'expression de la volonté entièrement libre et exclusivement personnelle du disposant. La loi a cru devoir s'expliquer formellement à cet égard parce que certaines coutumes, exagérant le principe de l'incapacité, ne permettaient à la femme de tester qu'avec l'autorisation maritale. Capable de tester sans autorisation, la femme l'est également de révoquer le testament qu'elle a fait.

448. D'autre part, la règle que la femme ne peut acquérir, aliéner ou s'obliger sans y être autorisée reçoit un certain nombre d'exceptions. Ces

exceptions sont de deux sortes. Les unes existent quel que soit le régime matrimonial auquel la femme se trouve soumise. Les autres résultent du régime adopté par les époux.

449. En ce qui concerne les premières, on peut tout ramener aux deux propositions suivantes :

a. La femme est capable d'accomplir seule les actes pour lesquels la loi l'affranchit expressément de la nécessité de l'autorisation.

Ainsi toute femme mariée peut révoquer librement les donations qu'elle a faites à son mari pendant le mariage (art. 1096).

La loi du 20 juillet 1895, sur les caisses d'épargne, reproduisant textuellement une disposition déjà formulée par la loi du 9 avril 1881, sur la caisse d'épargne postale, permet aux femmes mariées d'opérer des versements et d'effectuer le retrait des sommes déposées sans l'autorisation maritale. « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, dit l'art. 16 al. 2 de cette loi, seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leur mari; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leur mari. » La loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse dispose également que « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari » (art. 13 al. 4). Le motif de ces exceptions n'est pas flatteur pour l'homme. Dans la classe ouvrière, la femme est souvent plus économe et plus prévoyante que le mari. On a voulu en conséquence lui donner le moyen de soustraire quelques sommes à l'inconduite du mari et lui en laisser le maniement.

b. La règle de l'autorisation maritale est étrangère aux obligations dont la validité n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de l'obligé.

Cette exception s'applique notamment aux obligations qui ont pour cause un délit ou un quasi-délit commis par la femme. Le dommage résultant d'un fait de cette nature doit être réparé, sans que la femme puisse échapper à cette nécessité en alléguant qu'elle a agi sans autorisation (arg. art. 1310). L'exception s'applique également aux obligations qui ont leur source dans le fait d'un tiers. Ainsi la femme dont les affaires ont été utilement gérées par un tiers est, indépendamment de toute autorisation maritale, soumise aux obligations qu'engendre le quasi-contrat de gestion d'affaires (art. 1375). Enfin la femme peut se trouver obligée en vertu de cette règle d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 1241 et 1312).

450. Une seconde classe d'exceptions résulte, avons-nous dit, du régime matrimonial auquel les époux sont soumis. Le code a réglementé quatre régimes matrimoniaux : le régime de communauté, le régime sans communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Sous le régime de

communauté et sous le régime sans communauté, c'est en principe au mari qu'appartient le droit d'administrer la fortune de la femme (art. 1421, 1428, 1531). Il en est de même sous le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux (art. 1549).

Sous le régime de séparation de biens au contraire, et même sous le régime dotal quant aux biens paraphernaux ou extra-dotaux, la femme demeure investie du droit d'administration (art. 1449, 1536, 1576). Elle peut en conséquence faire seule tous les actes que nécessite l'administration de ces biens. Pour cet objet et dans cette limite, elle jouit d'une entière capacité de s'obliger. C'est seulement pour les actes étrangers à l'administration qu'elle est soumise à l'autorisation maritale. Telle est la situation à laquelle l'art. 217 fait allusion quand il dit que la règle qu'il formule s'applique à la femme *même non commune ou séparée de biens*. Mais il commet en s'exprimant ainsi la même inexactitude que nous avons relevée dans l'art. 215. Dans l'un comme dans l'autre de ces articles il faut effacer les mots *non commune* qui n'ont aucune raison d'être.

Sous l'empire du code, la séparation de corps avait pour effet d'entraîner la séparation de biens. La femme séparée de corps se trouvait donc, au point de vue qui nous occupe, dans la même situation que si elle avait, en se mariant, adopté le régime de séparation de biens ou si, ayant adopté un régime différent, elle avait dû, au cours du mariage, faire prononcer la séparation de biens par la justice afin de mettre sa fortune à l'abri de la mauvaise gestion du mari (art. 1443). Il n'en est plus de même aujourd'hui. En vertu de la loi du 6 février 1893, la séparation de corps, tout en laissant subsister le mariage, met fin d'une façon complète à l'incapacité de la femme. Nous reviendrons sur cette disposition en étudiant la séparation de corps. Il suffit pour le moment de constater la modification profonde qu'elle apporte aux art. 215 et 217.

2° Comment l'autorisation maritale doit-elle être donnée?

451. Dans notre ancien droit, la plupart des coutumes distinguaient sous ce rapport entre les instances judiciaires et les actes extrajudiciaires.

Pour les instances judiciaires, l'autorisation n'était soumise à aucune forme solennelle. Elle pouvait être soit expresse, soit tacite. Pour les actes extrajudiciaires, elle ne pouvait être qu'expresse et devait même de toute nécessité être donnée en termes sacramentels. Le mot *autoriser* était de rigueur et ne pouvait être remplacé par aucun autre, si ce n'est peut-être par le mot *habiliter* que Pothier (1) considérait comme équivalent.

Le code n'a pas reproduit cette distinction tout à fait injustifiable. Aujourd'hui l'autorisation maritale n'a rien de sacramentel, pas plus en

1) *Traité de la puissance du mari*, n° 68, et *Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n° 145.

matière extrajudiciaire qu'en matière judiciaire. Elle peut, dans tous les cas, être soit *expresse* soit *tacite*; mais elle doit nécessairement être *spéciale*.

L'ancienne distinction a cependant laissé des traces dans les art. 215 et 217. C'est seulement dans ce dernier article, relatif aux actes extrajudiciaires qu'il est question d'une autorisation tacite. Le législateur a jugé inutile d'y faire allusion dans l'art. 215, l'autorisation tacite ayant toujours été admise en matière judiciaire (1).

452. L'autorisation expresse est celle que le mari accorde directement et en termes formels. L'art. 217 exige qu'elle soit donnée *par écrit*. En s'exprimant ainsi la loi, a certainement voulu proscrire d'une façon absolue l'emploi de la preuve testimoniale à l'effet d'établir l'existence d'une autorisation que l'on prétendrait avoir été accordée verbalement. Cette preuve est interdite même dans les cas où le droit commun l'autorise, c'est-à-dire lorsque l'intérêt engagé ne dépasse pas 150 francs ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1341 et 1347). Le législateur a considéré que, dans une matière aussi importante et aussi usuelle, l'admission de la preuve par témoins soulèverait d'incessants débats et exposerait à de nombreux abus en permettant d'invoquer comme une autorisation une parole prononcée à la légère par le mari. Mais, nonobstant l'opinion contraire émise par quelques auteurs, nous inclinons à penser que l'art. 217 n'a pas une portée plus étendue et qu'en l'absence d'un écrit l'autorisation peut être prouvée par l'aveu ou par le serment. On ne verrait en effet aucune bonne raison pour exclure ces deux modes de preuve et faire ainsi de l'écriture une condition *sine qua non* de l'existence même de l'autorisation (2).

La loi n'ayant d'ailleurs rien spécifié quant à la nature de l'écrit qui doit constater l'autorisation maritale, on s'accorde à reconnaître que cette autorisation peut être donnée par acte sous seing privé ou par simple lettre, et cela alors même que l'acte pour lequel la femme est ainsi autorisée doit être passé dans la forme authentique, comme une donation entre vifs (art. 931) ou une constitution d'hypothèque (art. 2127).

453. L'autorisation tacite résulte du concours du mari dans l'acte (art. 217), c'est-à-dire de sa participation à l'acte accompli par la femme. Ainsi quand deux époux empruntent conjointement ou solidairement une somme d'argent, lorsqu'ils achètent un bien en commun, lorsque l'un fait une donation à l'autre, ou lorsqu'ils figurent ensemble dans un procès soit

1) Cour de cass., 29 juin 1893, D. 95, 1, 463.

2) Demolombe, t. IV, n° 193; Aubry et Rau, § 472, texte et note 53; Demante, t. I, n° 300 bis, VII; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2232. — Comp. Laurent, t. III, n° 118; Huc, t. II, n° 250; Beudant, t. I, n° 328; Planiol, t. III, n° 283.

comme demandeurs soit comme défendeurs, l'acte est valable bien que la femme ne soit pas autorisée expressément, parce qu'en procédant avec elle le mari montre clairement qu'il approuve sa coopération.

Il peut se faire qu'un acte, bien qu'émanant des deux époux, n'implique pas qu'ils ont agi de concert. Supposons par exemple qu'un mari ait signé l'engagement de payer une somme d'argent, puis qu'au dessous de sa signature la femme ait écrit qu'elle s'obligeait en qualité de caution au paiement de cette somme. Rien ne prouve alors que le mari ait eu connaissance de l'engagement contracté par sa femme, cet engagement pouvant avoir été souscrit après coup et hors de sa présence. Par suite il n'y a pas autorisation tacite.

Il est généralement admis que l'autorisation tacite ne peut pas résulter d'un fait autre que le concours du mari dans l'acte accompli par sa femme. La loi ne dit point en effet en termes généraux que l'autorisation peut être tacite, ce qui aurait permis aux magistrats de l'induire de toute circonstance impliquant de la part du mari la volonté d'approuver l'acte de la femme; elle indique elle-même le fait d'où résulte l'autorisation tacite, excluant par là même tous les autres. Le législateur a pensé sans doute qu'en abandonnant à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux les circonstances de nature à emporter autorisation il aurait ouvert la porte à une foule de contestations (1).

L'art. 217 déroge ainsi au droit commun. Il y déroge également lorsqu'il exige que l'autorisation expresse soit toujours constatée par écrit. De là quelques auteurs ont conclu qu'ayant parlé seulement des actes extrajudiciaires, il doit être restreint à cette catégorie d'actes, et que ses dispositions sont étrangères aux instances judiciaires lesquelles, dans le silence de l'art. 215, demeurent entièrement soumises aux règles ordinaires quant à la manière dont le consentement du mari peut être exprimé (2). Mais il est difficile de croire que cette distinction, qui n'aurait aucune raison d'être, soit conforme à la pensée du législateur. L'opinion la plus répandue est qu'à l'occasion des actes extrajudiciaires l'art. 217 a formulé une règle applicable à tous les actes juridiques.

L'autorisation tacite ne pouvant résulter que du concours du mari dans l'acte accompli par sa femme, est nécessairement concomitante à cet acte. L'autorisation expresse peut être antérieure ou concomitante. Mais elle ne saurait être postérieure. Donné après coup, le consentement du mari n'est

1) Demolombe, t. IV, n° 197; Laurent, t. III, n° 123; Bendant, t. I, n° 329; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2229; Planiol, t. III, n° 284. — Cour de cass., 26 juillet 1871, D. 71, 1, 293; S. 71, 1, 65; — 20 juin 1881, D. 81, 1, 354; S. 82, 1, 301. — *Contra* : Aubry et Rau, § 472, texte et note 58.

2) Laurent, t. III, n° 125.

plus une autorisation, mais une *confirmation*, dont l'effet est tout différent comme on le verra plus loin. Cependant la jurisprudence admet qu'une autorisation intervenant au cours d'une instance engagée a le même effet qui si elle s'était produite dès le début.

Le mari peut révoquer son autorisation tant que l'opération en vue de laquelle il l'a donnée n'est pas conclue.

454. L'autorisation maritale doit être *spéciale*, c'est-à-dire qu'elle doit être donnée en vue d'un acte précis et déterminé. Il faut un consentement particulier pour chaque opération que la femme se propose de faire. Une autorisation englobant tous les actes que la femme pourrait avoir à faire ou qu'elle voudrait faire serait dépourvue de toute valeur et devrait être tenue pour non avenue. Il en serait de même de celle qui, sans laisser à la femme une liberté d'allures aussi complète, se référerait à toute une catégorie d'actes. Ainsi par exemple une femme que son mari aurait autorisée en termes généraux soit à ester en justice, soit à aliéner ou à hypothéquer ses immeubles, soit à contracter des emprunts ne serait point valablement autorisée. En agissant ainsi, le mari ne remplirait point en effet le devoir de direction et de protection que la loi lui impose. En réalité il n'exercerait pas l'autorité dont il est investi, il l'abdiquerait d'une façon plus ou moins complète; or l'autorité maritale étant d'ordre public, il n'est pas permis de l'abdiquer (1).

Mais rien ne s'oppose, bien entendu, à ce que le mari autorise en même temps plusieurs actes différents, pourvu que chacun des actes auxquels il donne son assentiment soit nettement défini et spécifié, l'autorisation ne cessant point alors d'être donnée en connaissance de cause.

La règle que l'autorisation doit être spéciale reçoit exception en ce qui concerne la femme marchande publique. Aux termes de l'art. 220, « *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...* » Il n'est pas exact de dire que la femme commerçante peut s'obliger sans l'autorisation maritale, car la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari (art. 4 c. com.). Il lui faut donc une autorisation, mais une autorisation générale suffit. Par cela seul qu'elle est autorisée à faire le commerce, la femme peut, sans avoir besoin d'une autorisation spéciale, faire tous les actes qui dépendent de son négoce. L'art. 7 du code de commerce, complétant la disposition de l'art. 220, porte que les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles dans l'intérêt de leur commerce. Les opérations commerciales, à raison de la

1) Cour de cass., 19 juin 1888, D. 88, 1, 478; S. 88, 1, 432; — 16 mars 1898, D. 98, 1, 214, S. 98, 1, 400.

célérité avec laquelle elles doivent se traiter, seraient souvent rendues impossibles si la femme était tenue d'obtenir pour chacune d'elles en particulier l'autorisation de son mari.

A la différence de l'autorisation de droit commun laquelle, quand elle n'est pas expresse, ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte fait par sa femme, l'autorisation de faire le commerce peut s'induire de toute circonstance propre à manifester son existence. Ainsi quand une femme fait le commerce au vu et su de son mari qui ne s'y oppose pas, le silence qu'il garde constitue une approbation tacite qui vaut autorisation. C'était la règle admise dans l'ancien droit, et l'art. 4 du code de commerce se bornant à exiger le consentement du mari pour que la femme puisse être marchande publique, sans rien spécifier quant à la manière dont ce consentement doit se manifester, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que le législateur moderne a entendu suivre sur ce point la tradition.

La femme n'est marchande publique qu'autant qu'elle fait le commerce en son nom et pour son propre compte. « *Elle n'est pas réputée marchande publique*, dit l'art. 220 al. 2, *si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.* » L'art. 5 du code de commerce s'exprime dans les mêmes termes. La femme qui débite les marchandises du commerce de son mari fait office de factrice ou de commis; elle agit comme mandataire du mari qui seul est commerçant. C'est donc d'après les principes du mandat, et non d'après ceux qui régissent l'autorisation maritale, que se déterminent l'étendue de ses pouvoirs et les effets de ses actes.

La femme commerçante reste incapable d'ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, sans une autorisation spéciale de son mari, alors même que la contestation présente un caractère purement commercial, la nécessité qui justifie l'exception à la règle en ce qui concerne les actes de commerce n'existant pas pour les procès.

Suivant l'art. 223, la règle de la spécialité de l'autorisation comporterait une seconde exception consistant en ce que la femme peut être autorisée d'une manière générale à faire tous les actes d'administration de ses biens : « *Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.* » La femme peut effectivement tenir de son contrat de mariage le droit d'accomplir seule tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine. Les époux sont alors mariés sous le régime de la séparation de biens totale ou partielle. Mais le droit d'administration, dont la femme se trouve alors investie, constitue bien moins une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation qu'une dérogation au principe même de l'incapacité de la femme, c'est-à-dire à la nécessité de l'autorisation. *Au cours du mariage*, la femme ne

saurait au contraire recevoir du mari l'autorisation générale de gérer ses biens. Lorsque la femme ne tient pas de son contrat de mariage le droit d'administrer son patrimoine, cette administration appartient en effet au mari. C'est là un droit qu'il ne lui est pas permis d'abdiquer, l'art. 1395 interdisant toute modification aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage. Le mari peut sans doute, si bon lui semble, conférer à la femme le pouvoir de faire en son lieu et place les actes relatifs à l'administration; mais c'est alors un mandat et non une autorisation qu'il lui donne. Or le mandat et l'autorisation sont deux choses absolument différentes. Tandis que la femme autorisée agit en son propre nom et pour son compte personnel, qu'elle s'oblige elle-même sans obliger, en principe au moins, son mari, la femme mandataire agit au nom et pour le compte de son mari qu'elle oblige sans s'obliger elle-même (art. 1998).

3° Des cas dans lesquels l'autorisation du mari est remplacée par celle de la justice.

455. L'autorisation de justice peut ou doit suppléer celle du mari dans les cas suivants :

1° Quand le mari refuse d'autoriser sa femme. — Le mari est entièrement libre d'accorder ou de ne pas accorder l'autorisation que sa femme lui demande. Mais comme il peut la refuser sans motif, et que son autorité ne doit pas dégénérer en oppression, la femme est admise à réclamer contre son refus devant la justice. « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, dit l'art. 218, le juge peut donner l'autorisation.* » L'art. 219 renferme une disposition semblable en ce qui concerne les actes extrajudiciaires.

2° Lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante. — « *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* » (art. 221). Le mari est alors considéré par la loi comme indigne d'exercer l'autorité maritale. La déchéance dont il est frappé ne subsiste d'ailleurs que *pendant la durée de la peine*; une fois sa peine subie, il recouvre le droit d'autorisation. Mais cette limitation à la durée de la peine de la déchéance encourue par le mari soulève une double difficulté.

La dégradation civique est une peine infamante (art. 8 c. p.). Elle peut être encourue comme peine principale, et elle résulte en outre, comme peine accessoire, de toute condamnation à une peine afflictive et infamante soit perpétuelle soit temporaire, ainsi que de la condamnation à la peine infamante du bannissement (art. 28 et 32 c. p. et loi du 31 mai 1854, art. 2).

Dans tous les cas, sa durée est indéfinie ; elle subsiste pendant toute la vie du condamné, sauf le cas d'amnistie ou de réhabilitation. Par suite, si la dégradation civique entraîne pour le mari la déchéance du droit d'autoriser sa femme, cette déchéance ne sera jamais simplement temporaire, ainsi que le suppose l'art. 221 ; elle sera toujours perpétuelle. Le mari condamné à une peine temporaire demeurera, après avoir subi cette peine, incapable d'autoriser sa femme à raison de la dégradation civique dont il continue à être frappé. A moins de considérer comme nonavenus les mots *pendant la durée de la peine*, il faut donc reconnaître que l'art. 221 ne s'applique pas à la dégradation civique. Le mari qui encourt la dégradation civique comme conséquence d'une condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la réclusion, de la détention ou du bannissement ne perd le droit d'autoriser sa femme que pendant la durée de la peine principale, et celui qui l'encourt comme peine principale n'est pas déchu du droit d'autorisation. Cette interprétation est confirmée par l'art. 34 du code pénal qui, dans l'énumération des déchéances produites par la dégradation civique, ne mentionne pas la perte du droit d'autorisation.

La seconde difficulté soulevée par les mots *pendant la durée de la peine* est relative au cas de contumace. Le condamné par contumace ne subit point sa peine et ne peut même jamais la subir en vertu de la condamnation prononcée contre lui, cette condamnation étant anéantie de plein droit dès qu'il se présente ou qu'il vient à être arrêté (art. 476 c. instr. crim.). En déclarant le mari incapable d'autoriser sa femme *encore que la condamnation n'ait été prononcée que par contumace*, le législateur a sans doute voulu dire qu'en pareil cas l'incapacité existe pendant la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire pendant les vingt années à l'expiration desquelles la prescription est acquise au condamné (art. 635 c. instr. crim.) (1).

Les incorrections commises dans l'art. 221 s'expliquent par cette circonstance que le système des peines criminelles n'était pas encore arrêté au moment de la rédaction du code civil.

3° Lorsque le mari est interdit (art. 222). — Incapable d'accomplir pour lui-même les actes de la vie civile (art. 502), le mari interdit ne saurait habiliter sa femme à les accomplir.

Le mari non interdit, mais pourvu d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (art. 499 et 513) peut-il autoriser sa femme à faire l'un des actes qu'il est personnellement incapable de faire sans l'assistance de son conseil ? Certains auteurs lui reconnaissent ce droit ; mais ils

1) Demolombe, t. IV, nos 216 à 218 ; Valette, *Cours de code civil*, p. 354 ; Aubry et Rau, § 472, texte et note 42 ; Huc, t. II, n° 268 ; Duranton, t. II, n° 508 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2291. — Comp. Beudant, t. I, n° 333.

ne s'accordent pas sur la manière dont l'autorisation doit alors être donnée. Les uns estiment que le mari n'a pas besoin pour autoriser sa femme de l'assistance de son conseil. Les autres exigent au contraire cette assistance. Suivant nous, c'est la justice qui doit en pareil cas accorder l'autorisation. Il est inadmissible que le mari soit capable d'autoriser sa femme à faire des actes qui lui sont interdits à lui-même. A la vérité il devient capable d'accomplir lui-même ces actes, lorsqu'il est assisté de son conseil. Mais l'esprit de la loi ne permet pas de reconnaître au conseil judiciaire le droit d'intervenir dans l'autorisation à donner à la femme. Dans le système du code, quand l'autorisation ne peut pas être donnée par le mari, et par le mari seul, il faut recourir à la justice; il ne doit pas y avoir de tiers entre les époux. La preuve en est qu'au cas d'interdiction ou de minorité du mari c'est au juge qu'il appartient d'autoriser la femme et non au tuteur du mari ou au mari lui-même assisté de son curateur (art. 224) (1).

4^o Lorsque le mari est absent. — Cette hypothèse est, comme la précédente prévue par l'art. 222 ainsi conçu : « *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.* »

Il s'agit ici du cas d'absence déclarée ou même seulement présumée. En cas de simple non-présence du mari, il n'y a pas lieu à l'intervention de la justice, la femme pouvant attendre le retour de son mari ou lui demander son autorisation par lettre. Une doctrine très accréditée refuse cependant de considérer cette règle comme absolue. D'après elle, la femme est fondée à s'adresser à la justice même au cas de simple non-présence du mari, toutes les fois que l'opération qu'elle se propose de faire présente un caractère d'urgence tel que l'autorisation maritale ne saurait être obtenue en temps utile. On invoque en ce sens l'autorité de Pothier, les travaux préparatoires et l'esprit de la loi en cette matière. Pothier enseignait formellement que « la femme pouvait recourir à la justice lorsque le mari était trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exigeait » (2). Cette solution fut reproduite lors de la discussion de l'art. 222 au Conseil d'État. Le Premier Consul ayant demandé si, par le mot *absent*, la section de législation visait seulement le cas d'absence déclarée, ou si elle avait également en vue celui où le mari n'était pas présent dans le lieu où se trouvait la femme, Tronchet lui répondit que le juge pourrait autoriser la femme

1) Demolombe, t. IV, n^o 226; Aubry et Rau, § 472, texte et note 45; Huc, t. II, n^o 271; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n^o 2287. — Cour de cass., 16 juillet 1889, D. 90, 1, 377, S. 89, 1, 423. — *Contra* : Duranton, t. II, n^o 506; Laurent, t. III, n^o 132.

2) *Traité de la puissance du mari*, n^o 12, et *Introduction au titre X de la coutume d'Orléans*, n^o 149.

même en cas de simple éloignement du mari, si l'urgence était telle que la femme ne pût pas prendre l'autorisation du mari lui-même (1). Le but des art. 221 et 222 étant de donner à la femme le moyen de suppléer à l'autorisation maritale toutes les fois qu'elle se trouve dans l'impossibilité de l'obtenir, il n'y avait pas lieu en effet de limiter l'intervention de la justice au cas d'absence proprement dite, l'impossibilité pour la femme de s'adresser à son mari pouvant exister exceptionnellement même dans le cas de simple non-présence (2). — Le mot *absent* n'étant pas toujours employé par la loi dans son sens technique, cette argumentation pourrait paraître déterminante si nous n'avions pas d'autre texte que l'art. 222. Mais le sens de cet article se trouve précisé ainsi qu'il suit par l'art. 863 du code de procédure qui indique les formes à suivre pour obtenir, lorsque le mari est absent, l'autorisation supplétive de la justice : « dans le cas de *l'absence présumée* du mari, ou lorsqu'elle aura été *déclarée*, la femme qui voudra se faire autoriser... » Donc la simple non-présence ne suffit pas pour que le juge intervienne. Les inconvénients pratiques que cette solution pouvait présenter lors de la rédaction du code ont disparu de nos jours grâce à la rapidité actuelle des communications (3).

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. 224). Dans l'ancien droit, le mari, même mineur, pouvait autoriser sa femme. S'il n'en est pas de même aujourd'hui, c'est qu'aux yeux du législateur moderne l'autorisation maritale n'est plus seulement, comme autrefois, une conséquence du devoir d'obéissance de la femme et qu'elle est fondée en outre sur une idée de protection. Incapable d'accomplir seul pour son propre compte les actes juridiques, le mari mineur ne saurait par là même autoriser sa femme à les accomplir. Toutefois, l'incapacité du mari mineur n'est pas absolue comme celle du mari interdit. Émancipé de plein droit par le mariage, le mineur est capable de faire, sans l'assistance de son curateur, les actes d'administration et d'exercer les actions mobilières (arg. art. 482). Dans cette mesure, le mari peut donc autoriser sa femme. C'est du reste seulement pour les actions mobilières que la question présente de l'intérêt. Elle n'a aucune importance pratique en ce qui concerne les actes d'administration, car de deux choses l'une, ou bien le mari tient de ses conventions matrimoniales le droit d'administrer la fortune personnelle de sa femme, ou bien cette administration ap-

1) Séance du 5 vendémiaire an X; Loqué, t. II, p. 346.

2) Demolombe, t. IV, n° 214; Toullier, t. II, n° 651; Duranton, t. II, n° 506; Beudant, t. I, n° 333. — Bordeaux, 17 février 1897, D. 98, 2, 197.

3) Aubry et Rau, § 472, texte et note 39; Marcadé, sur l'art. 222; Laurent, t. III, n° 127; Huc, t. II, n° 269; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2281.

partient à la femme elle-même. Dans le premier cas, la femme n'ayant aucun acte d'administration à faire, il n'y a pas lieu de l'autoriser à agir. Dans le second, la femme peut faire tous les actes d'administration sans avoir besoin à cet effet d'aucune autorisation.

456. Dans les divers cas que nous venons de passer en revue, quelles sont les formes à suivre pour obtenir l'autorisation judiciaire à défaut de celle du mari? Il faut distinguer à cet égard suivant que le mari refuse d'autoriser sa femme, ou qu'il se trouve dans l'impossibilité de le faire parce qu'il est frappé d'une peine afflictive ou infamante, interdit, absent ou mineur.

457. La femme que son mari refuse d'autoriser à *former une demande en justice* doit tout d'abord le mettre en demeure par une sommation d'accorder son autorisation. Elle adresse ensuite au président du tribunal du domicile commun une requête dans laquelle elle expose sommairement l'objet du procès qu'elle se propose d'intenter. Sur cette requête, le président rend une ordonnance permettant à la femme de citer son mari à comparaître devant la chambre du conseil pour faire connaître les motifs de son refus. Que le mari comparaisse ou non, le tribunal, après avoir entendu le ministère public, accorde ou refuse, suivant les circonstances, l'autorisation demandée (art. 861 et 862 c. pr.).

La loi n'a pas prévu l'hypothèse où la femme est *défenderesse*. C'est alors au demandeur qu'il appartient de faire autoriser la femme, car il est tenu de remplir toutes les conditions nécessaires à la régularité de la procédure. Il doit en conséquence assigner, en même temps que la femme, le mari à l'effet de l'autoriser. Si ce dernier refuse l'autorisation ou s'il fait défaut, le demandeur conclut à ce que le tribunal saisi de l'affaire accorde lui-même l'autorisation.

Quand il s'agit pour la femme de faire un acte extrajudiciaire, on procède de la même façon que lorsqu'elle veut former une demande en justice. L'art. 219, relatif à cette hypothèse, permettait à la femme de citer son mari à comparaître dans la chambre du conseil *sans sommation préalable* : « 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. » Mais on s'accorde à penser que cet article a été modifié par les art. 861 et 862 du code de procédure.

458. Lorsque le mari est dans l'impossibilité de donner son autorisation, la marche à suivre par la femme pour obtenir l'autorisation de la justice est tracée par les art. 863 et 864 du code de procédure, qui ne s'occupent textuellement que du mari absent ou interdit, mais dont les dispositions sont également appliquées en pratique dans l'hypothèse où le mari est mi-

neur et dans celle où il a été condamné à une peine afflictive ou infamante.

Dans ces divers cas, il n'y a pas lieu de faire une sommation au mari ni de l'appeler dans la chambre du conseil. La femme se borne à présenter une requête au tribunal du domicile commun, en y joignant les pièces qui établissent l'impossibilité où se trouve le mari d'accorder son autorisation. Le tribunal statue après avoir entendu le ministère public.

Lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à plaider comme défenderesse, on applique ce que nous avons dit en traitant du refus du mari.

Comme l'autorisation du mari, l'autorisation de justice doit être spéciale.

Les jugements qui statuent sur les demandes d'autorisation sont toujours susceptibles d'appel.

459. Au nombre des cas dans lesquels l'autorisation du mari est suppléée par celle de la justice, le code n'indique point celui où la femme veut traiter avec son mari lui-même, ou avec un tiers dans l'intérêt du mari. Doit-on conclure de là que le mari demeure alors capable d'habiliter sa femme? La question est très controversée. Pour soutenir que la femme doit en pareil cas être autorisée par la justice, on invoque la maxime romaine *Nemo potest auctor esse in rem suam*. Chargé de protéger sa femme, le mari ne peut remplir efficacement ce devoir quand il se trouve en opposition d'intérêts avec elle. Il faut donc de toute nécessité que la justice intervienne. Si le code ne l'a pas dit textuellement, c'est qu'il a jugé inutile de s'en expliquer, l'incapacité du mari résultant de la nature même des choses.

Il nous paraît certain cependant que la femme est alors valablement autorisée par son mari. L'autorisation maritale est en effet la règle, l'autorisation judiciaire l'exception. C'est seulement dans les cas spécialement déterminés par la loi qu'il y a lieu de recourir à la justice. Or, parmi ces cas, ne figure point celui où le mari est personnellement intéressé à l'acte fait par sa femme. Ce cas demeure donc soumis à la règle générale; l'autorisation du mari est à la fois nécessaire et suffisante. La maxime *Nemo potest esse auctor in rem suam* est ici inapplicable, parce que l'autorisation n'a pas uniquement pour but de garantir les intérêts personnels de la femme; elle est exigée aussi pour un motif d'ordre public, comme conséquence de l'autorité maritale et pour sauvegarder les intérêts généraux de la famille (1).

La règle que le mari conserve le droit d'autoriser sa femme malgré l'opposition d'intérêt existant entre les époux gouverne les procès aussi bien que les actes extrajudiciaires. La situation est même alors très simplifiée. Si la

1) Demolombe, t. IV, nos 232 et suiv.; Aubry et Rau, § 472, texte et note 47; Laurent, t. III, n° 134; Beudant, t. I, n° 334; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2293; Huc, t. II, n° 273; Demante, t. I, n° 300 bis, X et XI; Marcadé, sur l'art. 224; Planiol, t. III, n° 289.

femme est défenderesse contre son mari, elle est autorisée par cela seul que son mari l'attaque. Si elle est demanderesse, elle est autorisée dès lors que le mari accepte le débat et conclut au fond. Dans l'un comme dans l'autre cas il y a en effet concours du mari dans l'acte (1).

Toutefois, la règle reçoit exception au cas de demande en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens. La femme est alors autorisée par le président du tribunal (art. 238 c. c. 865, 875 et 878 c. pr.).

460. Il y a certains cas spéciaux dans lesquels l'autorisation de justice ne peut pas remplacer celle du mari :

1° A moins que les époux ne soient mariés sous le régime de séparation de biens, la femme ne peut accepter les fonctions d'exécutrice testamentaire avec l'autorisation du juge. L'autorisation de son mari lui-même est indispensable (art. 1029). Nous verrons au titre *des Donations* les motifs de cette disposition.

2° Le mari peut seul autoriser sa femme à compromettre (art. 83 al. 6 et 1004 c. pr.).

3° Lui seul aussi peut l'autoriser à faire le commerce. L'art. 4 du code de commerce exige en effet en termes absolus le consentement du mari pour que la femme puisse être marchande publique, sans réserver l'autorisation supplétive de la justice. Les textes du code civil et les principes généraux excluent également toute intervention du juge en pareil cas. D'après les art. 218, 219, 221, 222 et 224, c'est seulement lorsqu'il s'agit pour la femme d'*ester en jugement*, de *passer un acte*, de *contracter*, que l'autorisation de la justice peut suppléer celle du mari. Ces expressions sont évidemment inapplicables à l'exercice d'un commerce ou d'une profession quelconque. La question de savoir s'il est convenable que la femme exerce telle ou telle profession intéresse la direction générale de la famille, et sa solution doit par suite appartenir exclusivement à celui qui est investi de cette direction (2).

Tout en reconnaissant que la justice ne peut pas autoriser la femme à faire le commerce en cas de refus du mari, quelques jurisconsultes estiment qu'il en est autrement lorsque le mari se trouve dans l'impossibilité d'accorder lui-même son autorisation (3). Cette distinction est très rationnelle, mais dans le silence de la loi elle nous paraît inadmissible.

1) Cour de cass., 18 mars 1878, D. 78, 1, 201, S. 78, 1, 193; — Nîmes, 7 mai 1879, D. 79, 2, 133.

2) Demolombe, t. IV, n° 248; Demante, t. I, n° 302 bis, III; Laurent, t. III, n° 135; Huc, t. II, n° 262. — Comp. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, nos 2260 et suiv.

3) Marcadé, sur l'art. 220; Duranton, t. II, n° 478.

4° Des effets de l'autorisation et des effets du défaut d'autorisation.

A. Des effets de l'autorisation.

461. Les effets de l'autorisation doivent être envisagés à l'égard de la femme et à l'égard du mari.

A l'égard de la femme, l'autorisation a pour effet de lever l'incapacité qui résultait pour elle de sa qualité de femme mariée et de la rendre aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée qu'elle le serait si elle était fille ou veuve.

La femme ne saurait donc attaquer l'acte qu'elle a accompli sous prétexte que l'autorisation lui a été accordée contrairement à ses véritables intérêts. Mais elle peut faire valoir contre cet acte tous les moyens qu'elle serait fondée à invoquer si elle n'était pas mariée.

A l'égard du mari, il faut distinguer suivant que l'autorisation a été accordée par lui ou par la justice.

En principe, l'autorisation par elle-même n'engendre point d'obligation personnelle à la charge du mari. Par cette autorisation le mari en effet ne devient point partie au procès ou à l'acte soutenu ou passé par sa femme; il consent seulement à ce que ce procès ou cet acte ait lieu, et y demeure personnellement étranger. *Qui auctor est non se obligat*, disait le droit romain. Mais cette règle peut se trouver modifiée par l'effet des conventions matrimoniales. Lorsque les époux sont communs en biens, les obligations contractées par la femme avec l'autorisation de son mari sont à la charge de la communauté et, par voie de conséquence, à la charge du mari lui-même (art. 1419). De là vient que l'art. 220 déclare le mari tenu des obligations contractées par la femme marchande publique à raison de son commerce lorsqu'il y a communauté entre les époux. Sous les régimes autres que la communauté, le mari n'est pas personnellement tenu des obligations contractées par sa femme avec son autorisation; mais il peut se trouver atteint s'il a la jouissance du bien formant l'objet de l'acte qu'il a autorisé. Ainsi quand un individu marié sous le régime sans communauté (art. 1530) autorise sa femme à aliéner un immeuble, sans faire aucune réserve quant au droit de jouissance qui lui appartient sur cet immeuble, il est réputé avoir autorisé l'aliénation de la pleine propriété et par suite son droit de jouissance est perdu. De même, quand la femme a contracté une obligation avec l'autorisation de son mari et qu'elle ne l'exécute pas, le créancier, si le mari n'a pas eu soin de réserver son droit de jouissance, peut saisir la pleine propriété des biens de sa débitrice.

Sauf dans les cas exceptionnels indiqués par l'art. 1427, l'autorisation de justice n'a au contraire aucun effet à l'égard du mari. Si les époux sont communs en biens, l'acte fait par la femme n'engage pas la communauté (art. 1426), et si le mari tient de ses conventions matrimoniales le droit de jouir des biens de sa femme, ce droit demeure intact.

B. Des effets du défaut d'autorisation.

462. Les actes extrajudiciaires faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice sont frappés de nullité.

Dans l'ancien droit, cette nullité était absolue. Elle pouvait être invoquée par toute personne intéressée, par les tiers qui avaient traité avec la femme aussi bien que par la femme elle-même et par le mari, et n'était pas susceptible de ratification. Aujourd'hui la nullité n'est plus que relative, comme toutes les nullités fondées sur l'incapacité. Par conséquent, elle n'est proposable que par certaines personnes et elle est susceptible de se couvrir.

463. La nullité résultant du défaut d'autorisation ne peut, disons-nous, être invoquée que par certaines personnes. Ces personnes sont énumérées dans l'art. 225 : « *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 elle aurait dû l'être. La femme ne perd pas le droit d'invoquer la nullité de l'acte qu'elle a fait sans autorisation par cela seul qu'elle a induit en erreur sur son état la personne avec laquelle elle a traité, en se présentant à cette personne comme non mariée. Il y a lieu d'appliquer ici par analogie la disposition de l'art. 1307, aux termes duquel la simple déclaration de majorité faite par un mineur ne fait pas obstacle à sa restitution. Le motif de cet article est en effet que, si la déclaration de majorité suffisait pour valider l'acte fait par le mineur, cette déclaration deviendrait de style et rendrait inutile la protection que la loi a voulu assurer à l'incapable. Le même motif existe évidemment en ce qui concerne la femme. Mais des manœuvres frauduleuses employées par la femme pour faire croire à la vérité de son affirmation, par exemple la production d'un faux acte de décès de son mari, la rendraient irrecevable dans son action en nullité. En agissant ainsi la femme commet un délit ou un quasi-délit, et nous avons vu qu'elle est obligée par cette cause (art. 1310) (1).

Par le mari, dont l'autorité a été méconnue et qui peut même éprouver un préjudice par suite de l'acte accompli par sa femme. Tant que dure le mariage, le mari n'a pas besoin pour pouvoir agir en nullité d'avoir un intérêt pécuniaire. Il agit alors dans un intérêt moral, pour sauvegarder son autorité. Mais, après la dissolution du mariage, comme il n'y a plus d'autorité maritale à faire respecter, par conséquent plus d'intérêt moral en jeu, et que, pour intenter une action en justice, il faut avoir un intérêt, il ne sera fondé à agir qu'autant qu'il aura un intérêt pécuniaire. Cet intérêt existera rarement. Si en effet les actes faits par la femme avec l'autorisation de justice ne portent pas atteinte aux droits appartenant au mari, à plus forte raison en est-il de même de ceux que la femme a accomplis sans aucune

1) Cour de cass., 6 avril 1898, D. 98, 1, 305.

autorisation. Parmi les cas dans lesquels un mari serait pécuniairement intéressé à faire annuler un acte de sa femme, on peut citer celui où la femme aurait renoncé sans autorisation à une succession qui devait tomber, en tout ou en partie, dans la communauté. Pour enlever les biens héréditaires à ceux qui les ont recueillis par suite de la renonciation de la femme, le mari devra faire tomber cette renonciation. De même si un créancier de la femme attaquait comme frauduleuse la renonciation à la communauté faite par sa débitrice ou par les héritiers de celle-ci (art. 1464), le mari pourrait faire déclarer sa demande non recevable en invoquant la nullité pour défaut d'autorisation de l'obligation contractée vis-à-vis de lui.

Par les héritiers de la femme. L'action en nullité qui appartient à la femme est en effet destinée à sauvegarder ses intérêts pécuniaires et les actions qui présentent ce caractère passent aux héritiers.

Par les héritiers du mari. Ceux-ci ne peuvent bien entendu fonder leur action en nullité sur l'atteinte portée à l'autorité maritale, cette autorité ayant pris fin par le décès du mari. Il faut, pour qu'ils puissent agir, qu'ils aient un intérêt pécuniaire.

Par cela même que le droit d'agir en nullité est purement pécuniaire dans la personne de la femme et de ses héritiers, leurs créanciers sont toujours admis à l'invoquer en vertu de l'art. 1166, qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, sauf ceux qui, à raison de leur nature, sont exclusivement attachés à la personne (1). Les créanciers du mari ne sont au contraire recevables à intenter l'action en nullité que dans les cas assez rares où cette action offre pour leur débiteur un intérêt pécuniaire. Il en est de même, après la mort du mari, des créanciers de ses héritiers.

464. Quant à la personne capable qui a traité avec la femme, elle ne peut pas aujourd'hui, à la différence de ce qui avait lieu dans l'ancien droit, opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation. Elle est complètement à la merci de la femme, du mari et de leurs héritiers et obligée de se soumettre à la décision que ceux-ci croiront devoir prendre.

465. Quand l'acte fait par la femme non autorisée est annulé, les choses sont remises au même état que si cet acte n'avait pas été passé. Lors donc qu'il s'agit d'un contrat et que des prestations réciproques ont été effectuées, la femme a droit à la restitution de tout ce qu'elle a livré. Rigoureusement elle devrait de son côté rendre à son co-contractant tout ce qu'elle a reçu de lui. Mais s'il en était ainsi le droit d'agir en nullité serait bien souvent pour elle un secours illusoire. Plutôt que de se soumettre à une restitution onéreuse, elle préférerait maintenir le contrat. La loi en conséquence ne l'oblige à rendre ce qu'elle a reçu que dans la mesure du profit qu'elle en a retiré. Ainsi une femme a, sans autorisation, vendu un immeuble pour

1) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225.

20.000 francs qu'elle a touchés. Cette vente est annulée. La femme devra restituer à l'acheteur les 20.000 francs qu'elle a reçus si elle a fait de cette somme un emploi utile. Elle n'aura rien à restituer si elle l'a dissipée. Si elle a employé utilement 10.000 francs et dissipé le surplus, elle sera quitte en remboursant 10.000 francs. Telle est la règle posée dans l'art. 1312; règle commune à tous les incapables (1).

466. Comme toute nullité fondée sur des intérêts purement privés, la nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir par une confirmation ou ratification, c'est-à-dire par la renonciation des intéressés au droit de s'en prévaloir.

Pendant le mariage, la femme, à moins qu'elle ne soit séparée de corps, ne peut confirmer l'acte qu'elle a fait sans autorisation qu'autant qu'elle est autorisée à cet effet par son mari ou par la justice; autrement la ratification serait entachée du même vice que l'acte ratifié. Faite avec l'autorisation du mari, la ratification rend l'acte valable à l'égard des deux époux, et par conséquent aussi à l'égard de leurs héritiers. Faite avec l'autorisation de justice, elle a bien pour effet de valider l'acte à l'égard de la femme, mais elle laisse subsister l'action en nullité appartenant au mari.

Après la dissolution du mariage, la femme n'étant plus incapable peut confirmer librement, mais la confirmation, efficace à son égard, ne porte pas atteinte au droit d'action du mari. Il en est de même en cas de séparation de corps, la femme séparée de corps recouvrant le plein exercice de sa capacité civile (art. 311 modifié par la loi du 6 février 1893).

Le mari peut aussi confirmer l'acte que la femme a fait sans autorisation. Cette confirmation aura-t-elle pour effet de valider l'acte à l'égard de la femme? La doctrine est très divisée sur cette question. Suivant un grand nombre d'auteurs, la ratification du mari, lorsqu'elle intervient pendant le mariage et avant toute action en nullité régulièrement introduite par la femme, rend l'acte valable d'une manière absolue et à l'égard de toute personne. L'autorisation, dit-on en ce sens, est exigée pour couvrir l'incapacité de la femme. C'est un consentement donné à l'acte que la femme veut accomplir. Or la confirmation vaut consentement, en ce sens qu'elle fait disparaître le vice résultant du défaut de consentement. Elle doit dès lors faire obstacle à toute demande ultérieure en nullité. Le code fait lui-même l'application de ce principe dans l'art. 183. Quand un mineur s'est marié sans le consentement de ses ascendants et que ceux-ci approuvent ensuite le mariage contracté au mépris de leur autorité, ce mariage est désormais pleinement valable; le mineur ne peut plus en demander la nullité. Il y a analogie complète entre ce cas et celui où la femme a fait un acte sans l'au-

1) Cour de cass., 26 avril 1900, D. 1900, 1, 455; — 2 janvier 1901, D. 1901, 1, 16.

torisation de son mari, puisque dans les deux cas il s'agit d'un incapable qui peut agir en nullité à raison de son incapacité. Dans l'un de ces deux cas la nullité est couverte par le consentement postérieur de celui dont l'autorité a été méconnue. Il doit donc en être de même dans l'autre. Telle était aussi la solution qui avait prévalu dans l'ancien droit (1).

La jurisprudence se prononce en général en sens contraire, et c'est à cette manière de voir que nous croyons devoir nous ranger. L'autorisation matrimoniale n'est plus aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, exigée uniquement à raison de l'état de dépendance de la femme; elle l'est aussi dans l'intérêt de l'épouse elle-même. Quand une femme mariée a fait un acte sans autorisation, deux actions en nullité, actions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, sont ouvertes contre cet acte. L'une appartient au mari dont l'autorité a été méconnue; l'autre à la femme qui n'a pas été protégée comme elle devait l'être. Le mari peut, s'il le juge à propos, renoncer à son action en nullité; mais il ne peut pas, sans l'intervention de la femme, disposer de l'action qui appartient à celle-ci. Pour qu'il lui fût loisible d'éteindre cette dernière action par sa seule volonté, il faudrait que la loi lui eût formellement reconnu ce droit. Or il n'existe ici aucune disposition analogue à celle de l'art. 183 et la règle de cet article, règle toute spéciale, fondée sur la faveur due au mariage, ne saurait être étendue à la matière qui nous occupe (2).

Quant à la ratification faite par le mari après la dissolution du mariage, tout le monde reconnaît qu'elle demeure sans effet à l'égard de la femme et de ses héritiers.

467. Qu'elle émane du mari ou de la femme, la ratification peut être *expresse* ou *tacite*.

La ratification expresse est celle qui résulte d'une déclaration de volonté faite en termes formels (art. 1338 al. 1).

La ratification tacite est celle qui résulte soit de l'exécution volontaire de l'acte annulable (art. 1338 al. 2), soit de la prescription de l'action en nullité. Cette action se prescrit par dix ans à compter de la dissolution du mariage (art. 1304) ou du jour de la séparation de corps (art. 311). Celui qui laisse écouler un aussi long délai sans exercer l'action en nullité qui lui appartient est considéré par la loi comme y ayant tacitement renoncé.

468. Comme les actes extrajudiciaires, les actes judiciaires dans les-

1) Aubry et Rau, § 472, texte et note 118; Laurent, t. III, n° 166; Marcadé, sur l'art. 225; Proudhon, t. I, p. 466; Demante, t. I, n° 300 *bis*, VIII.

2) Demolombe, t. IV, n° 211; Duranton, t. II, n° 517; Valette sur Proudhon, t. I, p. 467; Huc, t. II, n° 253; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 2369. — Cour de cass., 25 mai 1886, D. 87, 1, 379, S. 87, 1, 268; — 18 avril 1893, D. 94, 1, 67, S. 94, 1, 5.

quels la femme a procédé sans autorisation sont frappés de nullité. Mais c'est par des voies de procédure et non par une action en nullité qu'il y a lieu de les attaquer.

Les jugements rendus contre une femme non autorisée peuvent être attaqués pour ce motif soit par les voies ordinaires de l'opposition ou de l'appel, soit par la voie du pourvoi en cassation ou de la requête civile. Le mari en particulier peut en outre recourir à la tierce opposition contre la décision qui lui préjudicie et lors de laquelle il n'a été ni appelé ni représenté (1).

Quant aux jugements rendus non plus contre une femme non autorisée, mais à son profit, ils ne peuvent être attaqués pour cette cause par l'adversaire de la femme, celle-ci étant seule admise à se prévaloir de son incapacité (2). Le défendeur assigné par une femme mariée non autorisée doit donc se garder d'accepter le débat dans ces conditions. En le faisant, il aurait contre lui toutes les mauvaises chances, sans l'avantage des bonnes. S'il gagne son procès, la femme pourra toujours obtenir, à raison du défaut d'autorisation, la réformation du jugement. S'il le perd, elle ne manquera pas de se prévaloir de la décision obtenue. N'étant pas admis à demander la nullité de l'assignation, il peut du moins réclamer par une exception que la femme soit déclarée non recevable dans sa demande tant qu'elle n'aura pas régularisé la procédure en se faisant autoriser (3).

CHAPITRE VII

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

469. Aux termes de l'art. 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.* »

Aboli par la loi du 7 mai 1816, le divorce a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884.

La mort civile a disparu, sans doute pour toujours, en vertu de la loi du 31 mai 1854.

Les causes légales de dissolution du mariage sont donc actuellement au nombre de deux : le décès de l'un des époux et le divorce qui fait l'objet d'un titre spécial du code, le titre VI.

1) Cour de cass., 31 juillet 1878, D. 78, 1, 381, S. 80, 1, 359; — 21 février 1888, D. 88, 1, 214, S. 88, 1, 104.

2) Cour de cass., 6 avril 1898, D. 98, 1, 305.

3) Besançon, 14 mai 1890, D. 91, 2, 101.

CHAPITRE VIII

DES SECONDS MARIAGES

470. « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent » (art. 228).

L'art. 296 répète cette disposition pour le cas où le mariage a été dissous par le divorce.

Tandis que le mari survivant ou divorcé peut se remarier quand bon lui semble, la femme veuve ou divorcée ne peut contracter une nouvelle union que dix mois après la dissolution de la précédente. Le principal motif de cette prohibition est d'éviter la *confusion de part, turbationem sanguinis*, et de prévenir l'incertitude qui pourrait se produire quant à la paternité de l'enfant né pendant les premiers mois du mariage nouveau. Le code ayant en effet admis que les grossesses peuvent ne durer que 180 jours, et qu'elles peuvent aussi se prolonger pendant 300 jours (art. 312), s'il était permis à la femme de se remarier immédiatement, on ne saurait à qui, du premier ou du second mari, l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution du premier mariage devrait être attribué (1). Mais ce motif n'est pas le seul qui ait dicté l'art. 228, car cet article étant absolu dans ses termes la défense qu'il édicte subsiste alors même que l'accouchement de la femme, survenu depuis la dissolution du premier mariage, rendrait désormais impossible toute confusion de part. Les principes qui seront exposés au titre *de la Paternité et de la Filiation* feront d'ailleurs comprendre que, pour prévenir l'incertitude sur la paternité, un sursis de dix mois n'était point nécessaire et qu'il aurait suffi d'interdire le mariage à la femme pendant le délai qui sépare les gestations les plus longues des gestations les plus courtes, c'est-à-dire pendant quatre mois ou 120 jours. L'art. 228 est fondé en outre sur une raison de décence publique, les convenances s'opposant à ce qu'une femme s'empresse, à peine libre, de contracter une nouvelle union. La loi n'a pas cru devoir retarder pour le même motif le nouveau mariage du mari, soit parce qu'elle a considéré que les mœurs n'imposent pas aux hommes la même réserve qu'aux femmes, soit parce qu'elle a tenu compte de certaines nécessités pratiques, les hommes que leur travail appelle au dehors pouvant être obligés, surtout quand ils ont des enfants, de se remarier dans un bref délai.

1) Les mois du calendrier républicain, en vigueur lors de la rédaction du code, étant tous de 30 jours, 180 jours correspondaient exactement à six mois et 300 jours à dix mois.

TITRE VI

Du divorce

471. La rubrique de ce titre est incomplète et la division qu'il présente n'est pas logique. Le législateur y traite non seulement du divorce, mais aussi de la séparation de corps. Or la séparation de corps n'est pas une simple variété ou modification du divorce, c'est une institution entièrement distincte. Tandis que le divorce brise le lien conjugal, la séparation de corps se borne à relâcher ce lien sans le briser. Notre titre aurait donc dû être intitulé : *Du divorce et de la séparation de corps*, et divisé non en cinq chapitres, dont quatre pour le divorce et un pour la séparation, mais en deux chapitres seulement l'un pour le divorce, l'autre pour la séparation de corps. Le double défaut que nous venons de signaler est dû à la manière dont s'opéra la rédaction du titre VI. Le projet de code n'autorisait que le divorce. Quand on se décida plus tard à autoriser également et à régler la séparation de corps, on se borna à ajouter un nouveau chapitre à ceux qui existaient déjà et on ne songea point à modifier la rubrique du titre.

472. D'accord avec le droit canonique, notre ancienne législation prohibait le divorce et n'autorisait que la séparation de corps, appelée alors *séparation d'habitation*.

La constitution de 1791 ayant fait du mariage un contrat purement civil, que l'État peut réglementer à son gré, l'Assemblée législative le considéra comme une société ordinaire, dont il est loisible à chaque associé de se départir, et par la loi du 20 septembre 1792, elle établit le divorce en accordant toute facilité à ceux qui voudraient y recourir. « L'Assemblée nationale, disait le préambule de cette loi, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit.... »

La loi de 1792 distinguait trois sortes de divorce : le divorce par consentement mutuel, le divorce prononcé sur la demande de l'un des époux contre la volonté de l'autre pour simple incompatibilité d'humeur ou de caractère, et enfin le divorce pour causes déterminées. Les causes légales de divorce étaient : 1° la folie de l'un des époux ; 2° la condamnation de l'un

d'eux à une peine afflictive ou infamante; 3° les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre; 4° le dérèglement de mœurs notoire; 5° l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans; 6° l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, pendant cinq ans; 7° l'émigration. L'époux malheureux pouvait donc être répudié aussi bien que l'époux criminel ou coupable.

Non contente de détruire le mariage et la famille, en livrant la durée de l'union conjugale à toute l'inconstance non seulement des passions, mais des caprices, la loi de 1792 prohibait la séparation de corps, portant ainsi l'atteinte la plus directe à la liberté de conscience de l'époux auquel sa croyance religieuse ne permettait pas de recourir au divorce. « A l'avenir, portait l'art. 7 de cette loi, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée. Les époux ne pourront être séparés que par le divorce. »

L'œuvre de désorganisation sociale opérée par la loi de 1792 ne parut pas encore assez complète à la Convention qui, par deux décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II, augmenta encore les facilités données au divorce en faisant disparaître certaines précautions prises par le législateur de 1792. Les résultats ne se firent pas attendre. « A Paris, dans les vingt-sept mois qui suivirent la promulgation de la loi de 1792, les tribunaux prononcèrent 5994 divorces. Dans les trois premiers mois de 1793, les divorces égalèrent à Paris le nombre des mariages » (1). Les décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II donnèrent lieu à des scandales tels que, dans sa séance du 15 thermidor an III, la Convention dut en suspendre l'exécution après un rapport présenté par Mailhe au nom de son comité de législation. « La loi du 20 septembre 1792, disait Mailhe, donnait au divorce une latitude illimitée; mais du moins elle opposait à l'inconstance et au caprice des formes et des lenteurs qui laissaient à la raison le temps et la possibilité de reprendre son empire. Les lois du 8 nivôse et du 4 floréal rompirent ces faibles barrières... Vous ne sauriez arrêter trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses. » Mais le torrent ne devait pas se laisser endiguer. Le nombre des divorces ne cessa de s'accroître, tandis que celui des mariages diminuait. En l'an VI, il y eut à Paris plus de divorces que de mariages. La loi du 20 septembre 1792 demeura cependant en vigueur jusqu'au code civil, sauf une modification insignifiante introduite sous le Directoire par la loi du 1^{er} jour complémentaire de l'an V.

473. Le code civil conserva le divorce; mais il lui donna un tout autre caractère. Envisagé jusqu'alors comme une institution aussi naturelle, aussi normale que le mariage lui-même, le divorce fut désormais considéré comme un remède à des situations exceptionnelles. Certains des auteurs

1) Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes*, p. 261.

du code auraient même volontiers admis sa suppression, demandée par plusieurs tribunaux d'appel, s'ils n'avaient craint de heurter directement des idées encore trop répandues, et surtout s'ils avaient eu le courage de résister à la pression exercée sur eux par le Premier Consul qui, songeant sans doute au parti qu'il pourrait tirer de cette institution pour l'établissement de sa dynastie, insista énergiquement pour qu'elle fût conservée.

D'après le code civil, le divorce pouvait avoir lieu, soit pour causes déterminées, soit par le consentement mutuel des époux. Le divorce pour incompatibilité d'humeur était aboli.

Les causes déterminées de divorce étaient réduites à trois : 1° l'adultère de l'un des époux, avec cette particularité que l'adultère du mari devait être accompagné d'une circonstance aggravante, l'entretien de sa concubine dans la maison conjugale ; 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.

Le divorce par consentement mutuel n'était plus, comme sous l'empire de la loi de 1792, une simple application au mariage du principe, admis dans les contrats ordinaires, que le lien de droit formé par le consentement des parties peut être détruit par un consentement contraire, *quæ consensu contrahuntur contrario consensu pereunt*, ce n'était en réalité qu'une forme particulière du divorce pour causes déterminées, un moyen pour les époux de rompre leur union sans livrer à la publicité le véritable motif de cette rupture. Telle est l'idée qui ressort très clairement des travaux préparatoires et des termes de l'art. 233 : « Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce. »

Le législateur multipliait les précautions pour que, dans la pratique, le divorce par consentement mutuel ne perdît pas le caractère qu'il lui avait assigné.

La procédure du divorce pour causes déterminées était également organisée de manière à ne laisser que la moindre part possible aux entraînements de la passion.

Enfin, la séparation de corps était rétablie à côté du divorce « parce qu'elle est dans le vœu de la grande majorité du peuple français, et qu'elle lui est dictée par le sentiment de sa religion qui a consacré l'indissolubilité de mariage » (1).

474. La France est demeurée soumise à ce régime jusqu'au commencement de la Restauration. La loi du 8 mai 1816, votée sur la proposition de

1) Boullay, *Discours au Conseil d'État*, séance du 4 vendémiaire an X.

M. de Bonald, abolit le divorce et ne laissa subsister que la séparation de corps. « La loi civile qui permet le divorce, disait le rapporteur de cette loi à la Chambre des députés, est en opposition avec la loi religieuse. Or cette opposition ne doit point exister, car la loi civile empruntant sa plus grande force à la loi religieuse, il est contre sa nature d'induire les citoyens à la mépriser. Il faut donc, pour les concilier, que l'une des deux fléchisse et mette ses dispositions en harmonie avec celles de l'autre. Mais la loi religieuse appartient à un ordre de choses fixe, immuable, élevé au-dessus du pouvoir des hommes... C'est donc à la loi civile à céder et l'interdiction du divorce prononcée par la loi religieuse doit être respectée par elle. »

La loi du 8 mai 1816 était ainsi conçue :

Art. 1. « Le divorce est aboli. »

Art. 2. « Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes et instances en séparation de corps; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil conformément aux art. 227, 264, 265 et 266 du code civil sont restreints aux effets de la séparation. »

Art. 3. « Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés; les jugements et arrêts rendus en ce sens, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme nonavenus, conformément à l'art. 294. »

Mais le divorce et la séparation de corps avaient été traités par le code civil de façon très inégale. Tandis que les causes, la procédure et les effets du divorce avaient été longuement réglementés en 106 articles, la matière de la séparation de corps avait été renfermée en six articles seulement, et le législateur avait négligé, sauf pour quelques dispositions spéciales, d'indiquer celles des règles du divorce qui devraient être étendues à la séparation. En conférant à la séparation de corps une importance qu'elle n'avait pas auparavant, la loi du 8 mai 1816 fit sentir plus vivement l'insuffisance des dispositions qui la régissaient. En conséquence, le gouvernement présenta aux Chambres un projet contenant une législation complète de la séparation de corps. Malheureusement ce projet n'aboutit pas et les tribunaux demeurèrent investis, comme par le passé, de la délicate mission d'appliquer à la séparation les dispositions édictées en vue du divorce.

475. Après la révolution de 1830, diverses tentatives furent faites, de 1831 à 1834, en faveur du rétablissement du divorce. Elles réussirent devant la Chambre des députés, mais elles vinrent échouer devant la Chambre des pairs, sans que l'opinion publique s'en émût. Le divorce en effet n'a jamais été populaire en France. Même aux plus mauvais jours de la révolution, malgré l'affaiblissement du sentiment religieux et le déchaînement de toutes les passions, la partie saine de la nation s'est toujours énergiquement prononcée contre lui. Toujours il a nui à la considération

de ceux qui y recouraient, surtout lorsqu'ils profitaient de leur liberté pour contracter une nouvelle union.

Le 26 mai 1848, le citoyen Crémieux, ministre de la justice, déposa au nom du gouvernement, un projet de loi qui abrogeait la loi du 8 mai 1816 et remettait en vigueur le titre du divorce tel qu'il existait dans le code, en modifiant seulement l'art. 310. L'accueil fait à ce projet par la première assemblée issue du suffrage universel détermina le gouvernement à le retirer, avant même qu'il fût venu en discussion.

Il faut arriver à l'année 1876 pour voir reparaître devant les Chambres la question du divorce. Elle fut alors soulevée par le député Naquet qui entreprit en même temps une campagne de presse et de conférences, en vue de créer dans le pays un mouvement favorable à sa thèse. Les premières tentatives faites par cet israélite pour amener l'abrogation de la loi de 1816 étaient loin de faire présager le succès que sa ténacité finit par obtenir. La proposition qu'il déposa le 6 juin 1876 sur le bureau de la Chambre des députés s'inspirait des principes de la loi de 1792 bien plus que de ceux du code civil. La Chambre refusa de la prendre en considération (4 déc. 1876). Il revint à la charge le 21 mai 1878. Abandonnant complètement sa première proposition, il demandait cette fois qu'on remît en vigueur, sauf quelques modifications, les dispositions du code civil. Contrairement à l'avis de la commission d'initiative, cette nouvelle proposition fut prise en considération par la Chambre le 27 mai 1879; mais elle fut ensuite repoussée, malgré les conclusions favorables de la commission nommée pour l'examiner (8 février 1881). Enfin, après le renouvellement de la Chambre des députés en 1881, la même proposition, portée devant la nouvelle Chambre, fut adoptée par elle le 19 juin 1882.

Au Sénat le succès ne se fit pas attendre aussi longtemps, mais il fut moins complet. La Chambre des députés avait admis, avec le code, deux sortes de divorce : le divorce pour causes déterminées et le divorce par consentement mutuel. Malgré les efforts de M. Naquet, devenu sénateur, le Sénat refusa de rétablir le divorce par consentement mutuel, et la Chambre, n'espérant pas vaincre sa résistance, se décida à adopter sans modification le texte amendé par le Sénat. Votée définitivement le 19 juillet 1884, la loi rétablissant le divorce fut promulguée le 27 du même mois.

Voici quelle est son économie générale.

Elle se compose de cinq articles.

La première partie de l'art. 1^{er} est ainsi conçue : « *La loi du 8 mai 1816 est abrogée. — Les dispositions du code civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel, et avec les modifications suivantes apportées aux art. 230, 232, 234, 235, 261, 263, 295, 296, 298, 299, 306, 307 et 310.* »

Vient ensuite le nouveau texte des articles modifiés.

L'art. 2 modifie le deuxième alinéa de l'art. 313, au titre *de la Paternité et de la Filiation*.

L'art. 3 défend de rendre compte des débats sur les instances en divorce ou en séparation de corps.

L'art. 4 renferme une disposition transitoire autorisant la conversion en instances de divorce des instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la loi.

Enfin l'art. 5 déclare la loi applicable à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion.

Depuis la loi du 27 juillet 1884, deux autres lois sont venues régler le divorce et la séparation de corps. Ce sont : la loi du 18 avril 1886, *relative à la procédure en matière de divorce et de séparation de corps*, et la loi du 6 février 1893, *portant modification au régime de la séparation de corps*. Malgré son intitulé, cette dernière loi n'est point spéciale à la séparation de corps; elle s'occupe aussi, quoique plus accessoirement, du divorce. Elle modifie les art. 108, 248, 299 et 311 du code civil.

476. Le divorce est incontestablement la plus grave en même temps que la plus funeste application du principe de la sécularisation du mariage et du pouvoir souverain que l'État s'attribue sur l'union conjugale. Il est contraire à la nature même du mariage qu'il dégrade et détourne de sa fin.

Le mariage, on l'a vu, a une double fin : la propagation de l'espèce et l'accroissement du bien-être matériel et moral des époux par leur assistance mutuelle, Dieu ayant distribué les aptitudes, les inclinations, les qualités physiques et morales entre les deux sexes de telle sorte que chacun est le soutien et le complément de l'autre. Or cette double fin ne peut être atteinte qu'autant que la société conjugale est perpétuelle et indissoluble.

Après avoir donné la vie à l'enfant, les parents doivent la conserver et la développer, en un mot ils doivent élever leur enfant. L'éducation physique et morale réclame les efforts réunis du père et de la mère; elle est l'œuvre de longues années et se prolonge souvent, lorsque les enfants sont nombreux, jusqu'à la vieillesse des parents. Elle exige donc que ceux-ci soient unis pour toujours.

La deuxième fin de la société conjugale, l'assistance mutuelle par l'union morale des époux, n'est également possible qu'autant que cette société est indissoluble. « Les époux doivent se donner tout entiers l'un à l'autre; ils doivent mettre en commun toute leur âme, toutes les activités, toutes les puissances de leur intelligence et de leur cœur, toutes les tendresses de leur sensibilité;... bonheur et malheur, plaisirs et chagrins, tout doit être commun entre eux. Rien ne doit être réservé dans la consécration mutuelle qu'ils se font l'un à l'autre » (1). Ce don sans réserve de soi-même est néces-

1) Boistel, *Cours élémentaire de droit naturel*, p. 383.

sairement irrévocable; il est fait pour la vie entière et exclut toute possibilité d'une rupture.

L'indissolubilité étant ainsi de la nature de l'union conjugale, autoriser le divorce c'est donner à la famille une organisation vicieuse, et si la famille a une organisation vicieuse, l'édifice social, dont elle est la pierre angulaire, est menacé de ruine.

Pour les chrétiens, l'indissolubilité du mariage n'est pas seulement de droit naturel; elle est de droit divin positif. L'union conjugale est pour eux un sacrement et l'homme ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, désunir ce que Dieu a uni. « Si quelqu'un, dit le concile de Trente, soutient que l'Église est dans l'erreur quand elle enseigne, comme elle l'a toujours enseigné, suivant la doctrine de l'Évangile et des Apôtres, que le lien du mariage ne peut être dissous, même pour cause d'adultère de l'une des parties, et que ni l'une ni l'autre, pas même la partie innocente, ne peut contracter un autre mariage du vivant de son conjoint, mais que le mari qui ayant quitté sa femme adultère en épouse une autre commet lui-même un adultère, ainsi que la femme qui ayant quitté son mari adultère en épouserait un autre, qu'il soit anathème » (Sess. 24, can. 7).

477. Les partisans du divorce admettent pour la plupart que le mariage est indissoluble de sa nature. Quelques-uns veulent même bien reconnaître que l'Église, en faisant prévaloir par ses longs et persévérants efforts la règle de l'indissolubilité, a bien mérité de la civilisation. « C'est un titre de gloire pour l'Église, dit notamment M. Laurent, d'avoir répandu dans les esprits cette idée de perpétuité du lien conjugal; par là elle a fondé la moralité dans les familles et, gardons-nous de l'oublier, la moralité est une condition d'existence pour les sociétés » (1). Mais, ajoutent-ils, l'indissolubilité absolue de l'union conjugale est malheureusement incompatible avec les passions, les faiblesses, les entraînements que le législateur ne saurait déraciner et avec lesquels il est obligé de compter. Quand la conduite de l'un des époux ou de tous les deux a rendu la vie commune intolérable, quand à l'union et à l'affection ont succédé la discorde et la haine, la dissolution du mariage est le seul remède possible, parce qu'il est le seul véritablement efficace. La séparation de corps n'est qu'un palliatif insuffisant. En faisant cesser seulement la communauté d'existence et en maintenant un lien qui n'existe plus que de nom, elle condamne les époux, l'innocent aussi bien que le coupable, à un état contraire à la nature humaine et les jette le plus souvent dans l'inconduite, sous les yeux de leurs enfants qui reçoivent ainsi au foyer domestique les plus fâcheux exemples. Mieux vaut faire fléchir en pareil cas le principe de l'indissolubilité et permettre à ceux dont l'union a été malheureuse, et qui en fait ne sont plus mariés, de con-

1) T. I, p. 16.

tracter une autre union légitime. Si c'est un mal, si c'est un désordre, du moins ce mal et ce désordre sont moindres que ceux qui résultent du maintien du lien conjugal. Il y a sans doute un danger à éviter. Il ne faut pas que l'idée d'indissolubilité disparaisse de l'esprit des conjoints et qu'ils puissent envisager d'avance l'hypothèse d'une dissolution. Le divorce ne doit être permis qu'en cas de nécessité absolue et s'obtenir difficilement. A ces conditions, il conservera son caractère exceptionnel et n'ébranlera pas les familles et l'État. C'est avec ce caractère qu'il existe chez presque tous les peuples de l'Europe, et l'expérience faite chez eux prouve qu'il peut se concilier avec les exigences de l'ordre social.

Voir dans le divorce un remède aux infortunes conjugales, c'est se faire une étrange illusion. Il n'est propre, au contraire, qu'à accroître le nombre des unions malheureuses. Lorsque les époux savent qu'ils sont liés pour la vie, ils sont naturellement portés à faire des sacrifices réciproques à la paix et à la concorde. Ceux pour lesquels le mariage n'a pas réalisé un idéal de félicité s'efforcent de tirer de leur situation le meilleur parti possible. Avec le divorce, plus de concessions, plus d'efforts pour maintenir ou pour rétablir la bonne harmonie. Combien d'époux, regrettant leur liberté ou dominés par la passion, envisagent comme une délivrance la rupture du lien qui les unit et, pour l'obtenir, font naître de parti pris des causes de divorce! Singulier remède en vérité que celui qui, dans bien des cas, engendre lui-même les maux qu'il a pour objet de guérir, encourage l'inconstance et l'infidélité au lieu de les réprimer (1).

Certes, rien n'est plus digne de pitié que la situation de deux époux entre lesquels il existe de graves sujets de désunion. Mais, outre que cette situation est la plupart du temps le résultat de la légèreté avec laquelle ils ont formé le lien qu'ils maudissent aujourd'hui, le mariage malheureux n'est qu'un mal particulier, tandis que le divorce est un mal social. Or, quand l'intérêt public se trouve aux prises avec l'intérêt privé, c'est à celui-ci de céder. Il est étrange de voir des législateurs s'apitoyer sur le sort de quelques individus et désorganiser en leur faveur une institution sur laquelle repose la société tout entière. « Il ne faudrait pas d'ailleurs se laisser trop facilement convaincre par les plaintes des époux qui disent ne pas pouvoir supporter les épreuves que fait naître la vie commune. Si le sentiment du devoir est souvent impuissant à assurer entre eux le respect des serments qu'ils ont échangés, des motifs d'un ordre moins relevé suffisent dans bien des cas à les rendre tolérants l'un vis-à-vis de l'autre et à leur faire supporter leurs torts réciproques. On en trouve la preuve dans les documents

1) Les statistiques annuelles publiées par le ministre de la justice prouvent que depuis le rétablissement du divorce le chiffre des adultères qui ont donné lieu à des poursuites judiciaires a constamment progressé.

officiels. Les demandes de divorce ou de séparation sont introduites par les femmes bien plus souvent que par les maris... Pourquoi cette différence, alors que les motifs à invoquer de part et d'autre sont les mêmes? Faut-il l'expliquer par plus de vertu chez les unes, ou plus de scrupule ou de constance chez les autres? Mais l'humanité ne comporte pas de telles variations suivant le sexe. Il y a une explication moins philosophique, mais plus humaine. Les maris demandent moins souvent le divorce et la séparation de corps, parce que, s'ils l'obtiennent, ils sont tenus de restituer la dot. Si cette considération suffit à leur faire supporter en silence une situation dont autrement ils demanderaient à sortir, c'est qu'elle n'est pas intolérable » (1).

Quant aux situations irrégulières qui naissent trop souvent à la suite des dissensions conjugales, le divorce, à raison même des formalités dont il est entouré, ne saurait en diminuer sensiblement le chiffre. Ces formalités détourneront toujours un grand nombre de personnes d'y recourir. Depuis le rétablissement du divorce comme avant, ne voit-on pas tous les jours des époux mal assortis se séparer sans forme de procès et chercher dans des unions illégitimes les satisfactions que le mariage ne leur a pas données? Ces situations se rencontrent à chaque instant dans la population ouvrière des grandes villes. Et parmi les époux divorcés, combien en est-il qui se gardent de recommencer, en se liant de nouveau, une expérience qui leur a si mal réussi et préfèrent, eux aussi, le régime de l'union libre au pseudo-mariage que la loi les autorise à contracter. Quant à ceux qui forment une nouvelle union civile, en admettant que leur situation soit plus morale que celle des précédents, peut-on sérieusement espérer que cette union sera plus heureuse que la première? Non. On l'a dit avec grande raison, celui qui n'a pas su se plier au joug, le plus léger d'ordinaire, d'une première union, ne pourra pas davantage se soumettre au joug d'un second mariage, surtout avec la faculté qui s'offre à lui de divorcer encore. La société n'aura donc rien gagné en lui permettant de fonder un nouveau ménage au mépris de ses premiers liens. Les maux auxquels on prétend remédier par le divorce ont pour cause les faiblesses et les passions humaines. Le législateur est impuissant à les faire cesser et il méconnaît sa mission lorsque, dans l'espoir de les atténuer en les régularisant, il déroge aux règles immuables de la moralité. « Tout l'effort des législations, dit Ozanam, doit être de reproduire l'ordre providentiel qui régit les sociétés, par conséquent de proposer un idéal qui domine la réalité, qui tende sans cesse à relever le niveau de la moralité publique. Le mauvais exemple des dérèglements que la société réproouve, qu'elle punit parfois, qu'elle gêne toujours, est bien moins dangereux que celui d'un désordre qu'elle autorise, qu'elle protège, qu'elle

1) Poidebard, *Les résultats de la loi du divorce* (L'Université catholique, t. XXIII, p. 368).

offre comme un refuge aux vertus faibles, comme un but aux vices qui calculent. »

Il n'est pas plus exact de prétendre que le divorce est préférable pour les enfants à la séparation de corps. Même en supposant, ce qui est l'hypothèse sur laquelle on raisonne, que l'époux divorcé contracte une nouvelle union, la situation de ses enfants, loin d'être meilleure qu'au cas de séparation, sera au contraire généralement plus mauvaise. Ils seront en effet pour leur auteur non une consolation, mais un embarras et une gêne. Après avoir rendu plus difficile, par le fait même de leur existence, la conclusion de la nouvelle union, ils seront presque toujours un objet d'aversion pour celui ou pour celle qui aura pris la place de leur père ou de leur mère, et en butte de sa part à de mauvais traitements, surtout s'il survient des enfants du second lit.

On invoque l'exemple des nations étrangères. L'argument n'est pas heureux. Partout où le divorce existe, il a fait baisser le niveau de la moralité publique. Partout il soulève les plaintes des publicistes. En Angleterre, en Allemagne, dans certaines parties de la Suisse, il donne lieu à de tels abus qu'il compromet dès maintenant l'existence de la famille. Ailleurs il est plus sévèrement réglementé; tel est le cas de la Belgique. Mais, même dans ces pays, le nombre des divorces tend constamment à augmenter et on peut affirmer que là aussi il amènera la décadence de la société domestique (1). La légèreté et la mobilité du caractère français rendent d'ailleurs plus dangereux le divorce chez nous que dans tout autre pays.

478. Nous n'avons indiqué jusqu'ici que les motifs avouables donnés en faveur du divorce, ceux qu'invoquent ses partisans de bonne foi. Mais il en est un autre, inavouable celui-là, qui, grâce à la néfaste influence exercée aujourd'hui par les sociétés secrètes dans la direction des affaires publiques, n'a pas peu contribué au succès de la proposition Naquet. Ce motif, c'est le désir de mettre la loi civile en opposition avec la doctrine de l'Église. Le divorce est une arme de combat contre le catholicisme « un nouveau rouage introduit dans le savant machinisme destiné à façonner des générations anti-chrétiennes » (2). On a répété à satiété, lors des discussions à la Chambre des députés et au Sénat, qu'on n'attaquait en rien la liberté religieuse des catholiques, puisque le divorce ne leur est pas imposé, la loi maintenant près de lui la séparation de corps, et que d'ailleurs le conjoint divorcé peut toujours, si bon lui semble, ne pas user de la faculté de contracter une nouvelle union. Le rapporteur de la loi de 1816 avait répondu d'avance à cette affirmation destinée à donner le change sur le véritable but poursuivi par

1) Glasson, *Éléments du droit français*, t. I, p. 126. Pour plus de détails; voyez *Le mariage civil et le divorce*, du même auteur.

2) Cauvière, *Le divorce au point de vue catholique et social*, p. 6.

un grand nombre des défenseurs du divorce. « On observerait en vain, disait-il, que les époux catholiques restent libres; mais si à la séduction des passions vous ajoutez la séduction de la loi, en opposant l'autorité de celle-ci à l'autorité de la religion, vous affaiblissez le respect qu'ils étaient accoutumés à porter à la croyance de leurs pères; vous les livrez au danger de la méconnaître ou à celui de la trahir. » Faite pour une nation presque exclusivement catholique, dans laquelle les unions purement civiles sont une très rare exception, la loi du divorce présente en effet ce caractère perfide et odieux qu'elle place les citoyens, dont le mariage est religieusement indissoluble, entre leur devoir et leur intérêt, et les incite à l'apostasie avec l'impossibilité presque absolue d'en sortir une fois qu'ils y seront tombés. C'est une des entreprises les plus hypocrites et les plus lâches de la franc-maçonnerie contre la conscience de l'immense majorité des Français et l'un des moyens sur lesquels elle compte le plus pour grossir les rangs des ennemis intéressés de l'Église et pour affaiblir encore dans les masses le sentiment religieux. Ce n'est pas à ses yeux payer trop cher un pareil résultat que de l'acheter au prix de la démoralisation du pays. Il est faux d'ailleurs que la loi n'impose le divorce à personne. Elle n'oblige il est vrai personne à le demander; mais nous verrons en étudiant l'art. 310 que celui qui use de la séparation de corps court le risque de se voir imposer le divorce au bout de trois ans.

479. Depuis sa mise à exécution, la loi de 1884 n'a que trop justifié les appréhensions de ceux qui l'ont combattue. Pour calmer ces appréhensions et rallier certains esprits hésitants et sans principes, on avait affirmé, lors de la discussion, qu'il y aurait dans l'avenir moins de divorces qu'il n'y avait dans le passé de séparations de corps; que le divorce, en multipliant les seconds mariages, exercerait une heureuse influence sur le développement de la population; qu'enfin on devait compter sur la vigilance des tribunaux qui ne manqueraient pas de réprimer les abus et s'attacheraient à restreindre l'application de la loi plutôt qu'à l'étendre. Les faits sont venus donner le plus éclatant démenti à ces affirmations.

Les divorces n'ont cessé d'augmenter chaque année depuis le vote de la loi, et leur nombre dépasse de beaucoup celui des séparations de corps antérieurement à 1884. Les rapports publiés chaque année par le gouvernement sur l'administration de la justice civile et sur le mouvement de la population en France fournissent à cet égard des renseignements tristement instructifs et de nature à inquiéter vivement tous ceux qui se préoccupent des destinées du pays. Ils constatent qu'en quatorze ans le chiffre annuel des divorces a plus que doublé. De 2950 en 1886, il s'est élevé en 1899 à 7179. Il avait été de 7460 en 1897. Loin de diminuer le nombre des familles désunies, le divorce l'a donc considérablement accru.

Les statistiques nous apprennent en outre, ce qui n'est pas inutile à no-

ter, que le divorce est pratiqué surtout dans les milieux où il y a le moins de moralité. C'est dans le bassin de la Seine pris en bloc que les divorces sont le plus nombreux. Cette région fournit à elle seule la moitié de tous les divorces prononcés en France, et le département de la Seine le quart. Les départements à grandes agglomérations urbaines viennent ensuite; tandis que le divorce est très peu répandu dans les pays où dominent les populations rurales. La moitié des procès de ce genre (52 pour 100) intéressent la population des faubourgs des villes, c'est-à-dire celle dans laquelle il y a le plus d'unions libres.

En même temps que le nombre des divorces augmente, celui des mariages décroît constamment, malgré le contingent fourni par les pseudo-mariages des divorcés. « Le résultat le plus clair et le plus certain de la loi du divorce, avait dit M^{sr} Freppel dans la séance du 19 juillet 1884 à la Chambre des députés, sera une diminution sensible du nombre des mariages. » L'illustre prélat ne s'était pas trompé.

Par voie de conséquence, la natalité subit une décroissance continue. Le divorce n'est pas, nous le reconnaissons, l'unique cause de cette diminution, mais il contribue à l'accélérer en faisant baisser dans une large mesure le niveau de la moralité publique.

Veut-on maintenant savoir dans quel esprit les tribunaux appliquent la loi de 1884? Loin de réagir contre le divorce, ils ne cessent de le favoriser. Ils montrent une facilité déplorable à accueillir les demandes dont ils sont saisis et interprètent les dispositions de la loi dans un sens extensif favorable à la rupture du lien conjugal. Le ministre de la justice est le premier à le constater et à le regretter. « Dans son rapport du 15 décembre 1895, le garde des sceaux, après avoir indiqué l'énorme proportion dans laquelle les demandes de divorce sont accueillies par les tribunaux (86 pour 100) ajoute ces réflexions mélancoliques : « A mesure que se multiplient les demandes « qui tendent à rompre ou à relâcher le lien conjugal, les juges se montrent « plus disposés à les accueillir. Ce résultat peut surprendre; mais ce qui « étonne surtout, c'est que les demandes de divorce aboutissent plus fréquem- « ment, toutes proportions gardées, que les demandes en séparation ». Ainsi, d'une part, plus il y a de procès de divorce, plus ils ont de chances d'aboutir. D'autre part, les tribunaux sont plus disposés à faire droit aux demandes de divorce qu'à celles de séparation de corps. Le ministre peut s'étonner de pareilles tendances chez les magistrats chargés d'appliquer la loi. Mais ce qui n'est pas surprenant, c'est le résultat qu'elles ont sur le mouvement des divorces. Les époux sont sollicités par elles à faire rompre les liens qui leur pèsent. Ayant le choix entre le divorce et la séparation de corps, il est tout simple qu'ils préfèrent la voie qui les conduit le plus sûrement à leur but. L'influence de la jurisprudence sur les résultats généraux de la loi du divorce est nécessairement considérable, parce que les magistrats ont surtout,

dans les procès de ce genre, à estimer des faits et que leur pouvoir d'appréciation est discrétionnaire... Les procès en divorce sont fondés en très grande majorité sur des sévices ou injures graves (76 pour 100). Alors le pouvoir d'appréciation des juges est pour ainsi dire sans limite, et on peut ajouter sans contrôle, car leur décision rendue en fait échappe à la censure de la Cour de cassation » (1).

Dans cette œuvre de désorganisation sociale le tribunal de la Seine s'est fait une place à part. Chaque semaine, dit l'auteur que nous venons de citer, la quatrième chambre de ce tribunal prononce en moyenne une centaine de divorces. A l'une des audiences du mois de juin 1898, elle en a prononcé deux cent vingt.

Ces jugements sont, pour la plupart, rendus par défaut, sans plaidoiries et souvent sans enquête, sur de simples renseignements fournis par le bureau d'assistance judiciaire qui a fait, lui, une sorte d'enquête officieuse lors de la demande d'assistance. Le tribunal semble craindre que les parties soient rebutées par les ennuis du procès, et il abrège autant qu'il dépend de lui les lenteurs ordinaires de la procédure (2).

Bref, grâce à la jurisprudence, la loi Naquet, malgré les affirmations intéressées de ses auteurs, est devenue pour la société française plus néfaste encore que ne l'avaient prévu ceux qui l'ont combattue le plus énergiquement.

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DE DIVORCE

480. Les causes de divorce sont :

1° L'adultère de l'un des époux ;

2° Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux contre l'autre ;

3° La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

481. ADULTÈRE DE L'UN DES ÉPOUX. — Le code civil avait établi, quant à l'adultère, une double différence entre le mari et la femme.

Tout adultère de la femme, en quelque lieu qu'il eût été commis, et alors même qu'il s'agissait d'un fait isolé, était pour le mari une cause de divorce. L'adultère du mari ne pouvait servir de base à une demande en divorce de la part de la femme que dans le cas où le mari *avait tenu sa concubine dans la maison commune* (art. 230), c'est-à-dire lorsqu'il avait entre-

1) Poidebard, *loc. cit.*, p. 359.

2) Poidebard, *Revue catholique des institutions et du droit*, 1899, p. 445.

tenu avec une femme déterminée des relations suivies, habituelles, et que ces adultères successifs avaient été commis dans la maison conjugale. D'un autre côté, la femme contre laquelle le divorce était prononcé pour cause d'adultère devait, aux termes de l'art. 298 al. 2, être condamnée par le même jugement et sur la réquisition du ministère public à un emprisonnement qui ne pouvait être moindre de trois mois ni excéder deux ans.

La loi du 27 juillet 1884 a fait disparaître cette double différence. Elle place les deux époux, au point de vue du droit de demander le divorce, sur le pied de l'égalité la plus absolue. L'adultère du mari, comme l'adultère de la femme, est par lui-même et par lui seul une cause de divorce. Il n'est plus nécessaire que le mari ait tenu sa concubine dans la maison commune. « *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme* », dit l'art. 229. « *La femme, ajoute le nouvel art. 230, pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.* » La loi de 1884 a en outre fait disparaître le deuxième alinéa de l'art. 298.

On avait cherché à justifier la distinction faite par le code entre les deux époux en disant que l'adultère de la femme est plus coupable que celui du mari parce qu'il suppose une dépravation plus profonde, et surtout parce qu'il peut avoir des conséquences plus funestes en introduisant dans la famille des enfants étrangers (1). La vérité est que cette distinction était absolument injustifiable. Elle favorisait et encourageait les désordres du mari et, tout en le plaçant dans une situation privilégiée, constituait au fond un aveu honteux de l'infériorité morale de l'homme vis-à-vis de la femme. Enfin elle consacrait une flagrante injustice. L'adultère est le manquement au devoir de fidélité, et ce devoir est réciproque, aux termes de l'art. 212. La sanction d'un même devoir doit logiquement et équitablement être la même pour les deux époux. La jurisprudence l'avait bien senti, et elle avait trouvé moyen d'échapper à l'application stricte de la loi, en considérant l'adultère du mari commis hors de la maison conjugale comme une injure grave de nature à motiver la séparation de corps, quand il était accompagné d'une certaine publicité. Le terrain était donc tout préparé pour l'assimilation réalisée par la loi du 27 juillet 1884.

L'adultère, lorsqu'il est établi, forme une cause péremptoire de divorce excluant pour les juges tout pouvoir d'appréciation.

482. EXCÈS, SÉVICES OU INJURES GRAVES. — « *Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux contre l'autre.* » (art. 231).

Les *excès* sont des actes de violence, de nature à mettre en danger la vie ou la santé de l'époux qui en est victime.

Les *sevices* sont les voies de fait, les mauvais traitements qui, sans com-

1) Demolombe, t. IV, n° 369.

promettre directement la vie ou la santé, rendent du moins la vie commune odieuse et insupportable.

Les *injures* résultent de paroles, d'écrits ou de faits outrageants par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de son conjoint et témoigne pour lui de sentiments d'aversion ou de mépris.

Par leur nature même les excès sont toujours graves. Les sévices et les injures peuvent au contraire avoir plus ou moins de gravité. Pour apprécier s'ils sont assez graves pour entraîner le divorce, les magistrats doivent, dans chaque cas particulier, prendre en considération la situation sociale, l'éducation et les habitudes des époux, les circonstances qui ont accompagné ou précédé les voies de fait ou les injures, les causes qui les ont provoquées, etc. (1).

Lorsque le divorce est demandé pour cause d'injure grave, il n'est pas nécessaire pour qu'il soit admis que le fait injurieux se soit passé en public. La loi n'exige pas cette condition et, lors de la rédaction du code, on rejeta même un amendement tendant à substituer les mots *diffamation publique* à ceux d'injure grave. La publicité de l'outrage est seulement une des circonstances de fait dont les juges ont à tenir compte pour apprécier sa gravité.

483. CONDAMNATION DE L'UN DES ÉPOUX A UNE PEINE AFFLICTIVE ET INFAMANTE. — « *La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce* » (art. 232).

La loi n'a pas voulu que l'époux qui a conservé son honneur intact demeurât uni contre son gré à celui que la justice a flétri.

D'après l'ancien art. 232, une condamnation à une peine simplement *infamante* suffisait pour entraîner le divorce. En exigeant que la peine soit *afflictive et infamante*, le législateur de 1884 a exclu du nombre des causes de divorce le *bannissement* et la *dégradation civique*, peines politiques qui, malgré leur qualification, n'entraînent aucune flétrissure morale de nature à justifier, aux yeux de la loi, une demande en divorce de la part du conjoint de celui qui en est frappé.

Comme l'adultère, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante constitue une cause péremptoire de divorce. Les juges n'ont aucun pouvoir d'appréciation. Le divorce doit être prononcé dès lors qu'il est demandé.

Parmi les condamnations à des peines correctionnelles, il en est qui ne sont pas moins déshonorantes que les condamnations à des peines afflictives et infamantes. Telles sont les condamnations pour vol, escroquerie, abus

1) Cour de cass., 2 juin 1890, D. 91, 1, 299, S. 90, 1, 344; — 19 janvier 1892, D. 92, 1, 424, S. 92, 1, 78; — 18 juillet 1892, D. 93, 1, 392; — 19 juillet 1893, D. 94, 1, 40; — 8 et 16 juillet 1895, D. 96, 1, 127, S. 95, 1, 311; — 30 nov. 1898, D. 99, 1, 358; — 17 et 29 oct. 1900, D. 1900, 1, 155, S. 1901, 1, 79 et 80; — Bordeaux, 27 janvier 1897, D. 98, 2, 199.

de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche, etc. Si ces condamnations ne forment pas des causes péremptoires et impératives de divorce, elles peuvent du moins, suivant les circonstances, être considérées par les tribunaux comme constituant pour le conjoint de celui qui les a encourues une injure grave de nature à entraîner le divorce, le déshonneur qui en résulte pour le coupable rejaillissant sur son conjoint (1). La Chambre des députés avait inséré dans l'art. 231 une disposition formelle en ce sens ; mais cette disposition fut supprimée comme inutile par le Sénat.

La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante n'est une cause de divorce que lorsqu'elle est devenue *irrévocable*. Il faut donc, si elle est contradictoire, que le pourvoi en cassation ait été rejeté, et, si elle est par contumace, que le délai de vingt ans accordé au condamné pour purger sa contumace soit expiré.

L'accomplissement de la peine, sa prescription, sa commutation, la grâce accordée au condamné, laissent intact le droit pour son conjoint de demander le divorce. L'amnistie et la réhabilitation au contraire, faisant considérer la condamnation comme non avenue en effaçant l'infamie qui y était attachée, enlèvent au conjoint l'action en divorce s'il ne l'a pas encore exercée.

L'art. 232 parle de la condamnation de *l'un des époux*. Une condamnation antérieure au mariage ne saurait donc servir de base à une demande en divorce. Mais, dès lors que la condamnation est intervenue pendant le mariage, il importe peu que le crime à raison duquel elle a été prononcée ait été commis avant le mariage ou depuis.

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE

484. La loi du 27 juillet 1884, en rétablissant le divorce, avait remis en vigueur, sauf quelques changements de détail, la procédure organisée par le code civil. Cette procédure était très compliquée. Au cours de la discussion de la loi de 1884, un sénateur, M. Denormandie, avait demandé qu'on la simplifiât, sous peine de rendre la loi nouvelle inexécutable, et il avait rédigé dans ce but un contre-projet. Mais le Sénat, pressé d'en finir, refusa de l'examiner.

L'expérience ne tarda pas à démontrer que les craintes exprimées lors de

1) Toulouse, 7 juillet 1886, D. 88, 2, 521, S. 86, 2, 209; — 31 décembre 1888, D. 90, 2, 104, S. 89, 2, 61; — Angers, 13 avril 1896, D. 96, 2, 440, S. 97, 2, 216.

la discussion étaient fondées. Aussitôt après le vote de la loi, les tribunaux, spécialement celui de la Seine, se trouvèrent encombrés de demandes de divorce que les lenteurs de la procédure empêchaient d'aboutir. Le gouvernement se décida alors à présenter aux Chambres un projet modifiant la procédure du divorce. Ce projet est devenu la loi du 18 avril 1886. Mais plus large que le projet primitif qui ne concernait que le divorce, la loi régit également la séparation de corps. Aussi porte-elle pour rubrique : *Loi sur la procédure du divorce et de la séparation de corps*. Elle se compose de sept articles.

L'art. 1^{er} remplace par des dispositions nouvelles les art. 234 à 252 et l'art. 307 du code civil.

L'art. 2 ajoute un nouvel alinéa à l'art. 310.

L'art. 3 corrige une erreur de citation qui s'était glissée dans l'art. 2 de la loi du 27 juillet 1884, lequel visait l'art. 312 du code civil alors qu'il se référait en réalité à l'art. 313.

L'art. 4 prononce l'abrogation des art. 253 à 274 du code civil, de l'art. 881 du code de procédure et des art. 2, 3 et 4 de la loi du 27 juillet 1884.

L'art. 5 déclare la loi nouvelle applicable à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion.

Enfin les art. 6 et 7 contiennent des dispositions transitoires.

SECTION I

DÈS FORMES DU DIVORCE

485. L'action en divorce étant une action relative à l'état des personnes, est de la compétence exclusive des tribunaux civils, quelle que soit la nature des faits sur lesquels elle est fondée. Si ces faits donnent lieu de la part du ministère public à une poursuite devant la juridiction répressive, l'action en divorce demeure suspendue jusqu'à la décision du tribunal répressif, conformément à la règle que *le criminel tient le civil en état* (art. 3 c. instr. crim.).

Quelle sera sur la décision du juge civil l'influence de la sentence du juge criminel?

Supposons d'abord que la poursuite criminelle ait abouti à une condamnation. De deux choses l'une, ou la peine prononcée est une peine afflictive et infamante, ou c'est une peine moins grave. Dans le premier cas, la sentence du juge criminel constituera par elle-même une cause péremptoire de divorce. Dans le second, cette sentence servira de preuve au demandeur en divorce, en ce sens que le juge civil devra tenir pour constants les faits reconnus par le juge criminel tout en conservant d'ailleurs son droit d'apprécier si ces faits présentent les caractères voulus pour entraîner le divorce.

Si l'époux poursuivi devant la juridiction répressive a été acquitté, cet acquittement n'entraînera pas nécessairement le rejet de la demande en divorce formée contre lui. Cette demande pourra être accueillie néanmoins, toutes les fois qu'en prononçant le divorce le tribunal ne se mettra pas en contradiction avec la décision du juge criminel. De ce qu'un fait n'a pas été jugé assez grave pour donner lieu à une condamnation criminelle, il ne s'ensuit point en effet qu'il ne soit pas de nature à motiver contre son auteur une sentence de divorce. Il est possible d'ailleurs que la demande en divorce ne soit pas basée exclusivement sur les faits dont la justice criminelle a été saisie.

Tout ce que nous venons de dire se trouvait exprimé dans l'ancien art. 235 modifié par la loi de 1884. « Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, disait cet article, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après la décision de la justice répressive; alors elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de cette décision aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur. » Le législateur de 1886 n'a sans doute fait disparaître cette disposition que parce qu'elle lui a semblé inutile.

Conformément à la règle générale posée dans l'art. 59 al. 1 du code de procédure, l'action en divorce doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. L'ancien art. 234 qui rappelait textuellement cette règle a été, lui aussi, supprimé comme inutile par la loi de 1886.

§ 1. — *De la demande en divorce et de l'essai de conciliation.*

486. Le droit de demander le divorce est essentiellement personnel aux époux. Personne, en dehors d'eux, n'a qualité pour agir.

La demande s'introduit par une requête adressée au président du tribunal compétent. La loi confie à ce magistrat la délicate mission d'arrêter, s'il est possible, le procès à son début en amenant, par ses conseils, une réconciliation entre les époux. Elle veut qu'il intervienne deux fois à cet effet : une première fois près du demandeur, une seconde fois près des deux époux convoqués devant lui. L'*Exposé des motifs* de la loi de 1886 s'exprimait à ce sujet dans les termes suivants : « Une demande tentée à la légère, une demande introduite sous le coup de désaccords passagers, sous le ressentiment d'une injure que le temps doit affaiblir, n'en détruira pas moins l'union des deux époux. Il est donc nécessaire de prendre des précautions pour qu'une instance en divorce ne puisse être entreprise sans que le demandeur ait eu le temps de mûrement réfléchir sur les conséquences de son action, sur la gravité des causes qu'il veut invoquer. A cet effet le projet établit, ou plutôt maintient, une sorte de préliminaire de concilia-

tion tenté par le président du tribunal. — C'est, pour ainsi dire, une conciliation à deux degrés. Dans le premier, le demandeur seul se présente devant le juge, et déjà il lui sera adressé des observations qui pourront parfois l'amener à renoncer à son action. Lors de la seconde épreuve, les deux parties sont présentes ou au moins doivent être convoquées. Si dans quelques tribunaux surchargés d'affaires, dans les grandes villes, où le magistrat et les parties seront souvent inconnus les uns des autres, on ne doit point fonder trop d'espérance sur ces essais de rapprochement, on ne saurait méconnaître que bien souvent le juge exercera son autorité légitime, son influence personnelle sur les parties pour arrêter l'action dès sa naissance. Il suffit que cet espoir puisse se réaliser parfois pour qu'on maintienne une formalité qui ne doit entraîner ni frais, ni perte de temps appréciable. »

Cela dit, abordons l'examen des textes.

487. « *L'époux qui veut former une demande en divorce présente, en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonctions. — En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transportera, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur...* » (nouvel art. 234 al. 1 et 2).

La requête est rédigée non par le demandeur lui-même, mais par un avoué. Les travaux préparatoires de la loi de 1886 mettent fin aux doutes qui s'étaient élevés à cet égard sous l'empire de la législation antérieure. « Il n'a pas paru nécessaire, lit-on dans l'*Exposé des motifs*, de dire formellement que la requête présentée au président devrait nécessairement avoir été rédigée par un avoué. C'est là une règle générale, et il y a d'autant moins de raisons de s'en écarter dans l'espèce qu'il est nécessaire, pour que les représentations du président portent tout leur effet, que les motifs de la demande soient nettement exposés. » L'art. 234, à la différence de l'ancien art. 236 qu'il remplace, n'exige pas que la requête *détaille les faits*. Mais la nécessité d'une énonciation suffisante résulte nettement du passage précité de l'*Exposé des motifs* et du rôle de conciliateur que la loi confère au président. Sans cela en effet ce magistrat, n'étant pas éclairé sur les causes de l'action en divorce, ne serait pas à même de faire des observations utiles au demandeur.

La requête ainsi rédigée doit être remise par le demandeur *en personne* au président du tribunal ou au juge qui en fait fonctions. La loi attache une telle importance à cette entrevue du demandeur avec le président que si le demandeur se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du magistrat pour lui remettre sa requête, elle impose à celui-ci l'obligation de se transporter, accompagné de son greffier, auprès du demandeur pour recevoir cette requête. L'ancien art. 236 ne dispensait le demandeur de porter lui-même sa requête au président qu'en cas de maladie constatée

par un certificat de deux médecins. Le nouvel art. 234 lui permet de solliciter le transport du magistrat près de lui *en cas d'empêchement dûment constaté*, sans rien spécifier quant aux causes d'empêchement qui peuvent être invoquées et quant aux justifications qui doivent en être fournies. Il s'en remet par là même au président du soin d'apprécier la situation.

Il importe de remarquer que le président ne peut se transporter près de l'époux demandeur qu'autant que ce dernier réside dans l'arrondissement du tribunal compétent pour statuer sur la demande en divorce, car hors de son ressort le président n'a plus aucune juridiction. Et comme aucun texte ne l'autorise, dans le cas où l'époux se trouverait dans un autre arrondissement, à adresser au président du tribunal de cet arrondissement une commission rogatoire à l'effet de recevoir la requête, l'art. 234 ne pouvant alors recevoir son application, l'action en divorce sera par là même impossible.

488. Le président saisi de la requête en divorce adresse au demandeur les observations qu'il juge convenables. S'il ne parvient pas à le détourner de son projet, il rend une ordonnance portant que les parties comparaitront devant lui tel jour, à telle heure. « *Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables, ordonne, au bas de la requête, que les parties comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commet un huissier pour notifier la citation* » (art. 235).

L'art. 237 détermine la manière dont la demande doit être portée à la connaissance de l'époux défendeur et les formes de la citation qui lui est faite d'avoir à comparaître devant le président. « *La requête et l'ordonnance, dit-il, sont signifiées en tête de la citation donnée à l'époux défendeur, trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, le tout à peine de nullité. — Cette citation est délivrée par huissier commis et sous pli fermé.* »

L'obligation imposée à l'huissier commis par le président de délivrer la citation sous pli fermé a pour but de prévenir des indiscretions de la part des concierges, domestiques ou voisins entre les mains desquels la citation doit être laissée lorsque l'huissier ne trouve pas le défendeur à son domicile. Cette précaution a été étendue à tous les exploits par la loi du 15 février 1899.

489. « *Au jour indiqué, le juge entend les parties en personne; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission pour entendre le défendeur; en cas de non conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non conciliation ou le défaut, et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal...* » (art. 238 al. 1).

Les parties doivent comparaître *en personne*, sans l'assistance d'aucun

conseil, l'intervention d'une personne étrangère étant de nature à faire échouer l'essai de conciliation.

La comparution a lieu en principe au palais de justice, dans le cabinet du président. Toutefois, si l'une des parties, demandeur ou défendeur, se trouve dans l'impossibilité de se rendre au palais de justice, il est loisible au président de désigner, dans le ressort du tribunal, un autre lieu où il se transportera pour procéder à l'essai de conciliation. La loi n'ayant fixé ni les causes d'impossibilité qui peuvent être prises en considération, ni la manière dont il devra en être justifié, ni le lieu qui pourra être indiqué pour la comparution, laisse par là même au magistrat le plus large pouvoir d'appréciation et de décision. Lorsque le défendeur empêché se trouve hors du ressort du tribunal compétent pour statuer sur l'action en divorce, le président du tribunal dans le ressort duquel il réside peut être chargé, par commission rogatoire, de procéder à l'essai de conciliation. Mais il résulte des termes de l'art. 238 et de l'*Exposé des motifs* que cette disposition, à la différence de la précédente, est spéciale au défendeur et ne s'applique pas au demandeur, distinction qui paraît difficile à justifier.

Si les parties comparaissent et se réconcilient devant le président, il n'est dressé aucun acte de leur réconciliation.

Si l'une d'elles fait défaut, ou si elles comparaissent mais refusent de se réconcilier, le magistrat rend une ordonnance constatant le défaut ou la non-conciliation et autorisant le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal. Toutefois si, à raison des circonstances, il y a lieu d'espérer un meilleur succès d'une nouvelle tentative, le président peut suspendre la permission d'assigner et ordonner une nouvelle comparution. « *Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires* » (art. 238 al. 6). Nous verrons bientôt en quoi consistent les mesures provisoires que le président a le droit d'ordonner.

Si cette seconde tentative de conciliation n'aboutit pas, le président doit nécessairement accorder au demandeur la permission d'assigner. Celui-ci est tenu d'user de cette permission dans le délai de vingt jours, sous peine de perdre le bénéfice des mesures provisoires édictées en sa faveur. « *L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance. — Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit* » (art. 238 al. 7 et 8). Ce délai de vingt jours dans lequel le demandeur doit saisir le tribunal ne court qu'à partir de l'ordonnance portant autorisation de citer. Il est donc distinct du délai, de vingt jours également, pendant lequel le président peut suspendre cette autorisation.

L'autorisation de citer donnée par le président suffit pour habiliter la femme, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, à faire non seulement les actes judiciaires nécessités par l'instance en divorce, et cela devant tous les degrés de juridiction, mais encore tous les actes extrajudiciaires qui s'y rattachent. Il n'est pas besoin, lorsqu'elle est mineure, de lui faire nommer un curateur *ad hoc* (1). « *Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites* » (art. 238 al. 4).

490. La loi s'est occupée spécialement de l'hypothèse où l'époux demandeur en divorce est frappé d'interdiction légale. Aux termes de l'art. 234 *in fine*, « *En cas d'interdiction légale, résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit.* » C'est une application du principe que l'action en divorce est essentiellement personnelle. Le tuteur, représentant de l'interdit, n'est pas admis à substituer sa volonté à celle de ce dernier pour le faire divorcer malgré lui. Il ne peut agir qu'avec l'*autorisation* de l'interdit ou sur sa *réquisition*. Cette dernière expression se réfère à l'hypothèse où le tuteur n'étant pas disposé à poursuivre le divorce, l'interdit le met en demeure de former la demande. S'il refusait de le faire, l'incapable aurait une action pour l'y contraindre. Décider autrement ce serait rendre illusoire le droit reconnu à l'interdit de demander le divorce. Dans ces conditions, il eût évidemment été beaucoup plus simple de ne pas exiger l'intervention du tuteur et d'autoriser l'incapable à former directement sa demande. Aucun texte ne prévoit le cas où l'interdit est non plus demandeur, mais défendeur à l'action en divorce. Le droit commun demeure donc alors entièrement applicable. L'interdit légalement doit être représenté dans l'instance par son tuteur (2).

Dans le projet du gouvernement, l'art. 234 contenait un autre alinéa ainsi conçu : « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce. » Mais cet alinéa a été supprimé et remplacé par une disposition, ajoutée à l'art. 307, qui permet seulement au tuteur de demander la séparation de corps au nom de l'interdit. Nous aurons plus tard à rechercher si la personne interdite judiciairement peut elle-même former une demande en divorce pendant un intervalle lucide. Au cas où une demande en divorce serait intentée par le conjoint de l'interdit, celui-ci serait représenté au procès par son tuteur.

1) Paris, 22 mars 1894, D. 94, 2, 472; — Angers, 4 janvier 1899, D. 99, 2, 160.

2) Paris, 7 avril 1887, D. 88, 2, 245, S. 88, 2, 54; — Besançon, 21 novembre 1894, D. 95, 2, 317, S. 96, 2, 46.

L'époux auquel il a été nommé un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité étant incapable de *plaider* seul (art. 499 et 513), on décide généralement que l'assistance de son conseil lui est nécessaire pour plaider en divorce soit comme demandeur, soit comme défendeur, sauf à lui, au cas où son conseil refuserait de l'assister, à demander à la justice la nomination d'un conseil *ad hoc* (1).

Quant à l'époux placé dans un établissement d'aliénés sans être interdit, il serait représenté au procès en divorce *intenté contre lui par son conjoint* par le mandataire *ad litem* dont parle l'art. 33 de la loi du 30 juin 1838. Mais le divorce ne saurait être demandé *en son nom* par un mandataire *ad litem* désigné à cet effet par le tribunal.

§ 2. — *De la procédure devant le tribunal.*

491. Avant la loi du 18 avril 1886, lorsque le président n'avait pas réussi à concilier les parties, ce n'était pas à lui qu'il appartenait de donner l'autorisation d'assigner. Il se bornait à dresser procès-verbal de la non-conciliation; puis il ordonnait la communication de la demande et des pièces au ministère public et le référé du tout au tribunal. Le tribunal, comme aujourd'hui le président, était libre de suspendre son autorisation pendant un délai de vingt jours au plus. Si ces vingt jours s'écoulaient sans conciliation, la permission d'assigner devait nécessairement être accordée.

La comparution des parties avait lieu d'abord à huis clos, en chambre du conseil. Le demandeur exposait ou faisait exposer les motifs de sa demande, présentait les pièces à l'appui et nommait les témoins qu'il se proposait de faire entendre. Le défendeur était ensuite admis à proposer ou à faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. Il indiquait de son côté les témoins qu'il se proposait de faire entendre et sur lesquels le demandeur pouvait à son tour présenter ses observations. Il était dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties. Puis le tribunal renvoyait les parties à l'audience publique dont il fixait le jour et l'heure, ordonnait la communication de la procédure au ministère public et désignait un rapporteur. A la suite de toute cette procédure, il intervenait successivement trois jugements : un jugement admettant la demande, un jugement ordonnant l'enquête, enfin le jugement définitif sur le fond. Telles étaient, en résumé, les dispositions des art. 240 à 248.

La procédure exceptionnelle établie par ces articles est aujourd'hui abolie. Aux termes du nouvel art. 239 al. 1, « *La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu.* » A part les règles

1) Paris, 25 mars 1890, D. 90, 2, 257, S. 90, 2, 107.

particulières conservées par la loi de 1886 ou introduites par elle, la procédure du divorce est donc celle du droit commun. Il en est ainsi quelle que soit la cause pour laquelle le divorce est demandé.

L'ancien art. 261 instituait, pour le cas où la demande en divorce était fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, une procédure extrêmement sommaire. Cet article est abrogé. La seule différence entre ce cas de divorce et les autres, au point de vue de la procédure, est qu'il ne peut y avoir de sursis au prononcé du jugement (nouv. art. 246).

492. « *Le demandeur, dit l'art. 239 al. 2 peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps.* » Cette disposition, introduite lors de la première délibération de la loi de 1886 devant le Sénat, a pour but de donner au demandeur le moyen de revenir sur ses propres entraînements, s'il reconnaît qu'il est allé trop loin en demandant le divorce. La transformation est possible en tout état de cause, tant qu'il n'est pas intervenu un jugement définitif. Elle peut avoir lieu même en appel (1).

Mais l'époux qui aurait commencé par introduire une demande en séparation de corps ne pourrait pas la transformer, en cours d'instance, en une demande en divorce. Ce serait aller contre le but que le législateur s'est proposé dans l'art. 239, et soustraire le divorce au double degré de conciliation auquel il est soumis (2). L'époux devrait alors se désister de sa demande en séparation et introduire ensuite une demande en divorce.

493. A la demande en divorce dirigée contre lui, l'époux défendeur, s'il a lui-même contre son conjoint des griefs de nature à entraîner la rupture de son union, peut répondre par une demande reconventionnelle en divorce. On discutait autrefois la question de savoir si cette demande était assujettie aux mêmes formalités que la demande principale, notamment au préliminaire de conciliation, ou si elle pouvait être formée par un simple acte d'avoué à avoué. La question avait donné lieu à de nombreux jugements ou arrêts en sens divers tant sous le régime de la séparation de corps que sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884. La loi de 1886 tranche la controverse en adoptant la solution la plus simple. Aux termes de l'art. 239 al. 3, « *Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions.* » — « Il a paru, dit l'*Exposé des motifs*, que la conciliation étant tentée et n'ayant pas abouti, il était peu utile de l'exiger une seconde fois. »

1) Riom, 1^{er} février 1888, D. 90, 2, 158, S. 90, 2, 207; — Bordeaux, 13 février 1889, D. 91, 2, 44, S. 89, 2, 240; — Cour de cass., 5 juillet 1892, D. 93, 1, 412, S. 92, 1, 504.

2) Cour de cass., 22 février 1888, D. 88, 1, 223, S. 88, 1, 374; — Paris, 8 mars 1890, D. 91, 2, 131.

Si l'époux défendeur répondait à l'action en divorce non par une demande reconventionnelle en divorce, mais par une demande en séparation de corps, cette demande serait également introduite par un simple acte de conclusions (1).

Mais il en serait autrement dans le cas où, à une demande en séparation de corps, le défendeur répondrait en demandant le divorce. Ainsi que le déclare expressément l'*Exposé des motifs*, la demande en divorce devrait alors être traitée comme une demande principale et par conséquent être soumise à l'essai de conciliation prescrit par les art. 234 et suivants (2).

Les solutions qui précèdent reçoivent leur application en appel aussi bien qu'en première instance. « *Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles* » (art. 248 al. 4).

494. D'après la loi du 27 juillet 1884, comme d'après le code civil, la procédure du divorce n'était pas publique, du moins au début. La loi de 1886 décide au contraire que les débats doivent en principe avoir lieu publiquement, suivant le droit commun, sauf la faculté pour le tribunal d'ordonner le huis-clos, si la publicité lui paraît présenter des inconvénients. « *Les tribunaux peuvent ordonner le huis-clos* » dit l'art. 239 al. 4. — « Il a semblé que la publicité des audiences qui est la garantie d'une bonne administration de la justice, ne pouvait être interdite que dans certains cas dont les magistrats seraient appréciateurs » (Rapport au Sénat).

Mais l'alinéa final de l'art. 239, reproduisant une disposition déjà contenue dans la loi de 1884, prohibe d'une façon absolue, dans l'intérêt des mœurs publiques et de l'honneur des familles, la reproduction des débats par la voie de la presse. Le jugement seul peut être publié. « *La reproduction des débats par la voie de la presse, dans les instances en divorce, est interdite, sous peine de l'amende de 100 à 2000 francs édictée par l'art. 39 de la loi du 30 juillet 1881.* »

495. La preuve des faits qui servent de fondement à la demande en divorce demeure soumise en principe aux règles du droit commun. Néanmoins, parmi les modes de preuve admis par la loi, il en est deux, l'aveu et la preuve testimoniale, qui présentent en matière de divorce certaines particularités. Un autre est complètement interdit ; c'est le serment.

L'aveu du défendeur, la reconnaissance par lui faite du bien fondé de la prétention du demandeur, est, dans les instances ordinaires, la meilleure de toutes les preuves. Il en est autrement dans les instances en divorce. L'aveu perd alors presque toute sa force et ne saurait constituer par lui-même et à lui seul une preuve des faits invoqués par le demandeur. La raison en est que l'aveu pourrait dissimuler une entente concertée entre les époux en

1) Cour de cass., 7 nov. 1899, D. 1900, 1, 453, S. 1900, 1, 169.

2) Trib. de la Seine, 21 nov. 1900, D. 1901, 2, 144.

vue d'échapper à la règle qui interdit le divorce volontaire ou par consentement mutuel. Il leur suffirait en effet, pour éluder cette règle, de convenir que l'un d'eux demandera le divorce, en alléguant une des causes admises par la loi, et que l'autre reconnaîtra l'exactitude de cette allégation. Mais si l'aveu n'a pas ici sa force probante ordinaire, il n'est pas cependant dénué de toute valeur. Il est loisible aux juges d'en tenir compte, lorsque les circonstances de la cause démontrent qu'il est l'expression de la vérité et excluent tout danger de collusion entre les époux. En un mot, impuissant à créer une preuve complète, parce qu'il ne saurait inspirer par lui-même une confiance absolue, l'aveu du défendeur peut être admis comme moyen complémentaire de preuve et former un des éléments de la conviction des magistrats. Aussi l'ancien art. 244 prescrivait-il de dresser procès-verbal des aveux de l'une ou de l'autre partie.

Quant aux aveux du demandeur, ils ne peuvent que diminuer les chances de succès de la demande. Il n'y a donc aucune raison de les suspecter, ni par conséquent de leur dénier la valeur qui s'attache en général à ce mode de preuve.

Le motif qui fait exclure l'aveu du défendeur comme preuve unique des faits sur lesquels est basée la demande en divorce doit également faire écarter entièrement le *serment* déféré par l'une des parties à l'autre. Le serment constitue en effet une sorte de transaction dont l'effet est de faire dépendre la solution du procès de la volonté ou de la conscience de l'une des parties. Il pourrait donc aussi aboutir à un divorce par consentement mutuel, ce qui est inadmissible.

Bien que la question soit plus délicate, nous inclinons à penser que le serment supplétoire lui-même, c'est-à-dire le serment que le juge défère à l'une des parties pour suppléer à l'insuffisance des preuves, doit être repoussé aussi bien que le serment décisoire déféré par l'une des parties à l'autre.

L'art. 245 s'occupe de la preuve testimoniale pour modifier les règles antérieurement suivies. L'ancien art. 253 décidait que les dépositions des témoins seraient reçues par le tribunal entier, en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils et amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté. Il dérogeait donc au droit commun, d'après lequel les enquêtes ont lieu devant un juge commissaire qui reçoit les dispositions des témoins et en dresse un procès-verbal dont il est ensuite donné lecture au tribunal. Le mode de procéder prescrit par l'art. 253 présentait un avantage. Il permettait aux magistrats de tenir compte, pour apprécier la valeur et la portée des témoignages, de l'attitude et de la manière de s'exprimer de chaque témoin, élément d'appréciation dont ils sont privés quand ils entendent simplement la lecture des dépositions, sans voir et sans entendre eux-mêmes les témoins. Mais il avait l'inconvénient de prendre beaucoup

de temps. De plus, l'intervention des conseils ou amis, autorisés à assister aux dépositions des témoins, était souvent l'occasion de scènes scandaleuses. Ces motifs ont déterminé le législateur de 1886 à revenir sur ce point aux règles du droit commun. « *Lorsqu'il y a lieu à enquête, dit l'art. 245 al. 1, elle est faite conformément aux dispositions des art. 252 et suivants du code de procédure civile...* » Le deuxième alinéa du même article contient au contraire une dérogation au droit commun. « *Les parents, dit-il, à l'exception des descendants, et des domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.* » D'après l'art. 268 du code de procédure, les parents ou alliés en ligne directe de l'une ou de l'autre des parties sont *incapables* d'être témoins. Ils ne peuvent pas être cités comme tels. D'après l'art. 283 du même code, les parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ainsi que les serviteurs et domestiques des parties sont *reprochables*. Ils peuvent être cités et entendus par le juge-commissaire, mais leur déposition, s'ils sont reprochés, n'est pas communiquée au tribunal. Ces principes devaient nécessairement fléchir en matière de divorce. Les faits sur lesquels est fondée la demande en divorce se passent le plus souvent dans l'intimité de la famille. Les parents, les alliés, les domestiques des parties en sont, pour ainsi dire, les témoins naturels. Écarter le témoignage de ces personnes, c'eût donc été, la plupart du temps, rendre impossible la preuve des faits allégués. De là la disposition de l'art. 245 al. 2. Les parents et alliés en ligne directe sont relevés de l'incapacité qui les frappe en règle ordinaire. Toutefois la règle subsiste pour les enfants et descendants qui ne sauraient en aucun cas être mêlés à un débat dans lequel l'honneur de leurs parents est en jeu. Elle s'applique aux enfants d'un premier lit et aux enfants naturels reconnus aussi bien qu'aux enfants issus du mariage des époux. Les ascendants, les parents et alliés en ligne collatérale, les serviteurs et domestiques ne peuvent être reprochés dans les procès en divorce. Quant aux causes de reproche autres que la parenté ou la domesticité (art. 283 al. 2 c. pr.) elles conservent au contraire leur application, les dispositions exceptionnelles, comme celle de l'art. 245 al. 2, étant de stricte interprétation.

L'adultère invoqué comme cause de divorce ne peut souvent être prouvé que par des lettres émanant de l'époux coupable ou de son complice. Une jurisprudence constante fait fléchir en cette matière le principe de l'inviolabilité de la correspondance privée, principe qui s'oppose à ce qu'une lettre soit produite en justice sans le consentement du destinataire et même, lorsqu'elle est confidentielle, sans le double consentement de son auteur et du destinataire. Elle autorise la production des lettres établissant l'adultère, à la seule condition que celui qui veut s'en prévaloir n'ait pas employé pour se les procurer un moyen illicite. C'est ainsi qu'elle a admis la femme à faire état de lettres trouvées non cachetées dans la poche d'un vêtement de

son mari ou dans le panier aux papiers de rebut. Quant au mari, elle lui reconnaît, en vertu de son autorité maritale, le droit d'intercepter la correspondance de sa femme (1).

496. Lorsque l'instruction est terminée et que l'affaire est en état d'être jugée, le tribunal, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de prononcer le divorce, doit rendre immédiatement son jugement. Si au contraire la demande lui paraît justifiée, la loi l'autorise, au cas où l'action est basée soit sur l'adultère soit sur des excès, sévices ou injures graves, à imposer aux époux un temps d'épreuve avant de prononcer le divorce. « *Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'art. 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. — Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois. — Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce* » (art. 246).

Cet article reproduit, en la modifiant, une règle déjà formulée dans les anciens art. 259 et 260. « Il a paru, dit l'*Exposé des motifs*, qu'aucune chance de rapprochement, si faible qu'elle puisse être, ne devait être négligée, et on a maintenu le droit pour le tribunal d'ajourner sa décision. » Les changements apportés à la législation antérieure par le nouvel art. 246 sont les suivants :

1° La faculté de suspendre le prononcé du divorce qui n'existait autrefois que dans le cas d'une demande fondée sur des excès, sévices ou injures graves est étendue au cas d'adultère. Le seul cas excepté est donc celui où le divorce est demandé à raison de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, aucune chance de réconciliation ne paraissant exister en pareille hypothèse.

2° Le temps d'épreuve, qui pouvait autrefois être d'une année, ne saurait désormais excéder six mois.

3° A l'expiration du délai fixé, chacun des époux, le défendeur aussi bien que le demandeur, peut citer son conjoint à comparaître devant le tribunal pour entendre prononcer le divorce, tandis que ce droit n'appartenait précédemment qu'au demandeur. Le tribunal ne pourrait pas ordonner alors un nouveau temps d'épreuve.

« La faculté d'ajournement, dit l'*Exposé des motifs*, n'appartient qu'au juge de première instance et non au juge d'appel. » Mais il se place sans doute, en s'exprimant ainsi, dans l'hypothèse où le tribunal a ordonné le

1) Cour de cass., 15 juillet 1885, D. 86, 1, 145, S. 86, 1, 101 ; — 11 juin 1888, D. 90, 1, 12, S. 88, 1, 376 ; — 25 mars 1890, D. 91, 1, 311, S. 90, 1, 168 ; — 13 juillet 1897, S. 98, 1, 220 ; — 5 février 1901, S. 1901, 1, 17.

sursis. Sa pensée est que la cour ne pourra pas renouveler l'épreuve qui n'a pas réussi. Si le tribunal n'a pas usé de la faculté d'ajournement, s'il a rendu un jugement prononçant immédiatement ou rejetant le divorce, on ne voit pas pourquoi la cour saisie de l'appel de ce jugement ne pourrait pas imposer aux époux un temps d'épreuve (1).

497. « *Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce, dit le nouvel art. 249, n'est pas susceptible d'acquiescement.* » On prétend justifier cette disposition en la présentant comme une conséquence de l'interdiction du divorce par consentement mutuel. Mais c'est là une exagération évidente. Le défendeur qui acquiesce au jugement renonce expressément au droit d'user des voies de recours établies dans son intérêt. Or il peut y renoncer tacitement en omettant de les exercer dans les délais légaux. Pourquoi dès lors lui interdire une renonciation formelle? Il n'y a là rien qui ressemble à un divorce par consentement mutuel, l'acquiescement n'empêchant pas le divorce d'être toujours l'œuvre de la justice.

Il a été jugé, par application de l'art. 249, que le défendeur ne pourrait pas se désister de l'appel par lui formé, le désistement emportant acquiescement au jugement dont est appel (2).

§ 3. — *Des voies de recours contre les décisions rendues en matière de divorce.*

498. Ces voies de recours sont : l'opposition, l'appel, le pourvoi en cassation et la requête civile.

1° De l'opposition.

499. Sous l'empire du code civil, on décidait généralement que l'opposition n'était pas admise contre les *jugements* par défaut rendus en matière de divorce, mais seulement contre les *arrêts*. Cette solution paraissait bien en effet imposée par les termes des anciens art. 263 et 265 dont le premier ne parlait que de l'appel à propos des jugements contradictoires ou par défaut, tandis que le second mentionnait textuellement l'opposition à propos des arrêts par défaut; ce qui s'expliquait d'ailleurs par cette circonstance qu'au moment de la rédaction du code civil on était encore régi par l'ordonnance de 1667 qui n'admettait pas l'opposition en première instance. La loi de 1886 a fait disparaître cette anomalie que la loi du 27 juillet 1884 avait conservée en remettant purement et simplement en vigueur les art. 263 et 265. Mais tout en autorisant l'opposition contre les jugements aussi bien que contre les arrêts par défaut, la loi de 1886 s'efforce en même

1) Huc, t. II, n° 378.

2) Cour de cass., 23 octobre 1889, D. 90, 1, 397, S. 90, 1, 61; — Paris, 30 novembre 1893, D. 94, 2, 98. — *Contra* : Rouen, 5 janvier 1895, D. 95, 2, 495, S. 97, 2, 207.

temps de rendre aussi rares que possible les décisions par défaut, en établissant des mesures spéciales de publicité pour le cas où il y a lieu de craindre que le défendeur n'ait pas été touché par l'assignation. Tel est le but du premier alinéa du nouvel art. 247 ainsi conçu : « *Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne, et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet...* »

Le tribunal est entièrement libre d'user ou de ne pas user du moyen de publicité mis ainsi à sa disposition. La loi s'en remet à cet égard à son appréciation discrétionnaire (arg. du mot *peut*). Il n'en usera pas s'il estime que le défendeur, bien qu'il n'ait pas reçu personnellement l'assignation, connaît certainement la demande dirigée contre lui et s'abstient volontairement de comparaître et de faire valoir ses moyens. S'il croit devoir en user, c'est à lui qu'il appartient de désigner les journaux dans lesquels les insertions auront lieu. Ces insertions ne consistent point dans la reproduction de l'assignation ou de toute autre pièce de la procédure, ce qui pourrait avoir des inconvénients, mais dans un simple avis destiné à informer le défendeur de la demande dirigée contre lui, sans même qu'il soit nécessaire d'indiquer qu'il s'agit d'une demande en divorce. Un avis portant simplement que telle personne déterminée est invitée à se présenter au greffe pour y prendre connaissance d'une demande formée contre elle satisfait donc au vœu de la loi.

Lorsqu'une décision par défaut ne peut être évitée, la loi prend de nouvelles précautions pour que cette décision parvienne à la connaissance du défendeur, afin qu'il soit mis à même de former opposition en temps utile. A cet effet, elle veut que la signification du jugement ou de l'arrêt par défaut qui prononce le divorce soit faite par un huissier à ce commis et que, si cette signification n'atteint pas personnellement le défendeur, le jugement ou l'arrêt soit publié par extraits dans les journaux : « *Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. — Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne sur simple requête la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne...* » (art. 247 al. 2 et 3). Il est à remarquer que cette publication est obligatoire et non simplement facultative comme celle de la demande. Elle n'est d'ailleurs exigée bien entendu qu'en cas de défaut contre partie et non en cas de défaut contre avoué attendu qu'elle n'a pas alors de raison d'être.

Dans quel délai l'opposition doit-elle être formée? D'après le droit commun, l'opposition est recevable, au cas de défaut contre partie, jusqu'à l'exécution du jugement (art. 157 et 158 c. pr.). L'art. 247 *in fine* déroge à cette règle en matière de divorce. « *L'opposition, dit-il, est recevable dans*

le mois de la signification, si elle est faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité. » Le délai de l'opposition n'est donc pas toujours le même. La loi distingue deux hypothèses : celle où la signification du jugement a été faite à la personne même du défendeur et celle où cette signification n'a pu être faite à personne. Dans la première hypothèse, le délai est d'un mois à partir de la signification (1). Dans la seconde, l'opposition est recevable pendant les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité. Ce délai de huit mois a été choisi qui comme étant le plus long qui soit accordé pour les ajournements par le code de procédure (art. 73). S'il n'a rien d'excessif au cas où la signification du jugement a dû avoir lieu au parquet, à défaut de domicile connu du défendeur, il n'en est plus de même lorsque l'huissier n'a été empêché de signifier le jugement à la personne même du défendeur que parce qu'il n'a pas trouvé celui-ci à son domicile ou n'a pas été reçu par lui. La remarque en fut faite lors de l'élaboration de la loi de 1886 et voici quelle fut la réponse du rapporteur : « Assurément le délai de huit mois est long, mais il a été prescrit parce qu'il importe d'éviter toute erreur, et parce que, quand il n'est pas établi que l'époux a été touché personnellement par la signification, on ne saurait trop prendre de précautions pour éviter une surprise. Si ce délai peut paraître excessif dans les cas ordinaires, il se justifie en matière de divorce; la copie du jugement remise à un domestique, à un concierge peut être détournée et ne jamais parvenir au destinataire. Le demandeur n'est du reste pas enchaîné par le délai; il peut poursuivre l'exécution du jugement obtenu par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc., et amener ainsi le défendeur à former opposition. »

2° De l'appel.

500. « *L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les art. 443 et suivants du code de procédure civile. — S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir que du jour où l'opposition n'est plus recevable. — En cas d'appel, la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente. — Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles....* » (art. 248 al. 1 à 4).

Le délai d'appel est de deux mois conformément au droit commun. Il commence à courir, si le jugement est contradictoire, du jour de la signification à partie ou à domicile, et si le jugement est par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable. Mais, par dérogation au droit commun, le délai d'appel, et non pas seulement l'appel interjeté, est suspensif de

1) Bordeaux, 7 juillet, 1899, D. 1900, 2, 466.

l'exécution du jugement prononçant le divorce, du moins en ce qui concerne la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil (arg. art. 252 al. 1). Si en effet la transcription était possible avant l'expiration du délai et que l'époux demandeur contractât un nouveau mariage (ce que le mari est libre de faire immédiatement après la transcription), il se trouverait, au cas où le jugement de divorce viendrait à être réformé, en état de bigamie.

En disant que la cause s'instruit à l'audience ordinaire et comme affaire urgente, notre article n'a eu d'autre but que de proscrire une opinion d'après laquelle les causes de divorce devaient être jugées en audience solennelle. Il confirme à cet égard la décision ordonnée par un décret du 1^{er} mai 1885.

Conformément à la règle générale de l'art. 464 du code de procédure, il ne peut être formé en appel aucune demande nouvelle; mais, aux termes de l'alinéa 4 de notre article, dont nous connaissons déjà la disposition, les demandes en divorce ou en séparation de corps formées reconventionnellement à une demande en divorce ne sont pas considérées comme des demandes nouvelles.

3^o Du pourvoi en cassation.

501. « *Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie, pour les arrêts contradictoires, et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. — Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps* » (art. 248 *in fine*).

D'après le droit commun, le délai du pourvoi en cassation est de deux mois. Cette règle reçoit ici son application dès lors que la loi n'y déroge point. Le droit commun demeure également applicable en ce qui concerne le point de départ du délai. Notre article le déclare expressément. On ne voit pas pourquoi ayant gardé le silence sur le premier point, le législateur a cru devoir s'expliquer sur le second. Mais, par dérogation aux règles ordinaires, le pourvoi en cassation est ici *suspensif*. Cette exception était absolument nécessaire. En effet si l'époux qui a obtenu le divorce pouvait immédiatement faire transcrire l'arrêt sur les registres de l'état civil et contracter ensuite un nouveau mariage, il se trouverait, au cas où l'arrêt viendrait à être cassé, en état de bigamie. Aussi n'est-ce point seulement au pourvoi déjà formé, mais au délai même du pourvoi que l'effet suspensif est attaché (art. 252 al. 1).

La règle que le pourvoi est suspensif en matière de divorce étant conçue en termes généraux, la jurisprudence en conclut qu'elle ne s'applique pas uniquement à l'arrêt prononçant le divorce, mais à tous les arrêts susceptibles d'être frappés de pourvoi en cette matière, à l'exception de ceux qui ayant un caractère purement provisoire ne devant produire effet que pen-

dant la durée de l'instance sont sans influence sur la solution définitive (1). Toutefois il y a cette différence entre l'arrêt qui prononce le divorce et les arrêts avant dire droit rendus au cours de l'instance que l'effet suspensif ne s'attache en ce qui concerne ces derniers qu'au pourvoi déjà formé et non au délai accordé pour le former, attendu qu'il n'a pas alors de raison d'être (2).

4^o De la requête civile.

502. Le projet présenté par le gouvernement portait : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce... ne peut être attaqué par la voie de la requête civile. » Après avoir adopté cette disposition en première lecture, le Sénat, lors de la deuxième délibération, se décida à la supprimer, sur l'avis de sa commission, et à maintenir la requête civile conformément au droit commun.

L'*Exposé des motifs* et, au cours de la discussion, le commissaire du gouvernement invoquaient pour justifier le texte du projet cette considération que les causes de requête civile pouvant se révéler longtemps après le divorce, l'éventualité de cette voie de recours constituerait une menace perpétuelle pour la nouvelle famille fondée par les époux divorcés. On répondit à cet argument que l'inconvénient signalé existe également en cas d'annulation d'un mariage, que la requête civile est nécessairement d'un usage très rare, qu'elle est entourée de précautions rigoureuses et qu'il serait injuste de priver de cette voie suprême de recours l'époux lésé par une décision entachée de l'un des vices très graves qui y donnent ouverture.

§ 4. — De l'exécution du jugement prononçant le divorce.

503. L'exécution du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce doit être précédée de certaines mesures de publicité. Aux termes du nouvel art. 250, « *Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. — Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.* »

Le divorce mettant fin au régime matrimonial adopté par les époux et rendant à la femme la capacité que le mariage lui avait fait perdre, il

1) Douai, 17 juin 1891, D. 94, 2, 86, S. 93, 2, 14; — Cour de cass., 23 nov. 1891, D. 92, 1, 291, S. 92, 1, 18; — 20 nov. 1898, D. 99, 1, 513; 13 déc. 1899, D. 1900, 1, 134.

2) Cour de cass., 25 juillet 1893, D. 93, 1, 545, S. 94, 1, 89.

importe en effet que ce changement soit porté à la connaissance des tiers.

Lorsque l'un des époux est commerçant, il doit en outre se conformer aux dispositions spéciales des art. 66 du code de commerce et 872 du code de procédure.

Le mode d'exécution du jugement ou de l'arrêt est réglé par les nouveaux art. 251 et 252 qui apportent une double modification à la législation antérieure. Nous reproduisons tout d'abord le texte de ces articles.

Art. 251. « *Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. — Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'art. 49 du code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France. »*

Art. 252. « *La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce; à cet effet la décision est signifiée, dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. — A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'art. 548 du code de procédure civile, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi. — Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'art. 50 du code civil. — A défaut par la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant. — A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenue. — Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »*

Sous l'empire du code civil et de la loi de 1884, le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil. La justice se bornait à déclarer qu'il y avait lieu à divorce et à autoriser le demandeur à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (ancien art. 264). Le mariage étant célébré devant l'officier de l'état civil, il avait paru naturel que sa dissolution fût également célébrée devant ce fonctionnaire. En vertu de la loi de 1886, le divorce est directement l'œuvre du juge; c'est lui qui le prononce. L'officier de l'état civil intervient bien encore comme autrefois; mais son rôle consiste simplement à transcrire sur ses registres la décision qui prononce le divorce. Cette manière de procéder a paru au législateur de 1886 plus conforme que l'ancienne à la dignité de la justice. Elle a en outre l'avantage d'éviter le retour des scènes grotesques ou scandaleuses auxquelles donnait lieu trop

souvent la cérémonie qui, d'après le système antérieur, devait s'accomplir à la mairie (1).

L'officier de l'état civil compétent pour opérer la transcription est celui du lieu où le mariage des époux divorcés a été célébré. Ainsi se trouvent écartées les difficultés qu'avait entraînées le silence de l'ancien art. 264 sur ce point. Toutefois, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription doit s'opérer au lieu du dernier domicile des époux.

La transcription consiste, d'une part, à reproduire le *dispositif* du jugement ou de l'arrêt sur les registres courants et, d'autre part, à faire mention de ce jugement ou de cet arrêt en marge de l'acte de mariage. Dans le cas où le mariage a été célébré à l'étranger, la mention est faite en marge de l'acte transcrit sur les registres de l'état civil conformément à l'art. 171 du code civil.

La transcription doit être requise dans le délai de deux mois, à partir du jour où la décision à transcrire est devenue définitive d'après les règles du droit commun. Ce délai commence donc à courir, s'il s'agit d'un jugement, après l'expiration du délai d'appel lorsque ce jugement est contradictoire, et, lorsqu'il est par défaut, après l'expiration du délai d'opposition et du délai d'appel; s'il s'agit d'un arrêt, après l'expiration du délai de cassation lorsqu'il est contradictoire, et après l'expiration des délais d'opposition et de cassation lorsqu'il est par défaut. S'il y a eu pourvoi, le délai court soit du jour de l'arrêt de rejet, soit du jour où le demandeur a encouru la forclusion faute d'avoir signifié l'arrêt d'admission (loi du 2 juin 1862), soit enfin, en cas de cassation, du jour où l'arrêt de la cour de renvoi est devenu définitif.

Le droit de requérir la transcription appartient tout d'abord à la partie au profit de laquelle le divorce a été prononcé. Elle seule a qualité à cet effet pendant le premier mois du délai. Mais, faute par elle d'avoir agi dans le premier mois, l'autre partie acquiert le droit, concurremment avec elle, de faire opérer la transcription dans le mois suivant. C'est là encore une innovation de la loi de 1886. La partie qui avait obtenu gain de cause pouvait seule, d'après le code et la loi du 27 juillet 1884, requérir le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil. Par suite il dépendait d'elle de faire tomber le jugement en ne faisant pas cette réquisition en temps utile et d'imposer à son conjoint le rétablissement de la vie commune. Les auteurs de la loi de 1886 ont pensé qu'il n'était pas juste qu'après avoir soutenu le procès jusqu'au bout, et infligé à son conjoint l'humiliation d'une défaite judiciaire, l'époux demandeur pût le tenir à sa merci en usant ou en n'usant pas de la sentence rendue à son profit, et faisant ici l'application du principe que

1) Voyez les exemples cités par M. Allou dans son discours au Sénat (*Journ. offic.* du 13 décembre 1885).

les jugements appartiennent à toutes les parties en cause, ils ont permis à l'un comme à l'autre époux de poursuivre l'exécution du jugement de divorce, tout en accordant à cet égard un droit de priorité au demandeur.

L'époux qui requiert la transcription doit signifier à l'officier de l'état civil la décision qui a prononcé le divorce, accompagnée des certificats énoncés dans l'art. 548 du code de procédure et qui constatent que cette décision n'est plus susceptible d'être attaquée par les voies légales.

A raison des effets importants que produit la transcription, la loi n'a pas voulu laisser à l'officier de l'état civil la faculté de choisir arbitrairement le moment où elle sera opérée; elle détermine elle-même ce moment. La transcription doit avoir lieu le cinquième jour à compter de la réquisition adressée à l'officier de l'état civil, les jours fériés non compris. La réquisition étant faite le samedi par exemple, la transcription devra donc être opérée le vendredi suivant, en supposant qu'il n'y ait pas dans l'intervalle d'autre jour férié que le dimanche.

504. Les conséquences du défaut de transcription varient suivant qu'il est imputable aux parties intéressées ou à l'officier de l'état civil.

Lorsque les parties n'ont pas requis la transcription dans le délai légal, le divorce est considéré comme nul et non avenue. S'il a modifié la nature de la formalité à remplir par l'officier de l'état civil, en substituant une simple transcription du jugement ou de l'arrêt au prononcé du divorce par ce fonctionnaire, le législateur n'a donc pas changé le fond des choses. L'intervention de l'officier de l'état civil demeure nécessaire comme auparavant pour rendre le divorce efficace. On lit à ce sujet dans l'*Exposé des motifs* : « Il est indispensable que les registres de l'état civil qui constatent le mariage constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun autre moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit donc être exigée... Bien que la déchéance prononcée paraisse rigoureuse, on a reconnu qu'elle était inévitable; les époux ne doivent pas pouvoir reprendre la vie commune et la faire cesser à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but. Une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire; aussi fallait-il exiger la transcription du divorce et l'exiger dans un certain délai. Si la transcription n'a pas eu lieu, il y a présomption légale qu'une réconciliation s'est opérée. » Les époux ne seraient pas admis, pour se soustraire à la déchéance à établir, contrairement à la présomption de la loi, qu'il n'y a eu aucune réconciliation entre eux et que le défaut de réquisition dans le délai fixé a été le résultat d'une erreur ou d'un événement de force majeure (1).

1) Caen, 29 juin 1896, D. 97, 2, 326, S. 97, 2, 80. — *Contra* : Paris, 30 mai 1888, D. 90, 2, 17, S. 88, 2, 197; — Trib. de la Seine, 6 juillet 1899, D. 99, 2, 479. — Comp. Cour de cass., 5 août 1896, D. 97, 1, 402, S. 97, 1, 129; — Trib. d'Agen, 2 février 1900, D. 1900, 2, 321.

Ils ne sauraient davantage introduire une nouvelle instance en divorce basée uniquement sur les faits qui avaient été accueillis par le jugement ou l'arrêt non transcrit (1). Une seconde demande ne serait recevable de leur part qu'autant qu'elle serait fondée sur des causes survenues ou découvertes depuis la déchéance encourue. Mais alors rien ne ferait obstacle à ce que les faits anciens fussent invoqués, concurremment avec les nouveaux, à l'appui de la seconde instance.

Lorsque la réquisition a eu lieu dans les deux mois, les époux, s'étant conformés à la loi, conservent le bénéfice du divorce bien que l'officier de l'état civil n'ait pas opéré la transcription à la date prescrite. Mais celui-ci est alors passible de l'amende édictée par l'art. 50 du code civil et il pourrait en outre être déclaré responsable envers les tiers auxquels sa négligence aurait porté préjudice.

505. Le jugement régulièrement transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, au jour même de la demande. Si donc les époux étaient communs en biens, la communauté devra être liquidée d'après l'état où elle se trouvait au moment où le procès a été engagé. C'est une dérogation au droit commun. Le jugement de divorce n'est pas en effet simplement *déclaratif* de droits; il crée une situation nouvelle : il est *attributif* ou *constitutif* de droits nouveaux. Or, d'après le droit commun, les jugements qui présentent ce caractère ne rétroagissent pas. La rétroactivité établie par l'art. 252 *in fine* a pour but, disait le rapporteur de la loi de 1886 au Sénat, « d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive. »

Mais la rétroactivité n'a lieu qu'entre les époux et non à l'égard des tiers, ceux-ci pouvant parfaitement ignorer l'existence de la demande que la loi ne soumet à aucune condition de publicité.

D'autre part, même entre les époux, c'est seulement en ce qui concerne le règlement de leurs intérêts pécuniaires que la rétroactivité se produit. A tous autres égards, spécialement quant aux devoirs de fidélité, secours, assistance, et quant à l'incapacité de la femme, le mariage subsiste jusqu'au jour de la transcription sur les registres de l'état civil du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce. Il n'est légalement dissous et ne cesse de produire effet qu'à partir de cette transcription (2).

1) *Contra* : Pau, 19 juin 1900, D. 1901, 2, 199.

2) Cour de cass., 18 avril 1893, D. 94, 1, 6, S. 94, 17, 5; — Paris, 13 décembre 1895, D. 96, 2, 418, S. 96, 2, 80; — Limoges, 21 mars 1895, S. 95, 2, 297; — Trib. de la Seine, 9 janvier 1898, D. 99, 2, 366.

SECTION III

DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER
LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE

506. Le législateur devait tenir compte de l'état de guerre que crée entre les époux l'introduction de l'instance en divorce et autoriser certaines mesures destinées à sauvegarder les intérêts que cette situation peut mettre en péril. Ces mesures sont de deux sortes. Les unes concernent la personne des époux et la garde des enfants. Les autres sont relatives aux biens.

§ 1. — *Des mesures concernant les époux et les enfants.*

507. La loi de 1886 a partagé entre le président et le tribunal le droit d'ordonner ces mesures, droit qui, sous l'empire du code civil et de la loi du 27 juillet 1884, n'appartenait en principe qu'au tribunal.

Aux termes du nouvel art. 236, « *Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire.* » — « La pratique, dit l'*Exposé des motifs*, avait révélé la nécessité de régler ce point. La situation faite aux époux, du jour où la citation en conciliation a été lancée, rend pénible, parfois dangereuse, la cohabitation; il était indispensable d'accorder au juge le droit de la faire cesser. L'époux demandeur peut provoquer cette mesure, le mari aussi bien que la femme. » Mais il y a cette différence entre les deux époux que, lorsque c'est la femme qui est demanderesse, le président fixe lui-même le lieu de sa résidence provisoire, tandis que le mari demeure libre de choisir sa résidence comme bon lui semble; le président se borne à l'autoriser à quitter sa femme.

Au lieu d'autoriser l'époux demandeur à quitter le domicile conjugal, le président pourrait-il ordonner son maintien à ce domicile et enjoindre à l'autre époux de s'en éloigner? On conçoit l'intérêt de la question dans le cas où l'époux demandeur exerce en son nom personnel un commerce ou une industrie qu'il ne saurait abandonner, même momentanément, sans en éprouver un grave préjudice. Bien que la légalité d'une pareille mesure ait été reconnue par le rapporteur de la loi de 1886 au Sénat et que les termes de l'art. 236 n'y soient pas directement contraires (1), certains auteurs estiment qu'elle ne saurait régulièrement trouver place dans l'ordonnance par laquelle le président autorise le demandeur à citer son conjoint en conciliation, cette ordonnance étant rendue en l'absence du défendeur et sans qu'il ait été entendu. L'époux demandeur, s'il veut obtenir son maintien au domicile conjugal à l'exclusion de son conjoint, doit, d'après ces auteurs, ap-

1) Paris, 5 mars 1895, D. 95, 2, 231, S. 95, 2, 192.

peler celui-ci en référé devant le président du tribunal (art. 806 et suiv. c. pr.), afin que la décision soit contradictoire.

En dehors de cette hypothèse, on s'accorde à reconnaître que la demande à fin de résidence séparée peut être formée soit dans la requête en divorce, soit même verbalement au moment de la remise de cette requête entre les mains du président.

Lorsque la comparution des parties devant le magistrat n'aboutit pas à une réconciliation, l'ordonnance qui constate la non-conciliation et permet au demandeur d'assigner son conjoint devant le tribunal peut prescrire de nouvelles mesures provisoires. « *Le juge, dit l'art. 238 al. 2, statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.* »

Le président peut alors statuer à nouveau sur la résidence du demandeur et par conséquent modifier, le cas échéant, la décision contenue dans sa première ordonnance. La seconde ordonnance, à la différence de la première, étant contradictoire, il est sans difficulté qu'elle peut autoriser le maintien du demandeur au domicile conjugal et enjoindre au défendeur de s'en éloigner.

Comme conséquence de la séparation d'habitation, il peut y avoir lieu d'ordonner la remise aux mains de chaque époux des effets à son usage personnel, ainsi que le paiement par l'un d'eux d'une pension alimentaire à son conjoint. Le plus souvent c'est la femme qui est fondée à demander une pension à son mari détenteur ordinaire des ressources du ménage. Mais le même droit pourrait appartenir au mari si les ressources se trouvaient du côté de la femme et qu'elle en eût la libre disposition en vertu de son contrat de mariage.

Enfin le président peut être appelé à statuer sur la garde provisoire des enfants. En principe c'est au père, investi de l'exercice de la puissance paternelle, que les enfants doivent être confiés, et cela quel que soit son rôle dans l'instance; mais il est loisible au président d'en décider autrement si l'intérêt des enfants lui paraît l'exiger.

L'art. 238 al. 2 a prévu les points principaux sur lesquels il peut y avoir urgence à statuer. Si, à raison des circonstances, d'autres mesures provisoires devenaient nécessaires, le président pourrait les ordonner, non plus à la vérité en tant que conciliateur, mais, conformément au droit commun, comme juge des référés.

L'appel est la seule voie de recours ouverte contre l'ordonnance portant autorisation d'assigner devant le tribunal et réglementation des mesures provisoires. « *Cette ordonnance est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 du code de procédure* » (art. 238 al. 3). L'appel est porté devant la cour. Il ne peut avoir pour

objet que les parties de l'ordonnance relatives aux mesures provisoires. La permission d'assigner n'est susceptible d'aucun recours.

Nous rappelons qu'aux termes de l'art. 238 al. 8, les mesures provisoires prescrites par le président cessent de plein droit lorsque le demandeur n'use pas de la permission d'assigner dans les vingt jours de l'ordonnance.

508. « *Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme* » (art. 238 al. 5).

Par suite de l'introduction de l'instance en divorce devant le tribunal, le président perd donc les pouvoirs qu'il tenait de l'art. 238 al. 2. C'est désormais au tribunal qu'il appartient d'ordonner les mesures provisoires que les circonstances rendent nécessaires.

Mais ici se présente une difficulté. Les mesures provisoires ordonnées par le président peuvent, nous venons de le voir, être l'objet d'un appel devant la cour. Or il est possible, et c'est même ce qui arrivera le plus souvent, que la cour n'ait pas encore statué au moment où le tribunal sera saisi de la demande principale. L'introduction de cette demande aura-t-elle pour conséquence de dessaisir la cour de l'appel porté devant-elle? L'affirmative a été soutenue par le rapporteur de la loi de 1886; mais la discussion au cours de laquelle se produisit cette affirmation est d'une obscurité telle qu'il est impossible d'y trouver des éléments certains de décision. Il faudrait un texte formel pour qu'une juridiction valablement saisie fût ainsi dessaisie de plein droit par un événement ultérieur. En l'absence d'un pareil texte, la cour conserve, croyons-nous, le droit de statuer, à moins que l'appelant ne se désiste de son appel, ce qu'il aura du reste tout intérêt à faire, non seulement pour éviter des frais, mais encore parce que la décision de la cour ne présente plus que peu d'intérêt une fois que le tribunal est saisi, celui-ci demeurant libre de s'écarter de cette décision par cela même qu'il s'agit de mesures provisoires toujours susceptibles d'être modifiées et rétractées suivant les circonstances (1).

Par exception à la règle que le tribunal une fois saisi a seul qualité pour ordonner les mesures provisoires, le président conserve, pendant la durée de l'instance, le droit de statuer en référé sur la résidence de la femme. Cette résidence ne peut être changée qu'avec son autorisation.

L'obligation pour la femme de résider au lieu qui lui a été assigné, à moins qu'elle ne soit autorisée à le quitter, reçoit une double sanction. L'art. 241, reproduisant littéralement l'ancien art. 269, porte en effet : « *La*

1) Cour de cass., 29 juin 1892, D. 92, 1, 553, S. 93, 1, 242. — *Contra* : Bordeaux, 12 mai 1896, D. 96, 2, 480; S. 97, 2, 92.

femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. » En permettant au mari de faire déclarer la femme non recevable à continuer ses poursuites, la loi n'entend pas dire que l'action de la femme pourra être déclarée éteinte, mais seulement qu'elle ne sera pas admise à l'exercer tant qu'elle n'aura pas régularisé sa situation en réintégrant la résidence abandonnée. Il s'agit donc d'une simple suspension momentanée des poursuites.

La disposition de l'art. 238 al. 5, conférant au tribunal le droit de statuer sur les mesures provisoires après l'introduction de l'instance, est complétée par celle de l'art. 240 qui fait du reste, à certains égards, double emploi avec elle. « *Le tribunal, dit cet article, peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants. — Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments, pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes. »*

La loi ne dit pas quelles sont les mesures provisoires qui peuvent être ordonnées en ce qui concerne les enfants. Elle s'en remet à la prudence des magistrats qui statueront, suivant les circonstances, au mieux des intérêts des enfants (1).

L'époux auquel le tribunal ne croit pas devoir confier la garde des enfants, et chacun des époux, si les enfants ont été remis aux mains d'une tierce personne, conserve le droit de surveiller leur entretien et leur éducation (arg. art. 303).

Les mesures relatives aux enfants peuvent être ordonnées par le tribunal soit d'office, soit sur les réquisitions du ministère public, soit sur la demande de l'un des époux ou d'un membre de la famille sans aucune limitation de degré. La loi multiplie, on le voit, les précautions pour que les intérêts des enfants ne soient pas oubliés.

Le tribunal, à partir du jour où il est saisi, est également compétent, dit l'art. 240 *in fine*, pour statuer sur les demandes relatives aux aliments, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes. *Sur les provisions*, par conséquent sur la provision *ad litem* destinée à permettre à l'époux, qui n'a pas de ressources suffisantes, de faire face aux frais du procès. L'art. 238 al. 2, par son silence, refuse au président le droit de

1) Cour de cass., 16 juillet 1888, D. 89, 1, 456, S. 90, 1, 317; — 28 février 1893, D. 93, 1, 206, S. 93, 1, 357; — 7 janvier 1901, D. 1901, 1, 32.

statuer sur cette provision, sans doute parce qu'elle n'est pas d'une nécessité aussi urgente que la pension alimentaire.

§ 2. — *Des mesures conservatoires relatives aux biens.*

509. « *L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en référer, prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. — Le même droit appartient à la femme même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. — Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets et valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement* » (nouvel art. 242).

Cet article reproduit en le complétant, l'ancien art. 270 et tranche plusieurs questions jadis controversées.

Tout d'abord, il reconnaît à l'un et à l'autre époux le droit de requérir des mesures conservatoires; l'art. 270 n'accordait textuellement ce droit qu'à la femme.

D'un autre côté, il permet à la femme de recourir à ces mesures quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, tandis que l'art. 270 ne parlait que de la femme commune en biens.

En troisième lieu, il exige formellement que les mesures conservatoires soient autorisées par la justice, ce que l'ancien texte avait omis d'indiquer.

Enfin, les termes de notre article, plus larges que ceux de l'art. 270, mentionnent l'apposition des scellés seulement à titre d'exemple, laissant au juge la faculté d'ordonner, le cas échéant, d'autres mesures telles que des *saisies-arrêts* entre les mains des débiteurs de la communauté ou de la femme, le versement de certains deniers communs à la caisse des dépôts et consignations, la remise à un notaire de tels ou tels titres, papiers ou documents visés à l'inventaire, etc. (1). Mais le juge ne saurait aller jusqu'à dépouiller entièrement le mari de l'administration des biens communs ou des biens dotaux pour la conférer à un administrateur provisoire. Il ne peut être pris à cet égard que des mesures de détail (2).

Par qui les mesures conservatoires doivent-elles être ordonnées? Est-ce par le tribunal ou par le président statuant soit comme conciliateur, soit comme juge des référés? Il est assez difficile de saisir sur ce point la pensée du législateur de 1886. La solution qui cadre le mieux avec les textes est

1) Cour de cass., 28 juin 1899, D. 99, 1, 447.

2) Cour de cass., 26 mars 1889, D. 89, 1, 144, S. 90, 1, 253; — Bordeaux, 11 janvier 1893, D. 93, 2, 518; — Paris, 30 octobre 1894, D. 95, 2, 223, S. 96, 2, 92.

que le droit d'ordonner ces mesures appartient jusqu'au moment où le tribunal est saisi, au président statuant comme juge des référés et, après que l'assignation est lancée, au tribunal. Le président n'a pas qualité pour statuer à cet égard comme conciliateur, les pouvoirs dont il est investi comme tel étant limités par l'art. 238 al. 2 aux mesures qui concernent la résidence de la femme, la garde des enfants, la pension alimentaire et la remise des effets personnels. Il cesse d'être compétent comme juge des référés une fois que le tribunal est saisi de la demande au fond, les art. 238 al. 5 et 240 conférant alors au tribunal le droit d'ordonner toutes les mesures provisoires autres que celles relatives à la résidence de la femme (1).

Les mesures conservatoires ne sont autorisées par le juge qu'à charge d'en référer, c'est-à-dire sous l'obligation pour les parties de revenir devant lui s'il surgit des difficultés sur leur application (2).

Sous le régime de communauté, le mari a le pouvoir d'obliger la communauté par ses actes et d'aliéner à titre onéreux les biens qui en dépendent (art. 1409 et 1421). Cela étant, il y a lieu de craindre, une fois que l'instance en divorce est engagée, qu'il n'abuse de ce pouvoir pour dépouiller frauduleusement la femme. L'art. 243, reproduisant textuellement l'ancien art. 271, dispose en conséquence. « *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'art. 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.* » C'est une application particulière du principe général formulé dans l'art. 1167, d'après lequel les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Bien que notre article ne parle que de l'aliénation des immeubles, il est certain que la femme aurait également le droit d'attaquer les aliénations mobilières. Mais, quelle que soit la nature des actes dont elle demande la nullité, elle ne peut réussir dans son action qu'autant que les conditions exigées de droit commun par l'art. 1167 se trouvent réunies. Si donc il s'agit d'actes à titre onéreux, il ne suffit pas que ces actes soient préjudiciables à la femme et qu'ils aient été accomplis par le mari avec l'intention de lui nuire, il faut en outre que celui avec lequel le mari a traité ait été complice de la fraude.

1) En sens contraire, Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. VI, § 1371, note 3. — Comp. Montpellier, 31 janvier 1895, D. 95, 2, 355; — Bordeaux, 12 mai 1896, D. 96, 2, 480, S. 97, 2, 192.

2) Garsonnet, § 1364, note 24 et § 1366, note 74.

SECTION IV

DES CAUSES D'EXTINCTION DE L'ACTION EN DIVORCE

510. Le nouvel art. 244, qui reproduit à peu près les anciens art. 272 et 273, mentionne deux causes d'extinction de l'action en divorce : *la réconciliation des époux et le décès de l'un d'eux.*

511. I. « *L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande. — Dans l'un et dans l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande* » (art. 244 al. 1 et 2).

La réconciliation des époux éteint l'action en divorce parce qu'elle implique la volonté de l'époux offensé de pardonner à son conjoint les actes dont celui-ci s'est rendu coupable, et par suite sa renonciation au droit de s'en prévaloir contre lui pour faire rompre leur union.

Elle peut être antérieure ou postérieure à l'introduction de la demande en divorce et s'appliquer à toutes les causes de divorce, même à la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (1).

Le plus souvent, la réconciliation est le résultat d'un accord entre les époux; elle est leur œuvre commune. L'époux outragé pardonne à son conjoint parce que celui-ci promet d'être désormais fidèle à ses devoirs. Mais il n'est nullement nécessaire que les choses se passent ainsi. La réconciliation peut exister par la seule volonté de l'époux outragé de pardonner les torts de son conjoint, indépendamment de tout engagement, de toute intervention de celui-ci. Elle est d'ailleurs d'ordinaire purement *tacite*, c'est-à-dire que son existence n'est révélée que par la manière d'agir de l'époux offensé. Il appartient alors aux juges d'apprécier si les faits dont on se prévaut pour l'établir ont ou non la signification et la portée qu'on leur attribue.

Parmi les faits impliquant la réconciliation des époux, il faut placer en première ligne la continuation ou le rétablissement de la vie commune, à moins que des circonstances particulières, telles que la situation misérable des époux, ne lui enlèvent sa signification naturelle (2). Le fait que la femme est devenue enceinte depuis les torts dont son mari s'est rendu coupable envers elle pourra également être considéré comme une marque de réconciliation, sans être non plus toujours et nécessairement décisif, les rapports conjugaux pouvant avoir été le résultat de violences ou de menaces exercées par le mari.

1) Toulouse, 7 juillet 1896, D. 86, 2, 209, S. 86, 2, 209.

2) Cour de cass., 11 décembre 1893, D. 94, 1, 341, S. 94, 1, 120.

La preuve de la réconciliation, dans le cas où son existence est contestée, se fait conformément au droit commun. Elle peut donc résulter de l'aveu du demandeur. L'aveu ne saurait ici inspirer la même défiance que lorsqu'il s'agit d'établir les faits sur lesquels est fondée la demande en divorce, attendu qu'il n'y a pas de collusion à redouter. Par la même raison, la réconciliation peut être prouvée par le serment.

Éteinte par la réconciliation, l'action en divorce renaît si l'époux qui a obtenu son pardon vient à se rendre coupable de torts nouveaux. Le pardon est alors considéré comme non venu et l'époux offensé reprend sa liberté d'action. La loi lui permet d'invoquer, pour appuyer sa demande en divorce, les faits anciens qui viendront ainsi corroborer les nouveaux et produiront le même effet que s'ils n'avaient pas été pardonnés (1). Peu importe d'ailleurs que les faits nouveaux soient ou non de la même nature que les anciens. Des excès, sévices ou injures graves feraient donc revivre des faits d'adultère précédemment pardonnés et réciproquement.

L'époux offensé conserve également le droit d'agir, malgré le pardon qu'il a accordé, s'il vient à découvrir à la charge de son conjoint des faits de nature à entraîner le divorce et dont il n'avait pas connaissance lors de la réconciliation (2).

512. II. L'action en divorce s'éteint en second lieu par le décès de l'un des époux. Elle ne saurait être intentée par les héritiers de l'époux outragé contre l'époux coupable, ou par l'époux outragé lui-même contre les héritiers de son conjoint, ni même être continuée lorsque le décès de l'un des époux se produit *pendente lite* (3). C'est une action essentiellement personnelle qui ne peut être exercée que par l'un des époux contre l'autre. Tendante en effet à la rupture du lien conjugal, elle n'a plus d'objet lorsque le mariage a cessé d'exister par le décès de l'un des conjoints. L'époux contre lequel le divorce est prononcé encourt il est vrai, ainsi que nous le verrons, certaines déchéances. Il perd tous les avantages que son conjoint lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage (art. 299). Les héritiers de l'époux offensé, et cet époux lui-même lorsque c'est lui qui survit, auraient donc intérêt à intenter ou à continuer le procès, afin de faire déclarer qu'il existait une cause légitime de divorce et de profiter des déchéances édictées par la loi. Mais ces déchéances ne forment pas l'objet de l'action en divorce, laquelle n'a nullement pour but de sauvegarder des intérêts pécuniaires, mais uniquement de mettre fin à une situation personnelle jugée

1) Cour de cass., 18 janvier 1881, D. 81, 1, 125, S. 81, 1, 209; — 24 juillet 1894, D. 95, 1, 87; — 18 décembre 1894, D. 95, 1, 260, S. 95, 1, 311; — 19 février 1895, D. 93, 1, 224, S. 95, 1, 176; — 21 déc. 1896, D. 97, 1, 232.

2) Cour de cass., 14 mars 1888, D. 88, 1, 271, S. 88, 1, 373.

3) Aix, 24 octobre 1894, D. 96, 2, 449.

intolérable; elles ne sont qu'un effet, une conséquence que la loi attache au divorce prononcé. En rendant impossible la rupture d'un lien qui n'existe plus, le décès de l'un des époux les rend par là même irréalisables. — Il y a aussi, quand le procès est déjà commencé, la question des dépens à régler. Ce règlement sera fait d'après les éléments que le tribunal a sous la main, sans qu'il soit nécessaire de continuer une action qui n'a plus d'objet (1).

Cette solution, qui avait jadis donné lieu à quelques difficultés en matière de séparation de corps, a été formellement consacrée par la loi du 18 avril 1886. Aux termes du dernier alinéa de l'art. 244, « *L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil.* » Mais la formule de la loi n'est pas rigoureusement exacte. Elle présente le décès de l'un des époux comme une cause d'extinction de l'action en divorce non seulement quand il se produit au cours de l'instance, mais encore quand il survient alors que le divorce est déjà prononcé et qu'il ne reste plus qu'à faire transcrire le jugement sur les registres de l'état civil. Or, dans ce dernier cas, l'action est déjà éteinte lors du décès; elle est éteinte par le jugement prononçant le divorce. Le décès de l'un des époux a seulement pour effet de rendre impossible l'accomplissement d'une formalité requise pour l'efficacité du jugement.

513. La réconciliation des époux et la mort de l'un d'eux sont-elles les seules causes d'extinction de l'action en divorce? Ne faut-il pas y ajouter la réciprocité des torts et la prescription?

D'abord la réciprocité des torts. Un époux sera-t-il recevable à demander le divorce s'il s'est lui-même rendu coupable de faits semblables à ceux qu'il reproche à son conjoint, ou de faits d'une nature différente, mais qui formeraient également contre lui une cause de divorce?

Il y a un cas qui ne nous paraît pas présenter de difficulté. C'est celui où les époux ayant été condamnés l'un et l'autre à une peine afflictive et infamante, l'un d'eux baserait sa demande en divorce sur la condamnation qui a frappé son conjoint. Il est généralement admis que cette demande devrait être déclarée non recevable. En effet le motif sur lequel repose la disposition de l'art. 232 fait alors défaut; la flétrissure étant commune, les époux n'ont rien à se reprocher. D'un autre côté, le texte même de cet article prouve qu'il n'est pas applicable, puisqu'il parle de la condamnation de *l'un des époux* à une peine afflictive et infamante, excluant ainsi le cas où tous les deux ont été frappés d'une semblable condamnation.

Mais, en dehors de cette hypothèse, la question de savoir si la réciprocité des torts fait échec à l'action en divorce a jadis donné lieu à discussion surtout au cas d'adultère. L'opinion qui l'emportait en doctrine et en juris-

1) Baudry-Lacantinerie, n° 793.

prudence se prononçait pour la négative. Cette solution est aujourd'hui unanimement admise, la loi du 18 avril 1886, en abrogeant les art. 308 et 309 du code civil, ayant détruit le principal argument de la thèse contraire. Les art. 229, 230 et 231 disposent que l'adultère, les excès, sévices ou injures graves sont pour les époux des causes réciproques de divorce. Lors donc que l'un des époux invoque et établit l'existence de l'une de ces causes, il est fondé à obtenir le divorce, à moins qu'un autre texte ne lui retire le droit qu'il tient de ces articles. Or aucun texte ne déclare la demande en divorce non recevable à raison de la réciprocité des torts. Donc cette fin de non-recevoir n'existe pas. L'esprit de la loi conduit à la même conclusion. Le divorce, dans la pensée du législateur, n'est point une institution destinée à récompenser la vertu; c'est un remède suprême mis à la disposition des ménages désunis, des époux pour lesquels la vie commune est devenue insupportable. Or la circonstance que les époux manquent l'un et l'autre à leurs devoirs, que chacun d'eux a des motifs de haine contre l'autre, n'est pas de nature à rendre la vie commune plus facile. Elle ne saurait donc faire obstacle au divorce. — Il serait sans doute injuste, quand les époux sont également coupables, que l'un d'eux obtînt le bénéfice du divorce et fit encourir à son conjoint les déchéances résultant du jugement sans les subir lui-même. Mais il y a un moyen bien simple d'éviter ce résultat : que le défendeur réponde à l'action de son conjoint par une demande reconventionnelle. Le divorce sera alors prononcé contre l'un et l'autre époux, et par suite chacun d'eux encourra les déchéances qui y sont attachées.

De ce que la réciprocité des torts ne constitue pas une fin de non recevoir contre la demande en divorce, il ne s'ensuit pas du reste qu'elle soit sans influence aucune sur le sort de cette demande. Lorsque le divorce est demandé pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, les juges, pour apprécier la gravité des faits reprochés au défendeur, doivent tenir compte des circonstances dans lesquelles ces faits se sont produits. Or, au nombre de ces circonstances, il faut placer la conduite du demandeur lui-même qui peut atténuer dans une certaine mesure les torts du défendeur (1). Ainsi des injures adressées par la femme à son mari pourraient être déclarées trop peu graves pour entraîner le divorce à raison de la provocation qui résulterait de certains actes du mari.

Quant à la prescription, il nous paraît certain, malgré les dissidences qui se sont produites sur ce point, qu'elle ne constitue pas non plus une cause d'extinction de l'action en divorce. Il s'agit en effet d'une action relative à l'état des personnes et la prescription est inapplicable en pareille matière. Des faits remontant à plus de trente ans pourront donc être invoqués à l'appui

1) Cour de cass., 6 décembre 1897, D. 98, 1, 77, S. 98, 1, 320.

d'une demande en divorce, en supposant d'ailleurs que les circonstances de la cause ne permettent pas d'admettre qu'il y a eu réconciliation. C'est là sans doute une hypothèse qui n'est pas de nature à se présenter fréquemment, mais dont la pratique offre cependant des exemples. Ainsi deux époux, à la suite de faits pouvant entraîner le divorce, se sont séparés de fait afin d'éviter l'éclat et le scandale d'un procès. Après trente années de séparation, l'époux coupable prétend obliger son conjoint à reprendre la vie commune. Celui-ci pourra se soustraire à cette obligation en faisant prononcer le divorce (1).

CHAPITRE III

DES EFFETS DU DIVORCE

514. Le divorce a pour principal effet de dissoudre le mariage. Il entraîne en outre certaines déchéances contre l'époux coupable.

SECTION I

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

515. Par le divorce, le mariage cesse d'exister et de produire ses effets légaux. Mais les effets qu'il a produits dans le passé sont maintenus. A la différence du mariage annulé, lequel est considéré comme non venu, le mariage dissous par le divorce ne cesse d'exister que pour l'avenir ; le passé demeure intact.

Pour se rendre un compte exact de la situation créée par le divorce, il convient d'envisager successivement les conséquences de la dissolution du mariage dans les rapports des époux entre eux et dans les rapports des époux avec leurs enfants.

§ 1. — *Des conséquences de la dissolution dans les rapports des époux entre eux.*

516. Entre les époux, le divorce met fin pour l'avenir aux droits et aux devoirs résultant du mariage. Aux yeux de la loi, les divorcés ne sont plus époux ; ce sont d'anciens époux, qui ont recouvré l'un vis à vis de l'autre une pleine et entière liberté. De là les conséquences suivantes :

1° Les époux divorcés ne se doivent plus secours et assistance. Nous verrons toutefois que l'art. 301 admet une restriction à cette règle au profit de celui des conjoints qui a fait prononcer le divorce.

2° La femme cesse d'être soumise à la puissance maritale et l'incapacité

1) Trib. de Rambouillet, 3 août 1894, D. 95, 2, 294, S. 95, 2, 55.

dont elle était frappée disparaît. Sa capacité est désormais la même que si elle était fille ou veuve.

3° Les conventions matrimoniales sont dissoutes. Si les époux étaient communs en biens, on procède à la liquidation et au partage de la communauté. S'ils étaient mariés sous un autre régime, ce régime cesse également de produire ses effets ; la femme reprend ses biens dont le mari avait pendant le mariage l'administration et la jouissance.

4° A la mort de l'un des époux divorcés, l'autre n'a aucun droit à sa succession (art. 767) et il ne peut réclamer sur les œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques du prédécédé le droit de jouissance établi par la loi du 14 juillet 1866. La femme, lorsque c'est elle qui survit, n'a pas droit à la pension de retraite que la loi accorde dans certains cas à la veuve.

5° Les époux divorcés sont libres de contracter chacun de son côté une nouvelle union. Mais cette faculté reçoit des art. 296 et 298 une double limitation. « *La femme divorcée*, dit l'art. 296, *ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif.* » Cette règle, identique à celle que l'art. 228 édicte pour la femme veuve, a principalement pour but d'éviter la confusion de part, *turbatio sanguinis*. Formulée en termes absolus, elle doit être appliquée même dans le cas où le divorce est prononcé, en vertu de l'art. 310, à la suite d'une séparation de corps qui a duré trois ans. Logiquement, le législateur aurait dû la faire fléchir en pareil cas. Les dix mois commencent à courir du jour où le divorce est devenu définitif, c'est-à-dire du jour de la transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil (1). Le mariage contracté par la femme avant l'expiration du délai serait d'ailleurs inattaquable, l'empêchement établi par l'art. 296 n'étant que prohibitif.

Aux termes de l'art. 298, « *Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se remarier avec son complice.* » Cette disposition qui avait été supprimée par la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 27 juillet 1884, fut ensuite rétablie par le Sénat. On n'a pas voulu que l'époux dont la conduite a donné lieu au divorce trouvât dans le jugement qui le frappe un moyen de satisfaire sa passion coupable. Mais, cette fois encore, l'empêchement n'est que prohibitif. Si donc le mariage venait à être célébré, il subsisterait au mépris de la morale publique (2).

517. Le divorce n'ayant d'effet que pour l'avenir laisse subsister l'alliance produite par le mariage dissous et les empêchements qui en dérivent.

1) Trib. de la Seine, 16 mai 1895, D. 96, 2, 246; — Paris, 3 mai 1899, D. 1900, 2, 177.

2) Trib. de la Seine, 20 mai 1896, D. 99, 2, 50; — Paris, 3 mars 1897, D. 97, 2, 489, S. 97, 2, 102.

Un divorcé ne saurait donc, sans dispenses du chef de l'Etat, épouser le frère ou la sœur de son premier conjoint (1).

518. Le code interdisait aux époux divorcés de se remarier entre eux. La rupture du lien conjugal était perpétuelle, irrévocable. « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir », disait l'ancien art. 295. Treilhard, dans l'*Exposé des motifs* du titre du divorce, expliquait ainsi cette interdiction : « Le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les époux est impossible ; cette impossibilité une fois constante, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action qu'ils vont tenter, qu'ils n'ignorent pas que le lien sera rompu sans retour, et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères, pour reprendre ensuite la vie commune quand ils se croiraient suffisamment corrigés. » Portalis déclarait de son côté qu'on doit défendre aux époux divorcés de se réunir « afin qu'ils ne se jouent pas du divorce comme ils se sont joués du mariage. » Les abus commis sous l'empire de la loi de 1792 pouvaient, lors de la confection du code civil, justifier des craintes qui paraissent aujourd'hui exagérées. Les auteurs de la loi de 1884 ont pensé qu'en présence de la stricte limitation des cas de divorce et de la suppression du divorce par consentement mutuel, il n'y avait pas de raison pour maintenir la prohibition absolue établie par le code et ils ont substitué à l'ancien texte de l'art. 295 la disposition suivante, qui, sous certaines conditions, laisse une porte ouverte au repentir et au pardon : « *Les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. — Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire. — Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originellement leur union. — Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion.* »

D'après le texte voté d'abord par la Chambre des députés, tout nouveau mariage contracté depuis le divorce par l'un ou l'autre des anciens époux faisait obstacle au rétablissement de leur union, alors même que ce second mariage s'était dissous par le décès du nouveau conjoint de l'époux divorcé. Cette rédaction fut amendée au Sénat par l'adjonction des mots : *suivi d'un second divorce*. Un nouveau mariage contracté par l'un des époux

1) Trib. de la Seine, 26 juillet 1894, D. 95, 2, 6; — 12 juin 1896, D. 96, 2, 453; — Paris, 18 mars 1897, D. 97, 2, 200.

divorcés ne rend donc impossible le rétablissement de l'union primitive qu'autant qu'il a été lui-même dissous par le divorce. En interdisant à l'époux divorcé qui s'est remarié et qui a ensuite divorcé avec son nouveau conjoint de se réunir au premier, la loi a été guidée par la crainte que le désir de rétablir l'union primitive n'amènât l'époux remarié à faire naître des causes de divorce afin de briser l'union nouvelle.

Les époux divorcés qui veulent se réunir doivent faire procéder à une nouvelle célébration de leur mariage devant l'officier de l'état civil. Il ne leur suffirait pas pour le faire revivre de reprendre la vie commune. Le lien qui les unissait ayant été légalement rompu par le divorce, il est nécessaire de le reformer. Ils doivent par suite satisfaire à toutes les conditions de fond et de forme requises pour la validité du mariage.

La loi leur défend d'adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union. A ce point de vue elle traite donc la réunion non comme un nouveau mariage mais comme la restauration de l'ancien. On a dit pour justifier cette dérogation aux principes de la matière qu'elle a pour but de prévenir le calcul frauduleux d'époux qui recourraient au divorce pour faire tomber leurs conventions matrimoniales, déclarées irrévocables par l'art. 1395, avec l'intention de se réunir ensuite en adoptant un nouveau régime jugé par eux plus avantageux. Mais quels sont les époux qui voudraient affronter le scandale d'un divorce pour aboutir à un pareil résultat?

L'art. 295 dispose enfin que la nouvelle union des époux divorcés n'est pas susceptible d'être rompue par le divorce, sauf dans le cas d'une condamnation à une peine afflictive et infamante encourue par l'un d'eux. En dehors de cette hypothèse, les époux réunis ne peuvent donc recourir qu'à la séparation de corps et il est clair qu'ils ne seraient pas alors admis à se prévaloir à la disposition de l'art. 310 pour obtenir au bout de trois ans la conversion de la séparation en divorce.

519. Il est d'usage, sans qu'il existe à ce sujet aucune prescription légale, que la femme prenne en se mariant le nom de son mari. Le divorce a-t-il pour effet de lui enlever le droit de porter ce nom et de l'obliger à reprendre son nom de fille? Dans certains pays le mari ajoute à son nom celui de sa femme. Devra-t-il, après le divorce, abandonner ce nom? Le code et la loi du 27 juillet 1884 ne s'étaient pas expliqués sur ce point. Au cours de la discussion de cette dernière loi à la Chambre des députés, M. de la Rochefoucauld avait proposé un amendement ainsi conçu : « La femme divorcée ne pourra, à dater de la prononciation du divorce dans les formes prescrites par l'art. 294, porter le nom de son mari. » Mais cet amendement, d'abord repoussé comme inutile par la commission, puis accepté par elle, avait été finalement rejeté par la Chambre, sans que les débats permettent de saisir clairement les motifs de cette résolution. Dans ces conditions,

les tribunaux s'étaient divisés. Les uns décidaient que le divorce avait pour conséquence naturelle et nécessaire de rendre à chacun des époux la disposition et l'usage exclusif de son nom (1). Les autres concluaient du silence de la loi que la question ne comportait pas de solution absolue et qu'il appartenait aux magistrats de la trancher d'après les circonstances particulières de chaque espèce (2). En vertu du pouvoir discrétionnaire qu'ils s'attribuaient ainsi, certains tribunaux avaient maintenu la femme divorcée en possession du nom de son mari à raison de l'intérêt qu'elle avait à le conserver, parce qu'elle avait fondé sous ce nom un établissement de commerce ou s'était fait une réputation dans les lettres ou dans les arts; d'autres lui en avaient au contraire interdit l'usage, soit parce que les faits relevés contre elle donnaient lieu de craindre qu'elle y attachât une déconsidération nuisible au mari et aux enfants, soit parce qu'elle n'avait aucun intérêt à le porter et que le mari s'opposait à ce qu'elle le conservât.

La loi du 6 février 1893 a mis fin à ces divergences en ajoutant à l'art. 299 la disposition suivante : « *Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom.* » La formule est impérative. Ce n'est pas une simple faculté pour les époux divorcés de reprendre l'usage de leur nom personnel et d'abandonner celui de leur ex-conjoint; c'est une obligation. Le divorce a de plein droit pour effet de restituer à chacun d'eux le nom qui lui appartenait avant le mariage et d'enlever à l'autre époux le droit de porter ce nom (3).

§ 2. — *Des conséquences de la dissolution du mariage dans les rapports des époux avec leurs enfants.*

520. Les enfants issus du mariage dissous par le divorce, conservent, avec leur qualité d'enfants légitimes, les droits et les obligations attachés à cette qualité. L'art. 304 s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « *La dissolution du mariage par le divorce admis en justice, ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.* » Si les rédacteurs du code ont cru devoir s'expliquer formellement sur ce point, bien qu'il allât de soi, c'est à cause de la différence existant sous ce rapport entre le divorce pour causes déterminées

1) Trib. de Lyon, 4 mars 1886, D. 89, 2, 9, S. 86, 2, 119; — Dijon, 27 juillet 1887, S. 88, 2, 17.

2) Trib. de Toulouse, 18 mai 1886, D. 89, 2, 9, S. 86, 2, 119; — Nîmes, 8 août 1887, D. 89, 2, 9, S. 88, 2, 20; — Cour de cass., 6 février 1889, D. 90, 1, 269, S. 91, 1, 379; — Poitiers, 11 juillet 1892, D. 94, 2, 149, S. 92, 2, 284.

3) Trib. de la Seine, 2 novembre 1895, D. 96, 2, 152.

et le divorce par consentement mutuel. Dans ce dernier cas, les époux divorcés perdaient immédiatement la propriété de la moitié de leurs biens, laquelle était acquise de plein droit aux enfants nés de leur mariage (art. 305, abrogé par la loi de 1884).

521. De leur côté, les époux divorcés conservent vis-à-vis de leurs enfants les droits et les obligations inhérents à leur titre de père et mère légitimes. Toutefois, la puissance paternelle dont ils sont investis peut, par suite du divorce, se trouver modifiée dans son exercice. Bien que cette puissance appartienne à la mère aussi bien qu'au père, elle est, pendant le mariage, exercée par le père seul (art. 373). Pour assurer l'unité de direction, il est en effet nécessaire que l'un des parents ait la prééminence sur l'autre et cette prééminence revient naturellement au père, chef de l'association conjugale et déjà investi de la puissance maritale. Le divorce une fois prononcé, l'intérêt des enfants exige toujours que la puissance paternelle soit exercée par un seul; mais il n'y a plus de raison pour en attribuer de plein droit l'exercice au père, la mère n'étant plus désormais soumise à son autorité. La loi dispose en conséquence que les enfants doivent en principe être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, celui-ci étant présumé plus digne de diriger leur éducation que l'époux coupable. Mais comme l'application rigoureuse et aveugle de cette règle pourrait, dans certains cas, être préjudiciable aux enfants, il est loisible au tribunal de s'en écarter, sur la demande de la famille ou du ministère public, et de confier les enfants ou quelques-uns d'entre eux à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, ou même à une tierce personne, si le père et la mère ne paraissent offrir ni l'un ni l'autre des garanties suffisantes. Telle est la disposition de l'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'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.* »

Que faut-il entendre ici par le mot *famille*? S'agit-il du conseil de famille tel qu'il est organisé au titre *de la Tutelle*? Il est difficile de le croire, car tant que la tutelle n'est pas ouverte, il n'existe pas à proprement parler de conseil de famille. Le mot *famille* doit être entendu ici dans son sens le plus large, pour désigner tous les parents. Chacun d'eux individuellement a le droit de solliciter, dans l'intérêt des enfants, l'intervention du tribunal. Cette interprétation est confirmée par la loi du 18 avril 1886 qui a modifié en ce sens les termes de l'art. 240 (1).

« *Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien*

1) Paris, 17 juillet 1886, D. 87, 2, 211, S. 88, 2, 129. — Cour de cass., 28 février 1893, D. 93, 1, 279, S. 93, 1, 357.

et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés » (art. 303). Ce droit de contrôle et de surveillance appartient donc à celui des parents auquel les enfants n'ont pas été remis, et à tous les deux quand les enfants ont été confiés à une tierce personne. Il a pour sanction la faculté de recourir aux tribunaux pour faire ordonner telle mesure nouvelle ou modifier les mesures déjà prises. On conçoit aisément à quels tiraillements une pareille situation doit donner lieu.

Les art. 302 et 303 se réfèrent uniquement au droit de garde et au droit ou plutôt au devoir d'éducation. Mais ce ne sont pas là les seuls attributs de la puissance paternelle. Elle comporte en outre le droit de correction, le droit d'administrer les biens personnels des enfants et le droit de jouir de ces biens jusqu'à ce que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans. Quelles sont les conséquences du divorce en ce qui concerne ces divers droits?

Le droit de correction étant le corollaire et le complément du droit de garde et d'éducation appartient, croyons-nous, à celui des parents qui a la garde des enfants. S'ils ont été confiés au père, celui-ci conserve le droit de correction tel qu'il l'avait pendant le mariage, sous la surveillance de la mère. S'ils ont été remis à la mère, celle-ci, à moins qu'elle n'agisse d'accord avec le père, ne pourra exercer le droit de correction que sous les restrictions établies par l'art. 381.

Dans le cas où les enfants ont été confiés à une tierce personne, il nous paraît impossible, dans le silence de la loi, d'attribuer le droit de correction à cet étranger qui n'a aucune autorité morale pour l'exercer. Si la loi avait entendu le lui conférer, elle n'aurait pas manqué de déterminer les conditions dans lesquelles il aurait été admis à l'exercer et d'établir des garanties en faveur des enfants (arg. art. 468). Ce droit reste donc entre les mains des parents qui doivent se mettre d'accord pour l'exercer.

La loi ne s'est pas expliquée sur l'administration des biens des enfants et elle se borne à dire, quant à la jouissance légale, que cette jouissance n'a pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé (art. 386). Le droit de jouissance légale étant établi comme compensation des charges qu'impose aux parents l'éducation de leurs enfants, nous en concluons que lorsque le divorce est prononcé contre le mari, la déchéance encourue par lui n'a pas pour effet de restituer aux enfants la jouissance de leurs biens, mais de transporter cette jouissance à la mère (1).

L'ex-époux qui a la jouissance des biens de ses enfants en a par là même l'administration (2). Mais si la jouissance légale est éteinte, soit que le

1) Demante, t. II, n° 131 bis, I; Laurent, t. III, n° 296. — Trib. de la Seine, 25 nov. 1896, D. 97, 2, 297.

2) Paris, 15 déc. 1886, S. 83, 2, 217; — Grenoble, 24 juillet 1900, D. 1901, 2, 121.

divorce ait été prononcé contre les deux époux à la fois, soit que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans, par qui ces biens seront-ils administrés? Nous ne voyons d'autre solution possible que la désignation d'un administrateur par le tribunal, lequel pourra, bien entendu, faire porter son choix sur le père ou la mère. L'administration légale établie par l'art. 389 n'existant que pendant le mariage a en effet pris fin par le divorce, et il n'y a pas de tutelle tant que le père et la mère sont vivants.

Les mesures prescrites par le tribunal en ce qui concerne les enfants des époux divorcés ont un caractère essentiellement provisoire. La famille et le ministère public peuvent toujours demander qu'elles soient modifiées dans l'intérêt des enfants (1). Le tribunal compétent pour statuer à cet égard est celui qui a prononcé le divorce et ordonné les mesures, alors même que les parents ou l'un d'eux auraient transporté leur domicile dans le ressort d'un autre tribunal (2).

A la mort de l'un des époux divorcés, le survivant devient de plein droit le tuteur de ses enfants mineurs non émancipés et il exerce désormais sur eux la puissance paternelle. Il en est ainsi alors même que la garde des enfants lui avait été enlevée, sauf aux ayant-droit à provoquer, s'il y a lieu, sa déchéance ou sa destitution (3).

SECTION II

DES DÉCHÉANCES RÉSULTANT DU DIVORCE

522. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé est frappé par la loi de deux déchéances.

La première nous est déjà connue. Elle fait l'objet de l'art. 386, aux termes duquel l'époux qui a encouru le divorce perd le droit de jouissance légale qu'il pouvait avoir sur les biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans.

La seconde est édictée par l'art. 299 ainsi conçu : « *L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage.* » Avant la loi du 27 juillet 1884, cet article était rédigé de la façon suivante : « 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

1) Cour de cass., 4 juillet 1893, D. 94, 1, 23, S. 93, 1, 424 ; — Agen, 5 février 1900, D. 1900, 2, 324.

2) Orléans, 8 janvier 1885, D. 86, 2, 83, S. 85, 2, 45. — Cours de cass., 28 février 1893, D. 93, 1, 279.

3) Huc, t. II, n° 434. — Cour de cass., 13 août 1884, D. 85, 1, 40, S. 85, 1, 80 ; — Paris, 24 juin 1892, D. 93, 2, 81, S. 93, 2, 328.

avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. » La principale modification apportée par le législateur de 1884 au texte primitif consiste donc d'une part dans la suppression des mots : *hors le cas de consentement mutuel*, le divorce ne pouvant aujourd'hui s'opérer de cette manière, et, d'autre part, dans la substitution du mot *prononcé* au mot *admis*. Cette substitution a eu pour but de mettre fin à une difficulté soulevée par l'ancienne rédaction. On s'était demandé si la déchéance résultait de la décision judiciaire admettant le divorce, ou seulement de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. La loi de 1884 a consacré cette dernière solution. Mais, depuis lors, une modification s'est produite dans les formes du divorce. En vertu de la loi du 18 avril 1886, il n'y a plus de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Cette formalité a été remplacée par la transcription sur les registres de l'état civil du jugement ou de l'arrêt du divorce. C'est donc aujourd'hui cette transcription qui fait encourir à l'époux coupable la déchéance édictée par l'art. 299. D'où cette conséquence que la déchéance n'a pas lieu si la transcription n'est pas opérée dans le délai légal ou si l'un des époux vient à mourir dans ce délai, avant qu'elle ait été effectuée.

La déchéance infligée à l'époux coupable s'applique à tous les avantages que son conjoint lui avait faits soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Elle porte d'abord sur les avantages faits par contrat de mariage. Le mot *avantages* dont se sert la loi est une expression générique comprenant, outre les donations proprement dites faites par l'époux innocent à l'époux coupable, tout enrichissement que ce dernier est appelé à réaliser aux dépens du patrimoine de son conjoint, en vertu d'une disposition spéciale et expresse du contrat de mariage. Ainsi le *préciput* n'est une donation ni quant au fond ni quant à la forme ; mais c'est certainement un avantage tombant par conséquent sous l'application de l'art. 299 (art. 1516 et 1518). Il en est de même de la clause attribuant la communauté tout entière au survivant des époux ou à tel époux s'il survit (art. 1525). Mais on admet généralement que l'art. 299 est inapplicable à l'enrichissement de l'époux coupable par l'appauvrissement de l'époux innocent, lorsque cet enrichissement résulte non d'une clause particulière et distincte du contrat de mariage, mais uniquement du régime matrimonial adopté par les époux. Ainsi deux époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale. L'un d'eux possède des biens meubles, tandis que l'autre n'en a pas. Le divorce prononcé contre celui-ci ne l'empêchera pas d'acquérir, par suite du partage de la communauté, la moitié du patrimoine mobilier de son conjoint (art. 1401 et 1474).

La déchéance édictée par l'art. 299 s'applique en second lieu aux avantages faits *depuis le mariage*, c'est-à-dire aux libéralités entre vifs ou testa-

mentaires faites au cours de l'union conjugale par l'époux innocent à l'épouse coupable. A la différence des avantages faits par contrat de mariage, lesquels sont irrévocables (art. 1395), ces libéralités sont révocables au gré du disposant (art. 1035 et 1096). Il semble dès lors que le législateur aurait pu se dispenser d'en prononcer lui-même la révocation et laisser ce soin à l'époux offensé. Son intervention a sans doute eu pour but d'assurer à tout événement le châtiment du coupable, certaines circonstances exceptionnelles pouvant empêcher l'époux offensé d'exercer son droit de révocation. La révocation ayant lieu de plein droit, si le disposant venait à mourir laissant les choses par lui données entre les mains du donataire, ses héritiers pourraient les revendiquer pendant trente ans à compter de la transcription du divorce.

Il va sans dire que, malgré la révocation, l'époux offensé demeure libre de rendre à son ex-conjoint les biens dont il avait disposé à son profit; mais il devra alors faire une nouvelle disposition dans les formes légales, celle qu'il avait faite n'existant plus.

La révocation prononcée par l'art. 299 n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Lors donc qu'il s'agit de biens donnés entre vifs, elle ne fait pas tomber les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par l'époux donataire antérieurement à la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, la peine devant être personnelle comme la faute. L'époux qui a obtenu le divorce reprend les biens par lui donnés tels qu'ils se trouvent lors de la transcription, sauf à réclamer au donataire une indemnité à raison du préjudice que lui font éprouver les actes de celui-ci.

523. Aux termes de l'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.* » Mais rien n'est changé au caractère de ces avantages qui restent après le divorce ce qu'ils étaient auparavant. Si donc ils sont révocables par leur nature, comme le sont les donations faites pendant le mariage, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé conserve le droit de les révoquer, et il s'empressera le plus souvent d'user de ce droit. Le but de l'art. 300 n'est pas d'assurer à l'époux qui a obtenu le divorce la conservation des avantages qu'il a reçus de son conjoint, mais seulement d'indiquer qu'à la différence de ceux qu'il a faits lui-même ces avantages ne sont pas révoqués de plein droit.

524. Aux déchéances dont il vient d'être parlé, l'art. 301 ajoute une dernière peine infligée à l'époux dont la conduite a donné lieu au divorce : « *Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet*

autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. »

L'époux au profit duquel le divorce a été prononcé est fondé à obtenir une pension de son conjoint alors même qu'il aurait des parents tenus vis-à-vis de lui de l'obligation alimentaire en vertu des art. 205 et suivants.

Cette pension lui est due non en vertu du devoir de *secours* imposé aux époux par l'art. 212, ce devoir ayant pris fin par suite de la rupture du lien conjugal, mais à titre d'indemnité du préjudice que lui fait éprouver la dissolution du mariage. Si le mariage avait subsisté, l'époux offensé aurait été à l'abri du besoin, son conjoint étant tenu de lui fournir des aliments. En le mettant dans la nécessité de recourir au divorce, l'inconduite de celui-ci lui a donc causé un préjudice qui doit être réparé (art. 1382).

Comme toute pension alimentaire, celle qui fait l'objet de l'art. 301 doit être fixée d'après l'état et la condition de l'époux qui a droit aux aliments et la fortune de celui qui doit les fournir, avec cette restriction toutefois qu'elle ne peut pas excéder le tiers des revenus de l'époux débiteur. Le chiffre primitivement fixé est d'ailleurs susceptible d'être ultérieurement augmenté ou diminué suivant les changements qui surviennent dans la situation du créancier ou du débiteur.

La pension alimentaire peut être allouée soit par le jugement qui prononce le divorce, soit par un jugement postérieur. Mais la jurisprudence exige, pour qu'elle puisse être accordée postérieurement au divorce, que l'époux qui la demande soit dans le besoin au moment où le divorce a été prononcé. Cet époux n'est pas admis à réclamer des aliments à son ex-conjoint lorsque son indigence est survenue postérieurement au divorce, parce que la dette alimentaire ayant été éteinte par la dissolution du mariage, il ne peut plus être question de la faire revivre (1). N'est-ce pas méconnaître le caractère de la pension alimentaire établie par l'art. 302? Il ne s'agit point de continuer et de prolonger l'obligation alimentaire dont les époux sont réciproquement tenus pendant le mariage en vertu de l'art. 212, mais d'indemniser l'époux innocent privé de ressources par la faute de son conjoint. Or le préjudice dont la pension alimentaire est la réparation existe quelle que soit l'époque à laquelle le besoin vient à se révéler (2).

Par le même motif nous inclinons à penser que l'obligation alimentaire établie par l'art. 301 ne prend pas fin par le décès de l'époux débiteur et qu'elle passe à ses héritiers. Si le divorce n'avait pas eu lieu, l'époux survivant aurait eu en effet des droits sur la succession de son conjoint (art. 767).

1) Cour de cass., 24 nov. 1886, D. 87, 1, 335, S. 88, 1, 433; — 27 janvier 1891, D. 91, 1, 461, S. 91, 1, 72; — Paris, 16 juin 1888, S. 89, 2, 103.

2) Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 890.

Le préjudice que le divorce lui fait éprouver subsiste donc après le décès de celui-ci (1).

Lorsque, par suite d'une demande reconventionnelle, le divorce est prononcé à la fois contre les deux époux qui se sont rendus coupables l'un et l'autre de faits de nature à le motiver, chacun d'eux subit également les déchéances légales et ils ne peuvent ni l'un ni l'autre réclamer une pension alimentaire.

CHAPITRE IV

DE LA SÉPARATION DE CORPS

SECTION I

DES CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS

525. A la différence du divorce qui pouvait, sous l'empire du code civil, avoir lieu soit pour causes déterminées, soit par consentement mutuel, la séparation de corps n'a jamais pu s'opérer par consentement mutuel. On a donné divers motifs de cette différence. Elle tient très probablement à l'origine même de la séparation de corps. La séparation a été introduite par la législation canonique, laquelle ne l'admet que pour causes déterminées. Le code l'ayant autorisée surtout par respect pour la liberté de conscience des époux catholiques, a dû naturellement la maintenir telle que l'Église l'avait organisée. Il convient d'ajouter que la séparation de corps emportant séparation de biens, il eût été à craindre, si elle avait pu avoir lieu par consentement mutuel, que des époux eussent recours à ce moyen pour éluder la règle qui interdit tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage. Il est sans doute loisible à deux époux de vivre séparés, si telle est leur volonté commune; mais cette séparation de fait n'entraîne aucune conséquence juridique et chacun d'eux peut toujours, si bon lui semble, exiger le rétablissement de la vie commune.

526. Les causes qui permettent de demander la séparation de corps sont les mêmes que celles qui peuvent servir de fondement à une demande en divorce. L'époux offensé a le choix absolu entre l'action en divorce et l'action en séparation. « *Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce, dit le nouvel art. 306, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps.* » Il suit de là que les modifications apportées par la loi du 26 juillet 1885 aux art. 229 à 232 qui déterminent les causes de divorce s'appliquent également à la séparation. La femme peut donc aujour-

1) Lyon, 4 juin 1892, D. 93, 2, 32, S. 93, 2, 60.

d'hui demander la séparation contre son mari pour cause d'adultère, encore qu'il n'ait pas tenu sa concubine dans la maison conjugale. D'un autre côté, la condamnation de l'un des époux à une peine simplement infamante ne constitue plus une cause péremptoire de séparation.

La loi du 27 juillet 1884 a abrogé les art. 308 et 309 relatifs à l'emprisonnement à infliger par le tribunal civil à la femme contre laquelle la séparation de corps était prononcée pour cause d'adultère. L'adultère demeure, nous le savons, un fait délictueux, mais sa répression, organisée par les art. 336 à 339 du code pénal, est confiée à la juridiction répressive et n'a plus rien de commun avec l'action en divorce ou en séparation de corps.

SECTION II

DE LA PROCÉDURE DE LA SÉPARATION DE CORPS

527. Avant la loi du 18 avril 1886, la procédure de la séparation de corps n'était réglée que par les art. 875 à 880 du code de procédure, dont la pratique s'efforçait de combler les lacunes au moyen d'emprunts faits à la procédure du divorce. Tout en consacrant cette extension à la séparation de corps des règles tracées pour le divorce, la loi de 1886, afin de prévenir les incertitudes qui s'étaient produites autrefois, a pris soin d'indiquer d'une façon précise les dispositions applicables à l'une et à l'autre procédure. Le nouvel art. 307 est ainsi conçu : « *Elle (la demande en séparation de corps) sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins, les art. 236 à 244 lui seront applicables : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.* » L'art. 248, modifié par loi du 6 février 1893 s'applique également à la séparation de corps. La procédure de la séparation est donc régie aujourd'hui par les règles du droit commun et par les dispositions combinées des art. 236 à 244, 248, 307 du code civil et des art. 875 à 880 du code de procédure.

528. L'époux qui veut former une demande en séparation de corps doit adresser au président du tribunal du domicile commun une requête énonçant sommairement les faits et accompagnée des pièces à l'appui, s'il y en a (art. 875 c. pr.). Il n'est pas nécessaire, comme pour les demandes en divorce, que cette requête soit présentée par le demandeur en personne, l'art. 307 ne renvoyant pas à l'art. 234. Si donc le demandeur ne peut pas se déplacer, le président n'a pas à se transporter près de lui.

En réponse à la requête, le président rend une ordonnance portant que les époux comparaitront devant lui au jour fixé par ladite ordonnance (art. 876 c. pr.). A la différence de ce qui a lieu en matière de divorce, la loi n'exige pas que la citation à comparaître soit notifiée par un huissier commis.

Les parties sont tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils (art. 877 c. pr.).

Le président fait aux deux époux, ou au demandeur seul si l'époux défendeur ne se présente pas, les observations qu'il croit propres à opérer un rapprochement. Si ses efforts demeurent infructueux, il rend une seconde ordonnance constatant la non-conciliation et renvoyant les parties à se pourvoir devant le tribunal. Après cette disposition, l'art. 878 du code de procédure 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 à l'usage journalier de la femme lui seront remis. » Depuis la loi du 18 avril 1886, le président n'a plus besoin d'autoriser expressément la femme à procéder sur sa demande. Le nouvel art. 238, déclaré applicable à la séparation de corps, porte en effet que, par le seul fait de l'ordonnance, la femme, quel que soit son rôle dans l'instance, est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

En vertu de ce même article, le président peut, suivant les circonstances, avant de renvoyer les parties devant le tribunal, les ajourner à comparaître de nouveau devant lui, dans un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires.

Il est interdit à la femme, sous la sanction édictée par l'art. 241, de quitter sans autorisation la résidence qui lui a été assignée.

L'art. 878 du code de procédure dispose *in fine* que « les demandes en provision seront portées à l'audience. » Cette disposition demeure applicable à la provision *ad litem* demandée par l'un des époux. Mais le président est autorisé par le nouvel art. 238 al. 2 à statuer lui-même sur la demande d'une pension alimentaire dans l'ordonnance constatant le défaut de conciliation.

529. L'instance une fois engagée, la cause est instruite et jugée dans les formes ordinaires, le ministère public entendu (art. 239 c. c. et 879 c. pr.). L'affaire doit donc être portée à l'audience publique, sauf au tribunal à ordonner le huis clos si cette mesure lui paraît nécessaire. La reproduction des débats par la voie de la presse est interdite. La demande reconventionnelle en séparation formée par le défendeur s'introduit par un simple acte de conclusions (1).

530. Les preuves sont celles du droit commun. Toutefois, la séparation ne pouvant avoir lieu par le consentement mutuel des époux, il y a lieu d'appliquer à l'aveu du défendeur et au serment ce que nous avons dit en traitant du divorce.

D'un autre côté, lorsqu'il y a lieu de procéder à une enquête, les parents

1) Cour de cass., 27 juillet 1897, D. 1900, 1, 601, S. 98, 1, 85.

des parties, à l'exception de leurs descendants, et les domestiques peuvent, conformément à l'art. 245, être entendus comme témoins (1). Il est vrai que cet article ne se trouve pas compris parmi ceux que l'art. 307 déclare communs à la procédure du divorce et à celle de la séparation; mais son omission est le résultat d'une erreur purement matérielle. Dans le projet qui est devenu la loi du 18 avril 1886, l'art. 245 actuel portait le numéro 244 et l'art. 307, rédigé alors comme il l'est aujourd'hui, déclarait applicables à la séparation les art. 236 à 244. Au cours de la discussion, l'un de ces textes fut divisé en deux articles distincts. L'art. 244 devint ainsi l'art. 245 et on ne songea pas, après cette modification, à modifier également le renvoi fait par l'art. 307 lequel se trouve par là même incomplet et en désaccord avec la volonté du législateur.

531. Les règles relatives à la garde des enfants pendant l'instance en séparation, aux mesures provisoires et conservatoires, au sort des actes faits par le mari en fraude des droits de la femme, sont les mêmes qu'en matière de divorce (art. 240, 242 et 243).

Mais le tribunal ne pourrait pas, quand le droit du demandeur est établi, suspendre le jugement pendant un délai de six mois, ainsi que le nouvel art. 246 lui permet de le faire en cas d'instance en divorce, cet article n'étant pas compris dans le renvoi fait par l'art. 307. Ce temps d'épreuve n'a point d'ailleurs la même raison d'être au cas de séparation qu'au cas de divorce.

532. Les jugements rendus sur les demandes en séparation de corps sont susceptibles des voies de recours autorisées par le droit commun. La loi du 6 février 1893 a étendu textuellement au pourvoi en cassation formé en cette matière l'effet suspensif limité auparavant au pourvoi formé en matière de divorce. Aux termes du dernier alinéa de l'art. 248 modifié par cette loi, « *Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps.* » Mais il a été déclaré par le rapporteur de la loi au Sénat que ce n'était pas seulement cet alinéa final, mais le texte complet de l'art. 248 que l'on entendait rendre applicable à la séparation de corps. Une disposition formelle en ce sens, proposée par la commission sénatoriale, a malencontreusement disparu de la rédaction définitive (2).

533. Le jugement qui prononce la séparation de corps n'est pas, comme celui qui prononce le divorce, soumis à la transcription sur les registres de l'état civil. Mais il doit être publié et affiché dans les formes prescrites par les art. 872 et 880 du code de procédure. C'est là une condition nécessaire pour que la séparation soit opposable aux tiers au point de vue de ses conséquences pécuniaires (art. 873 c. pr. et 66 c. comm.) Mais, à la différence

1) Cour de cass., 11 mai 1897, D. 97, 1, 367, S. 97, 1, 336.

2) Déclaration de M. Demôle au Sénat, dans la séance du 27 janvier 1893. *Journal Offic.* du 28 janvier 1893; — *Débats parlementaires* (Sénat), p. 116.

du défaut de transcription du jugement de divorce, l'omission de la publicité n'empêche point la séparation de produire par ailleurs un plein et entier effet.

534. Comme l'action en divorce, l'action en séparation de corps est exclusivement attachée à la personne. Elle ne peut être exercée que par l'un des époux contre l'autre. Les créanciers de l'époux auquel elle appartient ne seraient pas recevables à l'intenter en son nom (art. 1166) et si, au cours de l'instance, l'un des conjoints venait à mourir, elle ne pourrait pas être continuée par ou contre ses héritiers (art. 244). Mais la séparation de corps n'entraînant point, comme le divorce, une modification définitive de l'état des époux, la loi permet au tuteur d'un interdit de la demander au nom de celui-ci, à la condition qu'il y soit autorisé par une délibération du conseil de famille. « *Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation* » (art. 307 al. 2).

Si l'interdit avait pour tuteur son conjoint, l'action en séparation serait intentée par le subrogé tuteur ou par un tuteur *ad hoc*.

SECTION III

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS

535. Ces effets sont relatifs à la personne des époux, à leurs enfants et à leurs biens. La séparation fait en outre encourir certaines déchéances à l'époux contre lequel elle a été prononcée.

§ 1. — *Des effets de la séparation en ce qui concerne la personne des époux.*

536. La séparation de corps a pour principal effet d'affranchir les époux de l'obligation de vivre ensemble. Le mari n'est plus tenu de recevoir sa femme; la femme n'est plus tenue d'habiter avec son mari.

Par suite, tous les effets du mariage qui résultaient de la vie commune sont ou détruits ou modifiés.

Ainsi la femme séparée de corps peut avoir un *domicile* distinct de celui de son mari. La loi du 6 février 1893 en s'expliquant textuellement sur ce point (art. 108 al. 2) n'a fait que consacrer la solution admise par la doctrine et la jurisprudence.

De même le devoir d'*assistance*, consistant dans les soins personnels à donner par l'un des conjoints à l'autre, cesse d'exister après la séparation.

Mais le lien du mariage n'étant pas rompu, tous les devoirs attachés à la qualité d'époux et qui n'exigent pas la communauté d'habitation continuent d'exister.

Les époux séparés se doivent donc toujours *fidélité*. Toutefois ce devoir

est désormais dépourvu de toute sanction pénale en ce qui concerne le mari, puisqu'il n'est punissable que s'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale et qu'il n'y a plus de maison conjugale. Le devoir de fidélité subsistant, la présomption de paternité établie par l'art. 312 dure toujours; mais elle n'a plus cependant, après la séparation, la force qu'elle avait auparavant. C'est ce que déclare la loi du 6 décembre 1850 qui trouvera son explication au titre *de la Paternité et de la Filiation* (art. 313 al. 2).

Le devoir de *secours* survit également à la séparation de corps et se traduit par une pension alimentaire que l'époux qui n'a pas de ressources personnelles suffisantes est fondé à obtenir de son conjoint. Le droit aux aliments existe même au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée (1).

La séparation de corps ne met pas fin à la communauté de nom existant entre les époux. Tandis que le divorce restitue de plein droit à chacun des ci-devant époux l'usage exclusif de son nom personnel (art. 299 al. 2), la femme séparée de corps conserve le droit de porter le nom de son mari, et si celui-ci a joint à son propre nom celui de sa femme, il n'est pas tenu de l'abandonner. Mais comme il peut se présenter des circonstances qui rendent pénible aux époux séparés ce maintien de la communauté de nom, la loi du 6 février 1893 a conféré aux tribunaux le pouvoir de le faire cesser en ajoutant à l'ancien art. 311 un alinéa ainsi conçu : « *Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter.* » Que la demande émane du mari ou de la femme, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement si elle est justifiée et s'il convient de l'accueillir. La loi n'a pas entendu donner aux époux séparés le droit de se dépouiller mutuellement par pur caprice de l'usage d'un nom honorablement porté, mais seulement leur permettre de sauvegarder, le cas échéant, l'honneur de ce nom compromis ou menacé par les écarts de conduite de leur conjoint (2).

§ 2. — *Des effets de la séparation dans les rapports des époux avec leurs enfants.*

537. Le code a gardé sur ce point un silence absolu. On décide en général que la situation doit être réglée par l'extension à la séparation de corps des

1) Cour de cass., 27 janvier 1890, D. 90, 1, 447, S. 90, 1, 216.

2) Trib. de la Seine, 13 juillet 1893, D. 94, 2, 515. — Cour de cass., 3 janvier 1900, D. 1901, 1, 73.

dispositions édictées en vue du divorce par les art. 302 et 303 (1). Les enfants doivent donc, en principe, être confiés à celui des époux qui a obtenu la séparation. Mais il est loisible au tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, de s'écarter de cette règle et d'ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, soit d'une tierce personne.

Ici, comme en matière de divorce, les décisions de la justice relatives à la garde des enfants sont du reste toujours susceptibles d'être modifiées suivant les circonstances (2).

Quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, le père et la mère conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation, et ils sont tenus d'y contribuer en proportion de leurs facultés.

Il existe cependant, en ce qui concerne les rapports des époux avec leurs enfants, une différence entre la séparation de corps et le divorce. Le père, lorsque c'est contre lui que la séparation a été prononcée, n'est pas déchu du droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants. L'art. 386 qui édicte cette déchéance ne parle en effet que de l'époux *divorcé* et on ne saurait l'étendre à l'époux séparé sans aller contre les termes absolus de l'art. 384 qui accorde la jouissance légale au père durant le mariage (3).

§ 3. — *Des effets de la séparation de corps quant aux biens des époux.*

538. « *La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. — Elle a en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice* » (art. 311 al. 2 et 3).

La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. Avant la loi du 6 février 1893, cette disposition formait à elle seule tout l'art. 311. La société de biens qui peut exister entre les époux en vertu de leurs conventions matrimoniales est une conséquence de la vie commune, de la société des personnes. La séparation de corps mettant fin à celle-ci doit aussi mettre fin à celle-là. Vivant chacun de son côté, les époux séparés doivent avoir la jouissance et l'administration de leurs biens personnels. On appelle séparation de biens *accessoire* celle qui résulte ainsi de la séparation de corps, par opposition à la séparation de biens *principale*, stipulée par

1) Demolombe, t. IV, n° 511; Laurent, t. III, n° 350; Valette, *Cours de c. c.*, p. 373; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 917. — Cour de cass., 24 juillet 1878, D. 78, 1, 471, S. 79, 1, 424; — 16 juillet 1888, D. 89, 1, 456, S. 90, 1, 317.

2) Cour de cass., 25 août 1884, D. 85, 1, 206, S. 84, 1, 424.

3) Demolombe, t. IV, n° 510; Aubry et Rau, § 494, note 12; Demante, t. I, n° 344 bis I et t. II, n° 131 bis, II.

les époux dans leur contrat de mariage (art. 1536 et suiv.), ou prononcée par la justice lorsque la fortune de la femme est mise en péril par le désordre des affaires du mari ou par sa mauvaise gestion (art. 1443 et suiv.).

Par suite de la substitution du régime de séparation de biens au régime adopté par les époux lors du mariage, la femme séparée de corps acquiert le droit de procéder seule et sans autorisation à tous les actes que nécessite la gestion de ses biens. Mais, sous l'empire du code, la séparation de corps ne lui conférait pas une capacité plus étendue; pour tous les actes autres que ceux d'administration, elle demeurait soumise à l'obligation d'obtenir l'autorisation de son mari ou de justice. Cette obligation entraînait les plus graves inconvénients pratiques. « Entre époux séparés, l'autorité du mari ne peut plus être ce pouvoir de contrôle, tempéré par l'affection réciproque des personnes, auquel la femme se soumet de bonne grâce car elle le sait institué et exercé aussi bien pour elle-même qu'en vue des intérêts généraux de la famille. Au témoignage des hommes de pratique, cette autorité du mari n'était trop souvent qu'un instrument d'oppression et une occasion de froissements nouveaux pour les époux désunis. Toutes les fois que les nécessités de la loi contraignaient la femme à solliciter de son mari l'autorisation nécessaire pour faire un acte excédant les limites de sa capacité, l'obligation de cette démarche, qu'elle avait acceptée durant la vie commune comme une marque de déférence due au chef de la famille, devenait pour elle une intolérable humiliation, et elle s'y pliait avec d'autant plus de peine que l'autorité du mari pouvait à bon droit lui être devenue suspecte. Quant au mari, vainqueur ou vaincu dans la lutte judiciaire dont le jugement de séparation de corps avait été le dénoûment, tantôt il ne voyait dans l'exercice de son autorité qu'un moyen de faire sentir à la femme le poids de sa suprématie légale, et alors il se faisait un jeu de suspendre sa décision et de prolonger son examen au-delà de toute nécessité, pour infliger à la femme l'ennui et l'humiliation de l'attente ou lui causer les embarras d'un recours à la justice, tantôt, s'il était à la fois peu scrupuleux et avide, il tarifait l'octroi de son autorisation, il en faisait la condition de marchés périodiques et la source de revenus assurés, si l'état du patrimoine de la femme nécessitait fréquemment des actes de disposition ou l'exercice d'actions judiciaires » (1). La loi du 6 février 1893 a mis fin à cette situation. En vertu du nouvel art. 311, la femme séparée de corps est, au point de vue de la capacité civile, assimilée à la femme divorcée. Comme cette dernière, elle est aussi capable que si elle était fille ou veuve. Les femmes dont la conscience repousse le divorce n'ont donc plus d'intérêt à y recourir, de préférence à la séparation (2).

1) Cabouat, *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 15.

2) Toutefois, quand les époux sont mariés sous le régime dotal, l'inaliénabilité

L'innovation introduite à cet égard par la loi du 6 février 1893 explique pourquoi cette loi a étendu au pourvoi en cassation formé en matière de séparation de corps l'effet suspensif restreint jusque-là au pourvoi formé en matière de divorce (art. 248 *in fine*). Sans cette précaution, la femme aurait pu, nonobstant le pourvoi, compromettre ou modifier définitivement son patrimoine par des actes que le mari aurait été contraint de respecter et de subir, bien que la cassation de la décision prononçant la séparation eût ensuite replacé la femme sous son autorité.

En accordant à la femme séparée de corps la même indépendance qu'à la femme divorcée, le législateur de 1893 n'a pas été guidé seulement par le désir d'assurer à la femme une entière liberté de choix entre le divorce et la séparation de corps. Il avait espéré également diminuer le nombre sans cesse croissant des divorces. Sous ce rapport son attente a été trompée; la loi de 1893 n'a produit aucun résultat appréciable.

§ 4. — *Des déchéances résultant de la séparation de corps.*

539. La séparation de corps fait encourir les déchéances suivantes à l'époux contre lequel elle est prononcée :

1° La loi du 14 juillet 1866, qui accorde au conjoint survivant la jouissance des droits d'auteur appartenant à l'époux prédécédé, dispose que *cette jouissance n'a pas lieu lorsqu'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre ce conjoint.*

2° La femme qui a donné lieu à la séparation est privée, si elle devient veuve, de tout droit à une pension de retraite du chef de son mari (lois du 11 avril 1831, art. 20, du 18 avril 1831, art. 20, et du 9 juin 1853, art. 13).

3° L'époux qui a encouru la séparation perd tout droit au préciput stipulé à son profit par contrat de mariage (art. 1518).

Quant aux avantages autres que le préciput faits par l'époux offensé à l'époux coupable, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, la loi ne s'en est pas occupée textuellement. Faut-il leur appliquer la décision donnée au cas de divorce par les art. 299 et 300 et les déclarer révoqués de plein droit par le fait de la séparation? La question a longtemps divisé la doctrine et la jurisprudence. Tandis que la majorité des auteurs et la plupart des cours d'appel se prononçaient pour la révocation, la cour de cassation a, pendant trente années repoussé cette solution, parce qu'elle la considérait comme contraire au principe que les dispositions pénales sont de stricte interprétation. Enfin, par un arrêt solennel du 23 mai 1845, la cour suprême, condamnant sa jurisprudence antérieure, s'est ralliée à l'opinion dominante dont elle ne s'est plus séparée depuis lors (1). Les arguments des immeubles dotaux subsiste après la séparation de corps, tandis qu'elle cesse en cas de divorce.

1) Voyez notamment un arrêt du 27 déc. 1893, D. 94, 1, 391, S. 94, 1, 119.

sur lesquels repose cette opinion paraissent en effet concluants. C'est par respect pour la liberté de conscience, et afin de ne pas placer les époux catholiques dans la nécessité de sacrifier leurs croyances ou leurs intérêts, que les rédacteurs du code ont admis la séparation de corps parallèlement au divorce. Pour atteindre ce but, ils ont dû attacher à la séparation tous les effets du divorce autres que ceux qui dérivent de la dissolution du mariage; sans cela l'époux offensé aurait eu intérêt à demander le divorce plutôt que la séparation et par suite la liberté qu'on prétendait lui assurer n'aurait pas existé. La révocation de plein droit des avantages faits par l'époux offensé à l'époux coupable, soit par contrat de mariage soit pendant le mariage, est un des effets les plus importants du divorce et cette révocation n'a certainement rien d'incompatible avec le maintien du lien conjugal; elle doit donc avoir lieu également au cas de séparation de corps. Ce que les auteurs du code ont dû vouloir, pour rester conséquents avec eux-mêmes, l'art. 1518 prouve qu'ils l'ont effectivement voulu. Le préciput n'est point une libéralité, mais une convention de mariage, c'est-à-dire, en un certain sens au moins, une convention à titre onéreux (art. 1516). L'époux contre lequel la séparation a été prononcée perdant son droit au préciput doit à plus forte raison perdre le bénéfice des libéralités, des dispositions purement gratuites qui lui ont été faites. Il y a même lieu de remarquer que l'art. 1518 ne prononce pas directement la déchéance du préciput contre l'époux dont la conduite a motivé le divorce ou la séparation; il suppose plutôt cette déchéance prononcée par une disposition antérieure. Or cette disposition ne peut être que l'art. 299. Donc cet article est applicable à la séparation de corps comme au divorce.

La loi du 27 juillet 1884 a donné une force nouvelle à la solution qui précède. En omettant de statuer sur une question, jadis célèbre en jurisprudence, elle a montré clairement qu'elle la considérait comme définitivement tranchée. Les orateurs qui ont pris part à la discussion de cette loi ont d'ailleurs avancé à plusieurs reprises comme un point constant que les art. 299 et 300 sont applicables à la séparation de corps. On peut enfin invoquer en ce sens la loi du 6 février 1893 dont le but est d'assimiler au point de vue pécuniaire la femme séparée de corps à la femme divorcée.

540. A la différence du divorce, la séparation de corps, par cela même qu'elle laisse subsister le mariage, n'enlève pas au conjoint qui l'a obtenue le droit de successibilité établi par l'art. 767. Mais, depuis la loi du 9 mars 1891, l'époux coupable est déchu du droit de succéder à son conjoint, au cas de séparation de corps aussi bien qu'au cas de divorce.

541. Dans le cas où, par suite d'une demande reconventionnelle formée par le défendeur, la séparation a été prononcée contre les deux époux reconnus également coupables de faits de nature à l'entraîner, les déchéances qui en résultent sont encourues par l'un et par l'autre. A raison de cet effet

de la séparation, il a même été jugé que l'époux contre lequel elle a été prononcée peut, quoiqu'il n'ait pas formé de demande reconventionnelle lors de l'instance, agir ensuite contre son conjoint par voie principale en alléguant la conduite ultérieure de celui-ci, ou même des désordres antérieurs à la séparation, mais dont il n'a eu connaissance que postérieurement (1).

SECTION IV

DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS

542. La séparation de corps peut cesser de deux manières : par la réconciliation des époux et par la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.

§ 1. — *De la réconciliation des époux.*

543. Il est toujours loisible aux époux de mettre fin à la séparation et de rétablir la vie commune. « Le jugement qui prononce la séparation de corps, dit M. Laurent, ne condamne pas les époux à vivre toujours séparés ; il leur en donne seulement le droit. Or ils sont libres de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en leur faveur. »

La réconciliation implique l'accord de volonté des deux époux, leur consentement mutuel. L'époux qui a obtenu la séparation ne peut pas, par sa seule volonté, la faire cesser en déclarant qu'il y renonce. Le jugement de séparation a créé en effet entre les conjoints une situation nouvelle ; il a donné à chacun d'eux le droit de vivre séparément. Il faut donc, pour modifier la situation, que chacun renonce au droit qui lui appartient. L'accord de volonté des deux époux pour mettre fin à la séparation n'est du reste soumis pour sa manifestation à aucune formalité. Dès qu'il existe, les effets du mariage sont rétablis. Mais leur rétablissement n'est pas complet et absolu. Sous l'empire du code, la séparation de biens, qui est la conséquence de la séparation de corps, persistait malgré la réconciliation des époux (art. 1451). S'ils voulaient la faire cesser, ils devaient déclarer devant notaire leur volonté de rétablir leurs conventions matrimoniales dans leur état primitif. Il était dressé de cette déclaration un acte dont une expédition devait être affichée dans la forme prescrite par l'art. 1445. La loi du 6 février 1893, en modifiant les effets de la séparation de corps, a modifié également les effets de la réconciliation des époux. Le dernier alinéa ajouté par cette loi à l'art. 311 s'exprime ainsi : « *S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par la disposition de l'art. 1449. Cette modification n'est*

1) Dijon, 26 juillet 1899, D. 99, 2, 452.

opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par un acte passé devant notaire avec minute, dont une expédition devra être affichée dans la forme indiquée par l'art. 1445 et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. » Ainsi donc, les époux séparés de corps sont libres de fixer à leur gré les effets de leur réconciliation en ce qui concerne la capacité civile de la femme. S'ils ne jugent pas à propos de remplir les conditions de publicité déterminées par notre article, rien n'est changé à la condition de la femme; elle demeure après la réconciliation dans l'état de capacité où l'avait placée le jugement de séparation de corps. Si au contraire ils se soumettent aux formalités légales, la capacité de la femme est régie pour l'avenir par l'art. 1449, c'est-à-dire qu'elle conserve le droit de libre administration dont jouit la femme séparée de biens. En d'autres termes, la réconciliation des époux dûment constatée et publiée n'a point pour effet de replacer la femme sous l'empire de ses conventions matrimoniales primitives, mais de la soumettre au régime de la séparation des biens. « Il est donc possible que, par l'effet de la loi nouvelle, la femme séparée de corps soit successivement placée dans trois états parfaitement distincts. A partir de la célébration du mariage, sa condition juridique aura été réglée par ses conventions matrimoniales combinées avec l'incapacité des art. 215 et suivants; puis, durant la séparation de corps, par le principe nouveau de la pleine capacité civile; enfin, à dater de la réconciliation, la femme séparée de corps pourra être replacée sous le régime de l'autorité maritale, tout en conservant cependant le droit de libre administration que l'art. 1449 reconnaît à la femme simplement séparée de biens » (1).

Les discussions qui ont précédé l'adoption de la loi du 6 février 1893 ne nous font point connaître la raison de cette innovation. « Peut-être a-t-on pensé, dit M. Cabouat, que la réconciliation échouerait trop souvent si elle devait avoir pour résultat de replacer purement et simplement la femme sous le régime antérieur; il a pu sembler au contraire que le moyen terme de la séparation de biens a l'avantage de n'imposer à la femme qu'une demi-dépendance dont la perspective ne sera pas de nature à la détourner par avance de reprendre la communauté d'existence. » Cette combinaison présente toutefois l'inconvénient de donner à des époux peu scrupuleux, et que n'effrayerait pas le scandale d'une séparation de corps suivie d'une réconciliation, un moyen de tourner le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Mais le régime de séparation de biens est-il le seul sous lequel les époux réconciliés puissent être placés? Ce régime s'impose-t-il nécessairement à

1) Cabouat, *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 79.

eux, ou bien peuvent-ils, au lieu de s'y soumettre, faire revivre leurs conventions matrimoniales conformément à l'art. 1451? Pour soutenir que le régime de séparation de biens est obligatoire au cas de réconciliation, on se fonde sur la formule impérative de l'art. 311 *in fine* qui ne fait aucune allusion à une alternative offerte aux époux (1). Mais les travaux préparatoires de la loi de 1893 sont plutôt favorables à la solution contraire. Il semble bien résulter des déclarations de M. Griffé au Sénat et de M. Arnault, rapporteur de la loi à la Chambre des députés, que le législateur a entendu conférer aux époux une faculté nouvelle, sans porter atteinte au droit résultant pour eux de l'art. 1451 (2).

544. La modification apportée à la capacité de la femme par la réconciliation des époux n'est opposable aux tiers que moyennant l'accomplissement de certaines formalités qui varient suivant que les époux entendent être soumis désormais au régime de séparation de biens, ou qu'ils préfèrent en revenir à leur régime matrimonial primitif, ainsi qu'ils nous paraissent en avoir le droit.

Dans le premier cas, les époux doivent observer les quatre conditions suivantes prescrites par le nouvel art. 311 :

1° La réconciliation doit être constatée par un acte notarié passé en minute;

2° Une expédition de cet acte doit être affichée dans la forme prescrite par l'art. 1445, c'est-à-dire sur un tableau à ce destiné dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce de son domicile;

3° Mention de la réconciliation doit être faite en marge : 1° de l'acte de mariage; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation;

4° Enfin un extrait de l'acte constatant la réconciliation doit être publié dans l'un des journaux du département recevant les publications légales.

Dans le second cas, les époux peuvent se contenter de remplir les deux premières formalités ci-dessus énoncées, ces formalités étant les seules prescrites par l'art. 1451 auquel la loi de 1893 n'a pas dérogé.

Si ces conditions n'ont pas été remplies, la femme conserve à l'égard des tiers la capacité complète que lui avait conférée la sentence de séparation de corps.

§ 2. — *De la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.*

545. L'art. 310, modifié par la loi du 27 juillet 1884 s'exprime ainsi :

1) Cabouat, *loc. cit.*, p. 79 et suiv.

2) Bufnoir, *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1894, p. 62, note 1.
— Trib. de Nîmes, 30 juillet 1896, D. 97, 2, 325, S. 97, 2, 85.

« Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. — Cette nouvelle demande sera introduite par assignation, à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. — Elle sera débattue en chambre du conseil. — L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution. — Le jugement sera rendu en audience publique. »

A ce texte la loi du 18 avril 1886 a ajouté un alinéa ainsi conçu : « La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique. »

Lorsque trois ans se sont écoulés depuis que la décision prononçant la séparation est devenue définitive (1), sans qu'une réconciliation soit intervenue entre les époux, ceux-ci peuvent demander que la séparation soit remplacée par le divorce. Aux yeux du législateur, la séparation de corps est donc un régime transitoire devant prendre fin soit par la réconciliation, soit par le divorce.

546. Le droit de demander la conversion de la séparation de corps en divorce appartient à l'un et à l'autre époux, à celui qui a obtenu la séparation et à celui contre lequel elle a été prononcée. C'est une innovation de la loi de 1884. L'ancien art. 310 reconnaissait à l'époux coupable seul le droit d'obtenir la conversion. Plus favorables au divorce qu'à la séparation, les auteurs du code n'avaient pas voulu que cet époux se trouvât condamné indéfiniment par le fait de son conjoint, qui avait choisi la séparation au lieu du divorce, à une situation analogue au célibat et ils lui avaient donné le moyen d'en sortir. Quant à l'époux offensé, il n'était pas admis à demander la conversion, parce qu'il était considéré comme ayant épuisé son droit en optant pour la séparation. Il a paru juste au législateur de 1884 de placer sous ce rapport les deux époux sur le pied d'égalité. La séparation devient ainsi entre les mains de l'époux offensé un temps d'épreuve qu'il lui est permis d'imposer à son conjoint avant d'arriver à la rupture du lien conjugal. A ce point de vue, la loi nouvelle est certainement moins critiquable que l'ancienne, mais elle ne sauvegarde pas mieux la liberté de conscience. Accorder le droit de demander la conversion à l'époux coupable qui bénéficiera ainsi de sa faute, c'est mettre l'époux auquel sa religion interdit le divorce dans l'impossibilité de recourir à la séparation, quelque insupportable que soit pour lui la vie commune, puisqu'en la faisant prononcer, il donnera lui-même à son conjoint le moyen de violer légalement au bout de trois ans la foi promise. L'affirmation si souvent répétée lors de la discussion de la loi de 1884 que le maintien de la séparation de corps à côté

1) Cour de cass., 28 nov. 1887, D. 88, 1, 433, S. 90, 1, 113; — Douai, 22 avril 1891, D. 91, 2, 278, S. 91, 2, 245; — Angers, 13 mars 1899, D. 99, 2, 376.

du divorce garantit entièrement la liberté de conscience des époux catholiques reçoit ainsi de l'art. 310 le plus flagrant démenti.

547. La modification qui vient d'être signalée n'est pas la seule que la loi nouvelle ait apportée à l'ancien art. 310. Cet article refusait à la femme qui avait encouru la séparation de corps pour cause d'adultère le droit de demander au bout de trois ans le divorce contre son mari. Cette exception a été supprimée. La conversion peut aujourd'hui être demandée quelle que soit la cause pour laquelle la séparation a été prononcée.

D'un autre côté, le défendeur primitif qui veut obtenir la conversion n'est plus obligé, comme il l'était sous l'empire du code, de mettre au préalable son conjoint en demeure de renoncer à la séparation et de rétablir la vie commune.

La procédure ordinaire du divorce est remplacée par une procédure plus simple et plus expéditive.

Enfin le tribunal auquel la conversion est demandée n'est pas tenu de l'accorder. Son rôle ne consiste point, comme autrefois sous l'empire du code, à donner acte de la substitution du divorce à la séparation de corps ; la demande est soumise à son appréciation et il peut, suivant les circonstances, l'accueillir ou la rejeter.

Ces deux dernières innovations doivent arrêter spécialement notre attention.

548. L'époux qui veut obtenir la conversion du jugement de séparation en jugement de divorce adresse au président du tribunal une requête par laquelle il sollicite l'autorisation d'assigner son conjoint. C'est là du reste une prescription de pure forme. Rien n'indique en effet que le magistrat soit chargé d'un rôle quelconque de conciliation et qu'il puisse refuser l'autorisation demandée. Par suite, le demandeur en conversion n'est pas tenu, comme il l'est au cas de demande directe en divorce, de présenter sa requête en personne.

Le président répond par une ordonnance dans laquelle, en même temps qu'il accorde l'autorisation d'assigner, il désigne un juge rapporteur, ordonne la communication au ministère public et fixe le jour de la comparution des parties.

Le défendeur est assigné à huit jours francs, dans les formes ordinaires.

L'affaire est, dans tous les cas, débattue en chambre du conseil. La publicité de l'audience a paru présenter dans la circonstance plus d'inconvénients que d'avantages, les faits ayant été déjà, presque toujours, discutés publiquement lors de l'instance en séparation. Mais le jugement, soit qu'il admette la demande, soit qu'il la rejette, doit être rendu en audience publique.

Le tribunal compétent est, conformément au droit commun, celui du domicile du défendeur. Il est donc possible que ce soit un tribunal autre que

celui qui a prononcé la séparation de corps, l'époux défendeur ayant pu, dans l'intervalle, changer de domicile.

Certaines difficultés s'étant élevées, sous l'empire de la loi de 1884, sur le point de savoir dans quelle forme devait, en cas d'appel, avoir lieu l'instruction de l'affaire devant les juges du second degré, le nouvel alinéa ajouté à l'art. 310 par la loi du 18 avril 1886 a pour but d'y mettre fin. En appel comme en première instance, la cause doit être jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu.

549. Le tribunal saisi de la demande en conversion n'est pas obligé d'y faire droit. Il doit examiner au fond la prétention du demandeur et il peut l'admettre ou la rejeter suivant qu'elle lui paraît ou non justifiée. D'après le projet dressé par la commission du Sénat, lors de l'élaboration de la loi de 1884, le tribunal n'avait aucun pouvoir d'appréciation. Il était tenu de prononcer la conversion par cela seul qu'elle était demandée après l'expiration du délai de trois ans. Mais, au cours de la discussion, ce système fut abandonné et il fut admis que la conversion serait facultative et non obligatoire pour le juge. C'est ce qu'indiquent les mots *pourra être converti* substitués dans le texte définitif de l'art. 310 à la formule impérative *sera converti* qui figurait dans le projet de la commission. Le but de cette modification fut surtout de calmer les scrupules de certains membres du Sénat qui, après avoir accepté par faiblesse ou par résignation le principe même du divorce, hésitaient à reconnaître à l'époux coupable le droit de l'imposer à son conjoint par voie de conversion.

Mais quel est au juste le rôle du tribunal appelé à statuer sur la demande en conversion? La loi lui confère un pouvoir d'appréciation. Sur quoi cette appréciation doit-elle porter? D'après l'explication donnée par le rapporteur de la loi au Sénat, le tribunal aurait à rechercher si les faits invoqués jadis à l'appui de la demande en séparation sont ou non suffisants pour faire prononcer le divorce. Mais cette explication est inacceptable, et cela pour plusieurs motifs.

Tout d'abord, les causes de séparation étant exactement les mêmes que celles de divorce, dès lors que la séparation a été prononcée, il est acquis par là même qu'il y aurait eu lieu au divorce, au cas où l'époux offensé l'aurait demandé plutôt que de se contenter de la séparation. — D'un autre côté, si tel était le point de vue auquel le tribunal doit se placer, son pouvoir d'appréciation n'existerait que dans l'hypothèse où la séparation a été prononcée pour excès, sévices ou injures graves. Il ne saurait en être question lorsqu'elle a eu lieu pour une cause *péremptoire*, c'est-à-dire pour adultère ou pour condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Or c'est en termes absolus et par conséquent pour tous les cas que la loi confère au tribunal la faculté d'accueillir la demande en conversion ou de la repousser. — Enfin, une nouvelle appréciation des faits qui ont

entraîné la séparation est impossible à comprendre lorsque la conversion est demandée non par l'époux qui a obtenu la séparation, mais par l'époux coupable, hypothèse que les auteurs de la loi de 1884 avaient spécialement en vue quand ils ont admis que la conversion serait simplement facultative pour le tribunal. Il ne saurait évidemment être question de rechercher en pareil cas si les faits qui ont motivé la séparation sont ou non assez graves pour entraîner le divorce, puisqu'on aboutirait ainsi à cette conséquence absurde que le demandeur en conversion serait d'autant plus certain d'obtenir le divorce que sa conduite envers son conjoint aurait été plus indigne.

Dans les années qui suivirent le rétablissement du divorce le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux donna lieu aux décisions les plus variées et les plus discordantes. Faute de direction, la pratique tomba dans un arbitraire absolu. Peu à peu la jurisprudence a fini par s'orienter et voici en quel sens elle paraît vouloir se fixer :

Elle part du principe que pour apprécier si la conversion doit ou non être prononcée il faut prendre en considération non point les griefs qui ont motivé la séparation, mais la situation actuelle des époux séparés, l'état de choses existant au moment où la conversion est demandée. Les juges doivent rechercher s'il est encore permis d'espérer une réconciliation des époux. Si tout espoir leur paraît définitivement perdu à cet égard, il y a lieu d'accueillir la demande en conversion, pourvu toutefois qu'elle soit justifiée au point de vue de la moralité. Cette dernière condition ne serait pas remplie et la conversion devrait dès lors être refusée, s'il était établi, par exemple, que le demandeur agit uniquement pour pouvoir contracter une nouvelle union dès maintenant décidée, ou bien qu'il a rendu lui-même la réconciliation impossible en persévérant dans les désordres qui avaient fait prononcer contre lui la séparation, son indignité ne devant pas être pour lui un moyen d'imposer à son conjoint une rupture définitive (1).

Cette interprétation est certainement plus rationnelle que celle qui a été donnée par le rapporteur de la loi; mais rien n'indique qu'elle soit conforme à la pensée du législateur. Elle présente d'ailleurs un grave inconvénient pratique, c'est que les jugements qui rejettent une demande en conversion ne sont pas susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée. La situation pouvant se modifier, ce qui n'était pas opportun ou convenable à un moment donné peut le devenir plus tard. Les demandes en conversion demeurent donc indéfiniment renouvelables.

Au cours de la discussion de la loi du 18 avril 1886 au Sénat, M. Naquet

1) Cour de cass., 11 février 1889, D. 90, 1, 225, S. 89, 1, 225; — 13 et 25 juillet 1891, S. 92, 1, 503; — 21 avril 1896, D. 96, 1, 551; — Poitiers, 25 mars 1889, D. 90, 2, 340; — Bastia, 1^{er} mars 1892, D. 92, 2, 417; — Paris, 24 janvier 1895, D. 95, 2, 480; — 17 juin 1895, D. 96, 2, 408; — Nancy, 15 avril 1896, D. 99, 2, 131; — Dijon, 3 juillet 1895, D. 96, 2, 287.

proposa par voie d'amendement de supprimer le pouvoir d'appréciation reconnu aux tribunaux par l'art. 310 et de rendre la conversion obligatoire au bout de trois ans. Cette proposition fut repoussée. De nouvelles tentatives faites ultérieurement dans le même sens sont également demeurées sans succès. La solution logique consisterait à supprimer la conversion et non à la rendre obligatoire.

550. La conversion étant purement et simplement la substitution du divorce à la séparation de corps, la situation respective des parties se trouve être pour l'avenir la même que si le divorce avait été prononcé dès l'origine et ne saurait recevoir du jugement de conversion aucune modification. Lors donc que la séparation a été prononcée aux torts des deux époux, la conversion doit nécessairement être prononcée aux torts de l'un et de l'autre. Si la séparation a été prononcée contre l'un des époux seulement, celui qui l'a obtenue est considéré comme ayant obtenu le divorce, alors même que la demande en conversion a été formée par l'époux coupable (1). L'époux offensé pourra dès lors réclamer une pension alimentaire en vertu de l'art. 301. Mais il devra, dans tous les cas, faire statuer à cet égard par la justice, eût-il déjà obtenu des aliments pendant la séparation. La pension accordée à un époux séparé, étant fondée sur l'art. 212, ne saurait en effet subsister après la rupture du lien conjugal. Celle qui est allouée en vertu de l'art. 301 présente, nous le savons, un caractère tout différent (2).

551. Le jugement de conversion doit être publié et transcrit conformément aux art. 250 et 252.

552. Il peut se faire que, depuis la séparation, il se soit produit ou qu'il ait été découvert par l'époux outragé des faits nouveaux de nature à entraîner le divorce. Celui-ci pourra alors, si bon lui semble, demander immédiatement le divorce au lieu et place de la séparation, sans attendre l'expiration du délai de trois ans; mais il devra, dans ce cas, suivre la procédure ordinaire du divorce et non celle de l'art. 310.

1) Caen, 13 février 1885, sous cassation, 12 août 1885, S. 86, 1, 193; — Angers, 13 avril 1896, S. 96, 2, 440; — Limoges, 27 mai 1895, D. 97, 2, 373.

2) Cour de cass., 24 novembre 1886, D. 87, 1, 335, S. 88, 1, 434; — 4 février 1889, D. 89, 1, 250, S. 89, 1, 228; — Bordeaux, 21 mars 1892, D. 92, 2, 412, S. 92, 1, 276.

TITRE VII

De la paternité et de la filiation

553. La *filiation* est le lien qui rattache un enfant à son père et à sa mère. Ce lien se nomme *paternité* ou *maternité* quand, au lieu de le considérer dans la personne de l'enfant, on l'envisage dans la personne du père ou de la mère. Le présent titre s'occupant des rapports de l'enfant avec sa mère aussi bien qu'avec son père aurait dû être intitulé : *De la paternité, de la maternité et de la filiation*, ou mieux et plus simplement : *De la filiation*.

La filiation est *légitime, naturelle ou adoptive*.

Elle est légitime, lorsque le père et la mère de l'enfant sont unis par le mariage.

Elle est naturelle ou *illégitime*, lorsque l'enfant est le fruit du commerce de deux personnes non mariées.

Quant à la filiation adoptive, c'est une simple création de la loi, une filiation purement fictive. Elle dérive du contrat d'adoption, dont il n'est pas question dans notre titre et qui fait l'objet du titre VIII.

On chercherait d'ailleurs vainement dans le titre VII une théorie complète de la filiation légitime ou naturelle. Les droits et les obligations dont elle est la source sont épars dans les titres du *Mariage*, de la *Puissance paternelle*, de la *Tutelle*, des *Successions* et des *Donations*. Il ne s'agit ici que des *preuves* de la filiation et des *actions* auxquelles elle peut donner lieu. Ces matières sont traitées, sans beaucoup de méthode, dans trois chapitres dont deux sont consacrés à la filiation légitime et le troisième à la filiation naturelle.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS
PENDANT LE MARIAGE

554. La légitimité étant un effet du mariage, celui qui prétend avoir la qualité d'enfant légitime soutient par là même :

- 1° Que la femme qu'il dit être sa mère est ou a été mariée ;
- 2° Que cette femme a eu un enfant ;

3° Qu'il est l'enfant qu'elle a mis au monde ;

4° Qu'il a été conçu, ou tout au moins qu'il est né, pendant le mariage de sa mère ;

5° Que son père est le mari de sa mère.

L'existence du mariage, la maternité de la femme, l'identité de l'enfant sont susceptibles d'être prouvées d'une façon directe et positive. Nous savons comment se fait la preuve de la célébration du mariage (art. 194 et suiv.). Le code nous dira dans le chapitre II du présent titre comment se prouvent la maternité de la femme et l'identité de l'enfant.

La conception pendant le mariage et la paternité du mari sont au contraire deux faits qu'il est impossible d'établir directement. Mystérieuse de sa nature, la conception ne se révèle par aucun signe extérieur et sensible permettant de découvrir sa date et son auteur. A défaut d'une preuve directe, la loi a eu recours à des présomptions, c'est-à-dire qu'elle est arrivée, en partant de faits connus, à la connaissance aussi vraisemblable que possible des faits inconnus qu'il s'agit de constater (art. 1349). Ce sont ces présomptions qui font l'objet du chapitre I de notre titre. Dans ce chapitre, il s'agit donc uniquement de la filiation paternelle, le chapitre suivant étant consacré à la filiation maternelle. Il y a là un défaut de méthode. La filiation paternelle s'établissant par des présomptions qui supposent la filiation maternelle régulièrement prouvée ou non contestée, le législateur aurait dû logiquement s'occuper tout d'abord de la preuve de cette dernière.

Nous traiterons dans deux sections : 1° des présomptions sur lesquelles repose la preuve de la filiation paternelle ; 2° de l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité.

SECTION I

DES PRÉSUMPTIONS SUR LESQUELLES REPOSE LA PREUVE DE LA FILIATION PATERNELLE

555. Avec le législateur, nous supposons constants les trois faits suivants : l'existence du mariage, la maternité de la femme, l'identité de l'enfant. De ce que l'enfant a pour mère une femme mariée, la loi conclut que son père est le mari de cette femme. « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* » (art. 312 al. 1). C'est la reproduction de la règle romaine : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. La femme étant tenue d'habiter avec son mari et de lui garder fidélité, il est en effet rationnel de présumer que l'enfant conçu au cours du mariage est issu des œuvres du mari. L'adultère est un fait honteux, relativement rare, que la loi ne pouvait supposer ou même soupçonner sans se mettre en opposition avec

la réalité des choses et sans troubler profondément l'ordre social en portant atteinte à la dignité du mariage.

556. Mais comment savoir si la conception a eu lieu pendant le mariage, lorsqu'il s'agit d'un enfant né quelques mois seulement après la célébration ou quelques mois après la dissolution du mariage? La question serait sans difficulté si les grossesses avaient une durée fixe et invariable. Mais il n'en est pas ainsi; elles sont tantôt plus courtes, tantôt plus longues. L'ancien droit laissait aux tribunaux le soin de déterminer, d'après les circonstances, l'époque de la conception. L'expérience ayant montré que le pouvoir d'appréciation conféré aux juges en pareille matière présentait de très graves dangers, les auteurs du code ont tracé eux-mêmes les règles d'après lesquelles la question doit être résolue. Ils ont fixé deux limites extrêmes, l'une pour les gestations les plus courtes, l'autre pour les gestations les plus longues. La conception de l'enfant ne pouvant pas être antérieure à la limite assignée aux grossesses les plus longues, ni postérieure à la limite assignée aux grossesses les plus courtes se place nécessairement pendant l'intervalle qui les sépare. Dès lors qu'elle a pu, dans cet intervalle, avoir lieu pendant le mariage et des œuvres du mari l'enfant est réputé légitime.

Des données fournies par la science physiologique il résultait qu'une grossesse peut exceptionnellement se prolonger, au-delà du terme normal de neuf mois, jusqu'à 286 jours, et qu'il faut, pour que l'enfant naisse viable, qu'elle ait duré au moins 186 jours. C'étaient les conclusions du rapport que le conseiller d'État Fourcroy avait été chargé de présenter sur la question (1).

Par faveur pour la légitimité, le législateur n'a pas cru devoir s'en tenir rigoureusement à ces conclusions. Tenant compte des erreurs possibles de la science, il a reculé de quelques jours les deux termes extrêmes et adopté 300 jours comme *maximum* et 180 jours comme *minimum* de la durée légale des grossesses, ce qui, lors de la rédaction du code, sous l'empire du calendrier révolutionnaire, correspondait exactement à dix mois et à six mois, tous les mois de ce calendrier ayant une durée égale de trente jours (art. 312 al. 2, 314 et 315). Pour savoir si un enfant a été conçu pendant le mariage de sa mère, il suffit donc de compter 300 jours en remontant dans le passé à partir de l'accouchement, puis de redescendre jusqu'à 180 jours avant la naissance. Si la mère a été mariée à un moment quelconque de la période comprise entre ces termes, l'enfant se trouve placé sous la protection de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

S'il y a en cette matière un reproche à adresser au législateur, ce n'est

1) Précis présenté au Conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives, par Fourcroy (Loché, *Lég. civ.*, t. VI, p. 50; Fenet, t. X, p. 13).

pas, on le voit, celui d'avoir fait preuve d'une rigueur excessive. Les règles qu'il a tracées sont tellement larges que, loin d'exposer aucun enfant légitime à voir son état méconnu, elles peuvent au contraire avoir pour résultat d'investir d'une légitimité fictive des enfants conçus en réalité hors mariage.

557. La loi ne dit pas comment doivent se calculer les délais qui forment les limites extrêmes de la gestation. La question présente cependant un sérieux intérêt, la légitimité de l'enfant pouvant dépendre du mode de calcul adopté.

L'opinion commune est que le calcul doit se faire par jour *de die ad diem*, c'est-à-dire par intervalles de vingt-quatre heures de minuit à minuit, et non par heures, *de momento ad momentum*. C'est là en effet la règle ordinaire (arg. art. 2147, 2260 et 2261); règle très rationnelle, le calcul par heures étant de nature à entraîner beaucoup d'incertitude et d'embarras. Suivant un autre principe, traditionnel en matière de supputation de délais, on doit exclure du calcul le jour où s'est accompli l'événement qui sert de point de départ au délai (*dies a quo*), c'est-à-dire le jour de la célébration du mariage (art. 314) ou celui de sa dissolution (art. 315) et, dans le cas spécial de l'art. 312 al. 2, le jour où a commencé l'impossibilité de cohabitation entre les époux; mais on compte le jour de l'expiration du délai (*dies ad quem*), c'est-à-dire le jour de la naissance. Le *minimum* de la durée légale de la grossesse se trouve être ainsi de 179 jours pleins et le *maximum* de 299 jours pleins, plus le jour de la naissance qui complète les 180 ou les 300 jours. — Outre les principes, ce système invoque les termes de la loi. L'art. 312 permet au mari de désavouer l'enfant lorsque la cohabitation a été impossible entre les époux *depuis le trois-centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance*. La conception ne peut donc pas être antérieure au trois-centième jour avant la naissance, mais elle peut s'y placer; elle ne peut pas être postérieure au cent quatre-vingtième jour, mais elle peut s'y placer; ce qui donne bien 299 jours pleins pour les gestations les plus longues et 179 pour les plus courtes. Les art. 314 et 315 statuent dans le même sens. L'art. 314 permet de désavouer l'enfant *né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage*, c'est-à-dire avant le cent quatre-vingtième jour depuis celui où le mariage a été célébré. Cet enfant peut être désavoué parce que sa conception est réputée antérieure à la célébration du mariage, tandis que celui qui est né le cent quatre-vingtième jour est présumé avoir été conçu pendant le mariage. Or le cent quatre-vingtième jour après celui de la célébration donne pour le *minimum* de la gestation 179 jours pleins. D'après l'art. 315, la légitimité de l'enfant *né 300 jours après la dissolution du mariage peut être contestée*. L'enfant dont parle cet article étant né au plus tôt le trois cent-unième jour, autrement dit 300 jours pleins, après la dissolution du mariage, n'est pas réputé conçu pendant le mariage. Sa conception serait donc présumée antérieure à la dissolution s'il

était né un jour plus tôt, ce qui donne pour le *maximum* de la gestation 299 jours pleins (1).

Tout en excluant du calcul le *dies a quo* quand il s'agit du *maximum* de durée de la grossesse, quelques auteurs le comprennent au contraire dans le calcul du *minimum*, lequel se trouve ainsi réduit à 178 jours complets plus le jour de la célébration du mariage et celui de la naissance. On invoque en ce sens le texte de l'art. 314. En admettant le désaveu pour conception antérieure au mariage, cet article ne parle point de l'enfant *né avant le cent quatre-vingtième jour à dater de celui du mariage*, ainsi que le lui fait dire l'opinion commune, mais de l'enfant *né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage*, ce qui implique que le jour de la célébration doit être compris dans le délai. De là résulte à la vérité un défaut de concordance entre le mode de supputation du *minimum* et du *maximum* de durée de la grossesse, le texte de l'art. 315 imposant une solution différente de celle que donne l'art. 314; mais cette différence n'a, dit-on, rien d'irrationnel. Elle tient à ce que l'exclusion du *dies a quo* est favorable à l'enfant dans le cas de l'art. 315, tandis qu'elle lui serait défavorable dans l'hypothèse de l'art. 314. Or en toute cette matière la loi s'inspire constamment de l'intérêt de l'enfant (2). — Cette manière de voir est inconciliable avec l'art. 312 qui, comprenant dans une seule et même disposition le *maximum* et le *minimum* du délai, montre bien que le mode de supputation doit être le même pour l'un et pour l'autre. Il faut donc ou bien comprendre toujours le *dies a quo* dans le calcul du délai, ou bien l'exclure toujours. Cette dernière solution étant conforme au droit commun et consacrée par l'art. 315 doit par là même être préférée. Elle n'est d'ailleurs nullement inconciliable avec les termes de l'art. 314. Les délais de jour se comptant non point *de momento ad momentum*, mais *de die ad diem*, il faut, pour déterminer le cent quatre-vingtième jour du mariage, faire abstraction du nombre d'heures qui se sont écoulées depuis le moment de la célébration jusqu'à l'expiration du jour où elle a eu lieu, ce nombre d'heures ne formant pas un jour complet.

Parmi les interprètes les plus récents du code civil, il en est un certain nombre qui, repoussant l'opinion générale, se prononcent pour le calcul par heures. Le législateur, disent-ils, n'a indiqué nulle part un mode de supputation applicable à tous les délais. L'art. 2260 dispose qu'en matière de prescription les délais se comptent par jours et non par heures. Mais rien n'autorise à faire de cette décision une règle générale. Il y a des raisons particulières pour que la prescription ne se compte pas par heures.

1) Demolombe, t. V, n° 19; Aubry et Rau, § 545, texte et note 6; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 430; Demante, t. II, n° 38 bis, II; Planiol, t. I, n° 2105.

2) Marcadé, sur l'art. 312; Durantou, t. III, n° 32.

Le plus souvent en effet il serait impossible de fixer d'une manière précise l'heure à laquelle elle a commencé et l'heure à laquelle elle s'est accomplie. Recourt-on aux actes; ils sont datés par jours et non par heures. Fait-on appel au témoignage des hommes; qui donc se rappellera l'heure à laquelle a commencé il y a dix, vingt ou trente ans un fait de possession par lui-même très insignifiant et qui dès lors ne frappe guère l'attention? Ces motifs qui expliquent la disposition de l'art. 2260 sont absolument étrangers à la matière de la filiation. La durée la plus courte de la grossesse est de 180 jours. Quel est le point de départ de ce délai? Le bon sens répond : Le moment où la conception pendant le mariage est devenue possible. Or elle est possible dès que le mariage est célébré. Qu'importe que ce ne soit qu'une fraction de jour, si, pendant cette fraction de jour, la conception a pu avoir lieu? C'est donc par heures qu'il faut compter et non par jours. Impraticable en matière de prescription, ce mode de procéder est ici parfaitement praticable. Rien de plus facile que de préciser le moment de la célébration du mariage et le moment de la naissance de l'enfant. Les actes de l'état civil indiquent l'heure où ils sont reçus (art. 34) et l'officier public doit mentionner également l'heure de la naissance (art. 57). On a donc une preuve légale qui constate la vérité. Il faut s'y tenir et compter 180 fois vingt-quatre heures à partir de l'heure où le mariage a été célébré jusqu'à l'heure où l'enfant est né. L'enfant sera légitime si ce nombre d'heures est écoulé; il sera illégitime dans le cas contraire. On doit en dire autant du délai de 300 jours. Il faut compter également à partir de l'heure où le mariage s'est dissous jusqu'à l'heure de la naissance. L'enfant né dans ce délai sera réputé conçu pendant le mariage et partant légitime; né plus tard, il sera présumé conçu après la dissolution du mariage. Le calcul usuel qui exclut dans ce cas le jour de la dissolution et ne fait courir le délai qu'à partir du lendemain aboutit à cette conséquence inadmissible que la conception est légalement considérée comme possible pendant tout le jour de la dissolution, même pendant les heures qui suivent le moment où elle s'est produite. Sans doute il y a alors une difficulté particulière quant au point de départ du délai. Le code n'ayant pas prescrit l'indication dans l'acte de l'état civil du jour et de l'heure du décès, on devra recourir au témoignage; mais ce mode de preuve est ici bien plus sûr qu'en matière de prescription, le temps écoulé étant généralement peu considérable et la mort d'une personne étant un fait qui frappe fortement les esprits et qui se grave plus profondément dans la mémoire que des faits de possession (1).

La jurisprudence est divisée. La Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la question à l'occasion d'une espèce assez curieuse. Un

1) Valette, *Explicat. somm.*, p. 160 et suiv. et *Cours de code civil*, p. 384; Laurent, t. III, n° 391; Huc, t. III, n° 6; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 953.

homme était décédé le 19 mars 1866 à deux heures du matin. Sa veuve accoucha le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du matin. Si, pour déterminer la durée de la gestation, on calculait par jours, en excluant le jour de la dissolution du mariage, c'est-à-dire si on comptait à partir du 20 mars à minuit, l'enfant devait être considéré comme conçu pendant le mariage. Si au contraire on calculait d'heure à heure, la naissance avait eu lieu après l'expiration du délai de 300 jours, ce délai ayant pris fin le 13 janvier à deux heures du matin, six heures et demie avant l'accouchement. La cour d'Angers, appliquant le calcul par heures, avait déclaré l'enfant illégitime (1). Son arrêt fut cassé et la cour suprême décida, comme l'avaient fait les juges de première instance, que le calcul devait se faire par jours (2).

558. Bien que, régulièrement, l'enfant légitime soit celui qui a été *conçu* pendant le mariage, la loi, par une disposition de faveur, considère également comme tel l'enfant *né* durant le mariage, mais dont la conception est antérieure à la célébration. Cet enfant est aussi de plein droit présumé appartenir au mari. Mais, comme nous le verrons, cette présomption n'a pas, en ce qui le concerne, la même force qu'à l'égard de l'enfant conçu pendant le mariage.

SECTION II

DE L'ACTION EN DÉSAVEU ET DE L'ACTION EN CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ

§ 1. — *De l'action en désaveu.*

559. Les présomptions légales se divisent en deux classes. Les unes sont absolues, irréfragables; elles ne peuvent être combattues et détruites par la preuve contraire. On les nomme, dans le langage de l'école, présomptions *juris et de jure*. Les autres admettent la preuve contraire. Ce sont les présomptions *juris tantum*. La présomption relative à la durée de la gestation appartient à la première catégorie. Celle qui attribue au mari la paternité de l'enfant auquel sa femme a donné le jour appartient à la seconde. Elle peut, dans certains cas, être combattue par la preuve contraire. On appelle *action en désaveu* l'action tendant à faire tomber cette présomption et à faire déclarer par la justice que l'enfant conçu ou né pendant le mariage n'a pas pour père le mari. Le mariage, la maternité de la femme, l'identité de l'enfant ne sont pas alors en question. La paternité du mari est seule contestée; ce qui du reste emporte par voie de conséquence la

1) Arrêt du 12 décembre 1867, D. 67, 2, 201, S. 68, 2, 39. — Dans le même sens, Poitiers, 24 juillet 1865, D. 65, 2, 129, S. 65, 2, 271.

2) Cour de cass., 8 février 1869, D. 69, 1, 181, S. 69, 1, 215; — Orléans, 3 juin 1869, D. 74, 5, 270, S. 69, 2, 194.

contestation de la légitimité de l'enfant. Aussi l'art. 317 se sert-il de cette expression en parlant de l'action en désaveu. Mais il est préférable d'éviter cette formule, parce qu'il y a une autre action qui porte spécialement le nom d'*action en contestation de légitimité*.

1° Des cas dans lesquels l'action en désaveu est recevable.

560. Il faut distinguer à cet égard suivant qu'il s'agit d'un enfant conçu et né pendant le mariage, d'un enfant né pendant le mariage mais conçu avant, ou d'un enfant né après la dissolution du mariage.

A. De l'enfant conçu et né pendant le mariage.

561. Cet enfant ne peut être désavoué que dans les trois cas suivants :

1° En cas d'impossibilité physique de cohabitation entre les époux pendant la période légale de la conception ;

2° En cas d'adultère de la femme joint au recel de la naissance et à l'impossibilité morale de cohabitation entre les époux ;

3° Lorsque la conception a eu lieu, soit au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, soit après que la séparation de corps a été prononcée entre les époux.

562. PREMIER CAS. *Impossibilité physique de cohabitation pendant la période légale de la conception.* — Après avoir posé le principe que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, l'art. 312 ajoute : « Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. » La présomption qui attribue la paternité au mari étant fondée sur la cohabitation entre les époux doit tomber lorsqu'il est établi que, depuis le commencement jusqu'à la fin de la période pendant laquelle se place, d'après la loi, la conception de l'enfant, tout rapport a été impossible entre le mari et la femme.

L'impossibilité physique de cohabitation peut, d'après l'art. 312, résulter de l'un des deux faits suivants : l'*éloignement* ou un *accident*.

Par le mot *éloignement* on doit entendre une séparation ayant rendu absolument irréalisable une réunion entre les époux durant tout l'intervalle dans lequel la conception peut se placer. Il n'est pas nécessaire que, pendant cet intervalle, les époux se soient trouvés à une grande distance l'un de l'autre ; il suffit qu'ils aient été placés dans des conditions telles que toute communication entre eux ait été matériellement impossible, comme si, par exemple, l'un d'eux a été incarcéré ou renfermé dans un établissement d'aliénés, sans qu'il ait été permis à son conjoint de le visiter. La question de savoir s'il y a eu réellement impossibilité absolue de réunion entre les époux est une question de fait abandonnée à l'appréciation des

tribunaux. Le doute devrait s'interpréter en faveur de l'enfant (1).

Le mot *accident* désigne une mutilation extérieure résultant d'une opération chirurgicale, d'une chute ou de tout autre événement et qui a rendu le mari impropre à la génération. Malgré l'opinion émise par le tribun Duveyrier dans son discours au Corps législatif, ce mot ne saurait, croyons-nous s'entendre d'une maladie interne. Jamais en effet, dans le langage ordinaire, un mal dont le principe est intérieur n'est qualifié d'accident. Il faut d'ailleurs, pour que le désaveu soit admis, que l'impossibilité de cohabitation soit certaine et absolue. Or une maladie, si grave qu'on la suppose, ne fournirait jamais que des probabilités plus ou moins grandes, sans donner une certitude complète (2).

Est-il nécessaire pour que le désaveu soit recevable que l'accident qui a rendu impossible tout rapport entre le mari et la femme soit postérieur au mariage? On l'a prétendu; mais cette solution ne nous paraît pas exacte. En comprenant dans une seule et même disposition l'accident arrivé au mari et son éloignement, l'art. 312 suppose à la vérité un événement survenu au cours de l'union conjugale; mais cela tient uniquement à ce qu'il a statué en vue de l'hypothèse la plus fréquente. Il n'existe en effet aucun motif de distinguer, au point de vue de la recevabilité du désaveu, entre le cas où l'accident est antérieur et celui où il est postérieur à la célébration du mariage. Si l'homme qui s'est marié après avoir éprouvé un accident de nature à le rendre impropre à la génération a commis une faute, en laissant ignorer son état à celle qu'il a épousée, cette faute ne saurait avoir pour conséquence de lui faire infliger à titre de peine une paternité fictive et de conférer à la femme le droit d'avoir des enfants légitimes par l'adultère (3).

Quant à l'impuissance naturelle, elle n'est jamais une cause de désaveu (art. 313 al. 1), parce qu'à la différence de l'impuissance accidentelle, qui est toujours reconnaissable, elle ne saurait être constatée d'une façon certaine.

563. DEUXIÈME CAS. *Adultère de la femme joint au recel de la naissance*

1) Demolombe, t. V, n° 30; Aubry et Rau, § 545, note 47; Duranton, t. III, n° 40. — Cour de cass., 16 juillet 1889, D. 90, 1, 377; — Besançon, 8 mars 1899, D. 99, 2, 268, S. 99, 2, 274; — Dijon, 28 juin 1899, D. 1900, 2, 71.

2) Aubry et Rau, § 545, note 48; Duranton, t. III, n° 42; Laurent, t. III, n° 368; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 957. — *Contra*: Demolombe, t. V, n° 32; Beudant, t. II, n° 525; Planiol, t. I, n° 2171.

3) Valette, *Cours de code civil*, p. 386; Beudant, t. II, n° 525; Planiol, t. I, n° 2171. — M. Demolombe, après avoir repoussé cette solution a fini par s'y rallier, t. V, n° 35. — *Contra*: Aubry et Rau, § 545, note 49; Laurent, t. III, n° 369.

et à l'impossibilité morale de cohabitation entre les époux. — Ce cas fait l'objet de l'art. 313 al. 1, lequel élimine en outre, ainsi que nous venons de le dire, l'impuissance naturelle comme cause de désaveu : « *Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant; 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.* » La présomption légale de paternité du mari n'est plus ici, comme dans le cas précédent, attaquée et détruite directement par la preuve d'une impossibilité matérielle. C'est au moyen d'inductions résultant d'un ensemble de faits, dont aucun pris isolément ne donne une certitude absolue, que l'on arrive indirectement jusqu'à elle.

Pour que le désaveu soit recevable, trois conditions doivent concourir. Il faut :

- 1° Que la femme se soit rendue coupable d'adultère pendant la période légale de la conception;
- 2° Qu'elle ait caché à son mari la naissance de l'enfant;
- 3° Qu'il y ait eu impossibilité morale de cohabitation entre les époux à l'époque de la conception.

L'adultère de la femme rend douteuse la paternité du mari; il ne la rend pas impossible, l'infidélité de la femme n'étant pas exclusive de tout rapport entre les époux. Mais quand la femme prend la précaution de cacher à son mari sa grossesse et son accouchement, elle témoigne de la façon la plus significative que le mari a des motifs pertinents de ne pas se croire le père de l'enfant. Si elle pensait qu'il pût se faire la moindre illusion, elle n'agirait pas ainsi. La non-paternité du mari devient dès lors suffisamment probable, aux yeux de la loi, pour qu'elle lui permette de compléter la preuve commencée en justifiant qu'il est moralement impossible, à raison des circonstances, que l'enfant dont sa femme est accouchée lui appartienne. Les faits constitutifs de cette impossibilité sont laissés à l'appréciation des tribunaux. On peut citer à titre d'exemples le grand âge du mari, sa mauvaise santé, la mésintelligence existant entre les époux, etc. (1).

On s'accorde à décider que la déclaration expresse faite par la femme que le père de l'enfant est un autre que son mari n'équivaldrait pas au recel de la naissance. Outre que tout est de droit étroit en matière de désaveu, une pareille déclaration, inspirée peut-être par un sentiment de haine ou de vengeance, n'a point la même portée que l'aveu tacite, prémédité et réfléchi dont parle l'art. 313. Il n'est d'ailleurs nullement nécessaire que le mari n'ait pas connu la naissance de l'enfant; il suffit que la femme ait fait en sorte qu'il ne la connût pas. En un mot c'est le fait même des ma-

1) Cour de cass., 29 juin 1892, D. 92, 1, 477.

manœuvres employées pour cacher au mari la grossesse et l'accouchement et non le succès de ces manœuvres qu'il y a lieu de considérer (1).

Conformément au droit commun, c'est au demandeur en désaveu de prouver l'existence des trois conditions auxquelles est subordonné le succès de sa demande. D'après une opinion accréditée en jurisprudence, la preuve spéciale et directe de l'adultère ne serait pas nécessaire. Il suffirait de prouver le recel de la naissance et l'impossibilité morale de cohabitation. Cette preuve faite, l'adultère se trouverait par là même établi (2). La doctrine se prononce en général contre cette solution qui est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Dire que l'enfant ne peut être désavoué même pour cause d'adultère, à moins que sa naissance n'ait été cachée, c'est dire qu'il peut être désavoué pour adultère quand sa naissance a été cachée. C'est donc exiger la double preuve de l'adultère et du recel. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat, Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, Lahary dans son *Rapport au Tribunat*, Duveyrier dans son *Discours au Corps législatif*, sont unanimes à interpréter en ce sens la disposition de l'art. 313. Tous exigent cette double preuve, outre celle de l'impossibilité morale de cohabitation. Vainement prétend-on que la preuve de l'adultère est inutile et surabondante, attendu qu'elle ressort par voie de conséquence nécessaire de la preuve des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant. Raisonner ainsi c'est confondre le cas prévu par l'art. 313 avec celui dont s'occupe l'art. 312. Lorsqu'il est démontré que le mari s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle et absolue d'avoir aucun rapport avec sa femme à l'époque où se place la conception, cette preuve entraîne forcément celle de l'adultère. Mais dans le cas de l'art. 313 la situation est toute différente. Il n'est pas établi que tout rapport entre les époux a été matériellement impossible. Il existe seulement un ensemble de circonstances de nature à faire présumer que le mari n'est pas le père de l'enfant dont sa femme est accouchée. Au premier rang de ces circonstances la loi place l'adultère de la femme qu'elle présente comme la cause, le fondement même de l'action en désaveu. Donc l'adultère doit être prouvé distinctement et principalement, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que sa constatation précède l'introduction de la demande en désaveu, ni qu'elle fasse l'objet d'une décision judiciaire spéciale et *ad hoc*. L'adultère, le recel et les faits constitutifs de l'impossibilité morale de cohabitation peuvent être établis en même temps et constatés par un seul et même jugement (3).

1) Cour de cass., 5 août 1891, D. 92, 1, 567.

2) Cour de cass., 31 juillet 1866, D. 67, 1, 298, S. 66, 1, 417.

3) Demolombe, t. V, nos 42 et suiv. ; Aubry et Rau, § 545, texte et notes 56, 57 et 58 ; Laurent, t. III, n° 375 ; Marcadé, sur l'art. 313 ; Duranton, t. III, n° 52 ; Huc, t. III, n° 12 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 962 ; Beudant, t. II, n° 544. — Dijon, 28 juin 1899, D. 1900, 2, 71.

564. TROISIÈME CAS. *La conception de l'enfant a eu lieu soit au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, soit après que la séparation de corps a été prononcée entre les époux.* — Ce cas de désaveu, qui fait l'objet du deuxième alinéa de l'art. 313, n'existait pas dans le code civil de 1804. Il a été introduit par la loi du 6 décembre 1850, due à l'initiative de M. Demante. Le texte de cette loi qui ne visait que la séparation de corps a été étendu au divorce par la loi du 27 juillet 1884 et finalement retouché par la loi du 18 avril 1886 qui a corrigé une erreur matérielle commise par le législateur de 1884. L'art. 313 al. 2 est actuellement conçu dans les termes suivants : « *En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.* — *L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux.* »

Sous l'empire du code, les enfants conçus pendant une instance en divorce ou en séparation de corps, ou postérieurement à la séparation prononcée entre les époux, ne pouvaient être désavoués que conformément au droit commun. Il suffisait dès lors à la femme de ne point cacher au mari la naissance de ses enfants pour lui infliger une paternité qu'il ne pouvait combattre par aucun moyen. Une pareille situation était illogique non moins qu'injuste. La présomption de paternité du mari étant fondée surtout sur la vie commune des époux perd en effet sa principale raison d'être lorsque la vie commune a cessé. Le remède introduit par la loi du 6 décembre 1850, et étendu par la loi du 27 juillet 1884, a consisté à affaiblir la présomption de paternité dans le cas où la conception se place à une époque où les époux sont autorisés à avoir une résidence séparée, en permettant au mari de la faire tomber sans qu'il ait à cet effet aucune preuve particulière à faire.

Le devoir de cohabitation cesse entre époux qui plaident en divorce ou en séparation de corps du jour où, après l'insuccès de la tentative de conciliation, le demandeur a reçu du président du tribunal l'autorisation d'avoir une résidence distincte (art. 236 et 307). Cette situation subsiste jusqu'au jour du rejet définitif de la demande ou de la réconciliation des époux. En conséquence, l'enfant dont la conception se place pendant la période comprise entre ces deux termes, c'est à-dire l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance du président et moins de 180 jours après le rejet de la demande ou la réconciliation, peut être désavoué. Pour réussir dans son action en désaveu, le mari n'a pas besoin, comme dans les cas dont s'occupent les art. 312 et 313 al. 1, de prouver soit l'impossibilité physique de cohabitation, soit l'adultère de la femme et le recel de la naissance. Le désaveu est alors *péremptoire*. Il résulte de la situation même dans laquelle

les époux se trouvent placés. Le tribunal est tenu de le prononcer dès lors qu'il reconnaît que la demande est formée dans les conditions prévues par la loi. Toutefois les derniers mots de l'art. 313 réservent au défendeur à l'action en désaveu la faculté d'en paralyser l'effet en fournissant la preuve d'une réunion de fait entre les époux. Cette réunion est légalement présumée n'avoir pas eu lieu. C'est aux adversaires du mari à justifier qu'elle s'est produite (1).

Telle est la situation *au cours de l'instance* en divorce ou en séparation de corps. Supposons maintenant qu'au lieu de se terminer par le rejet de la demande ou par la réconciliation des époux, le procès aboutisse à la séparation ou au divorce.

Lorsque c'est la séparation de corps qui est prononcée, l'état de choses qui jusqu'alors n'avait existé qu'à titre provisoire, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, existe désormais d'une façon stable en vertu d'un jugement, pour se prolonger jusqu'au jour d'une réconciliation des époux, jour qui peut-être n'arrivera jamais. Les enfants conçus par la femme pendant cette nouvelle période se trouvent donc dans la même situation que ceux dont la conception aurait eu lieu pendant la période précédente. Le mariage n'étant pas dissous par la séparation de corps, ils naissent, eux aussi, sous la protection de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, sauf au mari à faire tomber cette présomption en usant du désaveu péremptoire dont nous venons de parler, lequel ne peut être combattu que par la preuve d'une réunion de fait entre les époux pendant la période légale de la conception.

Il en est autrement au cas de divorce. Tandis qu'en matière de séparation de corps la disposition de l'art. 313 al. 2 reçoit son application pendant deux périodes consécutives, l'une qui court pendant l'instance, l'autre qui dure autant que la séparation elle-même, elle n'est applicable au cas de divorce que pendant la première de ces deux périodes. Le mariage étant légalement dissous par le divorce, les enfants que la femme pourra concevoir désormais ne seront point issus d'une femme mariée et par suite ils ne seront point protégés par la présomption de paternité. Il ne sera donc pas nécessaire d'intenter contre eux l'action en désaveu, dont l'objet est de renverser cette présomption. Ce serait, le cas échéant, par *l'action en contestation de légitimité* dont parle l'art. 315 qu'il y aurait lieu de procéder à leur égard.

Que faudrait-il décider si les époux laissaient passer le délai de deux mois fixé par l'art. 252 sans requérir la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, ce qui a pour conséquence de faire considérer le divorce comme nul et non avenue? On doit, croyons-nous, assimiler cette hypothèse à celle où il y a eu réconciliation entre les époux. La ré-

1) Lyon, 3 juillet 1890, D. 91, 2, 99.

conciliation sera réputée avoir eu lieu le jour de l'expiration du délai. Le mari pourra donc désavouer les enfants dont la conception remonterait, d'après la présomption de la loi, à une époque antérieure à ce moment (1).

B. De l'enfant conçu avant et né depuis la célébration du mariage.

565. L'enfant conçu avant le mariage est celui qui naît moins de 180 jours après la célébration. Malgré l'illégitimité de sa conception, cet enfant est, nous le savons, considéré par la loi comme légitime par le fait seul de sa naissance. Il est dès lors présumé avoir pour père le mari de sa mère; mais cette présomption est fragile. Le mari a le droit absolu de désavouer l'enfant sans avoir d'autre preuve à faire que celle qui résulte de la date de la naissance rapprochée de celle du mariage. En d'autres termes, le désaveu est ici *péremptoire* comme dans le cas prévu par l'art. 313 al. 2. L'enfant reste légitime s'il n'est pas désavoué; il cesse de l'être par cela seul qu'il est désavoué. Cette règle, que la loi ne formule pas textuellement, résulte d'une façon certaine de l'art. 314 qui, refusant au mari dans les cas qu'il énumère le droit de désavouer l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage, implique que ce droit lui appartient en thèse générale.

Elle est d'ailleurs parfaitement rationnelle. Il est probable que l'enfant est issu des œuvres de celui qui a épousé sa mère. De cette probabilité le législateur fait une présomption en faveur de l'enfant. Mais il est possible aussi qu'aucun commerce illicite n'ait existé entre les époux avant leur mariage et que le mari ait ignoré que sa femme était enceinte lorsqu'il l'a épousée. Lui seul sachant à quoi s'en tenir à cet égard, la loi devait s'en rapporter à lui et l'autoriser à faire tomber la présomption de paternité sans autre motif que la naissance trop précoce.

566. L'art. 314 indique trois cas dans lesquels le désaveu du mari cesse d'être recevable : « *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.* »

Examinons successivement ces trois fins de non-recevoir dont la preuve est bien entendu à la charge du défendeur à l'action en désaveu.

a. Le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage. Celui qui épouse une femme sachant qu'elle est enceinte reconnaît par là même qu'il est l'auteur de sa grossesse, ou bien il accomplit un acte de dévouement ou de honteuse spéculation dont il accepte toutes les conséquences.

b. Le mari a assisté à l'acte de naissance de l'enfant ; il a signé cet acte, ou déclaré ne savoir signer. Cette participation du mari à l'acte qui doit

1) Huc, t. III, n° 13 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 965.

former le titre de la filiation légitime de l'enfant (art. 319), constitue encore un aveu de sa paternité.

L'assistance dont parle la loi ne doit pas s'entendre simplement de la présence matérielle du mari lors de la rédaction de l'acte de naissance; il faut qu'il ait signé cet acte ou qu'il ait déclaré ne savoir signer, ce qui suppose de sa part un rôle actif, le rôle de déclarant ou celui de témoin. Il faut en outre, bien que notre article ne s'en explique point, que l'acte ne renferme aucune énonciation contraire à la présomption légale qui attribue la paternité au mari. Ainsi l'acte qui désignerait l'enfant comme *né de père inconnu* n'enlèverait pas au mari le droit d'agir en désaveu, bien qu'il ait été dressé sur sa déclaration.

Il est unanimement admis que la reconnaissance *expresse* de paternité faite par le mari, le rendrait non recevable à désavouer l'enfant, un aveu exprès ayant plus de force qu'un aveu tacite. Dans le silence de la loi, on reste à cet égard sous l'empire des principes généraux. A la différence de la reconnaissance d'un enfant naturel, l'aveu de paternité n'est soumis à aucune condition spéciale de forme. Il peut être consigné dans un acte authentique ou sous seing privé. Il peut aussi être purement verbal, sauf application des règles ordinaires sur la preuve. Mais on n'est pas d'accord sur le point de savoir si la renonciation *tacite* du mari au droit d'agir en désaveu peut s'induire de circonstances autres que celles qui sont indiquées par les deux premiers numéros de l'art. 314. Cet article n'étant pas conçu en termes restrictifs ou limitatifs, nous inclinons à penser, avec l'opinion la plus répandue, que les cas qu'il prévoit doivent être considérés comme des exemples et que tout fait impliquant d'une façon certaine que le mari se reconnaît comme le père de l'enfant constitue une fin de non recevoir contre l'action en désaveu. Ainsi un mari, absent lors de l'accouchement de sa femme, écrit à celle-ci pour la féliciter de son heureuse délivrance, il prend part à la fête du baptême, il présente l'enfant à sa famille et à ses amis. Les juges pourront voir dans ces faits une reconnaissance de paternité rendant le désaveu irrecevable (1).

c. L'enfant n'est pas déclaré viable. L'enfant non viable est celui qui n'est pas constitué de manière à pouvoir vivre. En cas de contestation sur la viabilité, les tribunaux décideront naturellement d'après le témoignage des gens de l'art.

Pourquoi le mari n'est-il pas admis à désavouer l'enfant qui n'est pas né viable? Pour deux motifs. D'abord parce que la non-viabilité peut provenir de ce que la naissance a eu lieu avant terme et qu'il devient par là même

1) Demolombe, t. V, n° 76; Demante, t. II, n° 41 bis, II; Marcadé, sur l'art. 314; Aubry et Rau, § 545, texte et note 19; Planiol, t. I, n° 2180; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 971. — *Contra*: Laurent, t. III, n° 381.

douteux que la conception soit antérieure au mariage. Ensuite parce que le mari n'a alors aucun intérêt au désaveu, l'enfant non viable, comme l'enfant mort-né, étant légalement réputé n'avoir jamais existé et n'ayant pu par suite acquérir aucun droit (art. 725 et 906). Sans intérêt, pas d'action.

Ce dernier motif doit faire décider que la non-viabilité de l'enfant constitue une fin de non-recevoir contre l'action en désaveu non seulement dans le cas prévu par l'art. 314, mais dans tous les cas.

567. En considérant comme légitime, dès lors qu'il n'est pas désavoué, l'enfant conçu avant et né après le mariage de ses parents, la loi consacre une véritable fiction. Dans la réalité des choses, celui-là seul est enfant légitime qui est *issu du mariage*, c'est-à-dire qui a été conçu alors que ses auteurs étaient mariés. Mais quelle est la fiction sur laquelle repose la disposition de l'art. 314? La question est très controversée.

D'après l'opinion la plus répandue, il s'agit d'une légitimation qui ne diffère de la légitimation ordinaire que par la forme. Aux termes de l'art. 331, l'enfant *né hors mariage* est légitimé par le mariage subséquent de son père et de sa mère, à la condition qu'il ait été reconnu par eux avant la célébration de leur union. Dans le cas de l'art. 314, le mariage ayant eu lieu avant la naissance de l'enfant, celui-ci se trouve légitimé immédiatement dans le sein de sa mère, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été préalablement reconnu d'une manière expresse. La reconnaissance est alors purement tacite et résulte de ce que le mari n'use pas du droit qui lui appartient de désavouer l'enfant. Mais, sauf cette différence, il y a lieu d'appliquer toutes les règles qui gouvernent la légitimation.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° L'enfant venu au monde moins de 180 jours après le mariage naît illégitime, si, depuis le commencement jusqu'à la fin de la période pendant laquelle se place légalement la conception, le mari de sa mère était engagé dans les liens d'un précédent mariage. Ainsi un homme se remarie deux mois après la mort de sa femme, et trois mois après, sa nouvelle femme accouche. L'enfant sera illégitime, car on ne peut le réputer conçu des œuvres du mari de sa mère sans lui donner une origine adultérine, et, d'après l'art. 331, les enfants issus d'un commerce adultérin ne peuvent pas être légitimés.

2° L'enfant né moins de 180 jours après le mariage est illégitime si ses auteurs, à raison du lien de parenté ou d'alliance existant entre eux, n'ont pu se marier qu'en vertu de dispenses, l'art. 331 refusant le bénéfice de la légitimation aux enfants issus d'un commerce incestueux.

3° Dans ces deux cas, l'enfant est soumis non pas seulement à une action en désaveu, mais à une action en contestation de légitimité appartenant à toute personne intéressée (1).

1) Demante, t. II, n° 37 bis, II; Marcadé, sur l'art. 314.

Parmi les adhérents de ce premier système, il en est toutefois qui repoussent la seconde des conséquences ci-dessus indiquées, parce qu'à leurs yeux les enfants issus du commerce de deux personnes qui peuvent se marier en vertu de dispenses ne sont pas exclus du bénéfice de la légitimation. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation (1). La même restriction est également admise par quelques auteurs qui ne partagent pas l'avis de la cour de cassation sur la légitimation des enfants incestueux (2). Mais les motifs qu'ils invoquent ne paraissent pas suffisants pour les soustraire au reproche d'inconséquence.

Suivant une autre opinion, la fiction sur laquelle repose l'art. 314 n'a rien de commun avec la légitimation. L'enfant né pendant le mariage n'est pas simplement légitimé, il est véritablement légitime, comme celui qui a été conçu en mariage. Par cela seul que sa naissance est postérieure au mariage et qu'il n'est pas désavoué, la loi ferme les yeux sur le vice de sa conception qu'elle reporte fictivement à la date même de la célébration du mariage. L'enfant jouit donc de la légitimité, alors même que le commerce de ses auteurs aurait été entaché d'adultère ou d'inceste. Mais sa légitimité ne remontant pas au delà du mariage, il ne saurait s'en prévaloir pour réclamer les droits de famille, spécialement les droits de succession ouverts dans l'intervalle de sa conception au mariage.

Cette doctrine nous paraît la plus conforme à la pensée du législateur. L'art. 331, relatif à la légitimation, suppose un enfant *né hors mariage*. Il est donc étranger à l'enfant *né dans le mariage* mais conçu auparavant. La légitimation étant une fiction légale est par là même de stricte interprétation et ne saurait être étendue à une situation autre que celle en vue de laquelle elle a été établie. L'appliquer à l'enfant simplement conçu et lui en refuser le bienfait lorsque sa conception est entachée d'adultère ou d'inceste, ce n'est pas seulement étendre abusivement la disposition de l'art. 331, c'est aussi méconnaître le principe que l'enfant conçu n'est pas encore une personne et que la loi ne lui attribue exceptionnellement cette qualité que lorsqu'il s'agit de son intérêt. — La discussion à laquelle donna lieu au Conseil d'État l'art. 314 prouve très clairement que, dans la circonstance, les rédacteurs du code ont considéré la naissance pendant le mariage comme conférant par elle-même la légitimité au même titre que la conception en mariage. « Le caractère de la légitimité, disait Portalis, est propre à l'enfant qui naît pendant le mariage, que cet enfant ait été conçu avant ou après ; la loi doit d'abord lui imprimer ce caractère. » De son côté, Regnaud de Saint-Jean-d'Angély s'exprimait ainsi : « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre : l'enfant conçu avant le mariage et né après est

1) Arrêts du 28 juin 1869, D. 69, 1, 335, S. 69, 1, 446.

2) Aubry et Rau, § 545, texte et note 9; Duranton, t. III, n° 20.

légitime si le père ne réclame pas. » — La même conclusion résulte de la rubrique de notre chapitre : *De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage*. Ne pouvant pas avoir pour but de refuser l'attribut de la légitimité aux enfants nés après la dissolution du mariage (art. 315), cette formule ne saurait avoir d'autre raison d'être que de constater que la naissance pendant le mariage suffit pour conférer la qualité d'enfant légitime. — Pour déposséder de la légitimité les enfants dont il s'agit dans ce chapitre, la loi n'ouvre qu'une seule action, l'action en désaveu. Qu'elle s'applique à des enfants conçus ou seulement nés pendant le mariage, cette action est régie par les mêmes principes (art. 316 et 317). L'unique différence existant entre les deux hypothèses est que, dans l'une, le désaveu est absolu tandis que, dans l'autre, il ne peut avoir lieu que pour causes déterminées. A part cette différence, la condition de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage est donc la même que celle de l'enfant dont la conception a eu lieu en mariage. Nul n'étant admis à contester la légitimité de ce dernier, sous prétexte qu'il est issu d'un commerce adultérin, quand le mari ne le désavoue pas, nul ne saurait non plus contester pour ce motif la légitimité du premier. — On a reproché à cette théorie d'être immorale. Il est permis de penser au contraire qu'en jetant un voile sur ce qui a pu se passer avant le mariage, en interdisant toute recherche, toute inquisition qui tendrait à révéler le vice dont la conception est entachée, le législateur a consacré la solution la plus conforme au bon ordre de la société et à l'intérêt des familles (1).

C. De l'enfant né après la dissolution du mariage.

568. Cet enfant peut être né moins de 300 jours ou plus de 300 jours après la dissolution.

L'enfant né dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage est légalement réputé avoir été conçu pendant le mariage. Il est donc protégé par la présomption *Pater is est* et ne peut être désavoué que dans les cas indiqués par les art. 312 et 313.

Cependant, par la force même des choses, la présomption *Pater is est* n'est pas, en ce qui le concerne, aussi absolue que lorsqu'il s'agit d'un enfant né pendant le mariage. Une femme qui est accouchée quelques jours seulement après la dissolution de son mariage accouche de nouveau moins de 300 jours après cette même époque. Le second enfant ne saurait évidemment être réputé conçu des œuvres du mari pendant la durée du mariage dissous. Décider autrement ce serait faire injure au bon sens du législateur. Si ce second enfant est né dans un nouveau mariage contracté par la femme

1) Demolombe, t. V, n° 60; Laurent, t. III, n° 385; Valette, *Explicat. somm.*, p. 156 et *Cours de code civil*, p. 378; Huc, t. III, n° 16; Beudant, t. II, n° 534; — Poitiers, 19 juillet 1875, D. 76, 2, 28, S. 76, 2, 161.

malgré l'empêchement établi par l'art. 228, il sera réputé issu de ce nouveau mariage. Il sera enfant naturel si sa mère ne s'est pas remariée.

Voici une autre hypothèse plus embarrassante qui a exercé la sagacité des jurisconsultes anciens et modernes. Une femme n'est pas accouchée dans les jours qui ont suivi la dissolution de son mariage, mais elle a contracté une nouvelle union nonobstant la prohibition de l'art. 228 et, moins de 300 jours après la dissolution de la première, elle a mis un enfant au monde. Auquel des deux maris cet enfant devra-t-il être attribué ? Comment trancher le conflit qui s'élève alors entre deux présomptions de paternité ? Il y a sur cette question presque autant d'avis que d'auteurs. L'opinion la plus répandue aujourd'hui abandonne la solution de la difficulté au pouvoir discrétionnaire du juge qui doit se décider d'après les circonstances et, dans le doute, d'après le plus grand intérêt de l'enfant. Les présomptions relatives à la durée des grossesses ayant été établies en faveur de l'enfant et en vue d'écartier en pareille matière l'arbitraire des tribunaux, nous admettrions plus volontiers avec M. Laurent qu'il appartient à l'enfant de se prévaloir à son choix de l'une ou de l'autre des présomptions, c'est-à-dire de revendiquer à son gré la paternité du premier ou du second mari de sa mère, sans que l'on puisse en aucun cas lui imposer la filiation qu'il ne réclame pas.

La solution serait la même dans le cas où la femme ne s'étant pas remariée et ayant mis un enfant au monde plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution de son mariage, cet enfant aurait été reconnu comme enfant naturel, et légitimé ensuite par le mariage de ses auteurs (1).

L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'est pas placé sous la protection de la règle *Pater is est*. Il n'est donc pas nécessaire pour l'exclure de la famille du mari de recourir à l'action en désaveu. C'est une autre action, l'action en contestation de légitimité qui devra, s'il y a lieu, être intentée contre lui (art. 315).

2° Des personnes auxquelles appartient l'action en désaveu et du délai dans lequel cette action doit être intentée.

569. Les art. 316 et 317, relatifs à cet objet, sont ainsi conçus :

Art. 316. « 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. 317. « 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

1) Laurent, t. III, nos 388 et 389.

se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. »

Tant que le mari est vivant, l'action en désaveu appartient à lui seul. S'il s'abstient, nul ne peut agir. Seul en effet il peut savoir si la présomption de paternité est en opposition avec la réalité des choses.

Après le décès du mari, l'action passe à ses héritiers, s'il est mort sans y avoir renoncé dans le délai que la loi lui accorde pour agir ou au cours du procès déjà engagé.

Dans la personne du mari, l'action en désaveu présente un caractère essentiellement moral. Elle ne saurait donc être exercée en son nom par ses créanciers. L'art. 1166, qui permet aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur, excepte en effet ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, c'est-à-dire les droits purement moraux et ceux dans lesquels l'élément moral l'emporte sur l'intérêt pécuniaire.

En passant aux héritiers du mari l'action change de caractère. De morale qu'elle était, elle devient pécuniaire. La preuve en est que le délai accordé aux héritiers pour agir court seulement du jour où l'enfant manifeste des prétentions aux biens du mari défunt. Il suit de là que l'action n'est pas attachée exclusivement à la personne des héritiers et qu'elle peut être exercée en leur lieu et place par leurs créanciers. Il en résulte également que le mot *héritiers* dont se sert l'art. 317 doit être entendu dans un sens large comprenant tous les successeurs universels ou à titre universel : héritiers légitimes, successeurs irréguliers, donataires ou légataires universels ou à titre universel. Dès lors qu'il s'agit non d'un droit de famille mais d'un droit dépendant de la succession du mari défunt, tous ceux qui sont appelés à cette succession doivent être admis à l'exercer. Les travaux préparatoires sont d'ailleurs très formels sur ce point. Mais l'action en désaveu n'appartient pas à de simples successeurs particuliers qui, recueillant seulement des objets déterminés, n'ont pas vocation à la masse héréditaire dans laquelle se trouvent les droits et actions du mari.

En dehors de son caractère pécuniaire, l'action en désaveu demeure entre les mains des héritiers ce qu'elle était entre les mains du mari ; elle est soumise aux mêmes conditions. Si donc l'enfant a été conçu avant le mariage, les héritiers ont le droit absolu de le désavouer (art. 314). S'il a été conçu pendant le mariage, ils ne sont admis à le désavouer que dans les cas prévus par les art. 312 et 313. On a soutenu que le mari ayant seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme (art. 336 c. p.) ses héritiers ne seraient pas fondés à intenter l'action en désaveu en vertu de l'art. 313 al. 1, à moins que la femme n'eût été préalablement condamnée pour adultère sur la plainte du mari (1). Mais c'est là une erreur certaine. Les héritiers qui agissent

1) Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, p. 55.

en désaveu dans le cas de l'art. 313 al. 1 doivent prouver l'adultère, mais ils ne le dénoncent point et ne poursuivent pas la condamnation de la femme. Leur action est dirigée non contre la mère, mais contre l'enfant. L'art. 336 du code pénal n'est donc pas applicable.

570. Le désaveu doit, à peine de déchéance, être formé dans un bref délai. « Le sentiment naturel du mari qui a des motifs suffisants pour désavouer un enfant qu'il croit lui être étranger, lisons-nous dans l'*Exposé des motifs*, est de le rejeter sur-le-champ de la famille. Son devoir, l'outrage qu'il a reçu, tout doit le porter à faire sur-le-champ éclater sa plainte. S'il diffère, il s'entend appeler du nom de père, et son silence équivaut à un aveu formel en faveur de l'enfant; la qualité de père que l'on a consenti une fois à porter est irrévocable. » Duveyrier, dans son discours au Corps législatif, s'exprime en termes analogues : « Un père qui a souffert près de lui, dans sa maison, sans peine et sans répugnance, ou qui a connu sans indignation l'existence d'un enfant que la loi et la société appellent son fils, est raisonnablement supposé n'avoir pas reçu d'offense ou l'avoir pardonnée; et dans tous les cas, la loi, comme la raison, préfère le pardon à la vengeance. » Il importe d'ailleurs que l'état de l'enfant ne demeure pas longtemps en suspens.

En règle générale, le délai dont jouit le mari pour former son action est *d'un mois* à dater de la naissance de l'enfant.

Par exception, le délai est porté à deux mois : 1° lorsqu'au moment de la naissance le mari ne se trouvait pas dans le lieu où cet événement s'est produit; 2° lorsque la naissance lui a été cachée. Dans le premier cas, les deux mois courent à partir du retour du mari; dans le second, du jour où il a eu connaissance de l'accouchement (1).

Lorsque le mari se trouve sur les lieux lors de la naissance de l'enfant et que rien n'a été fait pour lui cacher cette naissance, la loi suppose non seulement qu'il en sera immédiatement informé, mais qu'il n'aura pas ignoré la grossesse de sa femme. Il lui aura donc été loisible de prendre ses mesures à l'avance et de se préparer à désavouer l'enfant. Le mari absent, c'est-à-dire éloigné au moment de l'accouchement, ou auquel la naissance a été célée, se trouvant au contraire pris au dépourvu, il était juste de lui donner le temps de rassembler ses preuves.

Le point de savoir si le mari était ou non assez éloigné du lieu où la femme est accouchée pour bénéficier du délai de deux mois est une question de fait à décider par les tribunaux d'après les circonstances de chaque espèce. Son absence de la commune dans laquelle l'accouchement a eu lieu ne suffirait pas si, à raison de la proximité de sa résidence et de la facilité des

1) Cour de cass., 12 février 1884, S. 84, 1, 228; — Lyon, 21 janvier 1886, D. 87, 2, 1, S. 88, 2, 77.

communications, il n'a pu raisonnablement ignorer la grossesse de sa femme et la naissance de l'enfant.

Il appartient également aux tribunaux d'apprécier s'il y a eu ou non dissimulation de la naissance, ainsi que le moment où, en cas de dissimulation, la fraude a été découverte.

Lorsque le mari est décédé avant l'expiration du délai ci-dessus indiqué sans avoir agi et sans avoir renoncé à son action, ses héritiers ont, pour former le désaveu, *un nouveau délai qui dans tous les cas est de deux mois*. Il convenait de leur accorder un délai plus long qu'au mari, parce qu'ils n'ont pas les mêmes facilités que lui pour réunir les renseignements de nature à établir sa non-paternité. Les deux mois courent non pas à partir du décès du mari, mais seulement du jour où l'enfant, par lui-même ou par un représentant quelconque, élève des prétentions à la succession du mari et compromet ainsi l'intérêt pécuniaire qui sert de base à l'action des héritiers.

Comme le délai accordé au mari, celui dont jouissent les héritiers ne constitue pas une prescription, mais un délai préfix dont l'expiration emporte déchéance du droit d'agir. La conséquence en est que ce délai court contre les héritiers même mineurs, tandis que, s'il s'agissait d'une prescription, elle serait suspendue pendant leur minorité (art. 2252).

571. L'art. 318 offre au mari et à ses héritiers un moyen de prolonger le délai qui leur est imparti par les art. 316 et 317. Ce moyen consiste à déclarer, avant l'expiration de ce délai, dans un acte extrajudiciaire qu'ils désavouent l'enfant. Ils acquièrent ainsi, à partir de cet acte, un nouveau délai d'un mois pour intenter leur action : « *Tout acte extrajudiciaire, 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...* » La loi n'ayant pas déterminé la forme de l'acte extrajudiciaire contenant la déclaration de désaveu, on doit en conclure que cette déclaration peut être faite dans un acte quelconque, authentique ou sous seing privé, pourvu que, dans ce dernier cas, il ait date certaine (art. 1328) antérieure à l'expiration du délai. Il n'est même pas nécessaire que cet acte soit signifié, puisqu'il ne s'agit pas encore d'intenter le procès, mais seulement d'établir que le mari ou ses héritiers ont la volonté sérieuse de désavouer l'enfant.

572. L'action en désaveu pourrait-elle être formée avant la naissance de l'enfant? Non, pour deux raisons. D'abord parce qu'un enfant conçu n'est pas encore une personne; s'il est parfois considéré comme né, c'est seulement lorsqu'il s'agit de ses intérêts. Ensuite parce que l'enfant conçu peut ne pas naître viable. Tout le monde est d'accord à cet égard. Mais voici un point qui a donné lieu à discussion. Les héritiers du mari sont-ils obligés d'attendre, pour intenter leur action en désaveu, que l'enfant les trouble dans la possession de l'hérédité? Ne peuvent-ils pas agir avant que

l'enfant ait manifesté aucune prétention à la succession du mari? Il nous paraît certain qu'ils ne sont fondés à désavouer l'enfant que lorsqu'ils sont troublés par lui. Il est en effet de principe que, lorsqu'une action est basée sur un intérêt pécuniaire, il faut, pour qu'elle puisse être exercée, que cet intérêt soit né et actuel. Or, tant que l'enfant garde le silence, les héritiers du mari n'ont pas à agir un intérêt né et actuel. On objecte que l'enfant peut vouloir attendre, pour manifester ses prétentions, le dépérissement des preuves, par exemple le décès de certains témoins dont il a lieu de redouter les déclarations, et qu'il importe aux héritiers du mari de déjouer ce calcul. Mais c'est là une éventualité bien peu probable et dont il n'est pas possible de tenir compte dans le silence de la loi (1).

3° Des formes de l'action en désaveu.

573. Aux termes de l'art. 318 *in fine*, l'action en désaveu doit être « dirigée contre un tuteur ad hoc donné à l'enfant, et en présence de sa mère ».

C'est l'enfant qui est défendeur à l'action en désaveu. Mais comme cette action est formée d'ordinaire immédiatement après sa naissance, ou du moins pendant sa minorité, il a fallu lui donner un protecteur, un représentant chargé de soutenir ses intérêts. La loi veut que ce soin soit confié à un tuteur *ad hoc*. Mais elle ne dit pas comment ce tuteur doit être nommé. La jurisprudence est unanime à décider que sa nomination appartient à un conseil de famille composé conformément aux règles tracées par les art. 406 et suivants, le droit commun demeurant applicable par cela seul qu'aucun texte n'y déroge (2). La doctrine se prononce au contraire en majorité pour la nomination par le tribunal saisi de la demande en désaveu, et nous n'hésitons pas à nous ranger à cette manière de voir. De ce que la loi attribue au conseil de famille la nomination du tuteur ordinaire, il ne s'ensuit pas que ce conseil ait qualité pour nommer le tuteur spécial dont parle l'art. 318. Il y a d'ailleurs une raison décisive pour ne pas confier à la famille le soin de choisir ce tuteur, c'est que tous les membres de la famille, les parents maternels comme les parents paternels, sont intéressés au succès de l'action en désaveu. Confier à des adversaires de l'enfant le soin de lui donner un protecteur, c'est aller manifestement contre la logique et contre l'esprit de la loi (3).

1) Laurent, t. III, n° 439; Huc, t. III, n° 24; Planiol, t. I, n° 2199; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 983. — *Contra* : Aubry et Rau, § 545 bis, texte et note 30; Demolombe, t. V, n° 160.

2) Cour de cass., 24 novembre 1880, D. 82, 1, 52, S. 81, 1, 65; — 10 mai 1887, D. 87, 1, 412, S. 88, 1, 97; — Montpellier, 21 juillet 1886, S. 88, 2, 100.

3) Demolombe, t. V, n° 166; Laurent, t. III, n° 453; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 447; Valette, *Cours de code civil*, p. 399; Huc, t. III, n° 27;

Il y a lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc* alors même que l'enfant se trouve pourvu d'un tuteur ordinaire. L'art. 318 statue en effet en termes généraux, sans distinguer si l'enfant est ou n'est pas en tutelle; et cela se comprend, le tuteur ordinaire, qui est le plus souvent un parent du mari ou de la mère, pouvant ne pas convenir à la mission spéciale dont il s'agit.

Si l'action était intentée contre un enfant majeur soit par les héritiers du mari, soit par le mari lui-même après une longue absence ou une naissance longtemps ignorée de lui, il est clair qu'il n'y aurait pas lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc*. Capable de se protéger lui-même, l'enfant n'a pas alors besoin d'un protecteur spécial, à moins toutefois qu'il ne soit interdit.

574. L'action en désaveu doit être exercée *en présence de la mère*, c'est-à-dire que celle-ci doit être appelée au procès, bien qu'elle n'y soit pas partie. Outre que son honneur est en jeu et que son désir doit être de conserver à l'enfant le bienfait de la légitimité, elle est mieux que personne en état de fournir à la justice d'utiles renseignements. Si la loi n'a pas cru devoir la charger exclusivement de la défense de l'enfant c'est qu'étant placée sous l'autorité de son mari, il a paru qu'elle pourrait ne pas jouir de toute la liberté nécessaire à cette défense.

575. La demande en désaveu doit être portée, conformément au droit commun, devant le tribunal du domicile du défendeur. Si donc l'action est formée par le mari contre l'enfant mineur, le tribunal compétent est celui du domicile du mari lui-même, l'enfant conservant ce domicile jusqu'à l'admission du désaveu.

4^o Des effets du jugement qui intervient sur l'action en désaveu.

576. Lorsque le désaveu est admis, il est établi que l'enfant n'a pas pour père le mari de sa mère. Il est donc illégitime et cesse dès lors d'appartenir civilement non seulement à la famille du mari, mais aussi à celle de sa mère, pour ne plus se rattacher qu'à sa mère elle-même en qualité d'enfant adultérin s'il a été conçu pendant le mariage, en qualité d'enfant naturel simple si sa conception est antérieure au mariage.

Lorsque le désaveu est rejeté, l'enfant reste en possession de la légitimité et conserve tous les droits d'un enfant légitime.

577. Mais à l'égard de qui le jugement produit-il ces effets? Il faut distinguer. Si l'action en désaveu a été formée par le mari ou par tous les héritiers du mari, le jugement, soit qu'il admette, soit qu'il rejette le désaveu, produit effet envers et contre tous. Le mari et ses héritiers ayant en effet seuls qualité pour désavouer l'enfant, personne n'a plus le droit de soulever désormais la question. Si au contraire le désaveu a été poursuivi par quelques-uns seulement des héritiers du mari, il y a lieu d'appliquer les prin-

cipes ordinaires sur l'autorité de la chose jugée. Le jugement intervenu n'aura d'effet qu'entre les parties en cause (art. 1351). Mais la question tranchée par ce jugement pourra être débattue de nouveau par ceux des héritiers qui n'ont pas figuré dans la première instance, pourvu qu'ils se trouvent encore dans le délai légal. Il pourrait ainsi arriver qu'après avoir succombé avec les premiers, l'enfant obtînt gain de cause avec les seconds ou réciproquement. Illégitime à l'égard des uns, il demeurerait légitime à l'égard des autres.

Lorsque le jugement admettant le désaveu n'a été rendu qu'en faveur de quelques-uns des héritiers du mari, et à plus forte raison lorsque ce jugement a été suivi d'une seconde décision judiciaire en sens contraire à la suite d'un nouveau procès intenté par les héritiers qui n'avaient pas figuré au premier, les tiers intéressés à se prévaloir de l'illégitimité de l'enfant, par exemple les parents de sa mère, ne sont pas admis à l'invoquer. Tout le monde est d'accord sur ce point. La présomption légale de légitimité n'étant pas alors entièrement détruite, mais simplement entamée, puisque l'enfant est tout à la fois illégitime à l'égard de quelques-unes des personnes qui avaient qualité pour le désavouer et légitime à l'égard des autres, la conséquence nécessaire de cette situation ambiguë est que l'enfant doit continuer à bénéficier de ce qui subsiste encore de la présomption à l'encontre de quiconque n'a pas qualité pour achever de la renverser (1).

Dans le cas où le désaveu est poursuivi par quelques-uns seulement des héritiers du mari, les juges sont du reste autorisés, afin de prévenir ces complications et de regrettables contrariétés de jugements, à ordonner, même d'office, la mise en cause de tous les héritiers (art. 856 c. pr.).

§ 2. — De l'action en contestation de légitimité.

578. L'action en contestation de légitimité est celle par laquelle on soutient qu'un enfant n'est pas légitime parce qu'il n'a pas été conçu ou qu'il n'est pas né pendant le mariage de sa mère. Cette action est donc dirigée contre un enfant qui ne se trouve pas placé sous la protection de la règle *Pater is est*. Elle fait l'objet de l'art. 315 ainsi conçu : « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.* »

La durée des gestations les plus longues étant légalement de trois cents jours, la conception de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution de l'union conjugale se place, d'après la présomption de la loi, en dehors du mariage. Il semble donc que cet enfant aurait dû être déclaré de plein droit illégitime. Telle était l'idée du Tribunat qui avait proposé de rédiger l'art. 315 en ces termes : « La loi ne reconnaît pas la légitimité de

1) Demolombe, t. V, n° 178; Aubry et Rau, § 545 bis, texte et notes 45 et 46; Valette sur Proudhon, t. II, p. 66, note a; Laurent, t. III, n° 458.

l'enfant né trois cent et un jour après la dissolution du mariage. » Mais cette rédaction ne fut pas admise par le Conseil d'État. Le texte devenu loi dispose qu'en pareil cas « la légitimité de l'enfant peut être contestée », c'est-à-dire que la tardiveté de sa naissance ne suffit pas par elle-même et par elle seule pour le faire considérer comme illégitime et qu'une décision judiciaire est nécessaire à cet effet. Il peut se faire sans doute que cet enfant n'élève aucune prétention à la légitimité, et il en sera ainsi presque toujours lorsqu'il sera né longtemps après la dissolution du mariage. Mais s'il a été inscrit dans son acte de naissance comme enfant du mari, s'il se trouve en fait en possession de la légitimité ou s'il en réclame les droits et avantages, il faudra, pour repousser ses prétentions, intenter contre lui une action en justice et le faire déclarer illégitime par jugement.

579. Supposons que cette action soit formée. Quelle sera la mission du tribunal? Devra-t-il nécessairement déclarer l'enfant illégitime dès lors qu'il sera établi que la naissance a eu lieu plus de 300 jours après la dissolution du mariage? Pourra-t-il au contraire, si des circonstances particulières paraissent expliquer la tardiveté de la naissance, le considérer comme conçu pendant le mariage et par conséquent le déclarer légitime?

Certains auteurs estiment que le législateur, faisant fléchir dans ce cas la règle générale d'après laquelle aucune preuve n'est admise contre les présomptions relatives à la durée des grossesses, reconnaît aux magistrats un pouvoir discrétionnaire. Ils invoquent en ce sens le texte de la loi, les travaux préparatoires et des considérations d'ordre physiologique. — L'art. 315 dit que la légitimité de l'enfant *pourra* être *contestée*. Ces expressions impliquent un *débat* et la *faculté* pour le juge auquel il est soumis de le trancher, suivant ses convictions, dans un sens ou dans l'autre. Le tribunal n'a pas simplement à donner acte au demandeur du fait de la contestation de légitimité; il peut juger en faveur de l'enfant aussi bien que contre lui, c'est-à-dire le déclarer, suivant les circonstances, légitime ou illégitime. Autrement l'intervention de la justice n'aurait aucune raison d'être. — C'est ainsi que l'art. 315 a été expliqué lors de la rédaction du code. « La naissance tardive, disait Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, peut être opposée à l'enfant, s'il naît trois cents jours après la dissolution du mariage. Néanmoins, la présomption qui en résulte ne sera décisive contre lui qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par les circonstances. » Et Lahary, dans son rapport au Tribunat, s'exprimait ainsi : « Le mot *pourra*, qui est purement facultatif, décèle le motif de cette prévoyante disposition. L'article veut que la légitimité de l'enfant puisse être contestée; mais il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondées ». — Prétendre assigner une limite rigoureusement fixe aux écarts de la nature eût été en effet dangereux et injuste. L'état de santé de la mère, le chagrin qu'elle a éprouvé de la mort de son mari, et bien

d'autres causes encore, peuvent avoir retardé chez elle les opérations de la nature et expliquer une naissance exceptionnellement tardive. Il s'agit d'ailleurs d'une femme de mœurs irréprochables, sur la conduite de laquelle aucun soupçon ne peut raisonnablement s'élever. La loi devait permettre aux tribunaux de tenir compte de ces faits et ne pas les contraindre à déclarer illégitime un enfant dont la légitimité peut leur paraître certaine (1).

On ne doit pas hésiter à repousser cette doctrine et à décider que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage doit nécessairement et dans tous les cas être déclaré illégitime, dès que sa légitimité est déniée. En fixant par une présomption légale le *maximum* et le *minimum* de durée de la grossesse, les rédacteurs du code ont voulu prévenir les abus et les scandales auxquels avait donné lieu, dans l'ancienne jurisprudence, le pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux. Or c'était surtout pour les naissances tardives que les abus s'étaient produits. Sous peine de se mettre en contradiction avec lui-même, le législateur n'a donc pas pu autoriser les magistrats à déclarer légitime un enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère. Aussi ne l'a-t-il point fait. L'objet de l'art. 315 est, d'une part, de fixer le terme après lequel l'enfant est réputé conçu hors du mariage, en reproduisant à cet égard la règle formulée dans l'art. 312, et, d'autre part, d'indiquer que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'est pas illégitime de plein droit, sans contestation et sans jugement. Mais de ce que cet enfant n'est pas illégitime *de plano*, il ne s'ensuit pas que l'admission ou le rejet de l'action dirigée contre lui dépende de l'appréciation du juge. L'art. 312 déclare bien, lui aussi, que le mari *pourra* désavouer l'enfant à la condition de prouver que, pendant le délai légal de la conception, il s'est trouvé dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, et cependant tout le monde reconnaît que, s'il fait cette preuve, le tribunal doit nécessairement admettre le désaveu. Il n'en est pas autrement dans le cas de l'art. 315. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le mot *pourra* se réfère non au juge, mais à ceux auxquels la loi accorde l'action. C'est leur action qui est facultative, ce n'est pas la décision des magistrats. Quant au mot *contester*, il est employé non point comme synonyme de *discuter* ou *débattre*, mais dans le sens de *dénier* ou de *méconnaître*. En n'infligeant pas de plein droit à l'enfant la qualité d'enfant naturel malgré sa naissance tardive, et en laissant aux intéressés le soin de le faire déclarer tel, la loi a voulu accorder une dernière faveur à la légitimité. Mais cette faveur ne va pas, et ne saurait aller, jusqu'à permettre au juge saisi de l'action en contestation de légitimité de reconnaître l'enfant pour légitime en admettant que

1) Demante, t. II, n° 42.

la gestation a pu durer plus de 300 jours. Duveyrier, dans son discours au Corps législatif s'est exprimé très clairement sur ce point : « La légitimité d'un enfant, disait-il, pourra être contestée s'il naît dans le onzième mois après la dissolution du mariage ou, pour mieux dire, au moins trois cents jours après le mariage dissous, parce qu'alors il ne peut plus placer dans le mariage ni sa conception, ni par conséquent la présomption légale de sa légitimité. Pourquoi n'est-il pas, de droit, illégitime et mis au nombre des enfants naturels? Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. » Il est vrai que Bigot-Préameneu et Lahary ont émis une opinion différente. Mais leur affirmation, contraire au texte, aux principes, à tous les autres éléments de la confection de la loi, est une erreur certaine. Lahary s'est du reste chargé de fournir la preuve qu'il n'avait pas compris la disposition de l'art. 315. Il cite en effet un cas dans lequel, d'après lui, la contestation de légitimité devrait être repoussée. Ce cas est celui où « l'enfant prouverait que son père divorcé se serait rapproché de sa mère postérieurement à la dissolution du mariage. » Or il est parfaitement certain et reconnu par tout le monde que l'enfant conçu, depuis la prononciation du divorce, du commerce des ci-devant époux, est légalement un enfant naturel. Est-il besoin de répondre aux considérations qui forment le dernier argument du système que nous combattons? En établissant les présomptions relatives à la durée des grossesses, le législateur a mesuré les délais d'une façon tellement large qu'il aboutit, dans bien des cas, à constituer la légitimité par voie de simple fiction. Il ne s'en tient pas là; alors même que le terme de la gestation la plus longue se trouve dépassé, il se garde de prononcer lui-même l'illégitimité de l'enfant et il oblige les intéressés à la faire prononcer par la justice, les mettant ainsi dans la nécessité de braver l'opinion publique si la moralité de la mère est au-dessus de tout soupçon. Dans ces conditions le pouvoir d'appréciation que l'on réclame pour les tribunaux ne présenterait que des dangers, sans augmenter en rien les garanties dues à la légitimité (1).

580. La loi n'indique pas les personnes auxquelles appartient l'action en contestation de légitimité. Le droit commun demeure par là même applicable. Tandis que l'action en désaveu n'est ouverte qu'au mari et à ses héritiers (art. 317), l'action en contestation de légitimité peut être intentée

1) Demolombe, t. V, n° 86; Aubry et Rau, § 545, texte et note 39; Duranton, t. III, n° 56 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 315; Valette, *Cours de code civil*, p. 393; Laurent, t. III, n° 387; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 440; Beudant, t. II, n° 493; Planiol, t. I, n° 2109; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 988.

par toute personne qui a un intérêt né et actuel à faire constater que l'enfant n'est pas légitime. Elle peut l'être notamment par le mari, en cas de divorce, par les parents du mari, afin d'écarter l'enfant de sa succession ou de la succession d'un autre membre de la branche paternelle, par les parents de la mère, afin de réduire l'enfant dans la succession de celle-ci à la quotité attribuée aux enfants naturels (art. 758 et 759) ou de l'exclure de la succession d'un membre de la branche maternelle (art. 757), et par l'enfant lui-même au cas, par exemple, où les parents du mari lui réclameraient une pension alimentaire.

581. D'un autre côté, l'action en contestation de légitimité n'est point renfermée dans les brefs délais prescrits pour l'action en désaveu. Elle est imprescriptible en ce qui concerne l'état lui-même ; mais elle se prescrit par trente ans, conformément au droit commun, en tant qu'il y a des intérêts pécuniaires en jeu.

CHAPITRE II

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES

582. Pour être admis à se prévaloir de la présomption *Pater is est*, l'enfant doit prouver tout d'abord la maternité de la femme mariée dont il se prétend issu. Comment fera-t-il cette preuve ? Telle est la question qui fait l'objet du présent chapitre.

Les modes de preuve mis par le code à la disposition de l'enfant sont au nombre de trois :

- 1° L'acte de naissance ;
- 2° La possession d'état ;
- 3° La preuve testimoniale.

Ces preuves sont qualifiées de preuves de la *filiation légitime*, parce que, la filiation maternelle étant prouvée, la filiation paternelle se trouve établie par là même en vertu de la présomption *Pater is est*.

Après avoir traité des divers modes de preuve de la filiation légitime (art. 319 à 325), la loi s'est occupée des actions en réclamation et en contestation d'état (art. 326 à 330).

SECTION I

DES PREUVES DE LA MATERNITÉ LÉGITIME

§ 1. — De l'acte de naissance.

583. « 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 moyen de preuve régulier et normal de la filiation légitime. C'est ce qui faisait dire au tribun Lahary que cet acte est le *passé-port* que la loi délivre à chacun de nous dès son entrée dans la société civile. Mais l'acte de naissance ne prouve pas la filiation d'une manière complète. Il prouve seulement le fait de la maternité, c'est-à-dire le fait que telle femme a, tel jour et à telle heure, mis un enfant au monde. Il reste à prouver que celui qui en est porteur est l'enfant auquel cette femme a donné le jour, la publicité des registres de l'état civil permettant au premier venu de s'en faire délivrer des extraits. Celui qui présente comme sien un acte de naissance n'a donc fait la preuve complète de sa filiation que lorsqu'il a établi son *identité* avec l'enfant auquel cet acte se réfère. Dans la plupart des cas le réclamant aura la possession d'état et alors son identité ne sera point contestée. Si elle l'était, il serait admis à l'établir par témoins, sans qu'il fût besoin d'un commencement de preuve par écrit. L'art. 323, qui subordonne la recevabilité de la preuve testimoniale à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, suppose qu'il s'agit d'établir par ce moyen la filiation elle-même et non pas seulement l'identité. On demeure donc, en ce qui concerne l'identité, sous l'empire du droit commun, d'après lequel les faits purs et simples peuvent se prouver directement par témoins.

L'acte de naissance étant destiné uniquement à faire preuve de la maternité (d'où la loi conclut par voie de présomption à la paternité du mari), les omissions ou les énonciations irrégulières qui peuvent s'y rencontrer relativement à la paternité demeurent sans conséquence et ne nuisent pas à l'enfant. Ainsi un acte de naissance n'indique pas le nom du mari que l'art. 57 prescrit de mentionner, ou bien il porte que l'enfant est issu d'un père inconnu ou d'un individu nommément désigné qui n'est pas le mari de sa mère; cet acte prouvera néanmoins ce qu'il a pour objet de prouver, c'est-à-dire principalement et directement la maternité de la femme et indirectement la paternité du mari, sauf à celui-ci à désavouer l'enfant, s'il se trouve dans un des cas où le désaveu est recevable (1). Aussi est-ce seulement lorsque l'enfant a été inscrit sous de *faux noms*, c'est-à-dire lorsque le nom de la mère et celui du père sont l'un et l'autre inexacts, ou lorsqu'il est indiqué comme issu de *père et mère inconnus*, que l'art. 323 permet de recourir, pour établir la filiation, à la preuve testimoniale.

De même l'acte de naissance n'étant pas destiné à prouver le mariage, il importerait peu, le mariage étant d'ailleurs constant, que la mère y fût désignée sous son nom de fille, ou qu'elle y fût qualifiée de femme non mariée (2).

1) Bordeaux, 31 mai 1893, D. 94, 2, 551; — Bastia, 28 avril 1897, D. 98, 2, 494, S. 98, 2, 102.

2) Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1000.

Il est clair toutefois que la rédaction insolite de l'acte de naissance pourrait, dans l'hypothèse prévue par l'art. 313, être invoquée par le mari ou ses héritiers à l'effet d'établir le recel de l'enfant.

§ 2. — *De la possession d'état.*

584. « A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit » (art. 320).

La première rédaction de cet article portait : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » C'était limiter l'admission de la possession d'état aux cas prévus par l'art. 46. Mais, lors de la discussion au Conseil d'État, Cambacérès critiqua cette rédaction. Il fit observer qu'alors même que les registres ont été tenus et qu'ils n'ont pas été détruits, il peut arriver que l'enfant se trouve dans l'impossibilité de présenter son acte de naissance, soit que cet acte n'ait pas été dressé, soit qu'il ignore la commune dans laquelle sa rédaction a eu lieu, et qu'on ne saurait équitablement faire retomber sur lui les conséquences d'une pareille situation. A la suite de cette observation, on généralisa la disposition de l'article en remplaçant les mots : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu », par ceux-ci : « A défaut de titre. » L'enfant qui se prétend légitime peut donc prouver sa filiation par la possession d'état par cela seul qu'il n'a point de titre, quelle que soit d'ailleurs la cause qui fait qu'il n'en a point, et sans qu'il ait besoin de démontrer ou même d'alléguer l'existence d'une cause quelconque. En d'autres termes, il lui suffit, pour être admis à invoquer la possession d'état, de déclarer *qu'il n'a pas de titre*, sauf à ses adversaires à établir qu'en réalité le titre existe et qu'il est contraire à la prétention de l'enfant.

585. L'art. 321 énumère en ces termes les principaux faits d'où résulte la possession d'état : « *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. »*

Ces éléments constitutifs de la possession d'état sont d'ordinaire résumés en trois mots : *Nomen, tractatus, fama.*

Nomen. L'enfant a toujours porté le nom de ceux auxquels il prétend se rattacher.

Tractatus. Il a toujours été traité par eux comme leur enfant.

Fama. Il a toujours été considéré comme tel dans la famille et dans la société.

L'énumération donnée par l'art. 321 n'est point d'ailleurs limitative. Les faits qu'il mentionne sont, nous dit-il, les *principaux* de ceux qui constituent la possession d'état. L'enfant pourrait donc en invoquer d'autres, comme aussi il pourrait réussir sans que tous les faits indiqués par la loi se trouvassent réunis. La possession d'état, dit très bien M. Laurent, est essentiellement une question de fait et les faits varient d'un cas à l'autre, par suite de la diversité infinie des relations individuelles et sociales. Il appartient aux tribunaux d'apprécier si elle est ou non *suffisante* (1).

Mais, dans tous les cas, la possession d'état doit, pour faire preuve de la filiation, satisfaire à deux conditions. Il faut : 1° qu'elle soit constante; 2° qu'elle existe simultanément à l'égard du père et à l'égard de la mère.

Il faut d'abord que la possession d'état soit *constante*, c'est-à-dire qu'elle commence au jour de la naissance de l'enfant et continue depuis lors sans interruption et sans lacune. C'est ce qu'exprime l'art. 321 lorsqu'il dit que les principaux faits constitutifs de la possession d'état sont que l'enfant a *toujours* porté le nom de son père et qu'il a été *constamment* reconnu comme enfant légitime dans la famille et dans la société. Une possession d'état qui n'aurait commencé qu'à un certain âge pourrait en effet être le résultat d'un concert frauduleux tendant à déguiser une adoption.

Il faut en second lieu que la possession d'état existe simultanément à l'égard du père et à l'égard de la mère. Qui dit enfant légitime dit enfant issu d'une femme mariée et du mari de cette femme. Un enfant ne peut donc avoir la possession d'état d'enfant légitime par rapport à l'un des époux sans l'avoir par rapport à l'autre. L'art. 321 ne parle à la vérité que du mari, mais cela tient uniquement à ce qu'ayant indiqué au premier rang des faits de possession la circonstance que l'enfant a toujours porté le nom de son père, qui est aussi celui de sa mère, le législateur a poursuivi la même idée, sans que son silence à l'égard de la mère ait rien d'intentionnel. La possession d'état d'enfant légitime ne peut exister à l'égard d'un seul des parents que dans le cas où l'enfant est né après la mort de son père et dans celui où sa mère est morte en lui donnant le jour.

586. L'existence de la possession d'état peut être établie par tous les moyens et notamment par témoins, sans qu'il soit nécessaire qu'il existe un commencement de preuve par écrit. C'est le droit commun lorsqu'il s'agit d'établir des faits purement matériels comme ceux qui constituent la possession d'état. Ces faits sont d'ailleurs d'une nature telle que la preuve testimoniale ne présente pas de danger. Ce sont des faits publics, notoires pour lesquels on conçoit difficilement le faux témoignage parce que les témoins qui chercheraient à tromper la justice seraient trop aisément démasqués. Il va sans dire en effet que les adversaires de celui qui invoque la

1) Toulouse, 26 avril 1893, D. 94, 2, 556.

possession d'état sont admis de leur côté à prouver par tous moyens non seulement que les faits allégués par lui ne sont pas exacts, mais encore que l'état dont il est en possession est en réalité tout autre que celui qu'il s'attribue.

587. La possession d'état d'enfant légitime lorsqu'elle est établie a une force plus grande que l'acte de naissance. A la différence de cet acte, qui ne prouve directement que la filiation maternelle, elle prouve directement la filiation paternelle aussi bien que la filiation maternelle, et en même temps elle fait obstacle à toute demande en désaveu. Le mari contre lequel l'enfant allègue la possession d'état peut sans doute, comme nous venons de le dire, établir que cette prétendue possession n'existe pas. Il peut également faire déclarer la prétention de l'enfant non recevable en produisant un acte de naissance, puisque c'est seulement « à défaut de titre » que la possession d'état est admise comme preuve de la filiation. De même les père et mère peuvent prouver qu'ils n'ont jamais eu d'enfant ou que l'enfant qu'ils ont eu est décédé. Mais la possession d'état, une fois admise, ne peut plus être combattue par le désaveu, car elle implique que le mari a traité l'enfant comme sien.

Une autre différence entre la possession d'état et l'acte de naissance est qu'elle prouve l'*identité* de l'enfant au profit duquel elle existe avec celui que la femme a mis au monde, tandis que l'acte de naissance ne prouve que l'accouchement.

La possession d'état fait donc preuve complète de la filiation. Mais, comme toutes les preuves de la filiation légitime, elle suppose que le mariage des parents est établi. Si donc les adversaires de l'enfant nient l'existence du mariage, l'enfant devra produire l'acte de célébration; sinon il ne sera pas admis à prouver sa filiation par la possession d'état. Il y a cependant un cas dans lequel l'enfant peut établir par la possession d'état non seulement sa filiation, mais le mariage de ses parents. Ce cas est prévu par l'art. 197. Lorsque les père et mère sont décédés, l'enfant qui a la possession d'état est admis à prouver le mariage de ses parents en établissant qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme, c'est-à-dire en justifiant de leur possession d'état d'époux. Mais les époux eux-mêmes ne sont jamais admis à recourir à ce moyen pour prouver leur mariage.

588. En admettant la possession d'état comme preuve de la filiation légitime, la loi est partie de cette idée que le fait est généralement d'accord avec le droit. Elle s'est dit que, lorsque deux personnes mariées ont élevé un enfant depuis sa naissance, qu'elles lui ont donné leur nom, que cet enfant a toujours été traité dans la famille et dans la société comme leur enfant légitime, il est extrêmement probable que cet enfant est réellement issu de ceux qui se sont conduits vis-à-vis de lui comme des père et mère légitimes et qui passent pour tels aux yeux de tous. Cette probabilité est si

grande qu'elle constitue presque une certitude; tant il est rare qu'un enfant n'ait pas en réalité l'état qu'il paraît avoir. Mais, s'il en est ainsi, pourquoi la loi n'admet-elle pas les époux à faire la preuve de la célébration de leur mariage par la possession d'état? Est-ce que la possession de l'état d'époux ne rend pas aussi très probable l'existence du mariage? Non, la situation est loin d'être identique. La possession d'état d'enfant légitime est l'œuvre non de l'enfant lui-même mais de sa famille, c'est-à-dire de personnes qui, à plusieurs points de vue, et notamment au point de vue pécuniaire, auraient intérêt à contester sa filiation; tandis que la possession de l'état d'époux est avant tout l'œuvre des prétendus époux eux-mêmes qui, en se comportant comme des personnes mariées, ont donné lieu de croire à leur famille et au public qu'ils sont réellement unis par mariage. Cette circonstance la rend suspecte. D'autre part les époux ont pu et dû veiller à ce que leur acte de mariage fût régulièrement dressé, et ils savent nécessairement dans quelle commune cet acte a été reçu. On peut donc rigoureusement exiger d'eux qu'ils le produisent. L'enfant au contraire n'a pu surveiller ni la rédaction de son acte de naissance, ni l'inscription de cet acte sur les registres de l'état civil et, faute de savoir dans quel lieu il est né, il peut se trouver dans l'impossibilité de le présenter.

589. En cas d'opposition entre l'acte de naissance et la possession d'état, c'est l'acte de naissance qui l'emporte, parce qu'il constitue la preuve par excellence de la filiation. Mais quand la possession et le titre concourent et s'accordent à attribuer à l'enfant la même filiation, ces deux preuves se corroborent mutuellement et acquièrent par leur réunion une force telle que l'état qui en résulte est inattaquable. Nul n'est admis à prétendre que l'enfant au profit duquel ces deux preuves existent n'a pas en réalité l'état qu'il paraît avoir, et, de son côté, l'enfant ne peut pas se dépouiller de cet état pour s'en faire attribuer un autre. « *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* » (art. 322). Sans doute, la réunion du titre et de la possession d'état ne donne pas une certitude absolue. Ainsi il pourrait arriver que des époux sans enfants fissent présenter à l'officier de l'état civil et élevassent ensuite comme leur propre enfant un étranger qui se trouvera investi d'un état mensonger. Mais un pareil fait ne peut être qu'extrêmement rare. La situation étant presque toujours conforme à la réalité, la loi, dans l'intérêt du repos et de la sécurité des familles que troublent profondément les questions d'état, entend qu'elle soit réputée vraie d'une façon absolue. L'acte de naissance et la possession d'état sont les preuves les plus solides de la filiation; il eût, dès lors, été peu logique, quand elles se prêtent un mutuel appui, d'admettre contre elles une autre preuve, qui n'aurait pu être que la

preuve testimoniale, c'est-à-dire une preuve beaucoup moins sûre.

Par ses termes et par ses motifs, la règle formulée dans l'art. 322 est absolue. Mais elle se réfère uniquement à la filiation et demeure étrangère à la légitimité. La filiation de l'enfant qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance est établie d'une façon inébranlable, sans qu'il soit permis de soutenir qu'elle est mensongère. Mais il n'est pas interdit de prouver que cet enfant est illégitime, soit parce que ses père et mère n'ont jamais été mariés, soit parce que le mariage célébré entre eux est nul sans être putatif, soit enfin parce qu'il est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

§ 3. — *De la preuve testimoniale.*

590. « *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 la 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 en déterminer l'admission* » (art. 323).

Il résulte de cet article, combiné avec l'art. 322, que la preuve de la filiation peut se faire par témoins dans quatre cas :

1° Lorsque l'enfant n'a ni titre, ni possession d'état, quelle que soit d'ailleurs la cause par suite de laquelle il ne produit pas son acte de naissance.

2° Lorsqu'il a une possession d'état sans titre. Il est alors admis à soutenir et à prouver que la filiation qui lui est attribuée par sa possession d'état n'est pas celle qui lui appartient réellement.

3° Lorsqu'il a un titre qui le désigne soit comme né de père et mère inconnus, et qui par conséquent n'indique aucune filiation, soit sous de faux noms, que ces noms soient imaginaires ou qu'ils se réfèrent à des personnes déterminées que l'enfant prétend n'être pas ses père et mère véritables, pourvu que, dans ce dernier cas, il n'ait pas une possession d'état conforme à son titre.

4° Lorsqu'il a un titre et une possession d'état contradictoires. Le titre l'emportant sur la possession d'état, l'enfant a alors, jusqu'à preuve contraire, la filiation que lui donne son titre. Mais il peut prouver que cette filiation est mensongère et établir par témoins sa véritable filiation, soit celle que lui donne sa possession d'état, soit une autre.

591. D'après le droit commun, la preuve testimoniale n'est recevable qu'autant que celui qui l'invoque n'a pas pu se procurer une preuve littérale (art. 1341 et 1348), ou qu'il présente un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un acte émanant de la personne à laquelle on l'oppose et rendant vraisemblable l'existence du fait qu'il s'agit d'établir (art. 1347). D'autre part, dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les par-

ties peuvent recourir à un autre mode de preuve, les présomptions (art. 1353). Ces principes sont-ils applicables en matière de filiation? Non; la loi a organisé ici une théorie toute spéciale. D'abord la preuve testimoniale n'est jamais admise *de plano*, bien que l'enfant se soit évidemment trouvé dans l'impossibilité de faire dresser une preuve littérale de son origine. Mais, en revanche, la loi se montre moins exigeante en ce qui concerne les actes qui peuvent fournir un commencement de preuve par écrit. D'un autre côté, elle permet de remplacer ce commencement de preuve par des présomptions ou indices graves résultant de faits déjà constants. Les présomptions qui, d'après le droit commun, constituent un mode de preuve distinct de la preuve testimoniale et ayant la même valeur, ne sont donc ici qu'une preuve accessoire destinée à rendre possible l'audition des témoins.

Reprenons et examinons successivement ces diverses propositions.

592. *La preuve testimoniale n'est jamais admise de plano en matière de filiation.* Dangereuse en toute matière, cette preuve est ici particulièrement redoutable à raison du caractère occulte des faits qu'il s'agit de constater et de l'extrême importance de l'objet du débat. Il importait donc de protéger les familles contre les usurpations que pourraient tenter des individus qui leur seraient étrangers, en n'autorisant la preuve testimoniale qu'autant que certains faits rendent vraisemblable la prétention du demandeur. Cette précaution est d'autant plus nécessaire que la situation d'un enfant légitime qui n'a ni titre, ni possession d'état ou qui a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, est absolument anormale et suppose un concours de circonstances bien difficile à réaliser.

593. *Les écrits qui peuvent fournir un commencement de preuve sont plus nombreux qu'en matière ordinaire.* L'art. 324 indique quels sont ces écrits : « *Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres ou 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.* » Il n'est donc pas nécessaire ici, comme il l'est d'après le droit commun, que les pièces produites comme commencement de preuve émanent du défendeur lui-même ou de la personne qu'il représente (art. 1347). Outre « les titres de famille, les registres et papiers domestiques des père et mère », par exemple un cahier de dépenses sur lequel le père ou la mère aurait constaté le paiement des mois de nourrice ou de la pension dans un collège ou autre établissement, la loi permet de produire des actes authentiques ou privés émanant, non point de l'adversaire du réclamant, mais d'une personne qui, si elle était encore vivante, aurait un intérêt contraire à celui du réclamant, par exemple d'un frère ou d'une sœur de l'enfant. Pierre se prétend frère légitime de Jacques, parce qu'il est issu comme lui du mariage de Jean et de Marie actuellement

décédés. A l'appui de sa prétention, il présente un acte émanant de Joseph, enfant prédécédé de Jean et de Marie et par conséquent frère de Jacques. Cet acte pourra être admis comme constituant un commencement de preuve par écrit, car si Joseph vivait encore, il aurait intérêt à contester la prétention de Pierre. La loi veut que l'auteur de l'écrit contenant des indications favorables à la prétention de l'enfant soit *décédé*, parce qu'il n'y a pas alors à craindre que cet écrit ait été fait pour les besoins de la cause.

Des lettres missives émanant des personnes dont parle l'art. 324 peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Les lettres à la vérité ne constituent pas des *actes* dans le sens technique de ce mot. Mais la doctrine et la jurisprudence s'accordent à les admettre comme commencement de preuve, bien que l'art. 1347 se serve également du mot *acte*. A plus forte raison doit-il en être de même en matière de filiation, l'art. 324 se montrant plus facile et plus large que l'art. 1347. Les lettres ne peuvent du reste être produites en justice que du consentement du destinataire.

Le point de savoir si le commencement de preuve par écrit rend vraisemblable la prétention du demandeur est une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge (1).

594. *Le commencement de preuve par écrit peut être remplacé par des présomptions ou indices graves résultant de faits déjà constants.* Le législateur a voulu par là donner à celui qui prétendrait appartenir à une famille illettrée le moyen de suppléer au commencement de preuve par écrit qui ferait alors presque toujours défaut. Les présomptions ou indices doivent résulter de faits *déjà constants*, c'est-à-dire déjà établis lors de la demande, soit que les parties les reconnaissent, soit qu'ils dérivent des documents du procès. Il ne saurait être question, bien entendu, de les prouver par témoins. A titre d'exemples d'indices favorables à la prétention de l'enfant, on peut citer la présentation des vêtements ou autres objets trouvés sur lui et ayant appartenu à la femme qu'il dit être sa mère, ou bien certains faits qui, insuffisants pour fonder la possession d'état d'enfant légitime, rendent néanmoins vraisemblable la filiation réclamée. Il appartient au juge d'apprécier si les présomptions ou indices invoqués par l'enfant sont assez graves pour justifier l'admission de la preuve testimoniale.

595. L'enfant qui, se trouvant dans les conditions requises par la loi, est admis à prouver sa filiation par témoins doit établir l'accouchement de la femme mariée qu'il prétend être sa mère et son identité avec l'enfant qu'elle a mis au monde. Cette preuve faite, il est réputé avoir pour père le mari de sa mère, en vertu de l'art. 312. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mari ait été mis en cause. S'il ne l'a pas été, la décision intervenue ne lui est pas opposable, les jugements n'ayant effet qu'à l'égard de ceux qui ont figuré

1) Cour de cass., 25 juin 1877, D. 78, 1, 262, S. 78, 1, 217.

au procès (art. 1351). La maternité se trouvant alors établie par rapport à la mère sans l'être par rapport au mari, l'enfant ne pourra invoquer à l'égard de celui-ci la présomption *Pater is est*, qu'autant qu'il aura, dans une nouvelle instance, fait juger contre lui la question précédemment tranchée à l'égard de la femme.

Alors même que le mari ou ses représentants ont été mis en cause, la présomption de *paternité* n'a point du reste à leur égard la même force que dans l'hypothèse où la maternité est établie par le mode normal, c'est-à-dire par l'acte de naissance ou même par la possession d'état. Les adversaires de l'enfant sont admis à combattre sa prétention par tous les moyens. Ils peuvent prouver non seulement qu'il n'a pas en réalité la filiation maternelle qu'il réclame, mais encore, la maternité étant établie, qu'il n'a pas pour père le mari de sa mère. En un mot, la présomption de paternité peut, même en dehors des cas prévus par les art. 312 et 313, être détruite par toute espèce de preuve contraire dont l'appréciation est laissée aux tribunaux. Telle est la disposition formelle de l'art. 325 : « *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* ». Bigot-Prémeneu, dans l'*Exposé des motifs*, explique très bien cette dérogation à la règle ordinaire. « Lorsque, dit-il, l'enfant n'a ni possession constante, ni titre, 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, du moins restreindre et atténuer, la portée de la présomption *Pater is est*.

596. Les dispositions des art. 323-325 ne sont pas applicables dans le cas où les registres de l'état civil n'ont pas existé ou se trouvent perdus (art. 46). En prouvant préalablement l'inexistence ou la perte des registres, l'enfant est admis, nous l'avons vu, à établir sa filiation par témoins, sans qu'il ait besoin de rapporter un commencement de preuve par écrit. De plus, les registres et papiers domestiques ainsi que les présomptions ne forment pas en pareille hypothèse un simple commencement de preuve, rendant admissible la preuve testimoniale ; ils constituent une preuve principale et complète. Enfin le mari ne peut pas décliner sa paternité par toute espèce de moyens ; il ne peut le faire qu'en recourant à l'action en désaveu conformément au droit commun. L'inexistence ou la perte des registres donnant à la réclamation de l'enfant une certaine vraisemblance, la loi a pu se départir des exigences qu'elle montre dans l'art. 323 quand toutes les probabilités sont contre lui.

SECTION II

DES ACTIONS EN RÉCLAMATION ET EN CONTESTATION D'ÉTAT.

§ 1. — *De l'action en réclamation d'état.*

597. On appelle réclamation d'état l'action par laquelle une personne revendique la qualité d'enfant légitime dont elle n'est pas en possession et demande à faire preuve de cette qualité par témoins. En étudiant les règles tracées par les art. 322 à 325 nous venons donc de voir dans quels cas et sous quelles conditions cette action est recevable. Les art. 326 à 330 vont nous faire connaître par qui et dans quel délai elle peut être intentée et devant quels tribunaux elle doit être portée.

1° Par qui et dans quel délai l'action en réclamation d'état peut-elle être formée?

598. L'action en réclamation d'état peut être intentée par l'enfant lui-même, par celui de la filiation duquel il s'agit. C'est pour lui principalement qu'elle est instituée. Dans sa personne, elle a pour objet direct son état, sa qualité d'enfant légitime de tel père et de telle mère. Or l'état des personnes est d'ordre public et d'intérêt social. Comme tel, il est hors du commerce et ne peut être aliéné par celui auquel il appartient (art. 6 et 1128). L'art. 328 ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il dispose que « *L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.* » L'extinction d'un droit par la prescription repose en effet en grande partie sur une présomption de renonciation. Ne pouvant abdiquer expressément sa filiation, l'enfant ne saurait non plus la perdre en laissant passer sans la réclamer un certain laps de temps. Par le même motif, l'enfant ne pourrait ni transiger sur son état (art. 2045), ni compromettre (art. 1004 c. pr.), ni se désister de l'action qu'il aurait intentée, ni acquiescer au jugement qui aurait rejeté sa demande. Il conserverait, malgré son désistement, le droit de réclamer son état, et son acquiescement ne l'empêcherait pas d'interjeter valablement appel. Toutefois, c'est seulement l'acquiescement exprès qui demeure sans effet. L'acquiescement tacite qui résulte de l'expiration du délai d'appel aurait ici comme partout pour résultat d'imprimer au jugement l'autorité irrévocable de la chose jugée, cette autorité dérivant alors bien moins de la volonté de l'enfant que de la loi elle-même. Enfin l'aveu que l'enfant aurait fait contre sa légitimité ne le rendrait pas non recevable à la revendiquer ensuite, et il ne serait pas permis de lui déférer le serment sur son état.

Mais si l'état lui-même est inaliénable et imprescriptible, il en est autrement des droits pécuniaires qui y sont attachés. Ces droits n'ayant rien de commun avec l'ordre public et l'intérêt social demeurent sous l'empire des

principes qui régissent les droits patrimoniaux. Ils sont dans le commerce et par suite susceptibles d'aliénation et de prescription. Les diverses propositions ci-dessus formulées en ce qui concerne l'état lui-même ne leur sont donc pas applicables. Supposons l'hypothèse suivante : Pierre a recueilli depuis plus de trente ans la succession de Paul, son père, lorsqu'il se présente un individu qui prétend être, comme lui, enfant légitime de Paul. Malgré sa longue inaction, cet individu sera admis à établir sa filiation. Mais il ne pourra pas demander à Pierre la moitié de la succession de Paul (art. 2262), à moins bien entendu que la prescription n'ait été suspendue à son profit par quelque cause de droit commun (art. 2252).

599. L'action en réclamation d'état est en principe personnelle à l'enfant ; elle s'éteint avec lui et ne passe pas à ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent l'exercer que dans deux cas :

1° Lorsque l'enfant est décédé avant d'avoir atteint l'âge de 26 ans révolus : « *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). La loi suppose que l'enfant mort dans les cinq ans de sa majorité n'a pas eu le temps de recueillir ses preuves et d'intenter l'action. S'il est décédé après l'âge de 26 ans, il est présumé avoir reconnu qu'il n'y avait pas lieu d'agir. Cette présomption est absolue ; les héritiers ne seraient pas admis à établir que leur auteur n'a jamais connu son véritable état et qu'il n'a pu dès lors renoncer à le revendiquer. La loi met le repos des familles, que troublent profondément les réclamations d'état, au-dessus de l'intérêt des héritiers.

2° Alors même que l'enfant est mort âgé de plus de 26 ans, ses héritiers peuvent continuer l'action lorsqu'elle a été intentée par lui et qu'il est décédé sans avoir abandonné le procès. « *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). Si l'enfant s'est désisté de sa demande, l'instance étant éteinte et réputée n'avoir pas été engagée, il ne peut plus être question pour les héritiers de la continuer. La situation est la même lorsque l'enfant a laissé passer trois années sans poursuites. On dit alors que l'instance est *périmée*. C'est une renonciation tacite à l'action, tandis que le désistement est une renonciation expresse.

D'après le droit commun, le désistement du demandeur doit être accepté par l'adversaire (art. 402 c. pr.). La péremption d'instance ne résulte pas *ipso facto* de la discontinuation des poursuites pendant trois années consécutives ; elle doit être demandée au tribunal et prononcée par lui (art. 399 c. pr.). Ces dispositions sont-elles applicables à l'action en réclamation d'état ? L'affirmative, bien qu'elle soit contestée, nous paraît certaine. Le législateur n'ayant pas réglé d'une manière spéciale dans l'art. 330

les conditions de l'efficacité du désistement ou de la péremption, s'en est par là même référé à cet égard aux règles ordinaires.

Mais comment se fait-il que la renonciation de l'enfant qui ne le dépouillerait pas lui-même du droit de réclamer son état rende non recevable l'action de ses héritiers? La raison en est qu'aux yeux de la loi l'action en réclamation d'état n'a plus, dans la personne des héritiers, le caractère qu'elle avait dans la personne de l'enfant. Tandis qu'entre les mains de celui-ci elle constitue principalement un droit moral, elle n'est qu'un droit pécuniaire entre les mains de ses héritiers. Exercée par les héritiers, l'action a bien moins pour objet l'état d'enfant légitime de leur auteur que les avantages pécuniaires résultant pour eux de cet état. Or si l'enfant ne peut valablement renoncer à son état, il peut, nous l'avons vu, renoncer aux droits pécuniaires qui y sont attachés. La renonciation expresse ou tacite par lui faite doit dès lors faire obstacle à l'action de ses héritiers en la rendant sans objet.

600. Du caractère pécuniaire que présente l'action en réclamation d'état dans la personne des héritiers de l'enfant dérivent les conséquences suivantes :

1^o Imprescriptible à l'égard de l'enfant, cette action est prescriptible à leur égard, et comme aucun texte n'en limite la durée il y a lieu de lui appliquer la prescription ordinaire de trente ans;

2^o Elle est susceptible de renonciation de leur part;

3^o Elle peut être exercée en leur nom par leurs créanciers en vertu de l'art. 1166, tandis qu'elle est exclusivement attachée à la personne de l'enfant de son vivant.

601. Le mot *héritiers* est employé par les art. 329 et 330 dans son acception la plus large, comme synonyme de successeurs universels. Il comprend donc non seulement les héritiers légitimes de l'enfant, mais encore ses donataires ou légataires universels ou à titre universel. L'action passant aux héritiers en tant que droit pécuniaire doit appartenir à tous ceux qui succèdent aux droits du défunt. Mais il faut, bien entendu, qu'ils viennent à la succession. S'ils y renoncent, ils perdent, en cessant d'être héritiers, la qualité en vertu de laquelle ils pouvaient agir. Quant aux légataires particuliers de l'enfant, ils ne succèdent point à une quote-part de son patrimoine et ne sauraient dès lors être rangés dans la classe des héritiers. Mais ils sont du moins créanciers des héritiers, et il paraît difficile de leur refuser le droit d'exercer en cette qualité l'action en réclamation d'état au nom de leur débiteur (art. 1166), afin de faire rentrer dans l'hérédité qui forme leur gage les biens auxquels le défunt avait droit comme enfant légitime (1).

1) Demolombe, t. V, n^o 302; Valette sur Proudhon, t. II, p. 122, note a; Laurent, t. III, n^o 468.

602. Les descendants de l'enfant ont-ils de leur propre chef l'action en réclamation d'état, ou ne sont-ils fondés à agir qu'en qualité d'héritiers? L'intérêt de la question est évident. Si les descendants de l'enfant ont une action propre en réclamation d'état, les restrictions des art. 329 et 330 ne leur sont pas applicables. Leur droit est un droit moral, régi par les mêmes principes que celui de l'enfant, c'est-à-dire non susceptible de renonciation et de prescription. Enfin ils peuvent agir du vivant même de l'enfant et malgré lui, sauf à le mettre en cause. — La logique et l'équité semblent bien exiger que les descendants aient une action propre. En effet si l'enfant a son état à lui, ses descendants ont aussi le leur, l'état de petit-fils ou d'arrière petit fils. L'action en réclamation d'état doit donc avoir dans leur personne les mêmes caractères et les mêmes effets que dans la personne de l'enfant lui-même. Telle n'a pas été cependant la manière de voir des auteurs du code. Les chapitres I et II de notre titre parlent uniquement des rapports de l'enfant avec son père et sa mère. On n'y rencontre pas une seule fois les mots *ascendants* et *descendants*. Or quand le législateur entend appliquer aux descendants de l'enfant une disposition concernant l'enfant lui-même, il a toujours soin de le dire explicitement. C'est ce qu'il fait notamment dans les art. 332 et 914. Donc le mot *enfant* dans les art. 328 et suiv. doit s'entendre exclusivement de l'enfant au premier degré, du *fil*s ou de la *fil*le. Quant aux descendants plus éloignés, la loi ne s'occupant pas d'eux en cette qualité les comprend par là même sous la dénomination générique d'*héritiers* dans les art. 329 et 330. Il convient même de remarquer que c'est généralement à eux seuls que cette qualification peut s'appliquer, un enfant inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus n'ayant d'autre famille et par conséquent d'autres héritiers que ses descendants. Si cette confusion du droit moral des descendants avec leurs droits pécuniaires n'est pas à l'abri de toute critique, elle présente du moins des avantages certains au point de vue de l'intérêt social. Il importe en effet au repos des familles que l'état des hommes ne puisse pas être indéfiniment mis en question (1).

2° Des tribunaux compétents pour connaître d'une action en réclamation d'état.

603. Aux termes de l'art. 326, « *Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état.* »

Ce texte consacre la compétence exclusive des tribunaux civils ordinaires, c'est-à-dire des tribunaux de première instance et des cours d'appel pour connaître des actions relatives à la filiation. Les autres juridictions même

1) Demolombe, t. V, n° 304; Aubry et Rau, § 544 bis, texte et note 10; Valette, *Cours de code civil*, p. 415; Demante, t. II, n° 55 bis, VI; Huc, t. III, n° 59; Laurent, t. III, n° 468; Planiol; t. I, n° 2143. — *Contra* : Marcadé, sur l'art. 330; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 470; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1020.

civiles, juges de paix, tribunaux de commerce, dont la compétence est exceptionnelle, ne peuvent jamais trancher, même incidemment, une question de filiation. D'après le droit commun, le juge compétent pour statuer sur une action portée devant lui a par là même compétence pour décider les questions incidentes soulevées au cours du procès, alors même que ces questions auraient dû être portées devant une autre juridiction, si elles s'étaient produites comme demandes principales. L'art. 326 déroge en ce qui concerne les questions de filiation à cette règle de procédure. Les tribunaux spéciaux sont tenus, lorsque la décision à rendre sur la demande principale dont ils sont saisis est subordonnée à la solution d'une question de cette nature, de surseoir à statuer et de renvoyer les parties à faire juger la question de filiation par le tribunal civil. Mais le but principal de cet article est d'exclure entièrement en pareille matière l'intervention de la juridiction répressive. Le législateur ajoute en effet dans l'art. 327 : « *L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.* »

604. La nécessité pour un enfant de prouver sa filiation par témoins peut être la conséquence d'une fraude qui l'a privé de la preuve normale de son état. Cette fraude, désignée sous le nom générique de *suppression d'état*, constitue un crime ou un délit réprimé par la loi pénale et qui reçoit de cette loi des qualifications diverses suivant les moyens qui ont servi à l'accomplir. Ainsi il y aurait suppression d'état si, lors de la rédaction de l'acte de naissance, l'officier de l'état civil avait commis un faux en inscrivant l'enfant sous le nom d'un père et d'une mère autres que ceux qui lui ont été déclarés par les comparants (art. 146 c. p.). Il en serait de même si les comparants avaient fait une fausse déclaration (art. 363 c. p.) ou si, l'acte ayant été régulièrement dressé, il y avait eu substitution d'un enfant à un autre (art. 345 c. p.). Toute infraction à la loi pénale donne lieu, nous le savons, à deux actions : l'action publique, tendant à la punition du coupable, et l'action civile ayant pour objet la réparation du préjudice causé à la victime du crime ou du délit. De droit commun, cette dernière action peut être portée devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi être portée devant la juridiction civile; mais, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant le procès civil. On dit alors que le *criminel tient le civil en état*, c'est-à-dire en suspens, *in statu quo*. Enfin l'inaction de la victime du crime ou du délit, ou sa renonciation au droit d'agir ne forme point obstacle à l'exercice de l'action publique. Le ministère public peut poursuivre le coupable sans s'inquiéter du point de savoir si la partie lésée entend ou non réclamer la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé (art. 3 et 4 c. instr. crim.). La loi déroge ici à ces principes. De la combinaison des art. 326 et 327 résultent les propositions suivantes :

605. 1° *Alors même qu'il y a eu suppression d'état, l'action tendant à faire constater la filiation doit être portée devant le tribunal civil; elle ne peut en aucun cas être soumise à la juridiction répressive.* Les travaux préparatoires nous apprennent que les auteurs du code ont voulu par là prévenir la violation indirecte de l'art. 323, qui n'autorise la preuve testimoniale en matière de filiation qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit ou des indices graves de nature à y suppléer. Ils sont partis de cette idée que la preuve par témoins étant toujours recevable sans aucune condition devant les tribunaux répressifs, le réclamant aurait pu, en s'adressant à ces tribunaux, s'affranchir des garanties spéciales exigées par l'art. 323. Or cette idée n'est pas exacte. Les règles à suivre relativement à la preuve varient non pas suivant la juridiction devant laquelle la preuve doit être fournie, mais suivant la nature du fait à prouver. Si devant les tribunaux répressifs la preuve testimoniale sans restriction aucune est d'un usage très fréquent, ce n'est point en vertu d'un principe propre à la procédure criminelle, mais parce que ce mode de preuve est autorisé de droit commun toutes les fois qu'il a été impossible de se procurer une preuve écrite du fait qu'il s'agit d'établir (art. 1348) et que tel est le cas ordinaire pour les crimes et les délits. Ainsi il est bien évident qu'on ne peut exiger une preuve écrite d'un vol. Mais lorsque le fait à prouver ne peut, d'après sa nature, être établi que par écrit ou du moins avec un commencement de preuve par écrit, ces prescriptions doivent être observées devant la juridiction répressive aussi bien que devant la juridiction civile. Supposons par exemple un délit de violation de dépôt (art. 408 c. p.). Le dépôt, lorsqu'il est volontaire et que la valeur de la chose déposée excède 150 francs, ne peut en principe être prouvé que par écrit (art. 1923). Avant d'être admis à prouver par témoins le délit dont il se prétend victime, le plaignant devra établir par écrit l'existence du contrat de dépôt. Il n'y avait donc pas lieu d'introduire pour les questions de filiation une disposition exceptionnelle. Le tribunal de répression, saisi d'une poursuite en suppression d'état, n'aurait pu admettre la preuve par témoins de l'état supprimé que sous les conditions requises par l'art. 323. En maintenant à cet égard l'application du droit commun, le législateur aurait évité les inconvénients très graves qu'entraîne, ainsi qu'on va le voir, la règle spéciale qu'il a consacrée.

606. 2° *L'action publique pour crime de suppression d'état ne peut commencer qu'autant que le procès civil a été jugé définitivement.* Tandis que, d'après le droit commun, c'est le criminel qui tient le civil en état, ici au contraire c'est le civil qui tient le criminel en état. Dès lors que, par crainte de la preuve testimoniale toute seule, on attribuait aux tribunaux civils une compétence exclusive pour connaître des réclamations d'état, il fallait bien subordonner l'action criminelle à l'action civile; autrement la chose jugée d'abord au criminel aurait préjugé le civil.

607. 3^o *L'inaction des intéressés constitue un obstacle absolu à l'exercice de l'action publique.* Cette dernière proposition a été contestée. On a soutenu que le ministère public, obligé d'attendre la décision du tribunal civil lorsque ce tribunal est saisi de l'action en réclamation d'état, demeure libre de poursuivre devant la justice répressive l'auteur de la suppression d'état lorsque les intéressés n'agissent pas au civil. L'unique but de l'art. 327 est, dit-on, de décider, par dérogation au droit commun, qu'en matière de filiation le civil tient le criminel en état. Mais pour que l'action civile arrête et suspende l'action criminelle, il faut qu'il y ait une action civile, le criminel ne pouvant pas être tenu en état par le néant. Autrement d'ailleurs de simples particuliers tiendraient entre leurs mains le sort de la répression, et il suffirait de leur négligence ou de leur connivence pour assurer à l'auteur du fait coupable une complète impunité (1).

Cette solution est repoussée par la jurisprudence aussi bien que par la grande majorité des auteurs. L'art. 327 ne se prête point à la distinction proposée. Il déclare que l'action publique ne peut *commencer* qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Ces termes sont absolus et ne supposent nullement qu'il y a déjà un procès civil engagé. Donc, en aucun cas, l'action publique ne peut être mise en mouvement tant que la question d'état n'a pas été tranchée par les tribunaux civils. C'est là d'ailleurs la conséquence logique, quoique très fâcheuse, du principe sur lequel sont fondés les art. 326 et 327. Si le ministère public était libre d'agir malgré l'abstention de la partie lésée, le jour où celle-ci se déciderait à saisir la justice, la question d'état ne se présenterait pas, comme le veut le législateur, pure de tout préjugé devant le tribunal civil. Le projet de code ne suspendait pas l'action du ministère public, mais il en subordonnait l'exercice à l'existence des conditions exigées par l'art. 323. C'était la vraie solution et il y a lieu de regretter qu'elle n'ait pas été maintenue (2).

608. Applicable toutes les fois que la poursuite criminelle aurait pour résultat de préjuger une question d'état, l'art. 327 doit être écarté lorsque l'action du ministère public laisse cette question intacte. Ainsi il demeure étranger au crime ou délit *d'exposition d'enfant*, ce crime ou ce délit s'attaquant à la personne même de l'enfant et non à son état qui peut être néanmoins parfaitement certain. La supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée tombe au contraire, en général, sous l'application de notre article, attendu qu'en attribuant à un enfant un état faux, elle supprime son véritable état. Cependant il est possible qu'il n'y ait pas alors suppression d'état ainsi qu'en témoigne le cas suivant qui s'est présenté

1) Marcadé, sur l'art. 327; Laurent, t. III, n^o 473.

2) Cour de cass., 30 novembre 1876, D. 77, 1, 459, S. 77, 1, 433; — Paris, 25 mars 1891, D. 93, 2, 63.

devant les tribunaux. Un mari, de complicité avec sa femme, avait supposé à celle-ci un enfant sans qu'elle fût accouchée, dans le but d'amener la révocation d'une donation faite par elle avant son mariage (art. 960). Il avait en conséquence fait à l'officier de l'état civil une fausse déclaration de naissance, puis une fausse déclaration de décès. La cour de cassation décida que rien ne faisait obstacle à l'action du ministère public. Il ne pouvait en effet être question de suppression d'état puisqu'il n'y avait pas d'enfant.

D'autre part, les art. 326 et 327, malgré la généralité de leurs termes, ne concernent pas toutes les questions d'état, mais seulement les questions de filiation. C'est ainsi que la preuve de la célébration d'un mariage peut, nous l'avons vu, être faite devant la juridiction répressive (art. 198).

Enfin la jurisprudence admet que les tribunaux répressifs sont compétents pour statuer même sur une question de filiation soulevée incidemment devant eux, sans être tenus de la renvoyer à la justice civile, toutes les fois qu'il s'agit uniquement d'apprécier cette question dans ses rapports avec l'objet de l'accusation sur laquelle ils ont à prononcer. Ainsi par exemple un individu traduit devant la cour d'assises sous l'inculpation de parricide prétend qu'il n'est pas l'enfant de sa victime. L'incident n'étant point soulevé dans le but de faire juger une question de filiation, mais comme simple moyen de défense à l'action publique, le juge saisi de cette action a par là même qualité pour le trancher. Il en serait de même si, dans l'hypothèse prévue par l'art. 333 du code pénal, l'accusé niait tout rapport de filiation entre lui et sa victime. La justice répressive se trouverait à chaque instant entravée si, dans tous les cas où une question de filiation vient à surgir incidemment devant elle, il lui fallait surseoir et renvoyer devant les tribunaux civils. La force même des choses veut que la juridiction saisie d'une affaire criminelle puisse se prononcer sur tous les éléments constitutifs du crime qui lui est déféré. Il va sans dire d'ailleurs que la décision intervenue n'a alors qu'une portée purement relative et demeure dépourvue de toute autorité au point de vue civil (1).

§ 2. — *De l'action en contestation d'état.*

609. L'action en contestation d'état est celle par laquelle on contredit l'état d'enfant légitime dont une personne est en possession ou qu'elle paraît avoir.

Dans ce sens large, l'action en contestation d'état comprend l'*action en désaveu* et l'*action en contestation de légitimité*. Mais, dans son sens propre et technique, cette expression désigne l'action dirigée contre un enfant dont on attaque la filiation maternelle.

L'action en contestation d'état *hoc sensu* est possible contre toute per-

1) Cour de cass., 6 mars 1879, D. 79, 1, 316, S. 79, 1, 334.

sonne dont la filiation est établie par un titre sans qu'il y ait possession d'état, ou par la possession d'état sans qu'il y ait titre (1). Elle ne l'est pas contre l'enfant dont la possession d'état est conforme à son acte de naissance (art. 322).

Les règles de compétence tracées par les art. 326 et 327 sont applicables à l'action en contestation d'état aussi bien qu'à l'action en réclamation d'état. L'art. 326 ne parle, à la vérité, que de la réclamation d'état, mais l'art. 327 emploie l'expression générique de question d'état. Il y a d'ailleurs les mêmes raisons de décider dans les deux cas.

Quant aux art. 329 et 330, la nature même de leurs dispositions ne permet pas de les appliquer à l'action qui nous occupe. Cette action appartient à toute personne intéressée. Un intérêt pécuniaire n'est même pas nécessaire pour pouvoir l'exercer, un intérêt moral suffit. Ainsi quand un individu s'attribue le nom et les titres d'une famille, chacun des membres de cette famille peut lui contester l'état qu'il s'attribue.

Comme l'action en réclamation d'état, l'action en contestation d'état est imprescriptible soit contre l'enfant lui-même, soit contre ses ayant-droit. L'état des personnes n'étant pas dans le commerce ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par l'effet de la prescription. Mais l'imprescriptibilité ne s'applique qu'à l'état lui-même, c'est-à-dire à la filiation, et non aux droits pécuniaires qui en dérivent.

Ce qui est vrai de la prescription l'est également de la renonciation que l'une des parties intéressées à contester l'état d'une personne viendrait à faire au droit qui lui appartient d'agir à cet effet. Valable en ce qui concerne les droits pécuniaires résultant de l'état, cette renonciation serait à considérer comme non avenue relativement à l'état lui-même.

CHAPITRE III

DES ENFANTS NATURELS

610. Les enfants naturels sont ceux qui ont été conçus et qui sont nés hors mariage. Ils se divisent en trois classes : les enfants naturels simples, les enfants adultérins et les enfants incestueux.

On appelle *enfants naturels simples* ceux qui sont issus des relations de deux personnes au mariage desquelles il n'existait, lors de la conception, aucun obstacle légal.

Les *enfants adultérins* sont ceux dont l'origine est entachée d'adultère,

1) Cour de cass., 26 février 1900, D. 1900, 1, 249.

c'est-à-dire ceux qui sont issus du commerce de deux personnes qui, au moment de la conception, n'auraient pas pu contracter ensemble une union légitime, parce que l'une d'elles, ou toutes les deux, chacune de son côté, étaient alors unies par mariage avec une autre personne.

Les *enfants incestueux* sont le fruit d'un inceste, c'est-à-dire du commerce de deux personnes entre lesquelles il existe un lien de parenté ou d'alliance de nature à faire obstacle au mariage.

Le chapitre III est divisé en deux sections consacrées la première à la *légitimation* des enfants naturels, la seconde à leur *reconnaissance*. La reconnaissance étant une des conditions requises pour la légitimation, il eût été plus méthodique d'en tracer les règles en premier lieu. L'ordre différent adopté par le législateur tient sans doute à ce qu'il a voulu rapprocher les enfants *légitimés* des enfants légitimes auxquels ils se trouvent assimilés.

Nous traiterons dans une section spéciale des enfants adultérins ou incestueux dont la situation est tout autre que celle des enfants naturels simples.

SECTION I

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS

611. La légitimation est un bienfait de la loi en vertu duquel un enfant naturel acquiert la qualité d'enfant légitime.

Notre ancienne jurisprudence connaissait deux modes de légitimation : la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par lettres-patentes du roi laquelle, dans le dernier état du droit, ne produisait du reste que des effets assez restreints.

Le code n'admet qu'une seule espèce de légitimation, la légitimation par mariage subséquent.

Aucun moyen n'a paru au législateur plus puissant, pour déterminer ceux qui ont vécu dans une union irrégulière à effacer par le mariage le scandale de leur conduite antérieure, que de leur offrir comme « présent de noces » la légitimité de leurs enfants. Sous ce rapport la loi française est certainement mieux inspirée que la loi anglaise qui, dans la crainte d'encourager le concubinage en permettant d'en réparer les conséquences, n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. Il y a des fautes que la loi est impuissante à prévenir et que la société n'a dès lors aucun intérêt à rendre irréparables lorsqu'elles ont été commises.

§ 1. — *Des enfants qui peuvent être légitimés.*

612. « *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 » (art. 331).

Le bénéfice de la légitimation ne s'applique pas indistinctement à tous les enfants naturels. La loi ne l'accorde qu'aux enfants naturels simples; elle le refuse aux enfants adultérins ou incestueux. Pour apprécier le caractère de la filiation et savoir si elle est ou non naturelle simple, c'est le moment de la conception et non celui de la naissance que l'on doit considérer. Si, lors de la conception, les père et mère étaient libres de tout lien matrimonial, l'enfant pourra être légitimé, bien qu'au jour de sa naissance l'un ou l'autre de ses auteurs se trouvât uni par mariage avec une tierce personne. Il ne pourra pas l'être au contraire si ses père et mère n'étaient pas libres l'un et l'autre lors de la conception, le fussent-ils devenus à l'époque de la naissance. C'est ce que l'art. 331 indique très clairement lorsqu'il dit que les enfants autres que ceux nés d'un *commerce* adultérin ou incestueux pourront être légitimés.

Il est généralement admis que l'époque de la conception doit se déterminer d'après les présomptions établies par les art. 312, 314 et 315 et que la légitimation est possible dès lors qu'à un moment quelconque de l'intervalle de temps qui sépare le terme de la gestation la plus longue de celui de la gestation la plus courte, les père et mère ont été libres de tout lien matrimonial. La chose ne va cependant pas toute seule, les présomptions légales étant de stricte interprétation et ne devant pas être étendues fût-ce par motif d'analogie.

613. Les enfants nés hors mariage de deux personnes qui, pour cause de parenté ou d'alliance ne pouvaient se marier ensemble qu'en vertu de dispenses, c'est-à-dire les enfants issus de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu, du beau-frère et de la belle-sœur (art. 162-164), sont-ils légitimés par le mariage de leurs père et mère contracté avec ces dispenses? Pour l'affirmative on invoque d'abord la tradition de notre ancien droit qui avait admis, conformément au droit canonique, que les dispenses accordées par l'Église effaçaient rétroactivement le vice de la naissance de l'enfant. Notre législation moderne ayant emprunté la légitimation au droit canonique, en transportant au chef de l'État la faculté d'octroyer les dispenses, il est naturel d'attacher à ces dispenses les effets produits sous l'ancienne législation par celles qui émanaient de l'autorité ecclésiastique. — Les travaux préparatoires, ajoute-t-on, prouvent que l'intention du législateur n'a pas été d'exclure les enfants dont il s'agit du bénéfice de la légitimation. Le projet de l'art. 331 était ainsi conçu : « Les enfants nés hors mariage *d'un père et d'une mère libres* pourront être légitimés... » Cette rédaction, qui n'excluait de la légitimation que les enfants adultérins, fut adoptée sans aucune observation. L'article qui correspondait à l'art. 335 actuel avait été rédigé dans

le même sens ; il autorisait la reconnaissance des enfants *nés d'un commerce libre*, prohibant ainsi seulement la reconnaissance des enfants adultérins. Le Tribunal critiqua cette dernière disposition et demanda que la reconnaissance des enfants incestueux fût également interdite. Bigot-Préameneu fut chargé de modifier en ce sens la rédaction primitive de l'art. 335. Mais, au lieu de s'en tenir là, il modifia en outre l'art. 331, ce qu'il n'avait pas mission de faire, la formule de cet article n'ayant soulevé aucune objection. Il n'y eut pas de nouvelle discussion et les deux textes ainsi modifiés devinrent loi. Il se trouve ainsi établi que les auteurs du code n'ont pas entendu appliquer à la légitimation, qui répare le scandale, la prohibition portée par eux contre la simple reconnaissance qui, loin de réparer la faute, l'aggrave en la divulguant. — On invoque enfin des considérations d'équité et d'intérêt social. Ne serait-il pas souverainement injuste que des parents, qui souvent ne se marient que pour donner à leurs enfants une situation avouable au milieu de la société, ne pussent pas atteindre ce but et que les conséquences de leur faute, après qu'ils ont fait ce qui dépendait d'eux pour la réparer, continuassent de peser précisément sur ceux qui en sont innocents ? Et si d'autres enfants viennent à naître du mariage ; il y aura donc sous le même toit, issus des mêmes parents, deux catégories d'enfants, les uns incestueux, ayant droit tout au plus à des aliments, les autres jouissant de tous les avantages de la légitimité. L'obtention des dispenses et le mariage des parents n'auraient ainsi d'autre résultat que de créer dans la famille des causes incessantes de haine et de division.

La cour de cassation s'est rangée à cette manière de voir (1). Mais elle est sur ce point en opposition avec la grande majorité des auteurs et ce sont certainement les auteurs qui ont raison. L'art. 331 dispose que les enfants incestueux ne peuvent pas être légitimés par le mariage de leurs père et mère. Le législateur considère donc comme possible le mariage des père et mère de certains enfants incestueux. Autrement il aurait dit un véritable non-sens. Or les personnes qui ayant eu des enfants incestueux peuvent ensuite contracter mariage ensemble sont seulement l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le beau-frère et la belle-sœur. Donc c'est uniquement aux enfants de ces personnes que s'applique et que peut s'appliquer la disposition de l'art. 331. Il est bien évident que cet article ne saurait avoir pour but de dénier le bénéfice de la légitimation aux enfants qui seraient nés d'un inceste entre frère et sœur par exemple, puisqu'un frère et une sœur ne peuvent pas se marier et que la légitimation ne peut s'opérer que par mariage. D'autre part l'art. 335 prohibe la reconnaissance des enfants

1) Voyez les trois arrêts du 22 janvier 1867, rendus sur les conclusions conformes du procureur général (D. 67, 1, 1, S. 67, 1, 212). — Joign., 27 janvier 1874, D. 74, 1, 216, S. 74, 1, 108. — Même sens, Rennes, 17 juin 1879, D. 80, 2, 5, S. 80, 2, 43.

incestueux. Or pour qu'un enfant soit légitimé par le mariage de ses père et mère, il faut qu'il ait été préalablement reconnu par eux. Les enfants incestueux ne pouvant pas être reconnus ne sauraient par là même être légitimés. — Il est inexact que les enfants nés d'un commerce incestueux fussent toujours, dans l'ancien droit, légitimés par le mariage que leurs père et mère contractaient en vertu de dispenses. La vérité est que le droit canonique permettait de les légitimer. Mais il fallait pour cela un bref spécial du Souverain Pontife. La dispense ne suffisait pas par elle-même à produire cet effet. Or, d'après la dernière jurisprudence du parlement de Paris, les brefs de légitimation demeuraient sans effet *au point de vue civil* lorsque les père et mère étaient parents ou alliés à un degré peu éloigné (1). Les auteurs du code ayant limité à des degrés très proches les empêchements de mariage pour cause de parenté ou d'alliance, on s'explique aisément qu'ils aient cru devoir proscrire la légitimation d'une façon absolue. — L'argument tiré des travaux préparatoires n'a point la portée qu'on lui attribue. Quelles qu'aient été les circonstances dans lesquelles le texte primitif de l'art. 331 a été modifié, cette modification était la conséquence nécessaire de celle qui était apportée à l'art. 335, la prohibition de la reconnaissance des enfants incestueux emportant l'impossibilité de les légitimer. — Quant aux considérations qui paraissent avoir surtout entraîné la cour de cassation, elles sont sans doute d'une extrême gravité, mais elles regardent le législateur. Il n'appartient pas à l'interprète de corriger la loi à raison des inconvénients qu'elle présente (2).

Au mois de mai 1872 une proposition de loi ayant pour objet de modifier les art. 331 et 335 et d'admettre la légitimation des enfants incestueux par le mariage de leurs père et mère contracté avec dispense, fut déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale. Cette proposition fut repoussée comme inutile « la question étant définitivement tranchée par la jurisprudence » (15 décembre 1874). Il y a lieu de regretter que l'Assemblée nationale se soit laissée convaincre par un semblable motif qui ne tend à rien moins qu'à encourager le juge à se faire législateur en réformant la loi quand elle lui paraît défectueuse.

614. On discutait dans l'ancien droit la question de savoir si la légitimation pouvait s'opérer après le décès de l'enfant. L'art. 332 a eu pour but de mettre fin à la controverse. « *La légitimation, dit-il, peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et,*

1) Consultez à cet égard la dissertation de M. Beudant sur les arrêts du 22 janvier 1867, D. 67, 1, 8.

2) Demolombe, t. V, n° 354; Aubry et Rau, § 546, texte et note 15; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 474; Laurent, t. IV, nos 174 et suiv.; Demante, t. II, n° 57 bis, IV; Valette sur Proudhon, t. II, p. 168; Beudant, t. II, nos 652 et suiv.; Planiol, t. I, nos 2303 et 2304; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1026.

dans ce cas, elle profite à ces descendants. » La légitimation a lieu, nonobstant le décès de l'enfant, pourvu qu'il ait laissé des descendants légitimes ou légitimés. Ceux-ci se trouveront placés, par le mariage de leur aïeul et de leur aïeule, dans la même situation que si l'enfant naturel dont ils sont issus avait été légitimé de son vivant. Mais la légitimation serait impossible si l'enfant naturel décédé n'avait lui-même laissé que des enfants naturels. Elle serait en effet inutile à ces enfants qu'elle ne rattacherait point à leurs grands-parents et aux autres membres de la famille, la parenté naturelle ne s'étendant pas, d'après la loi, au delà du premier degré.

§ 2. — *Des conditions de la légitimation.*

615. Ces conditions sont au nombre de deux : 1° la reconnaissance de l'enfant qu'il s'agit de légitimer ; 2° le mariage des père et mère.

Il faut d'abord que l'enfant soit reconnu par son père et par sa mère. Cette reconnaissance doit être faite avant le mariage des parents ou au plus tard dans l'acte même de célébration (art. 331). Faite après le mariage elle serait néanmoins valable et produirait les effets d'une reconnaissance ordinaire, mais l'enfant ne serait point légitimé. En exigeant une reconnaissance antérieure au mariage, la loi a voulu empêcher que des époux qui n'auraient pas d'enfants de leur union pussent, en reconnaissant un enfant qu'ils prétendraient faussement avoir eu avant leur mariage, faire sans l'intervention de la justice et sans l'observation des formes légales une adoption déguisée qui produirait des effets plus étendus qu'une adoption véritable. « La loi, dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, ne peut laisser à des époux la faculté de s'attribuer des enfants par leur consentement mutuel. »

Bien que les termes de l'art. 331 supposent une reconnaissance faite volontairement par les père et mère, il n'est point douteux qu'une reconnaissance forcée (art. 340 et 341), antérieure à la célébration du mariage, équivaldrait, en ce qui concerne la légitimation, à une reconnaissance volontaire. Tout ce que veut la loi c'est que la filiation de l'enfant soit certaine au moment du mariage.

La seconde condition requise pour la légitimation est le mariage des père et mère. Il faut bien entendu que le mariage soit valable ou tout au moins putatif.

D'après notre ancienne jurisprudence la légitimation ne résultait point d'un mariage *in extremis*. Le projet de code contenait également une disposition ainsi conçue : « 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 ledit mariage. » La section de législation du Conseil d'État avait proposé cette exception dans la crainte que la possibilité de légitimer les enfants au dernier moment de la vie ne favorisât le dérègle-

ment des mœurs et ne détournât du mariage. Elle fut supprimée sur cette observation de Berlier que la sévérité de la loi serait impuissante à prévenir le concubinage et qu'elle aurait l'inconvénient de fermer la porte au repentir.

Il n'est pas nécessaire, pour que la légitimation se produise, que le père et la mère aient eu, lors de la conception de l'enfant, la capacité de contracter mariage ensemble, si d'ailleurs à ce moment leur commerce n'a été entaché ni d'adultère ni d'inceste. Ainsi l'homme qui entretiendrait des relations avec une jeune fille non encore nubile pourrait, en épousant cette jeune fille, légitimer l'enfant auquel elle aurait donné le jour.

Un mariage intermédiaire n'est pas non plus un obstacle à la légitimation. L'homme et la femme qui, après avoir eu un enfant naturel, se sont mariés chacun de son côté, peuvent, une fois cette union dissoute, légitimer leur enfant en contractant mariage ensemble :

616. Lorsque les conditions requises se trouvent remplies, la légitimation s'opère de plein droit, par le seul effet du mariage, indépendamment de la volonté des père et mère et du consentement de l'enfant. Les parents sont sans doute les maîtres de reconnaître ou de ne pas reconnaître leur enfant, de se marier ou de ne point se marier ; mais s'ils se marient après avoir reconnu l'enfant, il n'est pas en leur pouvoir d'empêcher la légitimation de se produire. L'art. 331 aurait donc été plus exact si au lieu de dire que « les enfants nés hors mariage *pourront* être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère », il avait dit : *seront* légitimés. De son côté l'enfant peut bien contester la reconnaissance dont il a été l'objet avant le mariage ou dans l'acte de célébration du mariage (art. 339) et par ce moyen faire tomber la légitimation elle-même. Mais, si la reconnaissance est maintenue, il ne saurait empêcher que la légitimation ne résulte du mariage de ses père et mère.

617. La loi du 17 août 1897 a ajouté à l'art. 331 un nouvel alinéa ainsi conçu : « *Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.* » Cette formalité n'est pas une condition de validité de la légitimation, mais une simple mesure d'ordre. Le code civil (art. 62) avait prescrit de mentionner la reconnaissance d'un enfant naturel en marge de l'acte de naissance de cet enfant ; mais il n'exigeait point qu'il fût fait mention de la légitimation. On ne peut qu'approuver le législateur de 1897 d'avoir assimilé sous ce rapport la légitimation à la reconnaissance, la mention présentant dans les deux cas la même utilité.

§ 3. — *Des effets de la légitimation.*

618. La légitimation a pour effet d'assimiler entièrement l'enfant légitimé à un enfant légitime. Mais l'assimilation qui se produit n'est pas rétroactive ; elle n'a lieu qu'à compter du mariage, pour l'avenir seulement et ne remonte pas dans le passé jusqu'au jour de la conception de l'enfant.

Pour toute la période antérieure au mariage, l'enfant légitimé doit donc être traité comme un enfant naturel. C'est ce qu'exprime très nettement l'art. 333. « *Les enfants légitimés par le mariage subséquent, dit-il, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.* » De là les conséquences suivantes :

1° L'enfant légitimé n'a pas droit aux successions collatérales qui se sont ouvertes depuis sa naissance ou sa conception, mais avant sa légitimation, et auxquelles il n'a pas été appelé en sa qualité d'enfant naturel.

2° Si son père ou sa mère a eu des enfants légitimes d'un mariage intermédiaire, ces enfants, bien que plus jeunes d'âge, seront civilement les aînés. Cette conséquence qui avait autrefois une grande importance, à raison des avantages attachés par notre ancienne législation à la qualité d'aîné, n'en présente plus guère aujourd'hui. Cependant il existe encore certains majorats qui se transmettent à l'aîné des enfants mâles du titulaire décédé. D'un autre côté, l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée, dont la disposition à cet égard a été maintenue par la loi du 20 juillet 1895, permet de renvoyer dans leurs foyers, en temps de paix, après un an de présence sous les drapeaux : « 1° *L'aîné* d'orphelins de père et de mère, ou *l'aîné* d'orphelins de mère dont le père est légalement déclaré absent ou interdit; — 2° Le fils unique ou *l'aîné* des fils, ou à défaut de fils ou de gendre, le petit-fils unique ou *l'aîné* des petits-fils d'une femme actuellement veuve ou d'une femme dont le mari a été légalement déclaré absent ou interdit, ou d'un père aveugle ou entré dans sa soixante-dixième année; — 3° Le fils unique ou *l'aîné* des fils d'une famille de sept enfants au moins. » Mais, contrairement à l'avis de quelques auteurs, nous pensons qu'il y a lieu d'écarter en cette matière les conséquences de la légitimation et d'appliquer les dispositions de la loi à l'aîné d'âge, le but du législateur étant non point d'accorder une faveur personnelle à l'aîné, mais d'atténuer, dans l'intérêt de la famille, les inconvénients résultant pour elle du service militaire, en dispensant celui des enfants qui est présumé le plus capable de venir en aide à ses frères et sœurs, à sa mère, à son aïeule ou à son père.

SECTION II

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS.

619. Sous cette rubrique, le législateur traite des modes de preuve de la filiation naturelle. Tandis que, dans le chapitre II du présent titre, il indique trois modes de preuve de la filiation légitime : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve par témoins, il n'en mentionne textuelle-

ment que deux en ce qui concerne la filiation naturelle : la *reconnaissance* et la *preuve testimoniale*.

La reconnaissance est la preuve normale de la filiation naturelle. On l'appelle d'ordinaire reconnaissance *volontaire*, parce qu'elle résulte d'une déclaration faite spontanément par les auteurs de l'enfant naturel ou par l'un d'eux.

La preuve testimoniale n'est qu'une preuve subsidiaire permise seulement dans certains cas et sous certaines conditions. Elle donne lieu à une action nommée *recherche de la filiation*. Lorsque cette action réussit, on dit que la filiation se trouve établie par une *reconnaissance judiciaire ou forcée*.

Nous aurons à nous demander si l'on doit ajouter la possession d'état aux modes de preuve indiqués par la loi.

§ 1. — *De la reconnaissance volontaire.*

620. La reconnaissance volontaire est un aveu de paternité ou de maternité. Reconnaître un enfant naturel, c'est se déclarer père ou mère de cet enfant.

Au point de vue de la preuve de la filiation, la reconnaissance est, pour l'enfant naturel, ce que l'acte de naissance est pour l'enfant légitime. A la différence de la filiation légitime, la filiation naturelle ne se prouve point en effet par l'acte de naissance. Cet acte ne prouve qu'une chose, le fait même de la naissance, c'est-à-dire le fait qu'un enfant de tel sexe est né tel jour, à telle heure, dans tel lieu. Alors même qu'il indique le nom de la mère, il ne fait pas preuve par lui-même de la maternité. Cette différence, que la jurisprudence n'a pas toujours respectée, est facile à justifier. La maternité légitime étant un fait notoire, et qui n'a rien que d'honorable, il n'y a pas de motif pour suspecter la déclaration qui en est faite à l'officier de l'état civil. La régularité de la situation garantit la sincérité de la déclaration. La maternité naturelle au contraire étant un fait déshonorant et que, pour cette raison, on s'efforce de dissimuler, l'indication du nom de la mère ne présente aucune garantie de sincérité.

La reconnaissance peut toutefois, nous le verrons, être insérée dans l'acte de naissance, auquel cas cet acte prouve, en même temps que la naissance de l'enfant, sa filiation vis-à-vis de celui de ses auteurs qui l'a reconnu.

1° Par qui la reconnaissance peut-elle être faite?

621. La reconnaissance étant un aveu, est par là même un acte essentiellement personnel. Elle ne peut émaner que du père pour la filiation paternelle et de la mère pour la filiation maternelle. Le père ou la mère d'une personne qui a donné le jour à un enfant naturel ne pourrait donc pas reconnaître cet enfant au nom de son fils ou de sa fille. Un tuteur ne pour-

rait pas reconnaître l'enfant naturel du mineur ou de l'interdit. Par la même raison, la reconnaissance faite par le père est sans effet à l'égard de la mère, comme la reconnaissance faite par la mère est inefficace à l'égard du père.

Ce principe a été d'abord appliqué rigoureusement. Mais peu à peu la jurisprudence est arrivée à s'en écarter et à établir sous ce rapport une distinction entre le père et la mère naturels.

En ce qui concerne le père, elle maintient d'une façon absolue le caractère individuel de la reconnaissance. Nul, pas même la mère, en reconnaissant l'enfant pour son propre compte, ne peut déclarer le nom du père. L'indication de ce nom, au cas où elle serait faite, n'aurait aucune valeur et demeurerait sans effet (1). Mais les tribunaux admettent au contraire que le père peut, en reconnaissant lui-même l'enfant, indiquer le nom de la mère et que cette indication, insuffisante à elle seule pour établir la maternité, fait preuve lorsqu'elle est corroborée par l'aveu de la mère fait dans une forme quelconque. L'enfant est alors tenu pour reconnu par sa mère sans qu'il soit nécessaire qu'un acte spécial ait été dressé à cet effet.

On fonde cette distinction sur un argument *a contrario* tiré de l'art. 336 : « *La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, dit cet article, n'a d'effet qu'à l'égard du père.* » Donc la reconnaissance du père *avec* l'indication et l'aveu de la mère produit effet même à l'égard de cette dernière. Et comme en pareil cas la loi n'exige point que l'aveu de la mère soit fait dans une forme déterminée, il s'ensuit que cet aveu, à la différence de la reconnaissance proprement dite qui, d'après l'art. 334, doit être faite par acte authentique, n'est soumis à aucune condition particulière de forme. Il peut être *exprès* et contenu dans un simple écrit sous seing privé, même dans une lettre missive; il peut aussi être purement *tacite* et s'induire des circonstances, de la manière d'agir de la mère vis-à-vis de l'enfant et spécialement des soins qu'elle lui a donnés (2).

Cette solution présente des avantages très appréciables au point de vue pratique, et c'est là sans doute en grande partie la cause de son succès. Dans les ménages irréguliers, il arrive bien souvent, quand un enfant vient au monde, que le père, en faisant à l'officier de l'état civil la déclaration de naissance, reconnaît l'enfant comme sien et indique en même temps le nom de la mère. Celle-ci, croyant que sa maternité se trouve par là même suffisamment établie, néglige de faire pour son propre compte une

1) Toulouse, 16 mai 1899, D. 1901, 2, 116.

2) Aubry et Rau, § 568, texte et note 24; Demante, t. II, n° 64 bis, I et II. — Cour de cass., 25 juin 1877, D. 78, 1, 262, S. 78, 1, 117; — Bordeaux, 27 août 1877, D. 78, 2, 193, S. 79, 2, 105; — Nîmes, 15 février 1887; S. 87, 2, 172; — Cour de cass. de Belgique, 6 juillet 1888, D. 89, 2, 236. — Liège, 7 janvier 1893, D. 94, 2, 493.

reconnaissance distincte et formelle; mais elle élève l'enfant, le traite comme sien et confirme ainsi la déclaration insérée dans l'acte de naissance. Il est véritablement bien rigoureux de dire qu'en pareil cas la maternité n'est pas établie, et que, si plus tard les parents viennent à contracter mariage, l'enfant ne sera point légitimé. Cependant il nous paraît certain que le système de la jurisprudence n'est pas fondé en droit. L'art. 336 n'a point le sens et la portée qu'on lui attribue. L'histoire de sa rédaction enlève toute espèce de valeur à l'argument *a contrario* que l'on a tiré de ses termes ambigus. D'après le projet de code, cet article était ainsi conçu : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet. » Celui qui se croit le père d'un enfant naturel, disait-on pour justifier cette proposition, peut parfaitement se méprendre sur sa paternité. La mère seule peut savoir d'une façon exacte quel est le père de son enfant. La reconnaissance du père ne doit donc avoir effet qu'autant qu'elle est confirmée par l'aveu de la mère; il faut que celle-ci déclare que l'enfant qu'elle a mis au monde est effectivement issu de celui qui s'en déclare le père. Mais comme, en subordonnant l'effet de la reconnaissance du père à l'aveu fait par la mère de la réalité de la paternité, on s'exposait à compromettre l'état de l'enfant, la mère pouvant refuser de faire cet aveu ou se trouver dans l'impossibilité de le faire, l'article fut modifié ainsi qu'il suit : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » Dans ces termes, la disposition devenait inutile et faisait double emploi avec l'art. 339 qui permet à toute personne intéressée de contester une reconnaissance comme contraire à la vérité. On finit en conséquence par s'arrêter à l'idée que la reconnaissance étant un fait tout personnel à celui dont elle émane, il n'y avait pas à se préoccuper, en ce qui concerne la reconnaissance du père, de l'aveu ou du désaveu de la mère et le texte primitif fut remplacé par celui-ci : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu (1). » Pourquoi cette rédaction n'a-t-elle pas été maintenue? Les auteurs du code ont cru sans doute, en la modifiant, marquer plus clairement leur volonté de rejeter l'idée originaire d'après laquelle la reconnaissance du père n'avait d'effet que si elle était confirmée par la mère. En disant que « la reconnaissance du père sans l'aveu et l'indication de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père », ils ont voulu indiquer que cette reconnaissance est par elle-même valable et efficace par rapport au père, sans qu'il soit besoin de l'indication et de l'aveu de la mère. Le changement opéré n'a pas pu avoir pour but de consacrer un système nouveau, car les procès-verbaux du Conseil d'État sont absolument muets sur la question, et d'autre part les orateurs

1) Séances de Conseil d'État du 26 brumaire et du 29 fructidor an X (Loché, t. III, p. 58 et suiv.)

du gouvernement, et du Tribunat, Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, Lahary dans son *Rapport*, Duveyrier dans son *Discours* expliquent tous l'art. 336 dans le sens que nous lui attribuons (1).

622. Pour pouvoir reconnaître un enfant naturel, il faut bien entendu être moralement capable de volonté. Mais est-il nécessaire d'avoir la capacité civile de contracter ? (art. 1124). La négative est généralement admise. Le code a pris soin de déterminer les conditions de la reconnaissance. Or aucune des dispositions qu'il a consacrées à cette matière n'exige textuellement de celui qui veut reconnaître un enfant la capacité requise pour contracter et ne permet de supposer de la part du législateur l'intention d'exiger cette capacité. La reconnaissance n'est point d'ailleurs un contrat, mais un aveu, c'est-à-dire un acte personnel de sa nature. Par suite, refuser aux personnes incapables d'accomplir les actes ordinaires de la vie civile le droit de reconnaître un enfant naturel, c'eût été leur enlever la jouissance de ce droit en même temps que l'exercice. Et comment supprimer la jouissance d'un droit qui est en réalité l'accomplissement d'un devoir de conscience ?

La reconnaissance peut donc être valablement faite par un mineur même non émancipé, par un interdit lorsqu'il se trouve dans un intervalle lucide, par une femme mariée, sans qu'elle ait besoin à cet effet de l'autorisation de son mari ou de justice.

2° De l'époque à laquelle la reconnaissance peut être faite.

623. La reconnaissance peut avoir lieu à toute époque de la vie de l'enfant, même avant sa naissance, pendant la grossesse de la mère, par exemple si le père est malade et exposé à mourir avant que l'enfant ait vu le jour, ou si la mère craint de succomber dans les douleurs de l'accouchement. Un enfant simplement conçu pouvant recueillir une succession (art. 725) ou recevoir une libéralité (art. 906), on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas être reconnu. L'art. 334 suppose à la vérité que la reconnaissance peut être faite tout d'abord dans l'acte de naissance, par conséquent après la naissance de l'enfant. Mais cette supposition n'est pas une condition de validité. La loi prévoit seulement le cas le plus ordinaire (2).

Lorsque la reconnaissance est antérieure à la naissance, l'acte dressé pour la constater doit, bien entendu, désigner dans tous les cas le nom de la mère et contenir par ailleurs toutes les énonciations nécessaires pour individualiser l'enfant auquel il s'applique, de telle sorte qu'au jour de l'accou-

1) Demolombe, t. V, n° 383; Marcadé, sur l'art. 336; Valette sur Proudhon, t. II, p. 142, note a; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 488; Laurent, t. IV, n° 27; Huc, t. III, nos 81 et 82; Planiol, t. I, n° 2220.

2) Cour de cass., 13 juillet 1886, D. 87, 1, 119, S. 87, 1, 65; — 2 janvier 1895, D. 95, 1, 367, S. 95, 1, 115.

chement il se trouve complété par l'acte de naissance en marge duquel il sera mentionné (art. 62).

La reconnaissance peut également avoir lieu après le décès de l'enfant naturel s'il a laissé des enfants légitimes, non seulement lorsqu'elle est faite en vue d'une légitimation par le mariage subséquent des père et mère (art. 332), mais alors même que l'auteur de la reconnaissance ne peut pas ou ne veut pas contracter mariage. Dans l'un comme dans l'autre cas elle profite en effet aux descendants de l'enfant naturel prédécédé (art. 759). Mais la reconnaissance est-elle encore possible quand l'enfant naturel est décédé sans postérité? La négative a des partisans qui raisonnent ainsi : La reconnaissance est établie uniquement dans l'intérêt de l'enfant. Elle a pour but de constater sa filiation et d'assurer son état. Elle produit à la vérité certains droits au profit du père ou de la mère qui l'a faite, le droit aux aliments et un droit de succession (art. 765) ; mais ce sont là seulement des effets légaux de la reconnaissance, effets qui ne peuvent se réaliser qu'autant que la cause d'où ils dérivent est possible. Or le décès de l'enfant sans postérité a rendu la reconnaissance inutile pour lui ; il n'y a plus désormais d'état à reconnaître, plus de filiation à constater. La reconnaissance n'a donc plus aucune raison d'être. L'art. 332 qui déclare la légitimation impossible lorsque l'enfant est décédé sans postérité s'applique par identité de motifs à la reconnaissance. Et cette solution est à la fois juste et morale. La loi ne pouvait admettre que l'homme ou la femme qui, pendant toute la vie de son enfant, a dissimulé sa paternité ou sa maternité afin d'échapper aux charges qui en résultaient, vienne la révéler au moment où il n'y a plus de charges à supporter et où il ne peut plus être question que d'une succession à recueillir (1).

L'opinion contraire prévaut en doctrine et en jurisprudence et elle nous paraît effectivement préférable. La reconnaissance n'est point, comme on le prétend, établie uniquement en faveur de l'enfant. Destinée à constater le rapport de filiation qui l'unit à ceux dont il est issu, rapport d'où dérivent des droits réciproques, elle existe aussi bien dans l'intérêt du père et de la mère que dans celui de l'enfant. Le décès de celui-ci sans postérité ne fait donc pas disparaître entièrement son utilité et sa raison d'être. Ne pouvant plus alors profiter à l'enfant ou à ses descendants, elle profite du moins à celui qui l'a faite. Sans doute, une reconnaissance faite dans de pareilles conditions se présentera souvent sous un jour peu favorable ; elle pourra n'être inspirée que par un sentiment de cupidité. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, des événements indépendants de la volonté des père et mère ou leur ignorance de la loi ayant pu les empêcher de la faire plus tôt. Dans

1) Demante, t. II, n° 62 bis, XI; Aubry et Rau, § 568, texte et note 32; Duranton, t. III, n° 211.

tous les cas elle demeure possible par cela seul qu'aucun texte ne l'interdit. La décision donnée par l'art. 332 en ce qui concerne la légitimation qui constitue un bénéfice et crée un droit nouveau ne saurait être étendue à la reconnaissance qui ne crée rien et ne fait que constater un fait, un état de choses existant (1).

3° De la forme de la reconnaissance.

624. « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance » (art. 334).

En exigeant que la reconnaissance soit faite dans un acte authentique, c'est-à-dire dans un acte rédigé par un officier public compétent à cet effet et avec les solennités requises (art. 1317), la loi a voulu d'une part éviter les surprises, les entraînements, les manœuvres si à craindre dans un pareil acte, et, d'autre part, assurer sa conservation et son irrévocabilité, un acte sous seing privé étant exposé à des chances nombreuses de perte et de destruction. La reconnaissance d'enfant naturel est donc un acte solennel. L'authenticité n'est pas seulement une question de preuve; elle constitue une condition essentielle à son existence même. Nous savons toutefois que, par suite de l'interprétation inexacte qu'elle donne à l'art. 336, la jurisprudence admet, en ce qui concerne la mère, une exception à cette règle.

625. Les officiers publics compétents pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels sont les officiers de l'état civil et les notaires.

1° *Les officiers de l'état civil.* — Leur compétence était tout naturellement indiquée, la reconnaissance étant un acte relatif à l'état civil. Aussi, d'après le projet de code, avaient-ils seuls qualité pour la recevoir et pour en dresser acte. C'est dans cet esprit que paraît avoir été rédigé l'art. 62. Mais, dans la suite, lors de la discussion du titre *de la Paternité et de la Filiation*, on fit observer que la publicité des registres de l'état civil pourrait effrayer certaines personnes et les détourner de reconnaître leurs enfants. De là la disposition de l'art. 334 qui, tout en conservant aux officiers de l'état civil la compétence qui leur avait été précédemment attribuée par l'art. 62, ne la leur accorde plus d'une manière exclusive.

Lorsque la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil au moment même de la déclaration de naissance de l'enfant, elle ne fait point l'objet d'un acte distinct et spécial; elle est insérée dans l'acte de naissance, lequel prouve alors à la fois la naissance de l'enfant et sa filiation à l'égard de celui de ses auteurs qui l'a reconnu ou à l'égard de tous les deux s'ils

1) Demolombe, t. V, n° 416; Laurent, t. IV, n° 43; Planiol, t. I, n° 2224; Huc, t. III, n° 76; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1052; Beudant, t. II, n° 568. — Paris, 6 mai 1876, S. 77, 2, 18; — Poitiers, 27 décembre 1882, D. 83, 2, 120, S. 83, 2, 188; — Rouen, 20 déc. 1899, D. 1901, 2, 71, S. 190, 2, 275.

l'ont reconnu l'un et l'autre. Lorsqu'elle a lieu postérieurement à la rédaction de l'acte de naissance, l'officier de l'état civil en dresse un acte spécial qu'il inscrit à sa date sur les registres et qui est ensuite mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Tout officier de l'état civil a qualité pour dresser en pareil cas l'acte de reconnaissance, alors même que l'enfant reconnu et l'auteur qui le reconnaît ne sont domiciliés ni l'un ni l'autre dans la commune où il exerce ses fonctions. Lorsque la reconnaissance est faite au moment du mariage des père et mère, en vue de conférer à l'enfant le bénéfice de la légitimation, elle peut être constatée dans l'acte de célébration.

2° *Les notaires.* — D'après l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires ont qualité pour recevoir tous les actes auxquels les particuliers doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité.

L'acte notarié contenant reconnaissance d'un enfant naturel doit être rédigé *en minute*, c'est-à-dire que le notaire qui le reçoit doit conserver l'original à peine de nullité (arg. art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI). C'est un des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires.

Les actes notariés, à la différence des actes de l'état civil, n'étant pas à la disposition du public (loi du 25 ventôse an XI, art. 23), le père ou la mère peut, en recourant au ministère d'un notaire, tenir la reconnaissance secrète jusqu'au jour où il y a lieu de la faire apparaître. C'est, nous le savons, précisément pour ce motif que la loi a admis la compétence des notaires, concurremment avec celle des officiers de l'état civil.

Il n'est d'ailleurs nullement nécessaire que la reconnaissance soit faite dans un acte dressé tout exprès et *ad hoc*; elle peut être consignée dans un acte ayant un autre objet, par exemple dans un testament par acte public (art. 971), ou dans un acte de donation (1).

Il n'est pas nécessaire non plus qu'elle soit faite en termes dispositifs et par une phrase principale et détachée; des termes simplement énonciatifs suffisent à la constater dès lors qu'ils ne laissent aucun doute sur la volonté de son auteur. Ainsi la clause d'un testament par acte public contenant un legs à un individu désigné par le testateur comme son enfant naturel constitue une reconnaissance au profit de cet individu (2).

Aucun officier public autre que les officiers de l'état civil et les notaires n'a qualité pour recevoir les reconnaissances et pour en dresser acte (3).

1) Pau, 2 juillet 1885, D. 86, 2, 165; — Cour de cass., 2 janvier 1895, D. 95, 1, 367, S. 95, 1, 115.

2) Cour de cass., 24 janvier 1888, D. 88, 1, 302, S. 89, 1, 53; — Paris, 26 février 1896, D. 97, 2, 339.

3) Limoges, 6 déc. 1886, D. 88, 2, 93, S. 87, 2, 29.

Toutefois la doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider qu'une reconnaissance peut être valablement reçue et constatée sans l'intervention de ces fonctionnaires quand, au lieu d'être faite dans les circonstances ordinaires, elle se produit en justice, l'autorité judiciaire ayant le pouvoir d'imprimer l'authenticité aux déclarations et aveux passés devant elle. Ainsi on considère comme valable la reconnaissance faite au cours d'une enquête ou d'un interrogatoire et consignée par le juge commissaire ou instructeur dans le procès-verbal de ces opérations, de même que celle qui a été faite à l'audience par l'une des parties et dont le tribunal a donné acte à la partie adverse sur sa réquisition (1). La reconnaissance peut également être consignée dans le procès-verbal dressé par le juge de paix siégeant au bureau de conciliation (art. 54 c. pr.). Mais on doit rejeter sans hésitation l'opinion de quelques auteurs d'après lesquels le juge de paix, assisté de son greffier, serait compétent, aussi bien que les officiers de l'état civil et les notaires, pour recevoir en toute circonstance une reconnaissance d'enfant naturel (2). En dehors de son ministère de juge et de conciliateur, le juge de paix n'est en effet compétent que lorsqu'un texte spécial lui confère quelque attribution (art. 353, 392, 398, 477), et aucun texte ne lui donne le pouvoir de dresser les actes de reconnaissance.

626. Comme tout aveu, la reconnaissance régulièrement faite est *irrévocable*; elle ne peut être rétractée par celui qui l'a faite. Toutefois ce principe ne comporte-t-il pas une exception dans le cas où la reconnaissance a été insérée dans un testament par acte public? Le testament étant essentiellement révocable ne doit-il pas conférer le même caractère à la reconnaissance qu'il renferme? La question est très controversée. La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur du maintien de l'irrévocabilité. Voici comment elle raisonne : L'art. 895 qui formule le principe de la révocabilité des dispositions testamentaires dit en même temps que « le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, *de tout ou partie de ses biens.* » C'est le testament ainsi défini, c'est-à-dire un acte de disposition des biens que la loi déclare révocable. Si donc, outre les dispositions relatives aux biens, le testament en renferme accidentellement d'autres qui de leur nature sont irrévocables, comme une reconnaissance d'enfant naturel, celles-ci conservent néanmoins leur caractère. Il y a alors en réalité dans un seul et même écrit deux actes distincts, ayant chacun une existence propre. De même qu'une reconnaissance d'enfant naturel contenue dans un contrat de mariage demeure efficace bien que le mariage en vue duquel ce contrat a été fait ne soit pas célébré, parce qu'elle n'est pas une convention matrimoniale, de même la

1) Cour de cass., 13 juillet 1886, D. 87, 1, 119, S. 87, 1, 65.

2) Duranton, t. III, n° 212.

reconnaissance insérée dans un testament produit effet bien que les dispositions qui l'accompagnent viennent à être révoquées, parce qu'elle n'est pas elle-même une disposition testamentaire. Cependant la jurisprudence ne va pas jusqu'à permettre à l'enfant reconnu dans un testament de se prévaloir de cette reconnaissance du vivant de son auteur; décision illogique, car si la reconnaissance ainsi faite n'est pas une disposition testamentaire, il n'y a pas de motif pour lui appliquer la règle d'après laquelle le testament ne peut recevoir son exécution tant que vit le testateur.

Nous estimons quant à nous que la révocation du testament entraîne la révocation de la reconnaissance qui s'y trouve contenue, ou plus exactement qu'elle empêche cette reconnaissance d'exister et de produire effet. Toute manifestation de volonté, dirons-nous avec M. Demolombe, ne peut avoir d'autre valeur, d'autre étendue que celle que son auteur a entendu lui attribuer. Or celui qui consigne un aveu dans un testament n'a pas l'intention de se dessaisir de cet aveu et de lui donner un caractère définitif. Le testament est la pensée intime du testateur, pensée écrite à la vérité, mais destinée à n'appartenir qu'à lui jusqu'à son décès. Tout ce qui s'y trouve déposé présente ce caractère; rien n'est achevé, rien n'est acquis, tant que le testateur est vivant. Lors donc qu'un testament renferme une reconnaissance d'enfant naturel, cette reconnaissance, comme les autres clauses qui l'accompagnent, n'existe qu'à l'état de projet; elle ne deviendra définitive et ne constituera véritablement une reconnaissance qu'au jour du décès de celui de qui elle émane. Le testateur, tant qu'il vit, conserve la faculté de l'anéantir en révoquant son testament (1).

4° Des effets de la reconnaissance.

627. La reconnaissance a pour effet d'établir, de constater la filiation de l'enfant auquel elle s'applique. En faisant apparaître cette filiation, jusqu'alors légalement inconnue, elle lui assure les divers effets que la loi y attache et qui auparavant ne pouvaient pas se produire. De là vient que les effets de la filiation sont souvent considérés comme les effets de la reconnaissance, celle-ci étant la condition nécessaire de leur réalisation.

L'enfant naturel reconnu est rattaché par un lien civil de parenté à celui de ses auteurs de qui la reconnaissance émane, et à tous les deux si elle émane de l'un et de l'autre. Mais il n'entre pas dans la famille de son père ou de sa mère; il ne devient pas légalement le parent de leurs parents (arg. art. 757). Le consentement donné par ceux-ci à la reconnaissance ne changerait rien à la situation. La famille d'un enfant naturel est donc nécessairement très restreinte. Elle ne comprend, outre son père et sa mère, que ses descendants légitimes ou naturels. Le code pénal présente des applications re-

1) Demolombe, t. V, n° 455; Laurent, t. IV, n° 85; Planiol, t. I, n° 2237. — *Contra*: Aubry et Rau, § 568 quater, texte et note 2; Duranton, t. III, n° 219.

marquables de ce principe. Aux termes de son art. 299, le meurtre des père ou mère naturels comme celui des père ou mère légitimes est qualifié de parricide, tandis que le meurtre d'un ascendant d'un degré supérieur n'est un parricide que si cet ascendant est légitime. L'art. 312 du même code contient une disposition analogue en matière de coups et blessures. Toutefois, la loi reconnaît l'existence d'un lien de parenté entre les enfants naturels du même père ou de la même mère; elle les qualifie de frères ou sœurs naturels et établit entre eux en cette qualité un droit réciproque de successibilité (art. 766). D'un autre côté, les art. 161 et 162 prohibent le mariage entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels ainsi qu'entre le frère et la sœur légitimes ou naturels.

L'enfant naturel prend le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu, et, s'il a été reconnu par tous les deux, le nom de son père.

Il est soumis à la puissance paternelle; mais, ainsi que nous le verrons, cette puissance n'a pas des effets aussi complets que lorsqu'elle s'exerce sur des enfants légitimes.

Il a droit à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation. L'art. 203 qui impose aux pères et mères l'obligation d'élever leurs enfants ne parle que des parents légitimes. Mais l'art. 383 qui confère la puissance paternelle aux pères et mères naturels implique nécessairement qu'ils sont légalement tenus du devoir d'éducation, la puissance paternelle n'étant, dans notre droit, que le moyen donné aux parents de remplir ce devoir.

L'enfant naturel peut exiger des aliments de ses père et mère lorsqu'il est dans le besoin et il est tenu de leur en fournir le cas échéant (arg. art. 762).

Il ne peut se marier qu'après avoir obtenu le consentement de ses père et mère ou tout au moins après avoir sollicité leur conseil (art. 158). Il en est de même lorsqu'il veut se donner en adoption (art. 346).

Ses parents peuvent former opposition à son mariage et demander dans les cas prévus par les art. 184 et 191 la nullité de celui qu'il aurait contracté en contravention aux dispositions de la loi.

L'enfant naturel succède à ses père et mère; mais ses droits successoraux, nonobstant l'extension qu'ils ont reçue de la loi du 25 mars 1896, sont inférieurs à ceux des enfants légitimes (art. 756 et suiv.). La loi du 12 brumaire an II ayant profondément troublé la famille en assimilant au point de vue héréditaire les enfants naturels aux enfants légitimes, les auteurs du code saisirent la première occasion qui s'offrait à eux pour rassurer l'opinion en annonçant que cette assimilation ne serait pas maintenue. De là la disposition de l'art. 338 : « *L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions.* » — Réciproquement, les père et mère naturels sont appelés à succéder à leur enfant (art. 765).

L'ancien art. 908 déclarait l'enfant naturel incapable de recevoir de ses père et mère une libéralité entre-vifs ou testamentaire supérieure à ce qui lui est accordé au titre *des Successions*. La loi du 25 mars 1896, non contente d'élargir les droits héréditaires des enfants naturels, a notablement atténué l'incapacité établie par cet article.

628. A la différence de la légitimation qui crée à l'enfant naturel un état nouveau, la reconnaissance ne fait que constater l'état qui lui appartient. En un mot, elle est non pas *attributive*, mais simplement *déclarative* de filiation. La situation qui en résulte pour l'enfant lui est donc acquise rétroactivement. Elle existe non pas seulement du jour de la reconnaissance, mais du jour de la naissance de l'enfant, et même, s'il s'agit de ses intérêts, à partir de sa conception. Voici quelques applications de ce principe :

1° Un mariage est célébré; puis l'un des époux est l'objet d'une reconnaissance, non contestée d'ailleurs, qui constate entre son conjoint et lui un rapport de parenté au degré où le mariage est prohibé. Le mariage devra être annulé.

2° Postérieurement à l'ouverture et au partage d'une succession, une reconnaissance constatée au profit de l'enfant auquel elle s'applique le droit de prendre part à cette succession. Il y aura lieu de procéder à un nouveau partage, à moins que l'action en pétition d'hérédité ne soit prescrite.

3° Un enfant naturel non reconnu reçoit de son père ou de sa mère une donation entre-vifs. Plus tard il est reconnu par le donateur. L'art. 908 deviendra applicable et la donation pourra être attaquée si elle est excessive (1).

629. Les effets de la filiation naturelle légalement constatés subissent d'importantes restrictions lorsque la reconnaissance intervient pendant le mariage de celui qui la fait et qu'elle a lieu au profit d'un enfant issu d'une personne autre que son conjoint. L'art. 337 relatif à cette hypothèse s'exprime ainsi : « *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 du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.* » Il a paru inadmissible au législateur que l'un des époux, en faisant apparaître un enfant naturel dont la loyauté lui commandait de révéler l'existence à son conjoint avant le mariage, vînt modifier la situation de la famille légitime. « Il ne peut pas dépendre de l'un des époux, dit Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*, de changer après son mariage le sort de sa famille légitime, en appelant

1) Beudant, t. II, n° 579. — Dijon, 18 décembre 1891, D. 92, 2, 217, S. 92, 2, 44. — Comp. Cour de cass., 30 janvier 1883, D. 83, 1, 201, S. 83, 1, 193; — 22 janvier 1884, D. 84, 1, 117, S. 84, 1, 227; — Orléans, 5 février 1885, D. 86, 2, 166, S. 85, 2, 152.

des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens; ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté. » Pour prévenir ce résultat, l'art. 337 frappe la reconnaissance faite dans les circonstances qu'il prévoit d'une inefficacité relative consistant en ce que l'enfant reconnu ne peut pas faire valoir ses droits aux dépens du conjoint de son auteur et des enfants issus du mariage.

De là les conséquences suivantes :

a. Si l'époux duquel la reconnaissance émane laisse, lors de son décès, un ou plusieurs enfants de son mariage, ceux-ci recueilleront toute sa succession à l'exclusion de l'enfant naturel.

b. Si le défunt ne laisse ni enfants issus de son mariage, ni parents au degré successible, l'enfant naturel sera encore écarté de sa succession qui appartiendra tout entière au conjoint survivant (art. 767). On pourrait objecter qu'aux termes du deuxième alinéa de l'art. 337 « la reconnaissance produit son effet après la dissolution du mariage s'il n'en reste pas d'enfants », ce qui semble impliquer que le droit commun reprend alors son empire et que par suite l'enfant naturel succède par préférence au conjoint survivant (art. 760). Mais il est certain que telle n'est point l'intention du législateur. C'est en effet le premier alinéa qui contient la règle dont le second formule ensuite un simple développement. La règle étant que la reconnaissance ne peut nuire ni au conjoint ni aux enfants, on doit nécessairement en conclure qu'en parlant ensuite seulement des enfants, le législateur a commis une inexactitude ou un oubli, ce qui du reste s'explique aisément par les nombreux changements apportés à la rédaction primitive de l'art. 337. Décider autrement, ce serait, contrairement à toute logique, faire prévaloir la disposition accessoire et secondaire de notre article sur sa disposition principale et essentielle (1).

c. L'enfant naturel, venant à la succession de son auteur en concours avec des parents autres que des enfants issus du mariage (art. 759), ne peut pas invoquer son droit de réserve (art. 913 al. 2) à l'effet d'obtenir la réduction des donations que le défunt a faites à son conjoint par contrat de mariage.

La même solution doit-elle être appliquée aux donations entre-vifs ou testamentaires faites pendant le mariage? Une opinion très répandue estime que l'enfant peut faire réduire ces libéralités lorsqu'elles entament sa réserve. D'après elle la loi, dans l'art. 337, se propose uniquement de sauvegarder les droits qui appartiennent à l'époux en cette qualité même et non ceux qui peuvent lui appartenir à un autre titre. Or le conjoint qui réclame le bénéfice d'une libéralité à lui faite pendant le mariage ne se présente

1) Demolombe, t. V, n° 475; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1068. — Cour de cass., 28 mai 1878, D. 78, 1, 401, S. 79, 1, 337.

pas en qualité d'époux, mais en qualité de donataire ou de légataire. Il ne peut pas prétendre que le mariage a été contracté sur la foi de ces avantages, puisqu'ils sont postérieurs à sa célébration et qu'ils étaient essentiellement révocables (art. 895 et 1096). Les motifs de la loi font donc alors défaut (1). — Nous adopterions plus volontiers l'opinion contraire. L'art. 337 déclare dans les termes les plus absolus que la reconnaissance faite dans les conditions qu'il prévoit « ne peut pas nuire au conjoint » de celui duquel elle émane. Or elle lui nuirait évidemment si les libéralités que ce conjoint a reçues pendant le mariage pouvaient *en vertu de la reconnaissance intervenue*, être réduites sur la demande de l'enfant. Donc cette réduction est impossible. En limitant l'application de l'art. 337 aux droits résultant pour le conjoint des dispositions de la loi ou des clauses de son contrat de mariage, l'opinion que nous combattons introduit dans cet article une distinction qu'il ne fait point (2).

d. L'enfant reconnu n'est pas fondé, s'il y a des enfants issus du mariage, à demander des aliments à son auteur et, s'il n'y a pas d'enfants, il ne peut en exiger qu'autant qu'à raison du régime matrimonial auquel les époux sont soumis, le paiement de la pension alimentaire ne blessera pas les intérêts de l'autre époux (3). Mais cette décision, si elle est conforme au texte et aux motifs de la loi, est, il faut le reconnaître, d'une rigueur injustifiable.

L'unique but de l'art. 337 étant de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'époux et des enfants issus du mariage pendant lequel la reconnaissance a eu lieu, cette reconnaissance produit un plein et entier effet à l'égard de toutes autres personnes (4). D'un autre côté, même à l'égard du conjoint et des enfants nés du mariage, l'enfant reconnu conserve tous les droits qui ne sont pas susceptibles de leur nuire. C'est ainsi qu'il porte le nom de son auteur et qu'il est soumis à la puissance paternelle dans la mesure où cette puissance peut s'exercer sans préjudicier à la famille légitime.

La reconnaissance antérieure au mariage échappe à l'application de l'art. 337, alors même que celui qui l'a faite l'aurait cachée à son futur conjoint jusqu'après la célébration du mariage. Cette dissimulation est cependant un acte de mauvaise foi de nature à modifier la situation prévue de la famille légitime. Mais il n'a pas paru possible au législateur de dé-

1) Demolombe, t. V, n° 476; Aubry et Rau, § 568 *quater*, note 8; Marcadé, sur l'art. 337; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 489; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1069.

2) Demante, t. II, n° 65 *bis*, III; Durantou, t. III, n° 253; Laurent, t. IV, n° 132; Planiol, t. I, n° 2241.

3) Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1072. — Comp. Cour de cass., 13 juillet 1886, D. 87, 1, 119, S. 87, 1, 65.

4) Trib. de la Seine, 27 mai 1898, D. 99, 2, 306.

pouiller l'enfant naturel des droits qui lui étaient d'ores et déjà assurés.

La reconnaissance faite *après* la dissolution du mariage, c'est-à-dire après la mort de l'autre conjoint ou après le divorce, demeure aussi pleinement efficace nonobstant l'existence d'enfants issus du mariage dissous. L'enfant naturel pourra donc venir en concours avec ces enfants à la succession de son père ou de sa mère et exercer, conformément aux règles ordinaires, tous les droits attachés à son état. Un article du projet n'attribuait à la reconnaissance faite après la dissolution du mariage une efficacité absolue qu'autant qu'il ne restait pas d'enfants de l'union dissoute; mais cet article n'a pas passé dans le code.

5° De la nullité de la reconnaissance.

630. — La reconnaissance peut être inexistante ou simplement annulable.

Elle est inexistante quand elle manque d'un des éléments essentiels et constitutifs de la reconnaissance. Ce n'est alors qu'un pur fait, sans aucune valeur légale dont toute personne intéressée peut à toute époque invoquer la nullité sans qu'il soit besoin de recourir à la justice pour la faire prononcer. Sans doute, en cas de difficulté, il faudra bien que l'autorité judiciaire intervienne pour trancher le différend; mais elle ne procédera pas par voie d'annulation, car on ne peut pas annuler le néant; elle se bornera à constater et à déclarer qu'il n'y a pas de reconnaissance.

La reconnaissance simplement annulable est atteinte d'un vice à raison duquel elle peut être brisée, mais elle existe et continue d'exister tant que son annulation n'a pas été prononcée par la justice, sur la demande de ceux auxquels la loi confère le droit d'agir.

631. La reconnaissance est inexistante :

1° Lorsqu'il y a eu absence totale de volonté de la part de celui qui l'a faite, par exemple lorsque son auteur était en état de démence.

2° Quand, au lieu d'émaner du père ou de la mère eux-mêmes, elle a été faite en leur nom par une personne qui n'avait reçu d'eux aucun mandat à cet effet.

3° Quand elle constate une filiation adultérine ou incestueuse.

4° Lorsqu'elle est consignée dans un acte sous seing privé, ou même dans un acte authentique dressé par un officier public dépourvu de toute qualité pour la constater, comme un huissier ou un commissaire de police. Dans les actes solennels, la forme est une condition essentielle et constitutive en l'absence de laquelle il n'y a rien de fait. *Forma dat esse rei.*

Toutefois, la reconnaissance faite par la mère dans un acte sous signature privée pourrait servir de commencement de preuve par écrit en cas d'action en recherche de la maternité (art. 341). D'autre part, dans le système de la jurisprudence, cette reconnaissance complète la preuve de la

maternité lorsque la femme dont elle émane a été désignée comme mère de l'enfant dans la reconnaissance authentique faite par le père.

632. La reconnaissance est simplement annulable :

1° Lorsqu'elle a eu lieu sous l'empire de la violence ou du dol (art. 1109). La nullité est alors purement relative; elle ne peut être invoquée que par celui dont la volonté a été viciée et elle est susceptible de se couvrir par une ratification de sa part.

2° Lorsqu'elle n'est pas conforme à la vérité. Cette hypothèse est prévue par l'art. 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* ». La reconnaissance faite par une personne qui n'est pas le véritable père ou la véritable mère, et qui attribue ainsi à l'enfant une filiation autre que celle qui lui appartient en réalité, peut être attaquée par toute personne intéressée. Il n'est pas nécessaire pour pouvoir agir d'avoir un intérêt pécuniaire; un intérêt moral suffit.

Les personnes intéressées à demander la nullité de cette reconnaissance sont notamment :

a. *L'enfant reconnu.* Étant enfant naturel il n'est pas indifférent de l'être de n'importe qui. L'action de l'enfant est recevable alors même qu'il ignore sa véritable filiation ou qu'il aurait été légitimé par le mariage de ses prétendus père et mère.

b. *L'auteur de la reconnaissance.* Il va sans dire qu'il est fondé à agir en nullité lorsque la reconnaissance par lui faite est le résultat d'une erreur. Mais ce droit lui appartient également lorsque c'est sciemment et en connaissance de cause qu'il a reconnu un enfant qui n'est pas le sien. Les termes généraux de l'art. 339 et les principes du sujet ne permettent pas de distinguer entre les deux cas. La reconnaissance ne créant pas l'état de l'enfant et ne faisant que le constater, ne peut par là même avoir effet qu'à la condition d'être conforme à la vérité, et ce serait aller contre l'esprit de la loi que de refuser le droit de l'attaquer précisément à la personne qui est le mieux à même de connaître et d'établir sa fausseté. Il est vrai qu'il s'agit d'un aveu et qu'en thèse générale l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, sans qu'il lui soit permis de le rétracter (art. 1356). Il est également vrai qu'en principe nul n'est admis à se prévaloir de sa propre honte: *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Mais cette double règle fléchit dans les matières qui, comme les questions d'état, intéressent l'ordre public. Rien ne s'oppose donc à ce que celui qui, sciemment et de propos délibéré, a reconnu comme sien un enfant qui en réalité lui est étranger, vienne lui-même déférer à la justice cet acte mensonger et en demander l'annulation. La disposition de

de l'art. 314 refusant à l'homme qui, en connaissance de cause, a épousé une femme enceinte des œuvres d'un autre le droit de désavouer l'enfant consacre une fiction admise en faveur de la légitimité et qui ne saurait être étendue à la filiation illégitime (1).

c. La personne qui aurait antérieurement reconnu l'enfant ou qui voudrait le reconnaître, et cela alors même que les deux reconnaissances, émanant de personnes de sexe différent, pourraient se concilier. Ainsi l'homme qui s'est reconnu le père d'un enfant naturel serait admis à contester la reconnaissance de la femme qui se déclarerait la mère de cet enfant, comme il pourrait attaquer celle d'un autre homme qui s'en attribuerait la paternité. A plus forte raison la reconnaissance pourrait-elle être contestée par les père et mère légitimes de l'enfant.

d. Les héritiers et successeurs universels de l'auteur de la reconnaissance après le décès de celui-ci. Ils ont intérêt à agir afin d'empêcher l'enfant reconnu de recueillir à leur préjudice la portion de biens déterminée par les art. 758 et suivants.

e. Les donataires ou légataires à titre particulier de l'auteur de la reconnaissance. Ils agiront par exemple dans le but d'échapper à une demande en réduction formée contre eux par l'enfant.

Tous les modes de preuve sont admissibles à l'effet d'établir que la reconnaissance n'est pas conforme à la vérité. La preuve testimoniale et les présomptions peuvent être produites dans ce but sans commencement de preuve par écrit. Les magistrats jouissent d'une entière latitude tant pour l'admission de tel ou tel moyen de preuve que pour l'appréciation de la valeur de ceux qui sont produits. A l'égard de la femme qui s'est déclarée la mère, on recherchera s'il ne serait point vrai qu'elle n'a jamais eu d'enfant, ou du moins qu'elle n'en a pas eu à l'époque où se place la naissance de celui qu'elle a reconnu. A l'égard de l'homme qui s'est déclaré le père, on recherchera s'il n'y a pas eu impossibilité absolue de tout rapport entre la mère et lui à l'époque de la conception. A l'égard de l'un comme de l'autre, on examinera s'il n'était pas encore impubère lors de la conception. Pour résoudre cette question il n'y aura pas lieu de tenir compte de l'âge à partir duquel le mariage est permis par la loi. La règle de l'art. 144 est fondée sur des motifs particuliers qui n'existent point dans notre hypothèse. La puberté est un point de fait à décider d'après la constitution physique de la personne et toutes les autres circonstances. De même l'époque de la conception ne sera point déterminée d'après les présomptions établies par les

1) Aubry et Rau, § 568 *ter*, texte et note 31; Laurent, t. IV, n° 78; Beudant, t. II, n° 574; Planiol, t. I, n° 2234; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1059. — Lyon, 13 mars 1856, D. 56, 2, 232, S. 56, 2, 586. — *Contra* : Démolombe, t. V, n° 437.

art. 312 et 314. Admises en faveur de la filiation légitime ces présomptions ne sauraient être étendues à la filiation illégitime que la loi ne favorise pas.

L'action en contestation doit être dirigée à la fois contre l'enfant et contre celui qui l'a reconnu, afin que le jugement soit opposable à l'un et à l'autre. Si l'enfant n'était pas mis en cause, la décision annulant la reconnaissance n'aurait pas à son égard l'autorité de la chose jugée. En pratique, lorsque l'enfant est mineur, on lui nomme un tuteur *ad hoc* par imitation de ce qui est prescrit en matière de désaveu par l'art. 318. Mais comme la loi n'exige pas cette nomination, elle ne doit pas être considérée comme nécessaire à la régularité de la procédure. L'enfant serait valablement représenté dans l'instance par son tuteur ordinaire (1).

La circonstance que l'enfant naturel aurait une possession d'état conforme à la reconnaissance dont il a été l'objet ne constituerait pas une fin de non-recevoir contre l'action en contestation de cette reconnaissance. L'art. 322 qui établit cette fin de non-recevoir est spécial à la filiation légitime. Cela résulte non seulement de la place qu'il occupe dans le chapitre II consacré à la filiation légitime, mais aussi et surtout des motifs sur lesquels il est fondé, les modes de preuve admis en matière de filiation légitime inspirant, grâce à la régularité de la situation, une confiance bien plus grande que ceux admis en matière de filiation naturelle. Nous verrons d'ailleurs que la possession d'état n'est pas une preuve de la filiation naturelle. Il est dès lors impossible qu'en se joignant au titre elle augmente sa force probante (2).

L'action fondée sur la non sincérité de la reconnaissance n'est susceptible ni de prescription ni de renonciation, l'état des personnes étant inaliénable et imprescriptible. Mais comme le même caractère n'appartient pas aux droits pécuniaires attachés à l'état, ceux qui n'ont à contester la reconnaissance qu'un intérêt pécuniaire ne conservent le droit d'agir qu'autant que cet intérêt n'est pas prescrit.

§ 2. — *De la reconnaissance judiciaire ou forcée.*

1° Des cas dans lesquels la recherche de la filiation peut avoir lieu.

633. La loi fait, sous ce rapport, une distinction capitale entre la paternité et la maternité.

1) Comp. Cour de cass., 10 mai 1882, D. 83, 1, 79.

2) Beudant, t. II, n° 572; Planiol, t. I, n° 2233. — Cour de cass., 12 février 1868, D. 68, 1, 60, S. 68, 1, 165; — Toulouse, 2 février 1884, D. 85, 2, 227, S. 85, 2, 56; — Paris, 9 juillet 1885, D. 86, 2, 261.

A. Recherche de la paternité.

634. L'art. 340 est ainsi conçu : « *La recherche de la paternité est interdite. 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.* »

Cet article formule une règle à laquelle il apporte ensuite une exception.

La règle est l'interdiction de toute recherche de la paternité. Cette recherche n'est permise ni à l'enfant, lors même qu'il ne s'agirait pour lui que d'obtenir des aliments, ni contre l'enfant, par exemple afin de faire réduire les libéralités entre-vifs qui lui auraient été faites par son prétendu père (art. 908).

Cette interdiction est fondée tout d'abord sur la difficulté et l'incertitude de la preuve en pareille matière. A la différence de la maternité qui s'annonce par la grossesse et se manifeste par l'accouchement, la paternité ne se révèle en effet par aucun signe extérieur. Elle résulte du seul fait de la conception qui, par sa nature même, échappe à toute constatation. On peut bien établir que la mère a entretenu des relations avec le prétendu père. Mais ces relations, à elles seules, ne prouvent pas la paternité d'une façon certaine, la mère ayant pu avoir également des rapports avec d'autres hommes.

L'art. 340 est en outre le résultat d'une réaction contre les abus auxquels avait donné lieu autrefois la recherche de la paternité. Notre ancienne jurisprudence n'avait soumis cette recherche à aucune condition spéciale. Elle était même allée jusqu'à admettre que lorsqu'une fille se déclarait enceinte et indiquait tel homme comme l'auteur de sa grossesse, cet homme pouvait, à raison de l'urgence, être condamné à pourvoir provisoirement aux *frais de gésine* de la mère et à l'entretien de l'enfant, sauf à discuter ensuite au fond la question de paternité. De là cet adage : « *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prænantem esse.* » On comprend aisément que cette pratique fût devenue, suivant l'expression de Bigot-Prémeneu, un véritable fléau pour la société. Les femmes de mauvaise vie avaient soin en effet de choisir le plus riche de ceux qui les avaient fréquentées pour lui attribuer la paternité de leurs enfants. Parfois même elles désignaient un homme avec lequel elles n'avaient jamais eu aucune relation. Personne n'était à l'abri d'un procès de ce genre.

Mais en interdisant, par esprit de réaction contre le passé, toute recherche de la paternité naturelle les auteurs du code ne sont-ils pas tombés d'un excès dans l'autre ? L'affirmative ne nous paraît pas sérieusement contestable. Les abus et les scandales qui s'étaient produits autrefois démontraient la nécessité d'une réforme, spécialement la nécessité d'abolir

la règle *Virgini creditur*; ils ne sauraient justifier la négation absolue du droit de l'enfant. Sans doute la paternité n'est pas susceptible d'une constatation matérielle et directe, et le fait que des relations ont existé entre la mère et tel individu ne suffit pas à lui seul à l'établir; mais ces relations peuvent être accompagnées de circonstances telles que l'on arrive, par voie d'induction, à affirmer d'une façon certaine que l'enfant en est issu. Cela est si vrai que l'art. 340 admet lui-même une exception à la règle qu'il édicte. Le cas particulier qu'il prévoit n'étant point le seul dans lequel la question peut être résolue avec certitude, la véritable solution consisterait non à interdire en principe toute recherche de la paternité naturelle, mais à soumettre cette recherche, comme celle de la maternité, à des conditions rigoureuses de nature à prévenir des actions téméraires. Plusieurs propositions en ce sens ont été, dans ces dernières années, déposées sur le bureau des Chambres. En attendant que le législateur se décide à réformer son œuvre, les cours et tribunaux s'écartent à chaque instant de l'application stricte de l'art. 340. Ils admettent notamment que la mère d'un enfant naturel peut obtenir de celui qui l'a séduit des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui fait éprouver la naissance de cet enfant, du moins lorsque la séduction dont elle a été victime a été opérée par des moyens déloyaux tels qu'une promesse fallacieuse de mariage, un abus d'autorité, etc. Ils fondent cette décision sur l'art. 1382 aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Mais il est évident que, dans la circonstance, l'art. 340 fait obstacle à l'application de l'art. 1382, la preuve du préjudice supposant nécessairement la preuve de la paternité. — La jurisprudence admet également que lorsqu'un homme s'est engagé, par un simple acte, sous seing privé à pourvoir aux besoins d'un enfant qu'il déclare dans cet acte être issu de lui, il peut être condamné à exécuter sa promesse, bien que la reconnaissance qu'elle renferme soit nulle (1). C'est cependant bien comme père que le promettant s'est engagé, et c'est aussi seulement comme père qu'il peut être tenu d'accomplir une obligation qui, s'il ne l'était pas, serait nulle faute de cause, ou constituerait une donation nulle à raison de l'inobservation des formalités légales (art. 931).

635. Par exception à la règle générale qui prohibe la recherche de la paternité, cette recherche est légalement admise en cas d'enlèvement. Il y a enlèvement ou rapt lorsque, pour abuser d'une femme, on la conduit ou

1) Caen, 10 janvier 1862, D. 62, 2, 129; — 5 juillet 1875, S. 75, 2, 231; — Nîmes, 29 juin 1887, S. 87, 2, 216; — Cour de cass., 25 février 1890, D. 90, 1, 412, S. 93, 1, 423; — Dijon, 27 mai 1892, D. 93, 2, 183, S. 92, 2, 197.

fait conduire d'un lieu dans un autre, soit qu'on ait recours à la violence, soit qu'on la détermine par des moyens frauduleux, à se laisser emmener sans résistance. L'enlèvement constitue dans certains cas un crime ou un délit réprimé par la loi pénale (art. 354 et suiv. c. p.). Il n'est point nécessaire, pour donner lieu à l'application de l'art. 340, qu'il présente ce caractère. Les circonstances dans lesquelles cet article a été rédigé ne permettent aucun doute à cet égard. Le code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791, en vigueur au moment de la confection du code civil, ne punissait l'enlèvement qu'autant qu'il avait été commis *par violence*, sur une fille *au-dessous de quatorze ans accomplis* (2^e partie, titre II, section 1^{re}, art. 31). L'enlèvement sans violence d'une fille même mineure n'était pas réprimé, et l'enlèvement par violence d'une fille au-dessus de quatorze ans ne pouvait être atteint que par la disposition générale (2^e part. titre II, sect. III, art. 19), qui punissait tout attentat *à la liberté individuelle*. Il est inadmissible que, prévoyant un cas où la recherche de la paternité est permise, les rédacteurs du code se soient référés exclusivement à l'hypothèse presque impossible de la maternité d'une fille ayant moins de quatorze ans. Donc ils n'ont pas employé le mot enlèvement dans le sens et suivant les qualifications de la loi pénale, mais dans sa signification générale et usuelle. Rien de plus logique d'ailleurs. La disposition de l'art. 340 n'a par elle-même aucun caractère pénal et le motif sur lequel elle est fondée est tout différent de ceux dont s'inspire la loi répressive. Elle repose sur cette considération qu'en mettant la femme sous la puissance exclusive du ravisseur, l'enlèvement fait naître contre celui-ci une grave probabilité de paternité. Elle doit donc recevoir son application toutes les fois que la femme s'est trouvée dans une semblable situation, sans qu'il y ait à tenir compte des distinctions faites par la loi pénale (1).

Quelques auteurs assimilent le viol à l'enlèvement. Le viol, disent-ils, est une espèce d'enlèvement. La femme n'est pas à la vérité transportée d'un lieu dans un autre, mais elle est enlevée à elle-même momentanément et enlevée par violence. C'est même par un argument *a fortiori* qu'il y a lieu d'appliquer alors l'art. 340, le viol donnant la certitude d'un commerce dont l'enlèvement proprement dit ne fournit qu'une simple présomption (2). La décision est fondée en raison, mais elle ne nous paraît pas conforme à la loi. Le texte primitif de l'art. 340 mentionnait le viol à côté de l'enlèvement. Les rédacteurs du code distinguaient donc les deux choses.

1) Bordeaux, 30 juin 1885, D. 86, 2, 150.

2) Demolombe, t. V, n^o 491; Marcadé, sur l'art. 340; Valette sur Proudhon, t. II, p. 139; Demante, t. II, n^o 68 bis, III.

Le mot *viol* ayant disparu, on doit en conclure qu'ils ont entendu limiter l'exception au cas d'enlèvement (1).

Le fait de l'enlèvement étant établi, si l'époque de la conception se rapporte à celle de l'enlèvement (ce qu'il appartient aux magistrats d'apprécier souverainement, sans qu'ils soient liés à cet égard par les dispositions des art. 312, 314 et 315 qui ne concernent que la filiation légitime), il y a une présomption très forte que le ravisseur est le père de l'enfant. Cependant il n'y a pas certitude absolue. Il est possible en effet que l'enlèvement n'ait été suivi d'aucune cohabitation, ou que la mère ait eu à la même époque des rapports avec un autre que le ravisseur et qu'elle se soit fait enlever précisément pour se réserver le bénéfice de l'art. 340. En conséquence, la loi ne dit pas que le ravisseur *sera* déclaré père de l'enfant, elle dit seulement qu'il *pourra l'être*, laissant ainsi au juge la faculté de statuer en fait, d'après les circonstances qui sont abandonnées à son appréciation. Au nombre des circonstances dont il y a lieu de tenir compte, il convient de mentionner spécialement la réputation et la conduite antérieure de la femme enlevée, la séquestration plus ou moins étroite à laquelle elle a été soumise par le ravisseur, la manière d'agir de celui-ci lorsqu'il a eu connaissance de la grossesse, etc.

B. Recherche de la maternité.

636. « *La recherche de la maternité est admise. — L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. — Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit* » (art. 341).

La preuve à faire par l'enfant qui recherche judiciairement sa filiation maternelle est double. Il doit établir : 1° le fait de l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère; 2° son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée. La preuve de l'accouchement n'emporte pas celle de l'identité qui doit dès lors être faite à part. La preuve de l'identité entraîne au contraire nécessairement celle de l'accouchement. Celui qui prouve qu'il est l'enfant dont telle femme est accouchée à telle époque établit par là même le fait de l'accouchement. De là vient que l'art. 341 parle seulement de la preuve de l'identité sans mentionner spécialement celle de l'accouchement. Il suppose, ce qui arrivera en effet le plus souvent, que les deux faits sont établis en même temps.

L'accouchement et l'identité sont susceptibles de se prouver par témoins.

1) Aubry et Rau, § 569, texte et note 16, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 498; Huc, t. III, n° 88; Planiol, t. I, n° 2278; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1078.

Mais, à raison des dangers que présente ce mode de preuve, la loi ne l'autorise qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit de nature à rendre vraisemblable la prétention du demandeur. Lorsqu'il s'agit de prouver la filiation maternelle légitime, le commencement de preuve par écrit peut, aux termes de l'art. 323, être remplacé par des présomptions ou indices graves résultant de faits déjà constants. L'art. 341 ne reproduisant pas cette disposition, on s'accorde à reconnaître qu'elle n'est pas applicable à la filiation naturelle. La maternité naturelle étant un fait déshonorant, le législateur devait prendre, en ce qui concerne sa preuve, des précautions particulières. Mais quels sont les actes qui peuvent être admis comme constituant un commencement de preuve par écrit? Faut-il considérer [comme tels, conformément à l'art. 324, les actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante? Ne doit-on attribuer ce caractère qu'aux actes émanant de la femme elle-même, suivant la règle générale de l'art. 1347? Les auteurs sont très partagés sur la question. La jurisprudence se prononce en faveur de l'application de l'art. 324 et cette solution nous paraît en effet la plus plausible. Tout porte à croire qu'en exigeant dans l'art. 341 un commencement de preuve par écrit, sans définir cette expression, les auteurs du code ont entendu se référer à la définition qu'ils avaient donnée quelques articles plus haut en matière de filiation légitime, plutôt qu'à celle de l'art. 1347 qui, à ce moment, n'était encore qu'à l'état de projet. On objecte à la vérité que ce dernier article contient 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. Mais l'objection n'est nullement décisive. Le code renferme deux définitions du commencement de preuve par écrit, l'une au titre *de la Paternité et de la filiation*, l'autre au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles*. Par cela même qu'elles ont des objets différents, on ne saurait dire que l'une forme le droit commun et que l'autre y déroge. La vérité est qu'il existe en pareille matière deux règles différentes ayant chacune son domaine propre d'application. L'art. 324 contient le droit commun aux questions de filiation, l'art. 1347 le droit commun à la preuve des obligations. On s'explique d'ailleurs que le législateur ait établi quant à la preuve de la filiation un système à part. En exigeant que le commencement de preuve par écrit émanât de la mère elle-même, il aurait rendu à peu près impossible la recherche de la maternité, les mères naturelles appartenant pour la plupart aux classes inférieures de la société dans lesquelles l'instruction est peu répandue (1).

1) Marcadé, sur les art. 340 à 342; Huc, t. III, n° 89; Planiol, t. I, n° 2258; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1082. — Cour de cass., 28 nov. 1868, D. 69, 1, 26,

2° Des personnes qui peuvent exercer l'action en recherche de la filiation naturelle.

637. Cette action appartient-elle seulement à l'enfant lui-même? Peut-elle, après son décès, être intentée *de son chef* par ses héritiers ou successeurs, afin de leur permettre d'exercer les droits que leur confèrent les art. 761 et 766? Peut-elle, d'autre part, être exercée *contre lui* par une personne ayant intérêt à faire constater sa filiation, spécialement par les héritiers de son père ou de sa mère, en vue de faire réduire aux limites déterminées par l'art. 908 une donation qui lui aurait été faite par ses auteurs? Les avis sont très partagés à cet égard.

638. Tout d'abord la recherche de la filiation peut-elle, après le décès de l'enfant, être faite par ses héritiers ou successeurs?

Suivant une première opinion, l'action ne survit pas à l'enfant. L'art. 341 ne parle en effet que de lui; aucun texte ne s'occupe de ses héritiers. Si le législateur avait voulu permettre à ceux-ci d'agir, il n'aurait pas manqué de dire, comme il l'a fait dans les art. 329 et 330 pour la réclamation d'état d'enfant légitime, à quelles conditions leur action serait recevable. Dès lors qu'il n'a rien dit, c'est que l'action est intransmissible. Cette différence entre la filiation légitime et la filiation naturelle tient, d'une part, à ce que l'action en réclamation d'état d'enfant naturel est loin d'avoir la même importance que la réclamation d'état d'enfant légitime et, d'autre part, à ce que la recherche de la maternité ou de la paternité naturelle est toujours une cause de scandale et jette le trouble dans les familles. Ces considérations ne devaient point sans doute prévaloir sur le droit de l'enfant lui-même; mais, lorsqu'il est mort sans avoir agi, elles ont paru devoir l'emporter sur l'intérêt purement pécuniaire de ses héritiers (1).

Une seconde opinion, non moins radicale en sens inverse, estime que l'action se transmet aux héritiers de l'enfant et qu'elle n'est point soumise entre leurs mains aux restrictions établies par les art. 329 et 330 pour la réclamation d'état d'enfant légitime. Il est de principe que les héritiers succèdent à tous les droits et actions du défunt, sauf ceux qu'un texte spécial déclare intransmissibles. Or il n'existe aucun texte semblable en ce qui concerne l'action en réclamation d'état d'enfant naturel. Donc cette action demeure entièrement sous l'empire du droit commun. La recherche

S. 69, 1, 5; — Douai, 29 janvier 1879, D. 80, 2, 213, S. 79, 2, 195. — *Contra* : Demolombe, t. V, n° 503; Aubry et Rau, § 570, texte et note 18; Laurent, t. IV, n° 110; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 500; Beudant, t. II, n° 590.

1) Cour de cass., 29 juillet 1861, D. 61, 1, 297, S. 61, 1, 700; — 3 avril 1872, D. 72, 1, 113, S. 72, 1, 126.

de la filiation naturelle se trouve ainsi plus favorisée que celle de la filiation légitime, mais il n'y a là rien qui doive surprendre, cette dernière action, à raison de son importance et de l'étendue de ses conséquences, exigeant des garanties particulières (1).

Enfin, d'après une troisième opinion, on doit appliquer à la filiation naturelle les dispositions des art. 329 et 330. L'action passe donc aux héritiers de l'enfant lorsqu'il est décédé mineur ou dans les cinq ans après sa majorité et lorsqu'il est mort après l'avoir intentée, à moins qu'il ne s'en soit désisté soit expressément, soit tacitement en laissant passer trois ans sans poursuites à compter du dernier acte de la procédure.

C'est à cette solution que nous croyons devoir nous rallier. Les dispositions du chapitre II sur la filiation légitime sont applicables à la filiation naturelle toutes les fois que le législateur n'y a dérogé ni expressément ni tacitement. Or le chapitre III garde un silence complet sur la transmission de la réclamation d'état aux successeurs de l'enfant naturel. Il faut donc le compléter en recourant aux articles qui règlent cette transmission aux héritiers de l'enfant légitime. Les considérations alléguées par les défenseurs des deux premiers systèmes pour justifier la différence qu'ils prétendent établir sous ce rapport entre la filiation légitime et la filiation naturelle ne trouvent aucun appui ni dans les textes ni dans les travaux préparatoires. Elles ont été en réalité imaginées par eux pour les besoins de leur cause et se heurtent à de graves objections. Déclarer intransmissible l'action en réclamation de la filiation naturelle, c'est aller contre l'art. 761. En appelant les descendants de l'enfant naturel prédécédé à exercer les droits qui auraient appartenu à celui-ci dans la succession de ses père et mère, cet article suppose évidemment qu'ils peuvent au besoin faire, comme lui, la preuve de l'état auquel est subordonnée leur vocation héréditaire. Admettre que la réclamation d'état d'enfant naturel est transmissible avec plus d'étendue et de force que la réclamation d'état d'enfant légitime, c'est se mettre en opposition avec l'esprit de la loi plus favorable à la filiation légitime qu'à la filiation naturelle. La seule solution plausible est donc l'assimilation à ce point de vue des deux actions en réclamation d'état (2).

Dans la personne de l'enfant, l'action ayant pour objet son état, est par là même inaliénable et imprescriptible (art. 328). L'enfant ne pourrait par aucune convention renoncer au droit de rechercher en tout temps sa filiation. Mais les droits pécuniaires résultant de l'état sont susceptibles de conventions et de prescription.

1) Aubry et Rau, § 570, texte et notes 3 et 4; Laurent, t. IV, n° 103.

2) Demolombe, t. V, n° 524; Valette sur Proudhon, t. II, p. 253; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 502; Marcadé, sur l'art. 342.

Dans la personne des héritiers ou successeurs de l'enfant, l'action change de caractère. De morale qu'elle était, elle devient pécuniaire. Elle est désormais prescriptible et par conséquent aussi aliénable.

A raison de son caractère, cette action ne saurait, du vivant de l'enfant, être exercée par ses créanciers ; mais, après son décès, elle peut être exercée par les créanciers de ses héritiers (art. 1166).

639. Plus difficile est la question de savoir si la recherche de la maternité naturelle, et même de la paternité dans le cas exceptionnel prévu par l'art. 340, peut avoir lieu *contre l'enfant* de la part des héritiers de son auteur à l'effet de faire réduire les donations qui lui auraient été faites par celui-ci en dehors des limites tracées par l'art. 908.

Pour la négative on raisonne ainsi : Tous les articles du code relatifs à la preuve de la filiation naturelle montrent que le législateur ne s'est occupé de cette preuve que dans l'intérêt de l'enfant. C'est *à son profit* qu'il admet la reconnaissance volontaire (art. 335 et 337). C'est également en sa faveur qu'il autorise la reconnaissance judiciaire, car il emploie constamment comme synonymes les mots *recherche* et *réclamation* (art. 339, 340 et 341) et cette dernière expression ne peut s'appliquer qu'à l'enfant lui-même ou à ses représentants. Jamais la loi ne fait allusion à une action dirigée contre l'enfant. Le seul texte qui s'occupe des tiers est l'art. 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.* » Contester soit la reconnaissance faite par le père ou la mère, soit la recherche exercée par l'enfant, tel est donc seulement le droit qui appartient aux tiers ; ils n'ont point qualité pour faire constater la filiation. L'art. 340 dispose à la vérité qu'en cas d'enlèvement le ravisseur pourra, sur la demande *des parties intéressées*, être déclaré père de l'enfant. Mais ces mots n'ont point le sens général et absolu que l'on serait tenté de leur attribuer au premier abord. Ils désignent uniquement l'enfant et la mère. Que l'on consulte les travaux préparatoires et on verra qu'il n'a jamais été question d'autres personnes dans les discussions auxquelles donna lieu la disposition de l'art. 340. En présence du scandale qu'entraîne nécessairement la recherche de la paternité ou de la maternité naturelle, on s'explique aisément que le législateur ait refusé le droit d'exercer cette action à ceux qui n'ont pour agir contre l'enfant qu'un intérêt purement pécuniaire (1).

L'opinion contraire nous paraît mieux fondée.

En principe, tous les faits sur lesquels repose l'existence d'un droit sont

1) Demolombe, t. V, n° 527 ; Duranton, t. III, n° 242 ; Marcadé, sur l'art. 342. — Cour de cass., 23 juillet 1878, D. 79, 1, 15, S. 79, 1, 155 ; — Paris, 16 février 1889, S. 89, 2, 201.

susceptibles d'être prouvés en justice. Ce n'est que par exception que la preuve de tel ou tel fait n'est pas admise. Dans notre matière, la loi interdit la preuve de la paternité, si ce n'est en cas d'enlèvement (art. 340). Elle défend également de rechercher une filiation adultérine ou incestueuse (art. 342). Mais, en dehors de ces prohibitions, la preuve de la filiation naturelle est possible. Pour qu'elle le fût seulement au profit de l'enfant, sans l'être contre lui, il faudrait que la loi eût manifesté clairement sa volonté à cet égard. Or cette volonté ne résulte d'aucun texte. La recherche de la maternité est admise, dit l'art. 341. La formule est générale et absolue. La loi ne fait aucune distinction quant aux personnes auxquelles la recherche est permise. Donc toute personne intéressée est fondée à l'exercer. Le deuxième alinéa du même article suppose, il est vrai, la réclamation formée par l'enfant lui-même. Mais cet alinéa ayant pour objet non point d'indiquer les personnes auxquelles l'action est ouverte, mais de déterminer les conditions auxquelles son exercice est subordonné, on ne saurait le considérer comme restrictif de la règle formulée dans le premier alinéa. Les mots : *l'enfant qui réclamera sa mère* sont purement énonciatifs et s'expliquent par cette circonstance que le cas où l'action est intentée par l'enfant étant de beaucoup le plus fréquent s'est tout naturellement présenté à l'esprit du législateur. L'art. 340 est plus formel encore. Dans l'hypothèse unique où il admet la recherche de la paternité, il la permet *aux parties intéressées* ; donc à tous ceux qui ont intérêt à la faire constater. Pour échapper à l'argument décisif qui résulte de cet article, les partisans du système adverse en sont réduits à l'altérer et à modifier ses termes. D'un texte général, ils font un texte spécial et restrictif en invoquant la discussion. Or dans la discussion la question qui nous occupe n'a pas été abordée. Si l'on a supposé l'action intentée par la mère ou par l'enfant, il n'a jamais été dit qu'elle ne pouvait l'être que par eux. Opposer à un texte formel le silence des travaux préparatoires est un procédé d'interprétation inadmissible. Quant aux considérations morales alléguées pour refuser aux tiers le droit d'agir contre l'enfant, leur valeur n'est qu'apparente. Que la filiation soit recherchée par l'enfant ou contre lui, le scandale n'est ni plus ni moins grand, et la loi se serait mise en contradiction avec elle-même si, après avoir par faveur pour le mariage, et par conséquent dans l'intérêt social, défendu d'avantager les enfants naturels au détriment de certains parents légitimes, elle avait dénié à ceux-ci la faculté d'établir, en faisant constater la filiation, que la prohibition a été violée. Il suffirait en effet au père et à la mère naturels, pour échapper à cette prohibition, de ne pas reconnaître leur enfant et à celui-ci de ne pas rechercher sa filiation (1).

1) Aubry et Rau, § 570, texte et note 6; Laurent, t. IV, n° 107; Demante, t. II, n° 73 bis; Beudant, t. II, n° 598; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1087.

3° Des tribunaux devant lesquels l'action en recherche de maternité ou de paternité naturelle doit être portée.

640. Les art. 326 et 327 qui déclarent les tribunaux civils seuls compétents pour statuer sur l'action en réclamation d'état d'enfant légitime sont applicables à la recherche de la maternité naturelle. Il y a en effet dans les deux cas identité de motifs, la recherche de la maternité n'étant admise qu'avec un commencement de preuve par écrit.

L'art. 326 est également applicable à la recherche de la paternité au cas d'enlèvement. Mais il en est autrement, croyons-nous, de l'art. 327. Le ministère public n'est pas obligé, lorsque l'enlèvement tombe sous le coup de la loi pénale, d'attendre pour poursuivre le ravisseur que la question de paternité ait été jugée par les tribunaux civils. L'art. 327 suppose en effet un délit de *suppression d'état* et, en cas d'enlèvement, il n'y a pas de suppression d'état. Les motifs sur lesquels cet article est fondé sont d'ailleurs étrangers à la recherche de la paternité, la preuve de l'enlèvement pouvant, devant les tribunaux civils, se faire par témoins sans commencement de preuve par écrit et la question de rapt ne préjugant en rien celle de paternité, grâce au pouvoir discrétionnaire dont les magistrats sont investis en pareille matière (1).

4° Des effets de la reconnaissance judiciaire ou forcée.

641. Ces effets sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire, la loi ne faisant à cet égard aucune distinction. Un seul point a fait naître une difficulté. L'art. 337, aux termes duquel 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 peut nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage, est-il applicable à la reconnaissance judiciaire? Pour la négative on invoque d'une part la place occupée par l'art. 337 au milieu des dispositions consacrées à la reconnaissance volontaire et avant celles qui s'occupent de la reconnaissance forcée, d'autre part les mots « la reconnaissance *faite* pendant le mariage », formule qui ne s'applique bien qu'à la reconnaissance volontaire, enfin le caractère exceptionnel et rigoureux de cette disposition qui doit la faire interpréter restrictivement (2). — La jurisprudence s'est à plusieurs reprises prononcée pour l'affirmative et c'est aussi la solution que nous croyons devoir adopter. Les motifs sur lesquels repose l'art. 337 existent en effet aussi bien dans le cas où la reconnaissance est forcée que dans celui où elle est volontaire.

1) Demolombe, t. V, n° 523; Laurent, t. IV, n° 100; Demante, t. II, n° 69 bis, VI.

2) Demante, t. II, n° 72 bis, IV; Laurent, t. IV, n° 130; Duranton, t. III, n° 255; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 492; Planiol, t. I, n° 2248; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1073.

En déclarant cet article inapplicable à la reconnaissance judiciaire, on aboutit d'ailleurs à le rendre complètement inutile. Il suffirait alors à la mère, pour y échapper, de ne pas reconnaître son enfant et de lui fournir les moyens nécessaires pour le mettre à même d'intenter contre elle une action en recherche de maternité (1).

§ 3. — *Du rôle de la possession d'état en matière de filiation naturelle.*

642. La possession d'état est-elle un mode de preuve de la filiation naturelle comme elle est un mode de preuve de la filiation légitime? Quelques-uns des premiers commentateurs du code faisaient à ce sujet une distinction. Ils admettaient que la possession d'état suffisait à faire preuve de la filiation à l'égard de la mère, mais ils la repoussaient à l'égard du père en vertu du principe qui prohibe la recherche de la paternité (2). En 1835, M. Demolombe émit, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, une théorie nouvelle qu'il a maintenue dans son *Cours de code civil*. Il soutint que la possession d'état faisait preuve de la filiation naturelle tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère. Voici quelle est son argumentation. La possession d'état est une véritable reconnaissance. Quand un homme a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel dans sa famille, dans la société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a, en qualité de père, toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il l'a par là même reconnu. Cette reconnaissance tacite est bien plus énergique et bien plus décisive que la reconnaissance consignée dans un acte. L'acte de reconnaissance ne prouve pas l'identité que la possession d'état prouve au contraire nécessairement. La reconnaissance par acte est l'œuvre d'un moment et peut dès lors aisément être le résultat d'une surprise, d'obsessions, d'un entraînement irréfléchi, tandis que la possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants, consistant non dans un aveu unique, mais dans une série d'aveux successifs et répétés qui se corroborent les uns les autres. Enfin, l'acte de reconnaissance demeure le plus souvent ignoré, au lieu que la possession d'état est publique et notoire. Il serait donc contraire à toute logique de refuser à la possession d'état la force probante qui appartient à la reconnaissance. Qu'on n'objecte pas que l'art. 340 interdit la recherche de la paternité et que l'art. 341 n'autorise la recherche

1) Demolombe, t. V, n° 436; Aubry et Rau, § 568 *quater*, texte et note 17; Marcadé, sur l'art. 337; Valette, *Cours de c. c.*, p. 457. — Cour de cass., 10 déc. 1861, D. 62, 1, 39, S. 62, 1, 419; — Dijon, 7 mai 1879, D. 80, 2, 215; — Bordeaux, 25 mai 1892, D. 94, 2, 50. — Grenoble, 26 juin 1895, D. 96, 2, 139.

2) Durantou, t. III, n° 238; Proudhon, t. II, p. 143; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, nos 499 et 501.

de la maternité qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit. Il ne s'agit point en effet pour l'enfant de rechercher son père ou sa mère, d'intenter une action en réclamation d'état. Celui qui possède son état n'a pas à le rechercher. L'action en recherche ne se conçoit qu'à défaut de possession. Il s'agit simplement d'obtenir la constatation judiciaire d'une paternité ou d'une maternité avouée, reconnue, manifestée par la conduite du père ou de la mère. Le texte des art. 340 et 341 est donc alors inapplicable. Les motifs sur lesquels ces articles sont fondés font également défaut. La défense de rechercher la paternité a pour cause le scandale de ces sortes de recherches et l'incertitude du résultat. Le commencement de preuve par écrit, au cas de recherche de la maternité, est exigé afin que la réputation d'une femme ne puisse pas être compromise à la légère. Or ces raisons n'existent point quand l'enfant base sa prétention sur la possession d'état. Pas de scandale à craindre ; car ce qu'il faut établir ce n'est point que tel individu a entretenu avec telle femme des relations illicites, mais qu'il a traité l'enfant comme sien, qu'il s'est comporté comme un père vis-à-vis de lui. Une pareille preuve n'a évidemment rien de scandaleux. Point d'incertitude à redouter, les faits constitutifs de la possession d'état étant par eux-mêmes publics et notoires. Quant au commencement de preuve par écrit, il est manifestement inutile en présence de l'aveu de maternité qu'implique la possession d'état. Les travaux préparatoires confirment pleinement cette manière de voir. L'article qui, dans le projet primitif, correspondait à l'art. 341 actuel considérait la possession d'état comme équivalant au commencement de preuve par écrit à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale. Portalis s'éleva contre cette assimilation. « Toutes les fois, dit-il, qu'on jouit de son état constamment, publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres. Il serait donc absurde de présenter la possession d'état constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette possession est la plus complète de toutes les preuves (1). » A la suite de cette observation, la rédaction fut modifiée. Le législateur regarde donc la possession d'état comme faisant preuve complète de la filiation naturelle aussi bien que de la filiation légitime. S'il ne la mentionne pas textuellement dans le chapitre III de notre titre parmi les modes de preuve de la filiation naturelle, c'est que ce chapitre n'a d'autre objet que d'indiquer les règles propres et spéciales à cette filiation, le système précédemment établi pour la filiation légitime subsistant par cela seul qu'il n'y est pas dérogé.

Malgré le talent et la conviction avec lesquels elle a été exposée et soutenue, cette opinion n'a pas prévalu. Non seulement la doctrine a refusé de

1) Séance du Conseil d'État du 26 brumaire an X.

s'y associer, mais la jurisprudence qui inclinait autrefois à admettre la possession d'état comme preuve de la filiation maternelle a fini par abandonner cette solution intermédiaire. Elle est aujourd'hui fixée en ce sens que la possession d'état ne fait preuve ni de la maternité, ni de la paternité. La discussion soulevée par M. Demolombe a produit ainsi, en éclairant la question, un résultat contraire à celui qu'il attendait.

Il y aurait eu certainement de très sérieux motifs d'admettre la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle; mais il est non moins certain qu'à tort ou à raison le législateur ne s'est pas arrêté à cette solution. Il exige en effet que la reconnaissance soit faite par acte authentique; il tient pour non avenue celle qui serait consignée dans un acte sous seing privé. En un mot la reconnaissance est à ses yeux un acte solennel. Toute reconnaissance purement tacite résultant de la seule manière d'agir des prétendus parents se trouve par là même écartée. Le chapitre consacré à la filiation naturelle contient, il est vrai, des lacunes qui doivent être comblées au moyen d'emprunts faits aux dispositions correspondantes du chapitre II relatif à la filiation légitime. Mais ici il n'y a point de lacune. La loi s'est occupée spécialement des modes de preuve de la filiation naturelle. Elle a pris soin de les énumérer, de même qu'elle a énuméré les modes de preuve de la filiation légitime. Si elle n'a point parlé de la possession d'état, c'est qu'elle ne l'a pas admise comme preuve de la filiation naturelle. Le changement apporté au texte original de l'art. 341 n'a point la portée qu'on lui attribue. Il est en effet impossible d'affirmer qu'il ait eu lieu par suite et dans le sens de l'observation faite par Portalis, le procès-verbal de la discussion ne fournissant aucun renseignement à cet égard. D'ailleurs, le titre *de la Paternité et de la Filiation* a subi depuis lors des remaniements tellement importants qu'on ne saurait attacher une grande valeur aux opinions antérieurement émises (1).

Lorsque nous disons que la possession d'état n'est pas reçue comme preuve de la filiation naturelle, cela doit du reste s'entendre uniquement en ce sens qu'elle ne suffit pas par elle-même et par elle seule à prouver cette filiation. Mais elle n'est pas dépourvue de toute efficacité. D'abord elle peut servir à l'enfant au profit duquel il existe une reconnaissance à établir son identité. D'un autre côté, l'enfant qui a un commencement de preuve

1) Aubry et Rau, § 539, texte et note 2 et § 570, texte et note 9; Marcadé, sur l'art. 340; Duranton, t. III, n° 238; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 499; Laurent, t. IV, nos 13 et suiv.; Huc, t. III, n° 83; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1082. — Cour de cass., 3 avril 1872, D. 72, 1, 113, S. 72, 1, 126; — Paris, 16 février 1889, S. 89, 2, 201; — 11 juin 1891, D. 92, 2, 533; S. 92, 2, 213; — 3 août 1893, sous cassation, 28 juillet 1896, D. 97, 1, 97. — Comp. Grenoble, 26 juin 1895, D. 96, 2, 139.

par écrit étant recevable à prouver sa filiation maternelle par témoins, ce qui rend également admissible la preuve par présomption (art. 1353), la possession d'état constitue en sa faveur une très forte présomption, de nature à déterminer dans bien des cas la conviction du juge. La jurisprudence attache encore un autre effet à la possession d'état. D'après l'interprétation, erronée à notre avis, donnée par elle à l'art. 336, l'indication du nom de la mère dans la reconnaissance faite par le père suffit à prouver la maternité, quand elle est confirmée par l'aveu de la mère. Cet aveu peut être tacite et résulter simplement de la manière d'agir de la mère vis-à-vis de l'enfant, c'est-à-dire de la possession d'état en tant qu'elle est l'œuvre de la mère.

SECTION III

DES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX

643. La loi n'admet aucune révélation de la filiation adultérine ou incestueuse. Elle repousse toute espèce de preuve par laquelle on prétendrait en établir l'existence. Un enfant adultérin ou incestueux ne peut pas être l'objet d'une reconnaissance volontaire. « *Cette reconnaissance, dit l'art. 335, ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.* » La recherche de la maternité ou de la paternité est également prohibée d'une façon absolue, quand elle doit avoir pour résultat de constater une filiation incestueuse ou adultérine. « *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité soit de la maternité dans le cas où, suivant l'art. 335, la reconnaissance n'est pas admise* » (art. 342). Interdite à l'enfant lui-même, la recherche ne saurait non plus avoir lieu contre lui.

Cette prohibition est établie dans l'intérêt de la moralité publique. Le législateur veut que des désordres dangereux pour la société soient ensevelis dans l'obscurité et le silence. « La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, disait le tribun Lahary dans son rapport, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en effacer jusqu'au souvenir. » Il est cependant difficile d'approuver entièrement la solution consacrée par les art. 335 et 342. La preuve de l'adultère et de l'inceste est permise en matière de divorce, de séparation de corps, de désaveu, de nullité de mariage. Elle ne serait ici ni plus ni moins scandaleuse et la loi éviterait, en l'autorisant, de prêter la main à la violation des devoirs dont les père et mère sont tenus envers leurs enfants quels qu'ils soient. La plupart du temps d'ailleurs, les faits que le législateur s'efforce de dissimuler sont de notoriété publique et la morale n'a rien à gagner à la méconnaissance affectée dont ils sont l'objet.

644. Du principe établi par l'art. 335, il suit que l'officier public qui

serait requis de constater la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux devrait refuser de la recevoir. Si, par ignorance ou collusion, une semblable reconnaissance venait à être reçue elle serait réputée non avenue et demeurerait dès lors dénuée de tout effet soit au profit de l'enfant, soit contre lui (1).

Dans ces termes généraux rien de plus simple. Mais il n'est pas toujours facile de préciser les cas dans lesquels l'art. 335 reçoit son application. Pour qu'une reconnaissance tombe sous le coup de la prohibition qu'il édicte, il ne suffit pas que la filiation soit adultérine ou incestueuse en réalité; il faut que le vice dont elle est entachée apparaisse et soit constaté. L'art. 335 n'a donc pas une portée aussi large qu'on pourrait le croire au premier abord. Il ne fait point obstacle à ce qu'un enfant issu d'un commerce adultérin soit reconnu par celui de ses auteurs qui n'est pas marié, l'autre demeurant inconnu. Cette reconnaissance ne révélant point l'adultérinité assurera à l'enfant vis-à-vis de l'auteur de qui elle émane tous les droits d'un enfant naturel simple. Par le même motif un enfant incestueux peut être valablement reconnu par l'un de ses auteurs seulement.

Seraient au contraire non recevables et nulles si elles avaient été reçues les reconnaissances faites conjointement, dans un seul et même acte, par un père ou une mère parents ou alliés au degré où le mariage est prohibé ou dont l'un était marié lors de la conception. Ces deux reconnaissances simultanées forment en effet un seul tout et se caractérisent mutuellement. Il en résulte que l'enfant auquel elles s'appliquent est né de l'adultère ou de l'inceste. Elles ne peuvent dès lors valoir ni l'une ni l'autre (2).

Serait également non recevable, et nulle si elle avait eu lieu, la reconnaissance faite par un seul des parents, si celui-ci était marié lors de la conception.

Voici maintenant certains cas qui ont donné lieu à controverse.

Un enfant dont les père et mère sont parents ou alliés au degré où le mariage est prohibé a été reconnu par ses deux auteurs non pas conjointement et dans un seul et même acte, mais par actes distincts et successifs. Il n'est pas douteux que la seconde de ces reconnaissances est nulle, car elle constate, étant donnée celle qui existe déjà, une filiation dont la preuve est interdite. Mais que faut-il décider en ce qui concerne la première? Valable tant qu'elle était seule et que l'inceste demeurait ignoré, subsiste-t-elle alors qu'il se trouve révélé? L'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence estime que la seconde reconnaissance n'ayant pas d'existence légale la première se trouve maintenue. Juridiquement cette solution nous paraît en effet s'imposer; mais elle est bien peu satisfaisante au point de vue rationnel.

1) Aix, 5 janvier 1882, S. 82, 2, 178.

2) Cour de cass., 17 juillet 1900, D. 1900, 1, 558.

Elle s'appliquerait également dans le cas où l'un des parents étant marié et l'autre libre, l'enfant après avoir été reconnu par ce dernier, le serait ensuite par son auteur marié (1).

Autre hypothèse. Un enfant n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, lequel n'est pas marié ; mais l'acte de reconnaissance indique le nom de l'autre auteur et ce dernier est marié, ou bien il est le parent ou l'allié du premier au degré où le mariage est prohibé. Cette reconnaissance est-elle nulle par application de l'art. 335 ? La raison de douter est que la désignation de l'auteur qui ne reconnaît pas l'enfant ne prouve pas légalement la filiation par rapport à lui. On pourrait donc soutenir que, malgré l'indication des deux auteurs, la filiation n'étant établie qu'à l'égard de l'un d'eux, lequel est libre, la reconnaissance est valable. Cependant la jurisprudence se prononce en général pour la nullité en vertu du principe de l'indivisibilité de l'aveu. Dans l'espèce, le déclarant ne se borne pas à avouer sa paternité ou sa maternité, il avoue en même temps que l'enfant est adultérin ou incestueux. L'aveu étant indivisible, il n'est pas possible de retrancher une partie de la déclaration pour faire valoir l'autre (2).

645. De l'art. 342 il résulte que la recherche de la paternité n'est pas recevable en cas d'enlèvement lorsque le ravisseur ou la femme enlevée était marié lors de l'enlèvement, ou lorsqu'ils étaient parents ou alliés entre eux au degré où le mariage est prohibé. De même un enfant reconnu par son père ne pourra pas rechercher sa filiation à l'égard de sa mère si celle-ci est parente ou alliée de l'auteur de la reconnaissance, à moins de faire annuler préalablement cette reconnaissance.

646. Malgré les prohibitions portées par les art. 335 et 342, il peut cependant arriver qu'une filiation adultérine ou incestueuse se trouve légalement établie, par la force même des choses, dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un enfant est issu d'un mariage qui, contracté de mauvaise foi en contravention aux art. 147, 161, 162, 163, a depuis été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste ;

2° Quand il a été déclaré judiciairement, en vertu des art. 312 al. 2, 313 et 325, qu'un enfant conçu par une femme mariée n'a pas pour père le mari de sa mère ;

3° Lorsque, par suite d'une erreur de fait ou de droit, un jugement qui n'est plus susceptible d'être réformé a admis la preuve d'une paternité ou d'une maternité incestueuse ou adultérine.

Les dispositions légales qui explicitement ou implicitement s'occupent des enfants adultérins ou incestueux pour leur accorder ou leur dénier certains

1) Beudant, t. II, n° 615 ; Planiol, t. I, n° 2228. — *Contra* : Laurent, t. IV, nos 146 et 149.

2) Limoges, 19 mars, 1862, D. 62, 2, 72, S. 62, 2, 255 ; — Cour de cass., 29 janvier 1883, D. 83, 1, 139, S. 84, 1, 73.

droits ne peuvent recevoir leur application que dans ces rares hypothèses.

647. Comme les enfants naturels simples, les enfants adultérins ou incestueux ont le droit de porter le nom de leur père ou celui de leur mère si leur filiation ne se trouve constatée qu'à l'égard de cette dernière. Comme eux aussi, ils sont soumis à la puissance paternelle (1). Mais leur situation vis-à-vis de leur père ou mère diffère de celle des enfants naturels simples aux deux points de vue suivants :

1° L'enfant adultérin ou incestueux n'est pas admis, même en l'absence de tout héritier, à recueillir la succession de son père ou de sa mère. Il peut seulement réclamer des aliments contre cette succession. Encore toute réclamation lui est-elle interdite lorsque son père ou sa mère lui a assuré des aliments de son vivant ou l'a mis en état de pourvoir à ses besoins en lui faisant apprendre un métier (art. 762-764). Réciproquement les père et mère incestueux ou adultérins ne peuvent exercer aucun droit dans la succession de leur enfant prédécédé.

2° L'enfant adultérin ou incestueux ne peut, soit par donation entre-vifs, soit par testament, recevoir de ses père et mère que des aliments (art. 908). Un legs qui lui serait fait à titre d'aliments devrait être annulé si, par sa fortune ou par sa profession, il se trouvait en état de pourvoir convenablement à son existence et serait, en tout cas, réductible à la mesure de ses besoins. Toute personne intéressée peut, le cas échéant, demander l'annulation ou la réduction d'une libéralité faite à un enfant adultérin ou incestueux.

La disposition de l'art. 766 qui, par dérogation à la règle que les enfants naturels demeurent civilement étrangers aux parents légitimes de leur père et de leur mère, appelle les enfants naturels du même père ou de la même mère à se succéder réciproquement, n'est pas applicable aux enfants adultérins ou incestueux.

TITRE VIII

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

648. L'adoption est un acte juridique qui crée entre deux personnes certains rapports analogues à ceux que produit la filiation légitime.

1) *Contra* : Demolombe, t. V, n° 597 ; Aubry et Rau, § 572.

La tutelle officieuse est un moyen de préparer et de faciliter l'adoption.

Après avoir joui à Rome d'une grande faveur, par suite du caractère politique et artificiel de la famille romaine, l'adoption disparut entièrement dans notre ancienne France. Elle ne fut pratiquée ni dans les provinces coutumières ni dans les pays de droit écrit. Quelques coutumes la proscrivaient formellement. On n'en trouve alors d'autres vestiges que l'usage, assez répandu dans la noblesse, de faire des institutions contractuelles ou testamentaires sous la condition que le donataire ou légataire prendrait, en même temps que les biens, le nom et les armes du disposant.

Par esprit de réaction contre l'ancienne jurisprudence, l'Assemblée législative décréta, le 18 janvier 1792, que son comité de législation comprendrait dans le corps général des lois civiles des dispositions relatives à l'adoption. Avant même que la matière eût été réglementée législativement, quelques adoptions eurent lieu dans des formes diverses. Ces adoptions furent déclarées valables par la loi transitoire du 25 germinal an XI, lorsqu'elles avaient été faites dans la forme authentique. Mais en même temps la loi réserva à l'adopté la faculté de renoncer à l'adoption. Il lui était accordé à cet effet un délai de trois mois à partir de la promulgation de la loi, s'il était majeur à cette époque, et à partir de sa majorité, s'il était encore mineur.

L'adoption n'était point comprise dans le projet de code civil dressé par la commission de rédaction. Elle n'y fut ajoutée que sur les observations du tribunal de cassation et de quelques tribunaux d'appel. Plusieurs membres du Conseil d'État lui étaient très hostiles. Ils lui reprochaient surtout de détourner du mariage, en accordant les avantages de la paternité à ceux qui n'en avaient pas eu les charges. On leur répondit qu'il était possible de la soumettre à des conditions qui préviendraient ce danger et que, renfermée dans de sages limites, elle serait une consolation pour ceux qui n'ont pas eu d'enfants ou qui les ont perdus, et pour les enfants pauvres ou orphelins un bienfait dont il ne fallait pas les priver. L'adoption une fois admise en principe, de nouvelles discussions s'élevèrent au sein du Conseil lorsqu'il s'agit de déterminer ses caractères et ses effets. Le premier consul aurait voulu qu'on prît pour base le principe romain *Adoptio naturam imitatur*, et que par suite l'adopté sortit de sa famille pour entrer dans celle de l'adoptant. Mais ce changement de famille parut contraire à nos mœurs non moins qu'aux sentiments de la nature, et finalement on s'arrêta à cette idée que l'adoption laisserait l'adopté dans sa famille naturelle et n'établirait entre l'adoptant et lui que des rapports juridiques limitativement déterminés.

649. L'adoption peut s'opérer de deux manières : par contrat ou par testament. Dans le premier cas, on l'appelle adoption *contractuelle* ou *conventionnelle*, dans le second, adoption *testamentaire*. Le chapitre I traite

spécialement de l'adoption contractuelle. L'adoption testamentaire supposant l'existence préalable de la tutelle officieuse fait l'objet du chapitre II (1).

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADOPTION CONTRACTUELLE

SECTION I

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE DE L'ADOPTANT ET DANS CELLE DE L'ADOPTÉ

650. Ces conditions sont tantôt plus tantôt moins sévères. On distingue à cet égard l'adoption *ordinaire* ou *de droit commun* et l'adoption *rémunératoire* ou *privilegiée*.

§ 1. — *De l'adoption ordinaire.*

651. Les conditions exigées de droit commun dans la personne de l'adoptant et dans celle de l'adopté sont énumérées dans les art. 343 à 346.

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'art. 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 auquel on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus...* »

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 d'eux n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rap-*

1) A diverses reprises, pendant la révolution et depuis la promulgation du code, l'adoption a été pratiquée par l'État (décrets du 25 janvier 1793, du 15 et du 16 vendémiaire an II, du 23 nivôse an II, du 7 décembre 1805, loi du 13 décembre 1830, décret du 26 février 1848, loi du 13 juin 1850, décret du 30 octobre 1870 et loi du 26 mars 1871). Cette adoption, dite *adoption publique*, par opposition à l'adoption *privée* dont il est question dans notre titre, n'a d'autre effet que d'attribuer à ceux qui en bénéficient une pension sur les fonds de l'État.

porter 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. »

En joignant à ces articles la disposition finale de l'art. 355, on reconnaît que six conditions sont exigées du côté de l'adoptant et trois du côté de l'adopté.

652. Les conditions requises de la part de l'adoptant sont les suivantes :

1° *Il faut qu'il soit âgé de plus de cinquante ans, c'est-à-dire qu'il soit arrivé à cette époque de la vie où l'on ne peut plus guère, en général, espérer une postérité par le mariage.* La règle est la même pour les deux sexes, bien qu'il eût peut-être été plus logique d'établir sous ce rapport une différence entre l'homme et la femme. Il ne peut être accordé de dispenses d'âge pour aucun motif.

2° *L'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter.* Il convient en effet que la fiction de paternité ou de maternité résultant de l'adoption ne soit pas trop en désaccord avec la nature, et que l'âge plus avancé de l'adoptant lui permette d'être réellement le guide et le protecteur de l'adopté.

3° *Il faut que l'adoptant n'ait à l'époque de l'adoption ni enfants ni descendants légitimes.* L'existence d'un enfant ou d'un petit-enfant enlève toute raison d'être à l'adoption. Il n'y a pas lieu de créer une paternité ou maternité fictive au profit d'une personne qui est réellement père ou mère.

Mais c'est seulement l'existence d'un enfant ou descendant *légitime* qui fait obstacle à l'adoption. L'art. 343 est formel sur ce point. L'adoption demeure donc permise à celui qui a des enfants naturels et même à celui qui a déjà un enfant adoptif. Il résulte en effet de l'art. 348 qu'une personne peut avoir plusieurs enfants adoptifs.

La naissance d'un enfant légitime ou d'un petit-enfant qui surviendrait à l'adoptant *postérieurement à l'adoption* n'empêcherait point celle-ci de demeurer valable. On s'accorde toutefois à décider qu'il en serait autrement si cet enfant était déjà conçu au moment où l'adoption a été contractée. C'est une application de la règle *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis agitur*, règle que le législateur a consacrée formellement à plusieurs reprises.

La légitimation d'un enfant naturel ne porterait également aucune atteinte à l'adoption accomplie; et cela alors même que la naissance de l'enfant serait antérieure à l'adoption, la légitimation ne produisant pas d'effet rétroactif (art. 333).

4° *Il faut que l'adoptant ait donné à la personne qu'il se propose d'adopter, pendant qu'elle était encore mineure, des soins ininterrompus pendant six ans au moins.* L'adoption ne doit pas en effet être le résultat d'un caprice, d'une surprise, d'un entraînement passager. Il faut que l'adoptant ait manifesté d'une façon certaine et persévérante son affection pour

l'adopté et que celui-ci ait appris à aimer et à respecter son bienfaiteur.

Bien que la tutelle officieuse ait été imaginée en vue de faciliter l'accomplissement de cette condition, elle ne constitue point un préliminaire nécessaire de l'adoption contractuelle. Des soins donnés par l'adoptant à un titre quelconque peuvent donc être pris en considération. Peu importe également la nature des services rendus. Des soins pécuniaires ne sont point indispensables; des soins purement moraux peuvent être jugés suffisants. La loi ne précisant rien à cet égard s'en remet par là même à l'appréciation des magistrats.

5° *L'adoptant, s'il est marié, doit obtenir le consentement de son conjoint, sans distinguer si c'est la femme ou le mari qui se propose d'adopter.* La loi, en exigeant, cette condition, veut éviter que l'adoption soit une cause de discorde dans le ménage. L'adoption faite par un époux peut en effet blesser l'autre dans ses intérêts pécuniaires, par suite de la qualité d'héritier réservataire qu'elle confère à l'adopté et de la dette alimentaire qu'elle crée à son profit à la charge de l'adoptant. En supposant même qu'elle ne cause au conjoint de l'adoptant aucun préjudice pécuniaire, il est possible qu'elle soulève de sa part de très légitimes répugnances.

Le consentement du conjoint étant exigé par la loi en termes absolus demeure nécessaire alors même que les époux sont séparés de corps. Il ne peut en aucun cas être remplacé par une autorisation de justice.

6° *Il faut enfin que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation* (art. 355). Cette dernière condition a pour but de garantir l'honneur de l'adoption en écartant tout soupçon sur les motifs qui l'ont inspirée.

653. Nous passons aux conditions requises dans la personne de l'adopté.

1° *Il faut qu'il soit majeur, c'est-à-dire âgé de vingt et un ans accomplis.* Bien que l'adoption n'enlève à l'adopté aucun des droits qu'il tient de sa naissance et qu'elle lui en confère de nouveaux, elle n'en est pas moins un acte grave. Elle modifie son état et lui impose certaines charges. Il a dès lors paru rationnel d'exiger de lui un plein discernement. La loi, à la vérité, permet au mineur de contracter mariage avec le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille, et le mariage est certainement un acte beaucoup plus grave que l'adoption. Mais cette exception à la règle que les mineurs sont incapables d'accomplir les divers actes de la vie civile se justifie par la faveur due au mariage et il n'y avait pas lieu de l'étendre à l'adoption.

2° *Il faut que l'adopté, s'il n'a pas vingt-cinq ans accomplis, obtienne le consentement de ses père et mère ou du survivant et, s'il est majeur de vingt-cinq ans, qu'il requière leur conseil.* Tandis qu'en matière de mariage la même condition a surtout pour but de protéger l'enfant contre les entraînements de la passion, le législateur paraît l'avoir exigée principale-

ment comme une marque de déférence vis-à-vis des parents dont l'enfant veut se créer une nouvelle filiation.

Il existe du reste sous ce rapport entre l'adoption et le mariage un certain nombre de différences :

a. A défaut des père et mère, la loi n'exige pas pour l'adoption, comme elle le fait pour le mariage, le consentement des ascendants du degré supérieur.

b. En cas de dissentiment, l'avis du père l'emporte quand il s'agit du mariage (art. 148). Pour l'adoption, l'art. 346 exige en termes absolus le consentement du père et de la mère. Celle-ci pourrait donc, par son opposition, rendre impossible une adoption approuvée par le père.

c. Tandis qu'en matière de mariage l'âge à partir duquel le consentement à obtenir des parents est remplacé par un simple conseil est fixé à vingt-cinq ans pour les fils et à vingt et un ans pour les filles, en matière d'adoption la nécessité du consentement ne cesse pour les filles comme pour les fils qu'à l'âge de vingt-cinq ans.

Avant la loi du 20 juin 1896, il existait relativement au conseil des père et mère une autre différence entre l'adoption et le mariage. Alors que, pour le mariage, les enfants étaient obligés, jusqu'à vingt-cinq ou trente ans selon leur sexe, de requérir le conseil de leurs ascendants par *trois* actes respectueux, pour l'adoption un seul acte respectueux était toujours suffisant. La loi du 20 juin 1896 a fait disparaître cette différence en n'exigeant plus pour le mariage qu'un seul acte respectueux.

3° *Il faut enfin que l'adopté n'ait pas déjà été l'objet d'une adoption antérieure, à moins que cette adoption n'ait été faite par le conjoint de celui qui veut actuellement l'adopter.* Nul ne peut donc être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux. Divers motifs ont dicté cette décision. Tout d'abord l'adoption d'un même individu par plusieurs personnes n'aurait pas manqué de donner lieu entre les adoptants à des conflits, à des rivalités très regrettables. Faite par des personnes de même sexe elle aurait eu en outre l'inconvénient de mettre la fiction de paternité ou de maternité qui résulte de l'adoption en contradiction trop flagrante avec la nature. Faite par deux personnes de sexe différent mais non mariées, elle aurait présenté un autre danger, celui d'offrir aux père et mère d'un enfant naturel un moyen de lui conférer une espèce de légitimation et de les détourner ainsi du mariage au détriment de l'intérêt social et des intérêts de l'enfant lui-même. Aucun de ces motifs n'existant plus lorsque les adoptants sont le mari et la femme, la loi fait alors fléchir la règle. Les deux adoptions peuvent avoir lieu soit en même temps, soit successivement.

654. Telles sont les diverses conditions textuellement exigées par le code. Ces conditions sont-elles les seules nécessaires? Ne faut-il pas en outre que l'adopté ne soit point l'enfant naturel reconnu de l'adoptant? Cette

question est une de celles qui ont été le plus vivement controversées. Après diverses fluctuations, la jurisprudence paraît fixée dans le sens de la légalité de l'adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu (1). La discussion continue dans la doctrine; mais les auteurs les plus récents se rangent en général à l'avis de la jurisprudence.

Voici les arguments que l'on invoque en faveur de cette opinion.

Il est de principe que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception; ce que la loi ne défend pas est par là même licite. Or il n'existe dans le titre de l'*Adoption* aucun article qui prohibe l'adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu. Donc cette adoption demeure permise.

La prohibition que la loi ne prononce pas résulterait-elle de la nature même de l'adoption? Nullement. Rien ne s'oppose en effet rationnellement à ce qu'une nouvelle relation civile plus avantageuse à l'enfant que celle qui dérive de la reconnaissance vienne s'ajouter à celle-ci. La paternité adoptive est si peu incompatible avec la paternité réelle que le droit romain permettait au père d'adopter non seulement son fils naturel, mais aussi son fils légitime émancipé. Plusieurs des conditions que la loi exige pour l'adoption sont, à la vérité, impossibles à remplir lorsque l'adopté est l'enfant de l'adoptant; plusieurs des effets que l'adoption produit en général ne sauraient alors se produire. Mais, en déterminant les conditions et les effets de l'adoption, la loi s'est occupée des cas ordinaires et non des situations particulières qui peuvent se présenter. Elle n'entend pas que les conditions qu'elle prescrit devront toutes être remplies dans tous les cas et que les effets qu'elle indique se produiront toujours, mais seulement qu'il en sera ainsi toutes les fois que la force même des choses ne s'y opposera pas. Parmi les conditions requises pour l'adoption les unes sont absolues et doivent toujours être remplies comme l'âge de cinquante ans chez l'adoptant, l'absence d'enfants légitimes, la majorité de l'adopté. Les autres sont purement relatives; elles sont ou ne sont pas exigées suivant les cas. L'adoption demeure donc possible bien qu'elles ne puissent pas être remplies. La même distinction est applicable aux effets de l'adoption. Ainsi l'art. 346 veut que l'adopté, s'il n'a pas vingt-cinq ans, rapporte le consentement de ses père et mère. Bien que cette condition ne puisse pas être remplie lorsque le père et la mère sont décédés ou lorsqu'ils sont inconnus, l'adoption n'en demeure pas

1) La cour de cassation elle-même a admis sur ce point le pour et le contre. Après avoir jugé en 1841, conformément à la jurisprudence de la grande majorité des cours d'appel, que rien ne s'oppose à l'adoption d'un enfant naturel reconnu (28 avril 1841, D. 41, 1, 137, S. 41, 2, 273), elle se déjugea moins de deux ans plus tard et déclara cette adoption interdite (16 mars 1843, D. 43, 1, 97, S. 43, 1, 277). En 1846, elle revint à sa première solution dont elle ne s'est plus écartée depuis lors (1^{er} avril 1846, D. 46, 1, 81, S. 46, 1, 273; — 13 mai 1868, D. 68, 1, 249, S. 68, 1, 338; — 13 juin 1882, D. 82, 1, 308, S. 84, 1, 211.

moins possible. Il n'y a donc pas à conclure contre l'adoption de l'enfant naturel par l'auteur qui l'a reconnu de ce que cette même condition ne peut pas alors être remplie. — L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté qui l'ajoute au sien propre (art. 347). Sans doute, lorsque les noms sont différents. Mais si un neveu porte le même nom que son oncle s'ensuit-il qu'il ne puisse être adopté par celui-ci? Évidemment non. L'art. 348 dispose que l'adopté reste dans sa famille naturelle. En conclura-t-on qu'un enfant né de parents inconnus, et qui par conséquent n'a point de famille, ne pourra pas être adopté? Non certes. L'adoption d'un enfant naturel reconnu ne saurait davantage être interdite parce que ces mêmes effets de l'adoption ne peuvent se réaliser en pareil cas.

La volonté des auteurs du code d'autoriser cette adoption ressort de la façon la plus nette des travaux préparatoires. La section de législation du Conseil d'État avait inséré dans le 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. » C'était dire que la reconnaissance faisait obstacle à l'adoption, mais que l'enfant non reconnu pouvait être adopté. Cette disposition fut supprimée comme étant de nature à compromettre l'état des enfants naturels, parce qu'il aurait pu arriver que les parents, afin de se ménager la possibilité d'une adoption, évitassent de reconnaître leur enfant et qu'ils vinsent ensuite à mourir sans l'avoir ni reconnu ni adopté. Vainement Tronchet objecta-t-il qu'autoriser l'adoption des enfants naturels reconnus c'était donner aux parents le moyen d'échapper aux prohibitions qui limitent les droits héréditaires de ces enfants. « Les principes de la saine morale, dit-il, ont fait exclure les bâtards des successions; n'y aurait-il pas de l'inconséquence à les frapper d'une incapacité et à placer à côté de cette incapacité un moyen de l'é luder? » On lui répondit que les mœurs ne sont plus outragées, et que dès lors l'incapacité n'a plus de raison d'être, quand le vice de la naissance se trouve couvert par l'adoption (1).

En prohibant l'adoption des enfants naturels la loi n'aurait pas seulement couru le risque d'empêcher la reconnaissance de ces enfants, elle aurait aussi enlevé à leurs auteurs un dernier moyen de réparer leur faute dans les cas où, par une cause quelconque, la légitimation ne peut pas avoir lieu. Supposez que le mariage des parents soit rendu impossible par la mort ou par la démence de l'un d'eux, par son refus, par son inconduite. Supposez même que les père et mère se soient mariés sans avoir préalablement reconnu l'enfant, ignorant peut-être que cette reconnaissance préalable était

1) Séances du 16 frimaire et du 4 nivôse an X.

une condition indispensable de la légitimation. Il y avait autrefois un remède à de semblables situations; c'était la légitimation par rescrit du prince. Cette légitimation n'étant plus admise aujourd'hui, il n'y a d'autre moyen de conférer à l'enfant les avantages de la légitimité que l'adoption. Refuser aux parents cette suprême ressource serait une véritable cruauté et une cruauté inutile à l'ordre social, car l'adoption ayant des effets moins étendus que la légitimation il n'est pas à craindre qu'elle prenne la place de celle-ci. Les épreuves auxquelles elle est soumise et surtout l'intervention de l'autorité judiciaire sont d'ailleurs une garantie contre tout abus (1).

Écoutons maintenant les auteurs qui se prononcent contre la validité de l'adoption des enfants naturels reconnus.

L'adoption a pour objet d'établir, de créer entre deux personnes des rapports fictifs de paternité ou de maternité et de filiation. Ces rapports existant déjà réellement entre l'enfant naturel et celui de ses auteurs qui l'a reconnu, il ne peut être question de les créer par fiction. C'est ce qu'indique du reste l'étymologie même du mot adoption. Adopter c'est se choisir un fils (*optare*). On ne choisit pas pour fils celui qui l'est déjà; par cela même qu'il l'est, il ne peut pas le devenir.

Qu'on n'objecte pas dès lors qu'aucun texte ne prohibe l'adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu et qu'une incapacité ne peut exister qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Il ne s'agit pas d'une incapacité, mais d'une impossibilité absolue et substantielle, d'une impossibilité inhérente au caractère de l'adoption et qui n'avait pas besoin d'être expressément formulée. Il n'y a pas de texte qui interdise l'adoption d'un mari par sa femme ou d'une femme par son mari. Et pourtant il ne viendra à l'esprit de personne de soutenir qu'une telle adoption soit possible. Pourquoi? Parce que le même individu ne peut pas être à la fois le père et le mari de la même femme. Or il y a une impossibilité non moins substantielle à ce que celui qui est le père d'un enfant puisse devenir ce qu'il est déjà et acquérir une qualité qui lui appartient.

L'adoption des enfants naturels était permise à Rome. Mais c'était une conséquence de l'organisation de la famille romaine. Les enfants naturels, même ceux qui étaient issus de l'union licite connue sous le nom de *concupinatus*, n'étant rattachés à leur père par aucun lien civil, rien ne s'opposait à ce qu'ils fussent adoptés par lui. Très différente est notre législation moderne. L'enfant naturel qui a été l'objet d'une reconnaissance volontaire ou judiciaire est légalement le fils de celui qui l'a reconnu. Il ne peut donc être rendu tel par une adoption. Une semblable adoption, si elle était autorisée par la loi, ne pourrait être autre chose qu'une sorte de légitimation et

1) Duranton, t. III, n° 293; Proudhon et Valette, t. II, p. 217 et suiv.; Aubry et Rau, § 556 texte et note 17; Laurent, t. IV, n°s 205 et suiv.; Huc, t. III, n° 118; Beudant, t. II, n° 664; Planiol, t. I, n° 2339.

rien ne donne à penser que les rédacteurs du code aient admis, à côté de la légitimation par mariage, cet autre mode de légitimation. On chercherait vainement un seul article qui atteste de leur part cette intention. Conçues dans les termes les plus généraux et les plus absolus, les dispositions relatives aux conditions et aux effets de l'adoption supposent toutes sans exception que l'adopté n'est pas l'enfant de l'adoptant. La preuve que les textes ne fournissent pas ne résulte pas davantage des travaux préparatoires. L'élaboration du titre *de l'Adoption* a passé par deux phases bien distinctes. Dans la première, qui commence le 6 frimaire an X, les projets discutés et plusieurs fois remaniés consacraient un système entièrement différent de celui qui devait finalement prévaloir. Ils admettaient que l'adoption entraînait un changement complet de famille. C'est pendant cette première période qu'un article proposant d'interdire l'adoption de l'enfant naturel reconnu fut supprimé par le Conseil d'État comme contenant une décision trop rigoureuse. La discussion demeura ensuite suspendue pendant près d'un an et lorsqu'elle fut reprise, le 27 brumaire an XI, on commença par remettre en question le principe même de l'adoption dont la section de législation proposait le rejet pur et simple. Le principe finit cependant par l'emporter; mais ce fut un principe absolument nouveau, celui d'une adoption, très imparfaite, laissant l'adopté dans sa famille et n'établissant que certains rapports personnels entre l'adoptant et lui. Or dans cette seconde période et sous l'empire du nouveau principe, alors que les projets antérieurs étaient tenus pour nonavenus et qu'il n'en était rien conservé, non seulement il ne fut plus question d'autoriser l'adoption des enfants naturels, mais Treilhard, répondant aux adversaires de l'institution elle-même qui lui reprochaient de fournir aux parents naturels le moyen de masquer les avantages illicites qu'ils voudraient faire à leurs enfants, s'exprima ainsi dans la séance du 27 brumaire an XI : « *Si les enfants sont reconnus, ils ne peuvent être adoptés; s'ils ne le sont pas, leur origine est incertaine.* » Et personne ne protesta contre cette affirmation.

Sans doute l'interdiction d'adopter les enfants naturels reconnus peut parfois paraître rigoureuse dans ses résultats. Mais des considérations personnelles d'humanité ne doivent pas faire oublier et sacrifier les intérêts les plus élevés de l'ordre social. Or il est certain que cette adoption, si elle était permise, fût-ce seulement dans les cas où la légitimation par mariage n'est pas possible, porterait à la famille légitime et à l'honneur du mariage l'atteinte la plus dangereuse et la plus grave. Malgré les incertitudes de la doctrine et les oscillations de la jurisprudence, c'est surtout au profit d'enfants naturels que l'adoption a été et est encore pratiquée. Que serait-ce le jour où la légalité de cette adoption ne soulèverait plus aucun doute? Étant donnée l'influence qu'exercent sur les magistrats les considérations de fait, c'est une illusion de croire que leur intervention constitue une garantie de

nature à empêcher que l'adoption ne prenne la place de la légitimation. Une règle générale et absolue peut seule en pareille matière protéger efficacement l'intérêt social (1).

Cette doctrine nous paraît beaucoup plus solidement motivée que la précédente.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des enfants naturels simples. Pour rester conséquente avec elle-même, la première opinion est obligée d'admettre également comme valable l'adoption des enfants adultérins ou incestueux, alors même que leur filiation se trouve légalement établie. En présence de la sévérité du code envers les enfants nés de l'adultère ou de l'inceste, ce résultat est un argument de plus contre la doctrine qui offre ainsi aux parents un moyen d'éluder les prohibitions légales.

§ 2. — *De l'adoption rémunératoire.*

655. L'adoption rémunératoire est ainsi nommée parce qu'elle intervient comme récompense d'un acte de dévouement. On l'appelle aussi adoption privilégiée, parce qu'elle est dispensée de plusieurs des conditions exigées pour l'adoption ordinaire.

Elle fait l'objet de la deuxième partie de l'art. 345. Après avoir dit que la faculté d'adopter ne peut être exercée qu'envers l'individu auquel on a, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, cet article ajoute : « *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.* »

Pour qu'il y ait lieu à l'adoption rémunératoire, il faut, nous dit la loi, que la personne qui doit être adoptée ait sauvé la vie à l'adoptant *soit dans un combat, soit en la retirant des flammes ou des flots*. On s'accorde à penser que cette énumération n'est point limitative et que les espèces prévues ne sont que des exemples destinés à indiquer qu'en sauvant la vie à l'adoptant l'adopté doit avoir exposé la sienne. L'adoption rémunératoire pourrait donc avoir lieu au profit de celui qui aurait arraché une personne des mains d'un assassin ou qui serait allé la chercher dans l'intérieur d'un édifice qui s'écroulait, au fond d'un puits ou d'une mine.

1) Demolombe, t. V, n° 52; Demante, t. II, n° 80 bis, III; Toullier, t. II, n° 988; Marcadé sur l'art. 346; Benech, *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*, 1843; Pont, *Revue de législation*, 1843, p. 750; du Bodan, *Revue étrangère et française*, 1837, p. 703 et 814; Molinier, *Revue de droit français et étranger*, 1844, p. 171.

Lorsque cette condition spéciale se trouve remplie, l'adoption est affranchie de trois des conditions exigées pour l'adoption ordinaire :

1° Il n'est pas nécessaire que l'adoptant soit âgé de cinquante ans ; il suffit qu'il soit majeur.

2° Il n'est pas nécessaire qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté ; il faut seulement qu'il soit plus âgé que celui-ci.

3° Enfin, il n'est point besoin qu'il ait antérieurement donné des soins ou fourni des secours à l'adopté.

Mais là s'arrêtent les dérogations au droit commun. Toutes les autres conditions requises pour l'adoption ordinaire, soit de la part de l'adoptant, soit de la part de l'adopté, le sont également pour l'adoption rémunératoire.

SECTION II

DES FORMES DE L'ADOPTION

656. Ces formes sont relatives : 1° à la réception du contrat d'adoption par le juge de paix ; 2° à l'homologation de ce contrat par le tribunal de première instance et par la cour d'appel ; 3° à l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

1. « *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).

Les parties doivent se présenter devant le juge de paix *du domicile de l'adoptant*. Elles comparaissent en personne ou par un fondé de pouvoirs muni d'une procuration spéciale et authentique. « La compétence attribuée au juge de paix du domicile de l'adoptant, dit M. Valette, détermine par voie de conséquence celle du tribunal et de la cour dans le ressort desquels l'adoptant est domicilié. C'est ce domicile et non celui de l'adopté qu'il importait de désigner, parce que c'est là qu'on pourra le mieux vérifier les plus importantes des conditions que la loi exige, notamment celles qui ont trait à la situation de famille de l'adoptant et à la bonne réputation dont il doit jouir. »

Le juge de paix est le seul officier public compétent pour recevoir les adoptions. La règle ne comporte qu'une exception formulée par la loi du 17 mai 1900 qui complète les dispositions de la loi du 8 juin 1893 relative à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées soit dans le cours d'un voyage maritime. Cette loi a ajouté à l'art. 353 un deuxième alinéa ainsi conçu : « *Dans les cas prévus par l'art. 93, l'acte sera dressé par un fonctionnaire de l'intendance ou par un officier du commissariat* ».

II. L'acte dressé par le juge de paix pour constater le consentement des parties est soumis à l'homologation, c'est-à-dire à l'approbation, de l'autorité judiciaire chargée de vérifier si toutes les conditions requises sont remplies.

Le code a organisé à cet effet une procédure toute spéciale qui fait l'objet des art. 354 à 358. Le but de cette procédure, qui s'accomplit dans le secret tant que l'adoption n'est pas définitivement admise, est surtout d'empêcher que le rejet possible de l'adoption ne porte atteinte à la réputation de celui qui se proposait d'adopter.

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 trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal. »

Comme l'art. 353, cet article a été complété par la loi du 17 mai 1900 qui y a ajouté l'alinéa suivant :

« Le fonctionnaire de l'intendance ou l'officier du commissariat qui aura reçu un acte d'adoption en adressera, dans le plus bref délai, une expédition au ministre de la guerre ou au ministre de la marine qui la transmettra au procureur de la république. »

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 aucune 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. »

Ainsi donc tout se passe dans la chambre du conseil. C'est là que le tribunal vérifie si les conditions sont remplies ; c'est là que le ministère public donne ses conclusions ; là aussi qu'est rendu le jugement du tribunal, soit qu'il admette soit qu'il rejette l'adoption. Il n'y a point d'enquête. C'est par voie officieuse, par leurs investigations personnelles que les magistrats doivent se procurer les renseignements dont ils ont besoin. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les personnes intéressées remettent au tribunal des notes ou des mémoires pour ou contre l'adoption.

Art. 357. « Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal 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 n'y a pas lieu à l'adoption. »

Art. 358. « 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 (la cour) jugera convenables. »

Il n'est pas nécessaire que l'acte d'adoption reçoive à la fois l'homologation du tribunal de première instance et celle de la cour. En d'autres termes, ce n'est pas seulement dans le cas où le tribunal a émis un avis favorable à l'adoption que la cour est appelée à intervenir. Elle peut être saisie alors même que le tribunal a refusé l'homologation et, dans ce cas, la décision de la cour, si elle est favorable, suffit à la validité de l'adoption.

Lorsque la cour rejette l'adoption, l'arrêt doit être rendu dans la chambre du conseil. Si elle l'admet, l'arrêt doit être rendu en audience publique et même recevoir, par voie d'affiches, une publicité que la loi laisse à la cour le soin de déterminer. Il n'y a plus en effet aucun motif pour tenir l'adoption secrète et il importe au contraire que les rapports nouveaux qu'elle fait naître soient portés à la connaissance des tiers.

En cas de rejet de la demande à fin d'adoption, cette demande peut être renouvelée soit devant les mêmes tribunaux soit, en supposant que l'adoptant ait changé de domicile, devant des tribunaux différents. Les décisions rendues en matière d'adoption ne sont point en effet de véritables jugements ou arrêts, bien que la loi leur donne ce nom, attendu qu'il n'y a aucun débat, aucune contestation à trancher, mais des actes de juridiction gracieuse ou volontaire n'ayant point l'autorité de la chose jugée. Rien ne fait donc obstacle à un nouvel examen de la question, la situation ayant pu se modifier depuis que l'homologation a été refusée.

III. La dernière formalité requise pour la perfection de l'adoption est son inscription sur les registres de l'état civil. Aux termes de l'art. 359, « *Dans les trois mois qui suivront ce jugement (cet arrêt), 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 l'arrêt) de la cour royale, et l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai. »*

L'inscription a lieu sur le registre des naissances, l'adoption constituant une sorte de *naissance civile*.

L'art. 359 n'indique pas d'une façon bien précise comment elle doit s'opérer. Malgré la solution contraire admise par quelques auteurs et par la jurisprudence, il nous paraît certain que c'est non point l'arrêt d'homologation, mais l'acte dressé par le juge de paix qui doit être inscrit, ou plutôt transcrit, sur les registres. La loi dit en effet que l'inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition en forme du jugement de la cour d'appel. Donc l'arrêt de la cour n'est produit que pour justifier l'inscription et ce n'est pas cet arrêt qui doit être inscrit.

Le délai de trois mois accordé pour faire inscrire l'adoption est un délai

de rigueur. L'adoption reste *sans effet*, dit l'art. 359, si elle n'a pas été inscrite dans ce délai.

Les art. 354 et 357 ne contenant rien de semblable en ce qui concerne les délais qu'ils impartissent pour saisir le tribunal et la cour, on estime généralement que ces délais sont purement réglementaires et que l'homologation peut être accordée bien qu'ils n'aient pas été observés. Cette différence est du reste très rationnelle. Dans le cas prévu par l'art. 359, la justice n'a plus à intervenir. La seule formalité qui reste à remplir dépend uniquement des parties elles-mêmes. Il fallait donc bien, pour les contraindre à en finir, leur impartir un délai fatal. Dans l'hypothèse des art. 354 et 357 au contraire, la justice devant se prononcer sur l'adoption, son intervention constitue une garantie suffisante contre l'inobservation des délais fixés. Les magistrats en effet, quand ces délais seront expirés, ne manqueront pas de rechercher les causes du retard et ils n'accorderont l'homologation qu'autant qu'elles leur paraîtront sérieuses et légitimes. Infliger *de plano* aux parties la peine de la déchéance eût été dès lors une mesure excessive (1).

657. L'adoption ne devient parfaite et définitive que par son inscription sur les registres de l'état civil. Avant l'accomplissement de cette formalité, elle ne produit aucun des effets qui y sont attachés et les parties peuvent, d'un commun accord, se désister de leur projet. Mais, d'après l'opinion générale, le dissentiment de l'une d'elles, qui viendrait à changer d'avis, ne formerait pas obstacle à la consommation de l'adoption, les consentements échangés devant le juge de paix ayant formé entre les parties un contrat qui ne peut être unilatéralement révoqué par l'un des contractants contre le gré de l'autre (art. 1134). Aussi, à partir de ce moment, toutes les formalités peuvent-elles être remplies indifféremment par l'une ou par l'autre des parties.

Par la même raison, il suffit que les conditions de capacité requises soit du côté de l'adoptant, soit du côté de l'adopté existent lors de la formation du contrat devant le juge de paix. Les incapacités qui surviendraient postérieurement ne devraient point être prises en considération. L'art. 360 renferme une application de ce principe. « *Si, dit-il, 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*

1) Demolombe, t. VI, n° 98; Aubry et Rau, § 557, notes 2 et 6; Valette, *Cours de code civil*, p. 477; Laurent, t. IV, n° 219; Beudant, t. II, n° 672; Planiol, t. I, n° 2354; Huc, t. III, n° 121. -- *Contra* : Durantou, t. III, n° 303, Marcadé, sur les art. 353 et suiv.; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 528; Demante, t. II, n° 94 bis.

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. » La mort de l'adoptant arrivée depuis la comparution des parties devant le juge de paix n'empêchant point l'adoption de s'accomplir, il en doit être de même à plus forte raison de tout autre obstacle survenu depuis la même époque. Le texte de l'art. 360 soulève cependant une difficulté. Il ne se borne pas à dire que l'adoption peut être poursuivie lorsque l'adoptant est mort après avoir consenti devant le juge de paix; il suppose qu'au moment du décès l'acte d'adoption se trouve déjà porté devant les tribunaux, c'est-à-dire qu'il a été remis au procureur de la république. Mais il semble bien impossible, malgré l'opinion contraire émise par quelques auteurs, de voir dans cette circonstance une condition d'admissibilité de l'adoption. La remise de l'acte dressé par le juge de paix pouvant être faite par l'adopté seul, sans le concours de l'adoptant, qu'importe qu'elle ait eu lieu avant ou après le décès de celui-ci? Les mots *et porté devant les tribunaux* ne figuraient point tout d'abord dans l'art. 360; ils y ont été ajoutés après coup sans que les travaux préparatoires fournissent aucun renseignement sur cette addition. Il y a dès lors tout lieu de croire qu'en supposant le décès survenu au cours de l'instruction, dont la durée n'est point limitée, le rédacteur s'est préoccupé uniquement de l'hypothèse la plus pratique, sans songer au cas tout à fait extraordinaire où le décès se produirait dans le bref délai qui sépare la réception de l'acte d'adoption par le juge de paix de la remise de cet acte au procureur de la république.

L'art. 360 ne parle point du cas où l'adopté mourrait le premier. Il arrivera alors bien rarement que quelqu'un ait intérêt à poursuivre l'accomplissement des formalités légales, l'adoptant n'ayant aucun droit sur la succession de l'adopté et les descendants de l'adopté n'étant pas appelés à succéder à l'adoptant. Cet intérêt existerait cependant si l'adopté, décédé ayant l'homologation de l'adoption ou avant son inscription sur les registres de l'état civil, avait survécu à l'adoptant. Ses héritiers seraient alors intéressés à poursuivre l'adoption afin de recueillir dans sa succession celle de l'adoptant.

Les effets de l'adoption inscrite sur les registres de l'état civil dans le délai fixé par l'art. 359 remontent au jour du contrat passé devant le juge de paix (1).

1) Demolombe, t. VI, nos 409 et suiv.; Aubry et Rau, § 559; Duranton, t. III, n° 302; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 529; Huc, t. III, nos 134 et 135; Planiol, t. I, n° 2357; Beudant, t. II, n° 672. — Comp. Marcadé, sur l'art. 360; Demante, t. II, n° 95; Laurent, t. IV, nos 212 et suiv.

SECTION III

DES EFFETS DE L'ADOPTION

658. Ces effets sont au nombre de quatre.

1° Suivant l'art. 347, « *L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier.* » En même temps que le nom, l'adopté acquiert, le cas échéant, les titres de l'adoptant, ces titres étant une partie du nom (1). Lorsque l'adoption est faite par une femme mariée ou par une veuve, c'est le nom de famille de l'adoptante, c'est-à-dire son nom de fille, et non celui du mari que doit prendre l'adopté.

2° L'adoption produit certains empêchements de mariage. Ces empêchements sont énumérés dans les termes suivants par l'art. 348 : « *Néanmoins, le mariage est prohibé : — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; — Entre les enfants adoptifs du 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.* » Ces divers empêchements ont pour but de maintenir la pureté des relations entre des personnes qui souvent habitent sous le même toit. Ils sont simplement prohibitifs (arg. art. 184).

3° L'adoption donne naissance à l'obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté. « *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* » (art. 349).

4° L'adoption donne à l'adopté, dans la succession de l'adoptant tous les droits qu'y aurait un enfant légitime. « *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* » (art. 350). Si donc l'adoptant laisse des enfants légitimes survenus postérieurement à l'adoption, l'adopté vient à sa succession en concours et à droit égal avec ces enfants. S'il n'y a pas d'enfants légitimes, l'adopté exclut les ascendants et les collatéraux de l'adoptant et réduit ses enfants naturels à la portion fixée par l'art. 758. Comme l'enfant légitime, il a droit à une réserve dans la succession de l'adoptant. Cette réserve s'exerce, suivant la règle générale (art. 922), non seulement sur les biens existants au décès de l'adoptant, mais encore sur les biens dont celui-ci aurait disposé par donations entre vifs, quelle que soit la nature de ces donations et sans qu'il y ait à distinguer si elles sont antérieures ou pos-

1) *Contra* : Paris, 18 juillet 1893, D. 94, 2, 7, S. 94 2, 86.

térieures à l'adoption. Il suit de là que, si la personne qui se propose d'adopter est mariée, son conjoint peut avoir intérêt à refuser de consentir à l'adoption, afin de se garantir contre la réduction des donations qui lui ont été faites par contrat de mariage. Il n'y a pas pour lui d'autre moyen d'atteindre ce résultat. Vainement prendrait-il la précaution de stipuler, en accordant son consentement, que les libéralités qu'il a reçues ne seront point réduites au cas où elles entameraient la réserve de l'adopté. Une pareille réserve demeurerait sans effet, attendu qu'elle constituerait un pacte sur succession future interdit par la loi (art. 791, 1130 et 1600).

Par dérogation à la règle ordinaire de la réciprocité du droit de succession, l'adoptant n'est pas appelé à succéder à l'adopté. La succession de celui-ci est dévolue comme si l'adoption n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire qu'elle est recueillie par sa famille naturelle, par son conjoint ou par l'État. Toutefois l'exclusion de l'adoptant n'est pas absolue. La loi établit à son profit, et même au profit de ses descendants, un droit dit de *retour légal* applicable aux biens qu'il avait donnés à l'adopté ou que ce dernier avait recueillis dans sa succession. Ce droit fait l'objet des art. 351 et 352.

Art. 351. « *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, retourneront 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. 352. « *Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient 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.* »

Deux hypothèses sont prévues par ces articles, celle où l'adopté meurt sans descendants légitimes ou adoptifs et celle où l'adopté ayant laissé en mourant des enfants légitimes ou adoptifs, ceux-ci décèdent sans postérité avant l'adoptant.

Lorsque l'adopté meurt sans descendants légitimes ou adoptifs, l'adoptant, s'il est encore vivant, recueille les biens qu'il lui avait donnés. Si l'adoptant est prédécédé, ses descendants reprennent les biens par lui donnés et ceux que l'adopté avait recueillis dans sa succession. L'hérédité de l'adopté se scinde donc alors en deux parts : les biens que le défunt ne tenait pas de l'adoptant vont à sa famille naturelle, ceux qu'il avait reçus de l'adoptant reviennent à celui-ci ou à ses descendants.

Lorsque l'adopté est mort laissant des enfants légitimes ou adoptifs et

que ceux-ci viennent eux-mêmes à décéder avant l'adoptant; la loi appelle encore l'adoptant à reprendre les choses par lui données, mais elle n'accorde ce droit qu'à lui seul et le refuse à ses descendants. Si l'adopté avait laissé plusieurs descendants, l'adoptant ne succéderait qu'au dernier mourant.

Le droit de retour légal des art. 351 et 352, comme celui qu'établissent dans des circonstances absolument analogues les art. 747 et 766, est un véritable droit héréditaire, un droit de succession, régi dès lors par les principes qui gouvernent les successions *ab intestat*. De là l'art. 351 déduit textuellement cette triple conséquence : — que l'adoptant ou ses descendants sont tenus de contribuer au paiement des dettes héréditaires dans la proportion de la valeur des biens qu'ils recueillent; — qu'ils prennent ces biens dans l'état où ils se trouvent et qu'ils doivent respecter tous les droits dont l'adopté a pu les grever, usufruit, servitude, hypothèque, etc.; — enfin que le retour n'a lieu qu'autant que les choses provenant de l'adoptant existent encore en nature dans le patrimoine de l'adopté, c'est-à-dire qu'autant que celui-ci ne les a pas aliénées. Toutefois on s'accorde à penser que l'art. 351 doit, sous ce rapport, être complété par l'art. 747 et qu'en cas d'aliénation, l'adoptant recueille le prix qui peut être encore dû et qu'il succède également aux actions en reprise appartenant à l'adopté.

659. Là se bornent les effets de l'adoption.

L'adopté ne sort pas de la famille à laquelle il appartient par sa naissance, et les rapports existant entre ses père et mère et lui, ainsi que les conséquences légales qui résultent de ces rapports ne reçoivent, par suite de l'adoption, aucune modification. « *L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits...* », dit l'art. 348. Il y conserve aussi tous ses devoirs. Ainsi l'adopté demeure tenu de fournir des aliments à ses père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin et il a le droit d'en exiger d'eux (art. 349); les droits de successibilité réciproque entre ses parents et lui sont maintenus; enfin, c'est le consentement ou le conseil de ses père et mère ou autres ascendants et non celui de l'adoptant qu'il doit demander pour contracter mariage. La proposition faite par le Tribunal de transporter à l'adoptant le droit de consentir au mariage de l'adopté ne fut pas admise par le Conseil d'Etat.

D'autre part, le lien résultant de l'adoption n'existe qu'entre l'adopté et l'adoptant personnellement. L'adopté demeure étranger à la famille de l'adoptant, comme l'adoptant reste étranger à la famille de l'adopté. De là les conséquences suivantes :

1° L'obligation réciproque de se fournir des aliments, que l'adoption fait naître entre l'adoptant et l'adopté, n'existe ni entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les descendants de l'adopté.

2° L'adopté ne devient pas l'allié du conjoint de l'adoptant, ni l'adoptant

l'allié du conjoint de l'adopté. Par suite l'obligation alimentaire n'existe pas entre ces personnes.

3^o L'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant.

4^o Les descendants de l'adopté ne peuvent élever aucune prétention à la succession de l'adoptant, ni de leur chef, ni par voie de représentation de leur auteur.

Ces diverses propositions ne sont cependant pas toutes admises sans contestation. Tout en reconnaissant que les parents de l'adopté demeurent en principe étrangers à l'adoptant, quelques auteurs soutiennent que la règle reçoit exception en ce qui concerne les enfants et descendants légitimes de l'adopté. D'après ces auteurs, les enfants de l'adopté deviennent civilement les petits-enfants de l'adoptant; comme tels ils sont appelés à lui succéder et tenus envers lui de l'obligation alimentaire.

Voici les arguments sur lesquels repose cette solution que la jurisprudence a consacrée à plusieurs reprises. Il est impossible que l'adopté soit, aux yeux de la loi, le fils ou la fille de l'adoptant sans que ses propres enfants deviennent en même temps et par là même les petits-enfants de l'adoptant. C'est là une conséquence nécessaire des rapports créés par l'adoption, et c'est aussi le but essentiel que se proposent ceux qui ont recours à cette institution. La personne qui adopte un enfant entend bien en effet s'attacher d'avance par le même titre les enfants de l'adopté et se créer ainsi une postérité, une descendance fictive par son enfant d'adoption. — Si le code n'établit pas textuellement un lien de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, du moins ses dispositions supposent virtuellement l'existence de ce lien. Ainsi l'art. 347 porte que l'adoption confère à l'adopté, et par suite à ses descendants, le nom de l'adoptant. Aux termes de l'art. 351, les descendants légitimes de l'adopté prédécédé font obstacle à ce que l'adoptant reprenne dans sa succession les biens qu'il lui avait donnés. D'après l'art. 352, l'adoptant lui-même vient, comme héritier des enfants de l'adopté, recueillir dans leur succession les biens donnés à celui-ci. Enfin l'adopté est héritier légitime de l'adoptant. La même qualité appartient dès lors à ses propres enfants, attendu que partout, dans la ligne directe les *enfants et descendants* légitimes succèdent au même titre que leur auteur (art. 740 à 745) (1).

Cette argumentation n'est rien moins que concluante. L'adoption étant une institution purement civile, une création arbitraire du droit positif, on ne saurait soutenir qu'elle doit *nécessairement* produire tel ou tel effet.

1) Toullier, t. II, n^o 1015; Marcadé, sur l'art. 350; Proudhon, t. II, p. 221. — Cour de cass., 10 novembre 1869, D. 70, 1, 209, S. 70, 1, 18; — Agen, 1^{er} juin 1885, D. *Répert. Suppl.*, v^o *Adoption*, n^o 46.

La vérité est qu'elle ne peut avoir d'autres effets que ceux qu'il a plu au législateur de lui attribuer. Or aucun texte n'établit un lien juridique entre l'adoptant et les enfants de l'adopté. Les art. 349 et 350 qui déterminent deux effets de l'adoption, ceux-là précisément à l'égard desquels s'élève la question qui nous occupe, l'obligation alimentaire et le droit de succession, ne parlent que de l'adopté lui-même, sans dire un seul mot de ses descendants. On prétend trouver dans certaines dispositions du code la supposition virtuelle de l'existence de ce lien. Aucun des articles invoqués n'a la portée qu'on lui attribue. Le nom de l'adoptant étant devenu celui de l'adopté est transmis par lui à ses enfants. Mais il ne suffit point de porter le même nom qu'une personne pour être légalement le parent de cette personne. Ainsi l'adopté n'est point le parent du père de l'adoptant, et cependant il porte son nom. De même l'enfant naturel n'est point, aux yeux de la loi, le parent du père de celui qui l'a reconnu, bien qu'il porte le même nom que lui. L'art. 347 ne prouve donc pas que les enfants de l'adopté soient les petits-enfants de l'adoptant. Les art. 351 et 352 ne sont pas plus probants. Les enfants de l'adopté font obstacle au droit de retour au profit de l'adoptant. Mais autre chose est le droit de succéder à une personne, autre chose le droit d'empêcher par sa présence l'ouverture d'un droit de retour au profit de cette personne. De ce que les enfants de l'adopté jouissent par rapport à l'adoptant du second de ces droits, il ne s'ensuit nullement qu'ils jouissent également du premier. Pareillement, de ce que l'adoptant est appelé à reprendre dans la succession des enfants de l'adopté les biens qu'il avait donnés à ce dernier, il ne résulte point qu'il soit leur parent et que les enfants de l'adopté puissent lui succéder. Autre chose est en effet le retour légal en vertu duquel l'adoptant recueille les choses par lui données, autre chose le droit de successibilité ordinaire et normale. Les enfants légitimes de l'adoptant sont appelés eux aussi à reprendre dans la succession de l'adopté les choses qui proviennent de l'adoptant, et cependant personne ne voudrait soutenir que les enfants légitimes de l'adoptant sont les parents de l'adopté.

En résumé, rien n'autorise à penser que les auteurs du code aient eu l'intention d'étendre les effets de l'adoption aux enfants de l'adopté en les rattachant à l'adoptant par un lien juridique de parenté. Mais si telle est la solution qui nous paraît s'imposer; nous sommes loin de penser que ce soit législativement la meilleure et nous reconnaissons volontiers que la solution contraire eût été à la fois plus logique et plus équitable (1).

660. De tout ce qui précède il résulte que l'adoption ne crée que des

1) Demolombe, t. VI, n° 141; Aubry et Rau, § 560, texte et note 6; Valette, *Explic. somm.*, p. 196 et *Cours de code civil*, p. 471; Laurent, t. IV, n° 250; Planiol, t. I, n° 2364; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1105.

rapports très imparfaits de paternité et de filiation. Aussi le législateur évite-t-il d'employer les mots *père* ou *enfant adoptif*. Il dit toujours *l'adoptant, l'adopté*. L'expression *enfant adoptif* ne se rencontre, faute d'une autre expression générique, que dans l'art. 348 qui déclare que le mariage est prohibé entre les enfants adoptifs du même individu.

SECTION IV

DES CAUSES DE NULLITÉ DE L'ADOPTION

661. L'adoption peut être radicalement *nulle* ou simplement *annulable*.

662. Elle est radicalement nulle ou inexistante :

1° Si le contrat d'adoption n'a pas été reçu par un juge de paix, homologué par un tribunal de première instance et par une cour d'appel, ou s'il n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil dans les trois mois après l'arrêt d'homologation. L'adoption est en effet un acte solennel et dans les actes de cette nature la forme est essentielle : *Forma dat esse rei*.

2° S'il y a eu absence totale de consentement de la part de l'une ou de l'autre des parties lors de la réception de l'acte par le juge de paix, par exemple si, à ce moment, l'une des parties était en état de démence.

Dans ces divers cas, l'adoption n'ayant pas d'existence légale est par là même dépourvue de tout effet, et toute personne intéressée peut, en tout temps, se prévaloir de son inexistence. Il ne saurait alors être question d'une véritable action en nullité, la justice ne pouvant annuler ce qui n'existe pas, mais seulement constater qu'il n'y a pas d'adoption.

663. L'adoption est simplement annulable :

1° Lorsque le consentement de l'adoptant ou celui de l'adopté est vicié par l'erreur, le dol ou la violence;

2° Lorsque l'adoption a été prononcée en l'absence de l'une ou de l'autre des conditions exigées soit dans la personne de l'adoptant soit dans celle de l'adopté;

3° Lorsque les règles de compétence ou de formes requises pour l'un ou l'autre des actes nécessaires à la perfection de l'adoption n'ont pas été observées.

La nullité de l'adoption doit alors être proposée par voie d'action principale ou d'exception devant le tribunal compétent d'après le droit commun et non, comme on l'a prétendu, par voie de recours contre l'arrêt qui a homologué l'adoption. Ce que l'on attaque en effet, c'est l'adoption elle-même, le contrat homologué par l'arrêt, et non l'arrêt homologuant le contrat. Les jugements et arrêts homologatifs sont, nous le savons, des actes de la juridiction gracieuse ou volontaire, non susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée, et contre lesquels par conséquent il n'y pas lieu de recourir aux

voies ouvertes pour faire tomber l'autorité de la chose jugée (1). A raison même de l'intervention des tribunaux, chargés de vérifier si toutes les conditions sont remplies, il arrivera du reste bien rarement qu'il y ait lieu de faire prononcer l'annulation d'une adoption, à moins que l'autorité judiciaire n'ait été trompée par la production de pièces fausses ou par la dissimulation de certains faits.

Cela posé, par qui et pendant combien de temps la nullité de l'adoption pourra-t-elle, le cas échéant, être demandée ? A cet égard il y a des distinctions à faire. Parmi les causes qui permettent d'agir en nullité, il en est qui ne concernent que l'intérêt privé, tandis que les autres sont d'intérêt général. Il y a donc deux sortes de nullités, les unes relatives, les autres absolues.

Doivent être considérées comme purement relatives :

1° La nullité fondée sur les vices du consentement de l'une des parties, de l'adoptant ou de l'adopté ;

2° La nullité fondée sur le défaut de consentement des père et mère de l'adopté ;

3° La nullité fondée sur le défaut de consentement du conjoint de l'adoptant (2).

Dans le premier cas, la nullité n'est proposable que par celle des parties dont le consentement a été vicié ; dans le second, par les père et mère dont le consentement était requis et par l'adopté lui-même qui n'a pas reçu l'assistance voulue par la loi ; dans le troisième, par le conjoint de l'adoptant. Dans tous les cas, l'action s'éteindrait par la confirmation des intéressés.

L'adopté, lorsqu'il est âgé de plus de vingt-cinq ans, n'a plus besoin du consentement de ses père et mère, mais il est tenu de requérir leur conseil. Le défaut de conseil peut-il, comme le défaut de consentement, fonder une demande en nullité de l'adoption ? Nous ne le pensons pas. Le père ou la mère ne pouvant, en pareil cas, empêcher l'adoption de s'accomplir en refusant d'y consentir, il serait irrationnel de lui reconnaître le droit de la faire annuler lorsqu'elle est réalisée. La demande de conseil n'est qu'un devoir de déférence imposé à l'adopté et l'inaccomplissement de ce devoir ne saurait avoir sur le sort de l'adoption plus d'influence qu'il n'en a sur le sort du mariage (3).

Les autres conditions étant exigées par des motifs d'ordre public et d'intérêt général, leur inobservation entraînerait une nullité absolue.

Ainsi la nullité serait absolue :

1) Cour de cass., 3 mai 1868, D. 68, 1, 249, S. 68, 1, 338 ; — 20 juillet 1887, D. 88, 1, 171, S. 88, 1, 67 ; — 10 février 1892, D. 92, 1, 329, S. 92, 1, 140.

2) Poitiers, 28 novembre 1859, D. 61, 1, 213, S. 61, 2, 138.

3) Demolombe, t. VI, n° 196 ; Valette, *Explic. somm.*, p. 205.

Si l'adoptant ou l'adopté n'avait pas l'âge requis par la loi ;

Si l'adoptant avait des descendants légitimes ;

S'il n'avait pas au moins quinze ans de plus que l'adopté ;

S'il ne lui avait pas effectivement fourni des secours et donné des soins non interrompus dans sa minorité pendant six ans ;

Si l'adopté est l'enfant naturel reconnu de l'adoptant (1) ;

Si, en cas d'adoption rémunératoire, on ne se trouvait pas dans l'une des circonstances prévues par l'art. 345 ;

Si les règles de compétence ou de forme n'ont pas été observées, par exemple si l'acte d'adoption a été reçu par un juge de paix autre que celui du domicile de l'adoptant.

Mais la nullité de l'adoption ne pourrait pas être demandée par le motif que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation. La réputation de l'adoptant est un fait pour lequel la loi s'en remet à l'appréciation discrétionnaire des magistrats. Il n'y a donc pas lieu de revenir sur ce qu'ils ont décidé.

- La nullité absolue est générale et perpétuelle. Elle peut être invoquée par toute personne ayant à s'en prévaloir un intérêt né et actuel, et n'est susceptible de s'effacer ni par le laps de temps ni par aucune espèce de ratification. Toutefois, c'est seulement en ce qui concerne *l'état* résultant de l'adoption, c'est-à-dire les rapports juridiques de paternité et de filiation qui en dérivent, qu'aucune confirmation ou prescription n'est possible. Il n'en est pas de même quant aux droits pécuniaires qui dépendent de l'adoption. Ainsi les héritiers de l'adoptant peuvent renoncer au droit de réclamer à l'adopté les biens qu'il a recueillis dans la succession de leur auteur, et s'ils laissent passer trente ans après le décès de l'adoptant sans agir contre l'adopté, leur action en pétition d'hérédité se trouvant éteinte par la prescription, ils sont désormais sans intérêt et par conséquent sans qualité pour attaquer l'adoption.

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE ET DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE

664. La tutelle officieuse est un contrat par lequel une personne se soumet envers un mineur aux obligations ordinaires de la tutelle et s'engage en outre à le nourrir, à l'élever gratuitement et à le mettre en état de gagner sa vie.

1) On a vu plus haut que la jurisprudence et un grand nombre d'auteurs considèrent comme valable l'adoption des enfants naturels reconnus.

Cette tutelle est dite *officieuse*, parce qu'à la différence de la tutelle ordinaire qui constitue une charge imposée par la loi et à laquelle on ne peut en général se soustraire, elle est acceptée volontairement, spontanément par le tuteur à raison de ses sentiments de bienveillance et d'affection pour le pupille.

Par cette institution, les auteurs du code ont voulu remédier aux inconvénients que présentent dans certains cas les principes qui régissent l'adoption. Pour que l'adoption puisse avoir lieu, il faut, nous l'avons vu, que l'adoptant ait fourni pendant six ans des secours à l'adopté alors qu'il était mineur. Il faut en outre que l'adopté soit majeur. Or il peut arriver que la première de ces conditions étant remplie, l'adoption soit rendue impossible par le décès de celui qui se proposait d'adopter, décès survenu avant l'accomplissement de la seconde condition. La tutelle officieuse prévient ce danger. En s'attachant un mineur par ce contrat, une personne pourra, après cinq ans seulement de soins, l'adopter par testament pendant sa minorité.

Néanmoins la tutelle officieuse est extrêmement rare en pratique. La raison en est que la bienfaisance aime à s'exercer librement. Il répugne aux personnes qui se proposent d'adopter de se lier d'avance, sans avoir acquis la certitude que le mineur se montrera digne du bienfait qu'elles ont l'intention de lui conférer. Aussi les auteurs de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, voulant faciliter au profit de ces enfants la constitution d'une tutelle officieuse, ont-ils eu soin de modifier à leur égard les dispositions du code civil. Le moment n'est pas venu d'exposer ces modifications. Les explications qui vont suivre se réfèrent exclusivement à la tutelle officieuse telle qu'elle est organisée par le code.

SECTION I

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA TUTELLE OFFICIEUSE

665. Ces conditions sont indiquées par les art. 361, 362, et 364 al. 1.

Art. 361. « *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. 362. « *Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint.* »

Art. 364. « *Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans...* »

La tutelle officieuse se formant par un contrat, le consentement des parties est la première des conditions requises. Les parties contractantes sont, d'une part, l'individu qui veut devenir tuteur officieux et, d'autre part, les représentants du mineur, incapable de consentir par lui-même. Les représentants de mineur dans la circonstance sont :

1° Ses père et mère. S'ils sont tous les deux vivants et en état de manifester leur volonté, ils doivent consentir *l'un et l'autre*. Le consentement du père ne serait pas suffisant. Si l'un d'eux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

2° A défaut du père et de la mère, le conseil de famille de l'enfant et non pas ses ascendants.

3° Si l'enfant n'a pas de parents connus, les administrateurs de l'hospice dans lequel il a été recueilli et, s'il ne se trouve pas dans un hospice, la municipalité du lieu de sa résidence.

Les autres conditions exigées sont, pour la plupart, fondées sur le motif que la tutelle officieuse suppose un projet d'adoption dont elle est le préliminaire.

En ce qui concerne le tuteur officieux, il doit :

1° Être âgé de plus de cinquante ans ;

2° N'avoir ni enfants ni descendants légitimes ;

3° Obtenir, s'il est marié, le consentement de son conjoint (1) ;

4° Être capable de gérer une tutelle. Toutefois les femmes pouvant adopter comme les hommes peuvent aussi être tutrices officieuses, bien qu'elles soient en général incapables de gérer une tutelle ordinaire.

En ce qui concerne le pupille, il faut :

1° Qu'il soit âgé de moins de quinze ans, afin qu'il puisse, avant sa majorité, recevoir des soins pendant le temps voulu pour que l'adoption soit possible ;

2° Qu'il ne soit pas déjà soumis à une autre tutelle officieuse, à moins que le nouveau tuteur ne soit le conjoint du premier (arg. art. 344).

SECTION II

DES FORMES DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

666. Aux termes de l'art. 363, « *Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse.* »

L'acte constatant le contrat de tutelle officieuse doit être dressé non par

1) Paris, 10 août 1898, D. 98, 2, 528, S. 99, 2, 71.

le juge de paix du domicile du tuteur, mais par celui du domicile de l'enfant sans doute parce que, d'après le droit commun, la tutelle s'organise devant le juge de paix du domicile du mineur (art. 406).

Outre la mention des consentements requis pour la formation du contrat de tutelle officieuse, l'acte reçu par le juge de paix peut contenir des stipulations particulières relatives aux effets de cette tutelle (art. 364).

SECTION III

DES EFFETS DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

667. Ces effets sont en principe les mêmes que ceux de la tutelle ordinaire. Le tuteur officieux a donc la garde et la direction de la personne du pupille ainsi que l'administration de ses biens. « *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. 365). Bien que cet article semble ne conférer au tuteur officieux l'administration des biens personnels du pupille qu'autant que celui-ci était déjà en tutelle lors de la constitution de la tutelle officieuse, on s'accorde à reconnaître que telle n'a pu être la pensée de la loi. On ne voit en effet aucun motif pour refuser cette administration au tuteur officieux dans le cas où le mineur n'était pas antérieurement en tutelle. Le législateur en s'exprimant comme il l'a fait a commis une confusion. Ce n'est pas l'existence ou l'inexistence d'une tutelle antérieure qui peut influencer à cet égard sur les pouvoirs du tuteur officieux, c'est une circonstance toute différente, l'existence ou l'inexistence au profit des père et mère du droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant (art. 384). Si ce droit de jouissance existe, l'administration des biens qui y sont soumis continue d'appartenir au père ou à la mère et ne passe pas au tuteur officieux, sans qu'il y ait à distinguer si l'enfant était ou non en tutelle. Si ce droit n'existe pas, l'administration des biens de l'enfant appartient au tuteur officieux, qu'il y eût ou non une tutelle antérieure. L'art. 363 signifie donc que le tuteur officieux prend l'administration des biens quand la jouissance de ces biens n'appartient pas au père ou à la mère du pupille (1).

Quant à la direction de la personne de l'enfant, elle appartient dans tous les cas au tuteur officieux, chargé désormais de son éducation. En consentant à l'établissement de la tutelle officieuse les père et mère con-

1) Demolombe, t. VI, n° 235; Aubry et Rau, § 564, texte et note 1; Marcadé, sur l'art. 365; Duranton, t. III, n° 339; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 533; Huc, t. III, n° 146.

sentent donc par là même à ce que la personne de leur enfant soit confiée au tuteur officieux. Mais ils conservent les attributs de la puissance paternelle qui ne sont pas incompatibles avec les droits du tuteur. Ainsi l'enfant demeure tenu de demander leur consentement pour son mariage.

Les immeubles du tuteur officieux sont, comme ceux du tuteur ordinaire, grevés d'une hypothèque au profit de son pupille (art. 2121), et sa gestion est surveillée par un subrogé tuteur (art. 420) (1).

Outre les obligations générales qui lui incombent en qualité de tuteur, le tuteur officieux a certaines obligations qui lui sont propres. « Elle (la tutelle officieuse) 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). C'est à ses propres frais que le tuteur est tenu de subvenir à tous les besoins du pupille, alors même que celui-ci posséderait des biens suffisants pour faire face à cette dépense (art. 365). Le tuteur doit mettre de côté les revenus des biens dont le pupille est propriétaire, sans pouvoir imputer sur ces revenus d'autres frais que ceux d'administration des biens eux-mêmes.

Les parties peuvent régler par des conventions particulières, insérées dans l'acte dressé par le juge de paix, le mode d'exécution de l'obligation imposée au tuteur, spécialement l'importance des dépenses à faire pour l'éducation du pupille, le genre d'instruction qu'il recevra, etc. Ces conventions sont très utiles pour prévenir les conflits qui pourraient s'élever au cours de la tutelle entre le tuteur officieux et les père et mère relativement à la direction de l'enfant.

668. La tutelle officieuse cesse par les mêmes causes que la tutelle ordinaire, et notamment par la mort du tuteur et par la majorité du pupille.

Lorsqu'elle cesse par le décès du tuteur, deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien le tuteur est décédé sans avoir pu ou voulu conférer à son pupille l'adoption testamentaire, ou bien il l'a adopté par testament.

Dans la première hypothèse, l'obligation contractée par le tuteur de subvenir à tous les besoins du pupille pendant la minorité de celui-ci passe à ses héritiers et successeurs universels. « 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).

La seconde hypothèse est prévue par l'art. 366 ainsi conçu : « Si le tu-

1) Demolombe, t. VI, nos 236 et 237; Aubry et Rau, § 564; Laurent, t. IV, n° 240.

teur 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 pas d'enfants légitimes. » Il résulte de cet article que la validité de l'adoption testamentaire est subordonnée à trois conditions spéciales :

1° Il faut qu'au moment de la confection du testament dans lequel se trouve la déclaration d'adoption, il se soit écoulé cinq ans au moins depuis l'établissement de la tutelle officieuse. Il ne suffirait pas que les cinq ans fussent révolus lors du décès du tuteur officieux (1).

2° Il faut que le tuteur officieux décède avant que le pupille ait atteint sa majorité. L'adoption testamentaire est caduque lorsque le tuteur survit à la majorité du pupille.

3° Il faut enfin que le tuteur ne laisse pas à son décès d'enfants légitimes.

L'adoption testamentaire est à divers points de vue plus favorisée que l'adoption contractuelle : — Elle peut avoir lieu au profit d'un mineur, et nous venons même de voir qu'elle ne peut avoir lieu qu'au profit d'un mineur. — L'adoptant n'a pas besoin d'obtenir le consentement de son conjoint, parce qu'il a déjà obtenu ce consentement lors du contrat de tutelle officieuse (art. 362) et que l'adoption testamentaire ne doit avoir effet que par le décès de l'adoptant et après la dissolution du mariage. — Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait, pendant six ans, donné des soins ou fourni des secours à l'adopté ; il suffit qu'il se soit écoulé cinq ans depuis l'établissement de la tutelle officieuse. — Enfin la loi ne prescrit pas l'homologation de l'acte testamentaire par les tribunaux, ni l'insertion de cet acte sur les registres de l'état civil.

L'adoption testamentaire peut être faite par toute espèce de testament, même par testament olographe. Mais elle ne s'accomplit pas de plein droit par la seule volonté du tuteur officieux ; il faut qu'elle soit acceptée. Quand, par qui et comment l'acceptation doit-elle être faite ? Le code a gardé à cet égard un silence complet. Le mineur étant incapable de consentir, l'acceptation ou la répudiation de l'adoption ne peut émaner que de ses représentants. Mais comme on ne saurait admettre que, dans une circonstance aussi grave, le mineur soit lié irrévocablement par la décision de ses représentants, alors surtout que le législateur n'a prescrit aucune précaution particulière pour garantir ses intérêts, on doit forcément reconnaître que cette décision n'a qu'un effet provisoire et qu'une fois devenu majeur l'ex-pupille pourra répudier l'adoption qui aurait été acceptée ou accepter celle qui aurait été répudiée en son nom. Il peut résulter de là, pendant

1) *Contra* : Laurent, t. IV, n° 243.

plusieurs années, une incertitude très fâcheuse qu'il eût été bon de prévenir par une disposition spéciale (1).

Sauf les différences qui viennent d'être signalées, l'adoption testamentaire est soumise aux mêmes règles que l'adoption contractuelle.

Lorsque la tutelle officieuse prend fin par la majorité du pupille, les parties peuvent, si elles sont d'accord, faire une adoption dans les conditions ordinaires. « *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).

L'art. 369 prévoit le cas où le tuteur refuserait d'adopter son pupille devenu majeur ou se trouverait, par suite d'un empêchement quelconque dans l'impossibilité de le faire. Il permet alors à l'ex-pupille, s'il n'est pas en état de gagner sa vie, de réclamer une indemnité. « *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 indemniser 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 préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas.* » Le tuteur pourra être condamné à payer une indemnité, dit la loi. L'indemnité n'est donc pas toujours et nécessairement due. En effet, si c'est la mauvaise conduite de l'enfant qui le rend indigne de l'adoption, ou si c'est sa paresse qui l'a empêché de profiter des dépenses faites par son tuteur pour lui procurer une profession ou un métier, celui-ci n'ayant commis aucune faute ne saurait être condamné. Les magistrats apprécieront.

Quelle que soit la cause qui mette fin à la tutelle officieuse, le tuteur, s'il a géré les biens du pupille, doit rendre compte de sa gestion : « *Le tuteur officieux] qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires en devra compte dans tous les cas* » (art. 370).

TITRE IX

De la puissance paternelle

669. La puissance paternelle est l'autorité que la loi reconnaît au père et à la mère sur leurs enfants pour leur permettre de remplir les devoirs dont ils sont tenus envers ceux-ci.

1) Demolombe, t. VI, n° 80; Demante, t. II, n° 405 bis, III; Marcadé, sur l'art. 366; Laurent, t. IV, n° 247.

L'expression *puissance paternelle* vient du droit romain qui avait complètement méconnu le véritable caractère de cette autorité. La famille romaine étant concentrée dans son chef qui absorbait en quelque sorte toutes les individualités qui la composaient, l'autorité du père sur ses enfants était à Rome un pouvoir absolu et illimité, existant non dans l'intérêt de ceux qui y étaient soumis, mais dans l'intérêt de celui qui en était investi. En vertu de sa *patria potestas*, le chef de famille pouvait à l'origine disposer de la personne de ses enfants comme un propriétaire peut disposer de sa chose; il pouvait les vendre et même les mettre à mort. L'enfant n'avait aucun bien en propre; tout ce qu'il acquérait devenait la propriété de son père. Cette puissance, à laquelle la mère ne participait pas, était perpétuelle. L'enfant y demeurait soumis quel que fût son âge, alors même qu'il était marié et qu'il avait lui-même des enfants, à moins qu'il ne plût à son père de l'émanciper. Plus tard, les progrès des mœurs et de la civilisation adoucirent ce pouvoir despotique. L'autorité sur la personne des enfants devint plus humaine; elle fut corrigée quant aux biens par l'introduction successive des divers pécules. Mais, malgré ces adoucissements, le principe d'où dérivait les rigueurs primitives ne disparut point.

Les règles du droit romain dans son dernier état furent conservées dans nos provinces de droit écrit, tout en recevant de nouveaux adoucissements. La puissance paternelle continua d'appartenir au père seul; la mère n'y participait pas. Elle subsistait en principe pendant toute la vie du père. Tous les biens que l'enfant acquérait, à l'exception des pécules, appartenaient à son père. Mais, indépendamment de l'émancipation expresse, on admit, dans quelques pays, divers cas d'émancipation tacite, notamment l'émancipation résultant du mariage de l'enfant contracté avec le consentement de son père et celle qui résultait de la nomination de l'enfant à certaines fonctions publiques, ou de la circonstance qu'il avait vécu hors de la maison paternelle pendant dix ans ou même seulement pendant un an et un jour.

Dans les provinces coutumières au contraire, la puissance paternelle était organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant; elle n'était pour les parents que le moyen de remplir leur devoir d'éducation. En conséquence, elle appartenait à la mère aussi bien qu'au père, quoique ce dernier l'exerçât seul pendant le mariage. D'autre part, elle prenait fin non seulement par l'émancipation, mais encore lorsque l'enfant était, par son âge, en état de se diriger lui-même. Enfin l'enfant pouvait être propriétaire et acquérir pour son propre compte. De là cette maxime rapportée par Loysel : « *En France, droit de puissance paternelle n'a lieu.* » Ce qui signifiait non point que dans la France coutumière les parents n'avaient aucune autorité sur leurs enfants, mais que leur autorité n'avait ni le même fondement, ni la même étendue que la puissance paternelle du droit romain.

Non contente de faire disparaître toute trace de la *patria potestas* romaine dans les pays de droit écrit, la législation révolutionnaire désorganisa entièrement la famille et ne laissa aux parents qu'une ombre d'autorité.

Sauf un petit nombre de modifications, les rédacteurs du code civil sont revenus aux principes du droit coutumier. Afin de bien marquer leur volonté de rompre entièrement avec les traditions des pays de droit écrit, ils ont même évité d'employer l'expression *puissance paternelle*. Cette expression ne se rencontre que dans l'intitulé de notre titre, et c'est peut-être par inadvertance qu'elle a été maintenue à cette place. Partout ailleurs elle est remplacée par les mots *autorité paternelle*. Dans la pratique, on se sert indifféremment des deux expressions.

670. Le titre de la puissance paternelle s'ouvre par un article ainsi conçu : « *L'enfant, d tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* » (art. 371). C'est le précepte du Deutéronome : *Honora patrem tuum et matrem tuam*. Quelques auteurs ont voulu voir dans cette disposition une règle législative proprement dite, créant de véritables obligations juridiques, et ils en ont conclu que les tribunaux étaient autorisés à interdire à l'enfant, dans ses rapports avec son père et sa mère, l'exercice de ceux des droits civils qui leur paraîtraient incompatibles avec les devoirs de la piété filiale. C'est ainsi que, d'après eux, un enfant ne devrait pas être admis à intenter contre ses parents une *action déshonorante*, ni à faire prononcer contre eux, au cas où il serait leur créancier, une condamnation dont le résultat serait de les réduire à la misère (1). Telle n'est point en réalité la portée de l'art. 371. On ne doit y voir autre chose qu'une déclaration purement morale que le législateur a jugé bon de placer en tête de son œuvre afin de rappeler aux enfants les devoirs dont ils sont tenus envers leurs parents et d'indiquer l'esprit dont il s'est inspiré dans l'organisation de la puissance paternelle, mais qui n'a, dans le for extérieur, d'autres conséquences obligatoires que celles qui se trouvent exprimées par la loi dans un texte positif. « Ce n'est là, disait Albisson dans son discours au Tribunat, qu'un précepte de morale ; mais au sortir de la tourmente qui a tant bouleversé de têtes, tant menacé d'une subversion totale toute idée de subordination et de révérence filiale, ce précepte devait précéder des dispositions toutes relatives à une autorité temporaire, pour rappeler sans cesse aux enfants que si la loi les affranchit à des époques fixes de leur âge de l'autorité de leurs parents, il n'est point de moment de leur vie, point de circonstance, point de situation, où ils ne leur doivent honneur et respect. »

671. La puissance paternelle s'exerce tant sur les enfants légitimes ou légitimés que sur les enfants naturels dont la filiation est légalement établie.

1) Duranton, t. III, n° 350 ; Proudhon, t. I, p. 238.

Les règles qui la gouvernent n'étant pas les mêmes pour ces deux classes d'enfants nous les envisagerons séparément.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES

SECTION I

A QUI APPARTIENT LA PUISSANCE PATERNELLE

672. La puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. « *Il (l'enfant) reste sous LEUR AUTORITÉ jusqu'à sa majorité ou son émancipation* », dit l'art. 372.

Mais, afin d'assurer l'unité de direction nécessaire dans toute société, l'exercice de cette autorité est, durant le mariage, attribué exclusivement au père, chef de la famille, déjà investi de l'autorité maritale. « *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage* » (art. 373). Ce n'est donc qu'officieusement, par ses observations, par ses conseils ou ses prières, que la mère peut intervenir pour faire prévaloir sa manière de voir sur celle du père relativement à l'éducation de l'enfant. La puissance paternelle étant d'ordre public, toute dérogation à l'art. 372, toute convention par laquelle le père abdiquerait dans une mesure quelconque l'exercice de cette autorité serait frappée de nullité (art. 6). L'art. 1388 consacre une application particulière de ce principe lorsqu'il déclare qu'aucune clause du contrat de mariage ne peut porter atteinte à la prépondérance du père.

En général, c'est seulement après la dissolution du mariage par la mort du père que la mère a l'exercice de l'autorité paternelle. Par exception, elle est appelée à exercer cette autorité même pendant le mariage lorsque le père se trouve dans l'impossibilité de l'exercer lui-même. Le droit étant en effet commun au père et à la mère et l'exercice n'en étant refusé à cette dernière que par suite de l'attribution qui en est faite à son mari, cet exercice doit naturellement lui revenir dès lors que le mari est hors d'état d'accomplir sa mission. Si donc le père est absent, interdit, en état de démence la mère prend sa place de plein droit. Il en était de même autrefois au cas de déchéance de la puissance paternelle encourue par le père; mais la loi du 24 juillet 1889 qui régit aujourd'hui cette matière réserve aux tribunaux le soin d'apprécier si l'exercice de l'autorité dont le père est dépouillé doit ou non appartenir à la mère.

Le divorce prononcé entre les époux donne lieu, en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle, à des mesures spéciales. En principe, c'est à l'époux qui a obtenu le divorce que les enfants doivent être confiés,

parce qu'il est réputé le plus digne de les diriger. Mais il est loisible au tribunal de déroger à cette règle et de confier les enfants soit à l'autre époux, soit à une tierce personne (art. 302). Quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, le père et la mère conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation, sauf recours aux tribunaux en cas de conflit (art. 303).

On s'accorde à penser que les art. 302 et 303 doivent être appliqués par analogie au cas de séparation de corps.

Les tribunaux ont également toute latitude pour ordonner, au cours de l'instance en divorce ou en séparation, les mesures provisoires que réclame l'intérêt des enfants (art. 238, 240 et 307).

La puissance paternelle est propre au père et à la mère. Elle n'appartient jamais aux ascendants d'un degré supérieur, même après le décès des père et mère. La loi à la vérité reconnaît aux ascendants certains droits vis-à-vis de leurs descendants. Mais ces droits sont étrangers à la puissance paternelle proprement dite, telle qu'elle est réglementée dans le titre IX.

SECTION II

DES DROITS DÉRIVANT DE LA PUISSANCE PATERNELLE

673. Ces droits sont de deux sortes : les uns sont relatifs à la personne de l'enfant, les autres sont relatifs à ses biens.

§ 1. — *Des attributs de la puissance paternelle en ce qui concerne la personne de l'enfant.*

674. Tenus d'élever leur enfant, les père et mère ont par là même le droit de diriger son éducation et d'exiger de sa part une entière soumission aux règles de conduite qui lui sont tracées. Par application de ce droit très large, dont l'exercice échappe dans ses détails à l'action du législateur, le code reconnaît aux parents les pouvoirs suivants : 1° le droit de garde ; 2° le droit de correction.

1° Du droit de garde.

675. On désigne sous ce nom le droit qui appartient aux parents de contraindre l'enfant à rester soit auprès d'eux, soit dans la maison d'éducation ou l'atelier d'apprentissage où ils l'ont placé et, s'il vient à quitter sans leur permission la résidence qui lui est assignée, de l'y faire ramener par les agents de la force publique.

On admet généralement que pour mettre en mouvement la force publique le père (ou la mère lorsque c'est elle qui exerce la puissance paternelle) n'a pas besoin d'obtenir un jugement et qu'il suffit d'une ordonnance du président du tribunal. Une semblable ordonnance est en effet suffisante quand

il s'agit de l'arrestation de l'enfant en vue de l'incarcérer (art. 376 et 377). On ne voit pas comment un jugement serait nécessaire alors qu'il s'agit d'une mesure beaucoup moins grave.

Il n'y a qu'un seul cas dans lequel la loi autorise l'enfant à quitter sans l'aveu de son père (ou de sa mère) la maison paternelle, ou tout autre lieu dans lequel il aurait été placé ; c'est celui où il veut contracter un engagement militaire. Le code permettait l'enrôlement sans le consentement du père ou de la mère dès l'âge de dix-huit ans. « *L'enfant, disait l'art. 374, 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.* » L'âge auquel un enfant peut contracter seul un engagement volontaire a été porté à vingt ans par l'art. 32 de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, dont la disposition à cet égard a été successivement reproduite par la loi du 27 juillet 1872 et par la loi du 15 juillet 1889 (art. 59).

En vertu de son droit général d'éducation et du droit de garde qui en est un corollaire, le dépositaire de la puissance paternelle est fondé à surveiller la correspondance et les relations de ses enfants et à leur interdire toute communication avec telle ou telle personne, sans qu'il soit permis à qui que ce soit de lui demander compte de sa décision. Toutefois la règle reçoit exception en ce qui concerne les ascendants. Une jurisprudence constante, approuvée par la plupart des auteurs, estime que le père ou la mère ne peut arbitrairement mettre obstacle aux rapports de ses enfants avec leurs grands-parents. Les enfants sont en effet tenus envers leurs ascendants de tous les degrés d'un devoir de respect. Si la loi ne rappelle expressément ce devoir naturel qu'à l'égard des père et mère, elle le reconnaît et le consacre implicitement à l'égard des autres ascendants en faisant à ceux-ci une place à part dans la famille et en leur conférant certaines attributions vis-à-vis de leurs descendants. Le père ou la mère qui interdit à ses enfants de voir leurs grands-parents ou de correspondre avec eux porte donc au droit de ceux-ci une atteinte qu'il appartient aux tribunaux de réprimer. Les magistrats peuvent non seulement autoriser les ascendants à voir leurs petits-enfants au domicile paternel ou dans l'établissement d'instruction où ils sont placés, mais encore ordonner que les enfants seront conduits chez leurs ascendants. Mais certains arrêts sont, croyons-nous, allés trop loin en autorisant les grands-parents à retenir chez eux leurs petits-enfants pendant une partie des vacances. Cette mesure, directement contraire au droit de garde qui appartient exclusivement au père, ne pourrait se justifier que dans le cas où, à raison du grand âge ou de l'état de santé des ascendants, il serait impossible de donner autrement satisfaction à leur droit (1).

1) Demolombe, t. VI, n° 395; Aubry et Rau, § 550, texte et note 26; Planiol,

2° Du droit de correction.

676. L'éducation d'un enfant comporte nécessairement l'emploi des récompenses et des châtiments. Ceux-ci, tant qu'ils ne dégèrent pas en violences et en brutalités, qu'ils sont proportionnés à l'âge de l'enfant et à la faute commise, sont donc parfaitement légitimes. Dans cette limite, le père jouit d'une liberté complète quant au choix des moyens à employer. Les punitions même corporelles, s'il croit devoir y recourir, ne peuvent faire l'objet d'aucune critique.

En reconnaissant aux père et mère le droit de disposer librement d'une partie de leur fortune (art. 913), le code consacre une autre sanction indirecte de l'autorité paternelle. Ce droit de disposition constitue en effet entre les mains des parents un moyen de récompenser et de punir, la portion disponible pouvant être attribuée par eux soit à des étrangers, soit à un ou plusieurs des enfants à l'exclusion des autres. Mais cette sanction peut n'être pas suffisante, parce qu'elle n'opère qu'après la mort des parents, qu'elle suppose une certaine situation de fortune et que la loi réserve aux enfants, même les plus coupables, une partie importante de la succession paternelle ou maternelle.

Sous le nom de *droit de correction* le législateur met au service de l'autorité paternelle un moyen de répression beaucoup plus énergique, dans les cas graves et exceptionnels où la discipline domestique est impuissante à dompter les mauvais instincts de l'enfant. « *Le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant*, dit l'art. 375, *aura les moyens de correction suivants.* » Et la majeure partie du titre IX est consacrée à organiser ce mode de répression qui consiste à faire incarcérer l'enfant pendant un certain temps. Les règles auxquelles il est soumis varient suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

A. Droit de correction exercé par le père.

677. Le père peut, suivant les cas, exercer le droit de correction de deux manières différentes : *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

Dans l'un et dans l'autre cas, l'ordre d'arrestation est délivré par le président du tribunal, aucun emprisonnement ne pouvant avoir lieu sans l'autorisation de la justice. Mais le rôle de ce magistrat est très différent suivant que le père est en situation d'agir par voie d'autorité ou qu'il ne peut employer que la voie de la réquisition. Lorsque le père agit par voie

t. I, n° 2400 ; E. Jac, *Grands parents et petits-enfants ; leurs rapports juridiques.* (*Revue des Facultés catholiques de l'Ouest*, 1898.) — Cour de cass., 12 et 26 juillet 1870, D. 71, 1, 217, S. 71, 1, 28 ; — 28 juillet 1891, D. 92, 1, 70, S. 91, 1 385 ; — 24 juin 1892, D. 93, 2, 81 ; — 12 février 1894, D. 94, 1, 218, S. 94, 1, 240 ; — Nîmes, 3 août 1898, D. 99, 2, 381.

d'autorité, le président est *obligé* de délivrer l'ordre d'arrestation. Il n'a pas le droit d'exiger que le père lui fasse connaître ses griefs, et s'il remarque de sa part une sévérité excessive, il ne peut avoir recours qu'aux conseils et aux exhortations. C'est donc en réalité le père seul qui prononce alors l'incarcération ; le magistrat n'est que l'exécuteur de la volonté paternelle. Quand au contraire le père agit par voie de réquisition, il ne fait que solliciter du président un ordre d'arrestation que celui-ci *peut refuser*. Il doit donc faire connaître au magistrat les motifs qui le déterminent à demander l'emprisonnement de son enfant, et sa demande n'est accueillie qu'autant qu'après examen les motifs allégués sont reconnus exacts et d'une gravité suffisante pour justifier la mesure sollicitée. Malheureusement, les garanties que la loi a voulu donner ainsi à l'enfant disparaissent presque entièrement en pratique. Il est en effet impossible au président de procéder par lui-même à l'enquête destinée à vérifier les dires du père. L'enquête, au moins dans les grandes villes, c'est-à-dire précisément là où les abus sont le plus à craindre, est faite par des fonctionnaires subalternes, les commissaires de police, qui n'apportent pas toujours à l'accomplissement de cette délicate mission le soin et le tact qu'elle exige.

678. Pour que le père puisse agir par voie d'autorité, il faut que l'enfant ait moins de quinze ans révolus. « *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* » (art. 376). Il faut de plus que le père ne soit pas remarié, que l'enfant n'ait pas de biens personnels et qu'il n'exerce pas un état (art. 380 et 382). Si l'une de ces conditions vient à manquer, la détention ne peut avoir lieu que par voie de réquisition.

Ce dernier mode de procéder est donc le seul possible :

1° Lorsque l'enfant a plus de quinze ans révolus. « *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* » (art. 377). L'enfant qui a commencé sa seizième année pouvant commettre des fautes plus graves et braver plus ouvertement l'autorité paternelle, le législateur a craint de la part du père irrité une sévérité excessive. Il fait alors intervenir le président comme un pouvoir modérateur entre le père et l'enfant. Cette précaution lui a paru inutile lorsque l'enfant a moins de quinze ans révolus, sa faiblesse même ne permettant pas de penser que le père puisse être tenté d'abuser envers lui de son autorité. Une triste expérience a démontré que la faiblesse de l'enfant n'est pas une

protection suffisante contre la colère de certains pères dénaturés. Aussi l'abolition du droit de correction par voie d'autorité est-elle la première réforme qui s'impose en cette matière.

2° Lorsque le père est 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'art. 377* » (art. 380). La loi a pensé que, sous l'influence de sa seconde femme, le père pourrait n'avoir plus la même tendresse et la même impartialité pour les enfants issus de son premier mariage.

Le père remarié recouvre-t-il le droit d'agir par voie d'autorité quand il est devenu veuf? L'affirmative paraît conforme au texte et à l'esprit de la loi. L'art. 380 parle en effet non du père qui s'est remarié, mais du père *qui est remarié*, ce qui suppose que le second mariage existe encore. D'autre part la loi redoute l'influence de la marâtre et cette influence disparaît avec elle (1). Quelques auteurs se prononcent cependant en sens contraire (2).

3° Lorsque l'enfant a des biens personnels ou lorsqu'il exerce un état. « *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* » (art. 382 al. 1).

Lorsque l'enfant a des biens personnels. Cette disposition a été insérée dans le code à la demande de Cambacérès qui l'expliquait ainsi : « Si l'enfant a pour père un dissipateur, le père cherchera à le dépouiller de ses biens; il se vengera du refus de l'enfant et peut-être lui fera-t-il acheter sa liberté. » L'enfant, à raison de sa minorité, est à la vérité légalement incapable de s'obliger et de disposer de ses biens, mais il pourrait se croire moralement tenu d'exécuter les engagements qu'il aurait pris.

Lorsque l'enfant exerce un état. La limitation apportée en pareil cas au droit du père tient aux ménagements tout particuliers qu'exige la situation de l'enfant, une incarcération pouvant avoir pour effet de lui faire perdre son état. A ce motif, qui a déterminé les rédacteurs du code, la pratique permet d'en ajouter un autre. Le sentiment qui, dans les classes pauvres, détermine les parents à demander, sous prétexte de correction, l'incarcération de leurs enfants lorsque ceux-ci ont un gagne-pain est trop souvent le désir de vaincre la résistance qu'ils rencontrent quand ils prétendent s'approprier leur gain.

679. Dans le cas où le père agit par voie d'autorité, la détention ne peut

1) Aubry et Rau, § 550; Laurent, t. IV, n° 277; Marcadé, sur l'art. 380; Planiol, t. I, n° 2421; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1128.

2) Demolombe, t. VI, n° 324; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 556; Huc, t. III, n° 180.

avoir lieu que pour *un mois au plus*. Le président du tribunal n'a pas le droit, en délivrant l'ordre d'arrestation, d'en réduire la durée au-dessous de ce terme contre la volonté du père.

Quand le père agit par voie de réquisition, il y a une distinction à faire. Si l'enfant a commencé sa seizième année, la détention peut être demandée et ordonnée *pour six mois au plus*. Elle ne peut l'être au contraire que *pour un mois au plus* lorsque, l'enfant ayant moins de quinze ans accomplis, la voie de la réquisition est rendue nécessaire par l'une de ces trois circonstances : que le père est remarié, que l'enfant a des biens personnels ou qu'il exerce un état. Le motif de cette distinction est que les fautes d'un enfant qui a commencé sa seizième année pouvant être plus graves que celle d'un enfant au-dessous de cet âge, il convenait que la répression pût être plus sévère. Dans tous les cas où le droit de correction s'exerce par voie de réquisition, le président peut abréger le temps de détention requis par le père.

680. Aucun recours n'est ouvert à l'enfant détenu par voie d'autorité. La sentence paternelle, devant laquelle le président a dû s'incliner, est sans appel. Il n'en est pas de même dans le cas où la détention a lieu par voie de réquisition. Aux termes de l'art. 382 al. 2, « *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 instance et fera son rapport au président de la cour royale, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.* »

L'art. 382 ne parlant dans son premier alinéa que de l'enfant qui a des biens personnels ou qui exerce un état, on a soutenu que le recours qu'il établit ne peut pas être exercé par l'enfant dont le père est remarié ou qui a commencé sa seizième année (1). Cette manière de voir doit, croyons-nous, être rejetée. Outre qu'il n'y a aucune raison de distinguer entre les différents cas dans lesquels le père ne peut agir que par voie de réquisition, il paraît bien résulter des travaux préparatoires que les rédacteurs du code ont entendu formuler dans l'art. 382 al. 2 une règle générale, indépendante de la disposition du premier alinéa (2).

C'est seulement lorsqu'il est rendu au lieu de sa détention que l'enfant peut adresser son mémoire au procureur général. Le recours que la loi lui ouvre n'est donc pas suspensif et il ne pouvait pas l'être sous peine de créer, au grand préjudice de l'autorité paternelle, un débat judiciaire entre le père

1) Marcadé, sur l'art. 382; Durantou, t. III, n° 355; Laurent, t. IV, n° 288.

2) Demolombe, t. VI, n° 331; Aubry et Rau, § 550, texte et note 22; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 560; Planiol, t. I, n° 2427; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1135.

et l'enfant. En fait, ce recours n'est du reste presque jamais exercé, parce que l'enfant ne connaît pas le droit que lui confère l'art. 382.

681. Que l'incarcération ait lieu par voie d'autorité ou par voie de réquisition, le vœu de la loi est qu'elle s'opère aussi secrètement que possible « Donner de la publicité, dit Réal, à des erreurs, à des faiblesses de jeunesse, en éterniser le souvenir, ce serait marcher directement contre le but qu'on se propose ; et de ces punitions qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner des tourments à l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie. » L'art. 378 al. 1 dispose en conséquence : « *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.* » Il ne faut pas toutefois s'exagérer la portée de cet article qui ne saurait être exécuté à la lettre. La première chose que doit faire le président c'est en effet de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille et de l'enfant. Cette enquête est nécessaire même quand le père agit par voie d'autorité, afin de vérifier s'il se trouve dans les conditions requises pour suivre cette voie. Il y a donc lieu nécessairement à la constitution d'un dossier. D'un autre côté, l'art. 382 ouvre à l'enfant détenu par voie de réquisition un recours au procureur général et dispose que ce magistrat se fera rendre compte par le procureur de la république, c'est-à-dire qu'il lui demandera un rapport sur l'affaire. Enfin, une bonne organisation du service de la correction paternelle exige, dans les grandes villes tout au moins, la tenue de répertoires relatifs aux ordonnances sollicitées et obtenues, à la durée et aux lieux de la détention, etc. Malgré la disposition de l'art. 378 al. 1 les écritures peuvent donc être assez nombreuses. Outre la défense de motiver l'ordre d'arrestation la principale conséquence qui résulte de cet article est de permettre au père de formuler verbalement sa demande au président, sans requête et sans ministère d'avoué.

L'art. 378 al. 2 ajoute : « *Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables.* » Les dépenses qu'entraîne l'incarcération de l'enfant sont en effet une charge de son éducation et doivent comme telles être supportées par ses parents (art. 203). Suivant quelques auteurs, il ne suffirait pas que le père s'engageât à payer la somme nécessaire à l'entretien de l'enfant pendant son incarcération, il faudrait qu'il consignât cette somme à l'avance. Cela résulte, dit-on, du texte de l'art. 378. La virgule placée après le mot *frais* montre que la fin de la phrase *et de fournir les aliments convenables* se rapporte non pas au mot *soumission*, mais au mot *tenu* et que par suite l'art. 378 al. 2 impose au père deux obligations distinctes : 1° celle de souscrire une soumission, c'est-à-dire un engagement de payer tous les frais ; 2° celle de fournir immédiatement les aliments convenables.

Nous croyons au contraire avec l'opinion dominante que le père n'a aucune avance à faire, pas plus pour les aliments que pour les frais, et qu'il suffit qu'il prenne l'engagement de payer les uns et les autres quand on les lui réclamera. La première rédaction de l'art. 378 était très formelle sur ce point. La virgule à laquelle on attache tant d'importance n'existait pas alors et il n'est dit nulle part qu'elle a été ajoutée à dessein pour changer le sens du projet.

Le père peut être dispensé de faire la soumission prescrite par la loi lorsqu'il justifie de son indigence (Lettre ministér. du 20 février 1822). De là des abus, les certificats d'indigence étant délivrés par les maires avec une regrettable facilité.

682. Le code ne dit pas *en quel lieu* l'enfant doit être détenu. Le projet portait qu'il serait envoyé dans une *maison de correction*. Mais cette disposition fut supprimée à raison des dangers qui résulteraient du contact de l'enfant avec des malfaiteurs. Depuis la confection du code, de nombreux établissements pénitentiaires ont été créés à l'usage des jeunes détenus. Dans les localités où, faute d'établissement de ce genre, il est nécessaire de recourir aux maisons d'arrêt ou de justice, un quartier spécial est affecté aux enfants détenus par voie de correction paternelle (loi du 5 août 1850 et décret du 11 novembre 1885).

683. Aux termes de l'art. 379, « *Le père est toujours maître d'abrèger 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.* » Maître absolu de faire cesser la détention commencée, le père pourrait également bien entendu, après avoir obtenu du président l'ordre d'arrestation, ne pas le faire exécuter.

B. Droit de correction exercé par la mère.

684. La mère, lorsqu'elle est appelée à exercer la puissance paternelle à défaut du père, peut aussi faire détener l'enfant. Mais comme la femme est généralement plus impressionnable que l'homme, moins réfléchie, plus accessible aux influences étrangères, le code a soumis son pouvoir à d'importantes restrictions. « *La mère survivante et non remariée, dit l'art. 381, ne pourra faire détener un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'art. 377.* »

En parlant seulement de la mère *survivante*, cet article a statué *de eo quod plerumque fit*, le prédécès du mari étant le cas normal qui donne lieu à l'exercice de la puissance paternelle par la mère. Mais il n'est pas douteux qu'il doive recevoir son application même pendant la vie du père, si celui-ci se trouve dans l'impossibilité physique ou légale d'exercer son autorité.

A la différence du père, la mère ne peut jamais agir que par voie de réquisition, même à l'égard d'un enfant ayant moins de seize ans commencés.

D'un autre côté elle ne peut requérir la détention qu'avec le concours, c'est-à-dire avec l'assentiment, des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Que faut-il décider s'il n'y a pas de parents paternels? Les interprètes sont divisés sur la question. Les uns estiment qu'en présence de l'impossibilité où se trouve la mère de remplir la condition exigée par la loi, elle a le droit d'agir seule sans aucune assistance (1). Les autres, et c'est l'opinion dominante, appliquant ici par analogie la disposition de l'art. 409 sur la composition du conseil de famille, pensent que la mère doit se faire assister par deux amis du père (2).

Enfin, la mère qui se remarie perd complètement le droit de correction sur les enfants issus de son premier mariage, tandis que le père remarié conserve son droit, sauf à ne plus pouvoir l'exercer que par voie de réquisition. A tort ou à raison, le législateur a pensé que l'influence d'une seconde femme était moins à redouter que celle d'un second mari. Il est à remarquer toutefois que la mère remariée ne perd entièrement son droit de correction que si la tutelle des enfants lui a été retirée. Lorsqu'elle a été maintenue dans la tutelle, elle peut, *en qualité de tutrice*, de concert avec son nouveau mari et avec l'autorisation du conseil de famille, exercer le droit de correction, conformément à l'art. 468.

La mère remariée, mais redevenue veuve recouvre-t-elle le droit de correction dans les termes de l'art. 381? Cette question soulève la même controverse qu'en ce qui concerne le père remarié. Elle nous paraît devoir être résolue dans le même sens.

L'exercice du droit de correction par la mère donne lieu à une dernière difficulté qui lui est spéciale. La mère jouit-elle, comme le père, du droit d'abrèger à son gré la détention de l'enfant? On a soutenu que ce droit ne lui appartient pas, attendu que l'art. 379 qui l'établit ne parle que du père et que l'art. 381 ne s'y réfère point. La mère ayant moins de fermeté que le père, le législateur a pu craindre qu'elle ne compromît son autorité par des pardons imprudents et irréfléchis (3). Nous avons peine à croire que telle ait été la pensée des auteurs du code. Le droit de punir implique le droit de faire grâce, surtout quand il s'agit de châtiments paternels. La loi n'a certainement pas eu la prétention de régler par un seul article toute la théorie du droit de correction exercé par la mère. L'art. 381 n'a d'autre objet que d'indiquer les particularités relatives à l'hypothèse où l'autorité domestique est entre les mains de celle-ci. Les dispositions qui gouvernent

1) Laurent, t. IV, n° 282; Huc, t. III, n° 181.

2) Demolombe, t. VI, n° 353; Aubry et Rau, § 550, texte et note 16; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 247; Marcadé, sur l'art. 381; Beudant, t. II, n° 729.

3) Proudhon, t. II, p. 247.

le droit du père sont donc générales et doivent être appliquées à la mère toutes les fois que l'art. 381 n'y déroge pas. Or il ne déroge qu'aux art. 377 et 380 et non à l'art. 379. — Ces motifs nous déterminent à repousser également un système mixte d'après lequel la mère aurait besoin, pour abréger la détention de l'enfant, du concours des deux plus proches parents paternels, sous prétexte qu'il est logique d'employer, pour faire cesser la détention, les mêmes formes que pour l'opérer (1). C'est en effet pour faire détenir l'enfant et non pour le gracier que l'art. 381 exige l'intervention de deux parents paternels. Destinée à prévenir des excès possibles de sévérité, cette intervention n'a plus de raison d'être lorsqu'il s'agit d'une mesure de clémence (2).

§ 2. — *Des attributs de la puissance paternelle en ce qui concerne les biens personnels de l'enfant.*

685. La puissance paternelle engendre pour les père et mère un double droit à l'égard des biens qui appartiennent à leurs enfants : le droit de les administrer et le droit d'en jouir. Cette administration et cette jouissance étant conférées par la loi elle-même portent le nom d'*administration légale* et de *jouissance légale*.

1° De l'administration légale.

686. Ce n'est pas dans le titre de la *Puissance paternelle*, mais dans celui de la *Minorité de la tutelle et de l'Émancipation* que le code s'occupe de l'administration légale. Elle fait l'objet de l'art. 389 ainsi conçu : « *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.* » Il est clair cependant que ce sujet appartient logiquement au titre de la *Puissance paternelle*. La tutelle n'existant pas pendant le mariage (art. 390), c'est en effet seulement en vertu de cette puissance que le père (ou la mère dans les cas exceptionnels où elle est appelée à l'exercer) peut, durant le mariage, être chargé de l'administration des biens de l'enfant.

Il est du reste assez rare qu'un enfant mineur ait des biens personnels du vivant de ses père et mère. Généralement il ne gagne rien par son travail et, lorsqu'une succession s'ouvre dans la famille, elle est recueillie par

1) Marcadé, sur l'art. 379; Laurent, t. IV, n° 283.

2) Demolombe, t. VI, n° 356; Aubry et Rau, § 550, texte et note 25; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 555; Planiol, t. I, n° 2426; Beudant, t. II, n° 729; Huc, t. III, n° 181; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1130.

son père ou par sa mère, selon la ligne d'où elle provient, les parents étant nécessairement plus rapprochés du défunt que leurs enfants. En thèse ordinaire, la première succession que recueille un mineur est celle du premier mourant de ses père et mère, et, quand l'un des parents meurt, la tutelle s'ouvre. En dehors de l'hypothèse où il exerce une profession lucrative, les seuls cas dans lesquels un enfant puisse avoir une fortune propre du vivant de ses parents sont : — celui où il a reçu une donation ou un legs — celui où il a recueilli une succession au lieu et place de son père ou de sa mère renonçant ou indigne (art. 727 et 786) ; — et celui où il a perdu un frère ou une sœur qui, ayant des biens personnels, est décédé sans postérité, la succession du défunt se partageant alors entre son père et sa mère et ses frères ou sœurs (art. 751). C'est seulement dans ces divers cas qu'il y a lieu à l'application de l'art. 389.

687. Lorsque la loi confère à une personne la gestion des biens d'une autre personne hors d'état de diriger elle-même ses affaires, elle prend d'ordinaire deux sortes de précautions : elle détermine les pouvoirs de l'administrateur et elle établit des garanties contre l'incapacité et l'infidélité de sa gestion. C'est ce qu'elle fait notamment pour les envoyés en possession des biens d'un absent, pour les tuteurs des mineurs et des interdits, pour le mari administrateur des biens propres de sa femme. Nous n'avons ici rien de semblable. Après avoir posé le principe que le père a, pendant le mariage, l'administration des biens de ses enfants mineurs, le code a omis de tracer les règles qui gouvernent cette administration. L'art. 389 est le seul texte qui existe sur la question. Ce laconisme a jeté les interprètes dans un grand embarras (1).

Quelques-uns ont soutenu qu'il y a lieu d'assimiler entièrement l'administration légale à la gestion tutélaire. Le silence du législateur serait, disent-ils, inexplicable, s'il n'avait entendu appliquer à l'administration du père les règles tracées pour l'administration du tuteur. La place même qu'occupe l'art. 389 au début du titre *de la Tutelle* indique bien d'ailleurs sa volonté d'assimiler deux situations analogues.

Ce système, qui peut séduire au premier abord par sa simplicité et par ses avantages pratiques, est à peu près abandonné. La situation du père administrateur légal présente sans doute une grande analogie avec celle du tuteur, mais il n'y a cependant pas entre elles une similitude absolue.

1) Dans le cours de l'année 1881, la Chambre des députés a été saisie de deux projets de loi destinés à remédier à l'insuffisance de l'art. 389, l'un présenté par le Gouvernement en exécution d'une promesse faite lors de la discussion de la loi du 27 février 1880, relative aux valeurs mobilières appartenant à des mineurs, l'autre émanant de l'initiative parlementaire (*Journal officiel, Documents parlement., Chambre des dép., session extraord. 1881, p. 1834 et 1979*). Ces projets n'ont pas abouti.

Pendant le mariage, l'influence exercée par la mère sur l'esprit du père constitue pour les intérêts de l'enfant une sérieuse garantie. D'un autre côté les biens dont l'enfant est propriétaire n'ont pas alors, en général, une grande importance et il n'y a pas, entre son père et lui, les conflits d'intérêts que la mort de l'un des époux suscite presque toujours. Aussi notre ancienne jurisprudence distinguait-elle très nettement la *légitime administration* du père d'avec la *tutelle*, le père jouissant comme tel d'une liberté d'action plus grande que celle qui appartenait au tuteur, et tout indique que les auteurs du code ont entendu conserver cette différence. Leur intention à cet égard résulte tout d'abord de l'opposition établie par les art. 389 et 390 entre l'administration légale et la tutelle, opposition qui ne s'expliquerait pas si les deux institutions ne différaient que de nom et étaient soumises aux mêmes règles. Elle résulte également des travaux préparatoires. Le Tribunat, en proposant d'ajouter au titre *de la Tutelle* la disposition de l'art. 389 qui ne figurait point dans le texte primitif, s'exprimait ainsi : « La section pense que le premier article de ce chapitre (de la tutelle) doit exprimer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs... Jamais, jusqu'à ce jour, le père n'a été qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant le mariage, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti, durant le mariage, à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur. Il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc., ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. Il paraît évident que jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir, est celui d'administrateur. » La volonté du législateur de ne pas assimiler l'administration légale à la tutelle est donc bien certaine (1).

De là résultent les conséquences suivantes qui sont aujourd'hui communément admises :

1° Le père administrateur n'est pas, en cette qualité, grevé de l'hypothèque légale qui, en vertu de l'art. 2121, appartient aux mineurs sur les biens de leur tuteur.

2° Il n'est pas placé dans la dépendance d'un conseil de famille appelé à régler et à contrôler son administration d'une façon constante et pouvant, le cas échéant, la lui retirer.

3° Il n'est pas non plus soumis à la surveillance d'un subrogé tuteur chargé de le remplacer au besoin. En cas de procès entre le père et l'enfant, ou lorsqu'il s'agit de faire entre eux un acte juridique dans lequel ils ont des

1) Dijon, 31 déc. 1891, D. 92, 2, 233, S. 94, 2, 158.

intérêts opposés, il y a lieu de nommer, pour remplacer le père un administrateur *ad hoc*. La nomination de cet administrateur appartient, croyons-nous, au tribunal (1) et non, comme on l'a prétendu, à un conseil de famille réuni extraordinairement à cet effet.

4° Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution établies en matière de tutelle ne sont pas applicables à l'administration légale.

5° Le père ne peut se soustraire à l'obligation de gérer le patrimoine de ses enfants mineurs en invoquant les excuses admises en matière de tutelle.

688. Mais les avis demeurent très partagés lorsqu'il s'agit de déterminer les pouvoirs du père administrateur légal.

Il faut, suivant nous, écarter à ce point de vue encore toute assimilation entre le père administrateur et le tuteur et s'en tenir strictement au texte de l'art. 389. Les pouvoirs du père administrateur sont ceux qui, de droit commun, sont compétents aux administrateurs du patrimoine d'autrui. Il peut donc, au nom de l'enfant, accomplir librement tous les actes d'administration, même ceux que le tuteur n'a pas qualité pour faire seul, mais les actes de disposition lui sont interdits.

On appelle actes d'administration tous ceux qui ont pour but de conserver les biens ou de les faire fructifier. Tels sont les marchés relatifs à l'entretien ou à la réparation des biens, la passation des baux, la réception et l'emploi des capitaux, etc. (2). Toutefois, dans la théorie du code, les baux cessent d'être considérés comme des actes d'administration lorsqu'ils dépassent neuf ans (art. 1429, 1430, 1718). Le père ne peut donc pas faire des baux de plus de neuf ans.

Les actes de disposition sont ceux qui entraînent l'aliénation totale ou partielle des biens auxquels ils s'appliquent, comme la vente et la constitution de droits réels. Seul, le propriétaire peut disposer de ses biens; un simple administrateur n'a pas ce droit. Est-ce à dire qu'il soit impossible de faire pour le compte de l'enfant un acte quelconque de disposition, alors même qu'un pareil acte présenterait pour lui des avantages certains? Telle serait, d'après la rigueur des principes, la conséquence du silence de la loi. Le père ne peut pas aliéner; et l'enfant n'a pas d'autre représentant que son père. Mais comme il serait contraire à l'intérêt général, non moins qu'à l'intérêt particulier des mineurs soumis à l'administration légale que leurs biens fussent ainsi frappés d'une inaliénabilité absolue, on se trouve forcément amené à reconnaître qu'il appartient, le cas échéant, aux tribunaux

1) Laurent, t. IV, n° 310. — Paris, 9 janvier 1874, D. 76, 2, 23, S. 74, 2, 85; — 5 avril 1876, D. 77, 2, 34, S. 76, 2, 331. — *Contra* : Aubry et Rau, § 123 texte et note 6 bis. — Cour de cass., 14 janvier 1878, D. 78, 1, 27, S. 78, 1, 218; — 10 juin 1885, D. 85, 1, 465, S. 85, 1, 367; — Poitiers, 4 juin 1884, S. 85, 2, 37.

2) Douai, 22 janvier 1894, D. 94, 2, 296, S. 94, 2, 311.

d'en autoriser l'aliénation sur la demande du père. Une opinion accréditée en doctrine et en jurisprudence estime même que le père administrateur n'a pas besoin d'autorisation pour aliéner les biens mobiliers corporels ou incorporels appartenant à l'enfant (1). Mais cette manière de voir nous paraît injustifiable. Il y a sans doute des cas dans lesquels l'aliénation des biens mobiliers n'excède pas les pouvoirs d'un administrateur. Ainsi les ventes de récoltes faites, d'objets hors de service ou sujets à dépérissement, sont des actes d'administration. Mais, en dehors de ces hypothèses particulières, la règle que le propriétaire seul peut aliéner s'applique aux meubles aussi bien qu'aux immeubles.

En cas d'aliénation des biens de l'enfant, le père, à la différence du tuteur, peut se porter acquéreur, à la condition de faire représenter l'enfant par un administrateur *ad hoc* avec lequel il traitera. Il peut également se porter cessionnaire de créances ou de tous autres droits et actions contre l'enfant. L'art. 450 qui interdit ces actes au tuteur est une disposition exceptionnelle qui ne doit pas être étendue (2).

De l'interdiction d'aliéner dérive pour le père celle d'emprunter au nom de l'enfant, l'emprunt pouvant avoir pour conséquence d'entraîner la saisie et la vente forcée des biens de l'emprunteur s'il ne rembourse pas à l'échéance. Alors même qu'il n'est pas accompagné d'une constitution d'hypothèque, l'emprunt ne peut donc avoir lieu qu'avec l'autorisation de justice.

Cette autorisation est également nécessaire pour la transaction. Mais, en vertu du principe ci-dessus posé, les prescriptions spéciales de l'art. 467 ne sont pas applicables au père administrateur.

Renoncer à une succession c'est aliéner. Le père doit donc être autorisé pour répudier une succession échue au mineur. Il peut au contraire l'accepter sans autorisation, car en acceptant il n'aliène pas; mais l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire (art. 776). Par la même raison, il n'a pas besoin d'autorisation pour procéder à un partage au nom de l'enfant.

Le père a-t-il qualité pour représenter le mineur en justice soit comme demandeur soit comme défendeur? Le code reconnaît à ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration le droit de former les actions mobilières, tandis qu'il leur refuse celui d'exercer les actions immobilières (art. 464, 482, 1428). Le père peut donc exercer les actions mobilières de l'enfant, mais il doit être autorisé pour agir immobilièrement.

1) Aubry et Rau, § 123, texte et note 40 *bis*; Huc, t. III, nos 243 et 244. — Trib. de la Seine, 27 avril 1882, D. 83, 3, 111, S. 82, 2, 207; Amiens, 11 juin 1890, D. 91, 2, 335, S. 92, 2, 15.

2) Aubry et Rau, § 123, texte et note 42; Laurent, t. IV, n° 316; Huc, t. III, n° 246. — *Contra*: Demolombe, t. VI, n° 441.

689. L'administration légale prend fin avec la puissance paternelle. Il peut même arriver qu'elle ne dure pas autant que cette puissance. Si l'un des époux vient à mourir, le survivant, bien qu'il conserve la puissance paternelle, n'a plus l'administration légale, laquelle est remplacée par la tutelle. Mais le divorce ne donnant pas ouverture à la tutelle, ne met pas fin à l'administration légale.

690. Comme tout administrateur du bien d'autrui, le père est tenu de rendre compte de sa gestion et il est responsable des fautes qu'il a pu commettre. Le compte est rendu au propriétaire, c'est-à-dire à l'enfant lui-même ou à son représentant. Le père n'est comptable que de la propriété pour les biens dont il avait la jouissance, les fruits et revenus lui appartenant alors en vertu de son droit d'usufruit. Mais à l'égard des biens dont il n'avait pas la jouissance, il doit compte à la fois de la propriété et des revenus. Toutefois il est fondé à déduire des revenus à restituer le montant des frais faits pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, au cas où ces frais ne seraient pas couverts par les revenus d'autres biens dont il avait la jouissance.

Par cela même qu'il est comptable, le père est tenu de faire inventorier les biens dont il a l'administration, alors même qu'il n'en a point la jouissance. L'inventaire est en effet la base nécessaire du compte (1). Mais, à la différence du tuteur, le père n'a pas à requérir le concours à cette opération d'un contradicteur quelconque. A défaut d'inventaire, la consistance des biens non inventoriés pourrait être établie par toute espèce de moyens, même par la commune renommée, l'admission de ce mode de preuve paraissant être, dans la pensée des auteurs du code, la sanction ordinaire de l'absence d'inventaire (arg. art. 1415, 1442, 1504). Mais la déchéance prononcée par l'art. 451 al. 2 contre le tuteur qui, étant créancier du mineur, a omis de déclarer sa créance dans l'inventaire n'est pas applicable au père administrateur.

Il y a lieu d'écarter également, à raison de leur caractère exceptionnel, les art. 472, 474 et 475 relatifs au compte de tutelle. Contrairement aux dispositions de ces articles, il n'est pas nécessaire que l'enfant devenu majeur ait un délai de dix jours pour examiner les pièces du compte avant de donner décharge à son père ; d'un autre côté, le père ne doit pas de plein droit, à partir de la clôture du compte, les intérêts de la somme dont il est reliquataire : il ne les doit qu'à dater du jour où il a été mis en demeure par une sommation (art. 1553 et 1996) ; enfin, les actions relatives aux faits de l'administration paternelle se prescrivent non par dix ans, mais par trente ans seulement conformément au droit commun.

1) Aubry et Rau, § 123, texte et note 24 ; Demolombe, t. VI, n° 483 ; Demante, t. II, n° 137 bis, III. — *Contra* : Laurent, t. VI, n° 307.

691. On discute la question de savoir si une personne qui fait une donation ou un legs à un enfant mineur peut valablement enlever au père ou à la mère l'administration des biens donnés ou légués et charger un tiers de cette administration. La raison de douter est que l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle, laquelle est d'ordre public et par suite au-dessus des conventions ou stipulations privées. La jurisprudence admet la validité de la clause dont il s'agit. Elle se fonde sur l'art. 387 qui permet au donateur ou testateur de retirer aux parents la jouissance légale des biens donnés ou légués à l'enfant. S'il est permis de les dépouiller de la jouissance, il doit l'être à plus forte raison de leur enlever l'administration, celle-ci, à la différence de la jouissance, existant non dans l'intérêt des parents mais dans celui de l'enfant. La solution contraire serait de nature à nuire à l'enfant, attendu qu'elle pourrait avoir pour conséquence d'empêcher certaines libéralités d'être faites à son profit (1).

2° Du droit de jouissance légale.

692. Le droit de jouissance légale est la faculté qui appartient aux père et mère de s'approprier les revenus des biens de leur enfant mineur de dix-huit ans et non émancipé.

Ce droit constitue une importante dérogation au principe que la puissance paternelle existe non dans l'intérêt des parents, mais dans celui de l'enfant. Le législateur, en l'établissant, a voulu accorder aux père et mère une compensation des peines et des soins que leur cause l'éducation de l'enfant et prévenir les difficultés qu'entraînerait l'obligation de rendre compte de revenus perçus peut-être pendant un grand nombre d'années. S'il en résulte pour les parents une augmentation de leur propre patrimoine, l'enfant profitera sans doute un jour de cet accroissement de fortune lorsqu'il recueillera leur succession. Aussi nous est-il difficile de comprendre les critiques amères dont la loi a été l'objet sur ce point.

Le droit de jouissance légale, ou, comme on dit aussi, l'usufruit légal, paraît dériver principalement d'une institution de notre ancien droit coutumier connue sous le nom de *droit de garde*.

1) Cour de cass., 9 janvier 1872, D. 72, 1, 128, S. 72, 107; — 3 juin 1872, D. 72, 1, 241, S. 72, 1, 273; — 31 mai 1881, D. 82, 1, 22, S. 83, 1, 149; — Orléans, 21 avril 1894, D. 94, 2, 397, S. 94, 2, 303; — 12 juillet 1895, S. 95, 2, 244. — Dans le même sens, Demolombe, t. IV, n° 458; Duranton, t. III, n° 375; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 283, note a; Huc, t. III, n° 237; Beudant, t. II, n° 738; Planiol, t. I, n° 2461; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1172. — *Contra*: Demante, t. II, n° 133-bis, III; Laurent, t. IV, nos 277 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 389. — Comp. Aubry et Rau, § 123, texte et note 13.

Les fiefs étant à l'origine tenus à charge de service militaire, quand un vassal laissait à sa mort des enfants mineurs qui n'étaient pas encore capables de ce service, le seigneur se mettait en possession du fief et en percevait les revenus à son profit, en se chargeant de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des mineurs. C'était ce qu'on appelait la *garde seigneuriale*. Elle durait, pour les enfants mâles, jusqu'à ce qu'ils fussent en âge d'accomplir le service militaire et, pour les filles, jusqu'à ce que leur mariage donnât au seigneur un vassal pour s'acquitter de ce service. Dans la suite, les seigneurs remirent leur droit de garde au père ou à un parent mâle des mineurs, à la charge pour lui de remplir les devoirs du vassal. Enfin, quand les seigneurs eurent cessé de se faire la guerre et que le service militaire ne fut plus dû qu'au roi, le droit de garde, au lieu d'appartenir seulement au père ou aux parents mâles, fut également accordé à la mère; et, restreint d'abord aux fiefs, il s'étendit à tous les biens des mineurs. Il prit alors le nom de *garde noble*, parce qu'il était subordonné à la condition que le gardien fût noble.

Il y avait aussi une *garde bourgeoise*, mais elle était en général sans émolument. C'était une simple tutelle légitime qui ne conférait au gardien aucun droit de jouissance et le soumettait par conséquent à l'obligation de rendre compte des revenus. Par exception, à Paris, la garde bourgeoise conférait la jouissance en même temps que l'administration des biens des mineurs.

A. A qui appartient la jouissance légale?

693. L'art. 384 répond à cette question. « *Le père, durant le mariage, dit-il, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.* »

Tant que le mariage subsiste, le droit de jouissance légale appartient en principe au père. Lorsque le mariage vient à se dissoudre par le décès de l'un des époux, il appartient au survivant. Il continue donc d'appartenir au père, si c'est lui qui survit à sa femme; dans le cas contraire, il est dévolu à la mère.

Toutefois la mère est exceptionnellement investie de ce droit, même avant la dissolution du mariage, lorsqu'elle se trouve appelée à exercer la puissance paternelle par suite de l'absence, de la folie ou de la déchéance du père. Ici, de même que dans les art. 373 et 389, le législateur, en s'exprimant comme il l'a fait, a prévu seulement le cas ordinaire, celui où, pendant le mariage, le père est présent et capable.

Il est du reste assez rare que le droit de jouissance légale ait l'occasion de s'exercer pendant le mariage, un enfant mineur ne devenant généralement propriétaire que lorsqu'il recueille la succession de son père ou de sa mère.

A la différence de l'ancien droit de garde, l'usufruit légal n'appartient

jamais aux ascendants autres que les père et mère, ni à plus forte raison à des collatéraux. Mais le survivant des époux en est investi alors même qu'il n'est pas tuteur, tandis que le décès de l'un des époux met fin à l'administration légale.

Lorsque le mariage se dissout par le divorce, le droit de jouissance légale ne continue d'appartenir au mari qu'autant que ce n'est pas contre lui que le divorce a été prononcé.

B. Sur quels biens porte le droit de jouissance légale.

694. Il porte en principe sur tous les biens de l'enfant, de quelque nature qu'ils soient et à quelque titre qu'ils aient été acquis.

Cependant la règle comporte quelques exceptions. L'art. 387 en indique deux : « *Cette jouissance 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.* »

En affranchissant du droit de jouissance les gains que l'enfant réalise par ses efforts personnels, le législateur a voulu l'encourager au travail et développer chez lui les habitudes d'ordre et d'économie. L'art. 387 reçoit son application quel que soit le genre de travail ou d'industrie auquel se livre l'enfant, pourvu qu'il soit *séparé*, c'est-à-dire distinct de l'état ou de la profession de ses père et mère. Ainsi l'enfant d'un ouvrier est domestique à gages, commis dans un magasin, employé dans une administration, clerc chez un notaire ou un avoué; tout ce qu'il gagnera dans cet emploi échappera à l'usufruit paternel, lors même qu'il continuerait d'habiter avec ses parents. Mais si un fils était clerc ou commis chez son père, si une fille travaillait dans l'atelier de sa mère ouvrière, l'art. 387 ne serait pas applicable. C'est le droit des parents de disposer du temps et du travail de leur enfant mineur, sans que celui-ci soit fondé à leur réclamer aucun salaire, sauf à eux, dans le cas où un ou plusieurs de leurs enfants réaliseraient des gains par un travail séparé, à faire en sorte que celui dont ils utilisent les services n'ait pas à souffrir de cette situation.

Il va sans dire que l'exception établie par l'art. 387 ne s'appliquerait pas aux gains provenant du jeu ou d'un pari (art. 1965), ni au trésor auquel l'enfant aurait droit, en tout ou en partie, en vertu de l'art. 716. Il n'y a en effet dans ces divers cas ni travail ni industrie.

Il importe enfin de remarquer que si le père n'a pas la jouissance des biens provenant du travail ou de l'industrie de l'enfant, il en conserve du moins l'administration. Il peut donc exiger que l'enfant les lui remette. Mais cette règle a reçu de lois postérieures au code un certain nombre de limitations.

La loi du 11 juillet 1868 portant création de deux caisses d'assurances,

l'une en cas de décès, l'autre en cas d'accidents résultant de travaux agricoles ou industriels dispose que les assurances peuvent être souscrites par des mineurs à compter de l'âge de seize ans à la première et dès l'âge de douze ans à la seconde (art. 5 et 14).

La loi du 20 juillet 1886 instituant une caisse des retraites pour la vieillesse reconnaît aux mineurs la faculté d'y effectuer des versements à partir de l'âge de seize ans (art. 13).

Enfin, les lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne permettent aux mineurs, quel que soit leur âge, d'opérer des dépôts de fonds et, à partir de l'âge de seize ans, de retirer librement les fonds par eux déposés.

La seconde exception formulée par l'art. 387 est relative aux biens qui sont donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. L'intérêt de l'enfant exigeait que la loi autorisât cette dérogation aux règles qui gouvernent la puissance paternelle. Autrement en effet il aurait pu arriver que des personnes animées envers lui d'intentions généreuses, mais ayant contre le père ou la mère des motifs de mécontentement, aimassent mieux ne lui rien laisser que de faire profiter les parents de leur libéralité. A raison même de son caractère exceptionnel, la condition dont il s'agit doit être *expresse*, c'est-à-dire certaine et non équivoque. Le doute s'interpréterait dans le sens du maintien de l'usufruit paternel. Le disposant n'est du reste astreint à l'emploi d'aucune formule sacramentelle. Il importe peu que sa volonté soit exprimée dans une phrase spéciale et *ad hoc*, ou qu'elle résulte virtuellement des différentes clauses et circonstances de la disposition elle-même.

La clause portant exclusion de l'usufruit légal peut-elle s'appliquer aux biens formant la réserve de l'enfant dans la succession du disposant? Ainsi par exemple un aïeul, dont la fille unique est décédée, institue légataire universel son petit-fils, seul enfant de sa fille, sous la condition que le père n'aura pas la jouissance des biens légués. Cette clause aura-t-elle effet pour le tout, ou seulement pour la portion qui excède la réserve de l'enfant, c'est-à-dire dans l'espèce pour moitié? (art. 913). La question est très controversée. Il nous paraît certain que l'exclusion est valable pour le tout. La loi en effet ne frappe point de nullité les dispositions qui portent atteinte à la réserve. Elle se contente de les déclarer *réductibles*, et l'action en réduction, établie uniquement dans l'intérêt du réservataire, ne peut être formée que par lui et par ses héritiers ou ayant-cause (art. 921). Or ici le réservataire est l'enfant lui-même à qui les biens ont été légués. Il a sa réserve entière, plus la quotité disponible. Loin de lui être préjudiciable, la clause portant exclusion de l'usufruit paternel lui est avantageuse, puisqu'elle augmente la libéralité qui lui est faite. Il ne peut donc être question pour lui d'agir en réduction. Quant au père, seul intéressé à se plaindre, il n'a aucune qualité pour demander la réduction, car il n'est point, à

raison de son droit de jouissance, l'ayant-cause de son fils, ce droit lui étant conféré non par l'enfant, mais par la loi elle-même, laquelle ne le lui attribue qu'autant que les biens appartiennent à l'enfant à un titre qui ne l'exclut pas. — On objecte que c'est seulement pour les biens acquis à l'enfant à titre de donation ou de legs que la loi permet d'exclure l'usufruit paternel et que les biens formant la réserve n'étant en réalité ni donnés ni légués, puisque c'est la loi elle-même qui les attribue au réservataire, la clause d'exclusion doit être considérée comme illicite et par suite comme non écrite en ce qui les concerne. Mais alors il faudrait logiquement aller jusqu'à dire que cette clause devient également illicite même à l'égard des biens formant la quotité disponible lorsque l'enfant est l'héritier présomptif du disposant, puisque, si la disposition n'avait pas eu lieu, ces biens lui auraient appartenu, en vertu de la loi, en qualité d'héritier (1).

L'exclusion du droit de jouissance légale peut atteindre à la fois le père et la mère ou l'un d'eux seulement. Si elle est dirigée contre le père seul, la mère, après lui, jouira des biens donnés ou légués comme de tous les autres biens de l'enfant. Si elle est dirigée contre la mère, le droit de jouissance existera au profit du père et la prohibition ne produira son effet qu'au moment où l'usufruit sera dévolu à la mère.

En même temps que la jouissance, le donateur ou testateur peut, nous l'avons dit, enlever au père l'administration des biens donnés ou légués.

Aux deux exceptions indiquées par l'art. 387, il faut en ajouter une troisième qui fait l'objet de l'art. 730 au titre *des Successions*. Suivant cet article, le droit de jouissance légale ne s'exerce pas sur les biens qu'un enfant a recueillis de son propre chef dans une succession dont son père ou sa mère a été exclu comme indigne. Cette disposition a pour but d'assurer d'une manière complète les effets de l'indignité. La loi n'a pas voulu que l'indigne pût profiter, même quant à la jouissance, des biens composant la succession dont il a été exclu.

C. De la nature juridique du droit de jouissance légale.

695. Le droit de jouissance légale n'est pas un véritable usufruit au sens propre et rigoureux de ce mot. Si, à l'instar de l'usufruit, il permet au père ou à la mère de s'approprier les produits des biens de l'enfant qui présentent le caractère de fruits, ou plutôt l'excédent de ces produits sur les charges auxquelles ils sont, avant tout, destinés à faire face, il diffère

1) Demante, t. II, n° 133 bis, II; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 264; Beudant, t. II, n° 748, note 2; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1141. — *Contra* : Demolombe, t. VI, n° 513; Aubry et Rau, § 550 bis, texte et note 12; Marcadé, sur l'art. 387; Duranton, t. III, n° 376; Huc, t. III, n° 196; Laurent, t. IV, n° 327; Planiol, t. I, n° 2446, note.

de l'usufruit en ce qu'il ne constitue pas un démembrement de la propriété, un droit réel. C'est un droit purement personnel, accessoire de l'autorité paternelle et qui laisse intact le droit de propriété de l'enfant. De là vient sans doute que la loi semble éviter de donner à ce droit la qualification d'usufruit. Cette appellation n'est employée dans aucun des articles qui sont le siège de la matière ; elle se rencontre seulement dans les art. 389, 601 et 730.

De cette différence capitale entre l'usufruit paternel et l'usufruit proprement dit résultent les conséquences suivantes :

1° Les père et mère ne sont pas soumis au paiement d'un droit de mutation à raison de la jouissance qui leur est déférée.

2° Le droit de jouissance légale n'est pas, comme l'usufruit véritable, susceptible de cession.

3° Il ne peut pas être hypothéqué lorsqu'il porte sur un immeuble.

4° Les créanciers du père ou de la mère, n'ayant pas plus de droits que leur débiteur lui-même, ne peuvent pas saisir et faire vendre son droit de jouissance. Ils peuvent seulement saisir les fruits et revenus dans la mesure où ils appartiennent à leur débiteur, c'est-à-dire déduction faite des charges que celui-ci est tenu d'acquitter (1).

D. Des charges de la jouissance légale.

696. L'art. 385 les énumère en ces termes : « *Les charges de cette jouissance seront : — 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ; — 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune ; — 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux ; — 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.* »

La loi met tout d'abord au compte de l'usufruitier légal *les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires*. Ces charges sont indiquées dans les art. 600 et suivants. Il en est une toutefois dont l'usufruitier légal est dispensé, c'est l'obligation de donner caution (art. 601), le législateur ayant considéré que l'affection paternelle offrait une garantie suffisante et que l'intervention d'une caution était peu compatible avec la nature des rapports qui unissent les enfants à leurs parents. Mais l'usufruitier légal demeure tenu de faire dresser, au moment où l'usufruit s'établit, l'inventaire des meubles et l'état des immeubles soumis à son droit (art. 600).

Pendant la durée de sa jouissance, l'usufruitier légal doit acquitter toutes les impenses qu'un bon administrateur prélève sur ses revenus : contributions, réparations d'entretien, arrérages des rentes, intérêts des capitaux.

Indépendamment des charges qui incombent aux usufruitiers ordinaires, l'usufruitier légal est tenu spécialement des charges suivantes :

1) Bordeaux, 21 février 1893, D. 93, 2, 361 ; — Lyon, 13 nov. 1894, D. 96, 2, 393, S. 95, 2, 145.

1° *La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune.* Cette obligation diffère à plusieurs points de vue de celle qui est imposée aux père et mère par l'art. 203.

a. Tandis que c'est la fortune des parents qui détermine l'étendue de l'obligation résultant de l'art. 203, c'est la fortune des enfants qui détermine l'étendue de l'obligation qui incombe à l'usufruitier légal. Celui-ci est tenu de donner aux enfants une éducation en rapport avec l'importance des biens dont il a la jouissance.

b. En vertu de l'art. 203, le père et la mère sont l'un et l'autre tenus des frais que nécessite l'éducation de l'enfant. En vertu de l'art. 385, l'usufruitier légal en est seul tenu, du moins quand les biens de l'enfant sont suffisants pour les acquitter. L'autre époux se trouve ainsi libéré en tout ou en partie de l'obligation dérivant de l'art. 203.

c. Enfin, les créanciers du père ou de la mère peuvent, nonobstant la disposition de l'art. 203, saisir et faire vendre tous les biens de leur débiteur et le mettre ainsi hors d'état de faire face aux frais d'entretien et d'éducation de ses enfants, tandis qu'ils ne peuvent saisir les revenus des biens personnels de ceux-ci que déduction faite de ce qui est nécessaire pour satisfaire aux charges usufructuaires, l'usufruitier n'ayant droit qu'à l'excédent des revenus sur les charges.

2° *Les arrérages ou intérêts des capitaux.* Il ne s'agit point des intérêts ou arrérages à échoir durant le cours de la jouissance légale, car ceux-ci faisant partie des charges qui incombent aux usufruitiers ordinaires se trouvent par là même compris dans le n° 1 de notre article, mais des intérêts ou arrérages arriérés, c'est-à-dire de ceux qui étaient déjà échus et non encore acquittés lors de l'ouverture du droit de jouissance. Ainsi un enfant est institué légataire universel et, dans le passif de la succession, se trouve une rente de 300 francs dont le défunt était débiteur et dont les arrérages n'ont pas été payés depuis deux ans. Outre les arrérages futurs de cette rente l'usufruitier légal devra prendre à sa charge les 600 francs non payés. Si, au lieu des arrérages d'une rente, nous supposons que le testateur devait depuis deux ans les intérêts d'une somme par lui empruntée, ces intérêts arriérés devraient également être supportés par l'usufruitier légal des biens du légataire. A l'exemple de la coutume de Paris (art. 267), les auteurs du code ont voulu conserver à l'enfant son capital intact (1).

3° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.* S'agit-il des frais

1) Demolombe, t. VI, nos 544 et suiv.; Aubry et Rau, § 550 bis, texte et note 20; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 256 et *Cours de code civil*, p. 501; Marcadé, sur l'art. 385; Demante, t. II, n° 130 bis, II; Laurent, t. IV, n° 332; Beudant, t. II, n° 746; Planiol, t. I, n° 2453; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1145.

funéraires et de dernière maladie de l'enfant lui-même, au cas où il viendrait à mourir au cours de l'usufruit paternel, ou des frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé? Bien que la question soit controversée, il nous paraît certain qu'il s'agit des frais concernant la personne à laquelle l'enfant a succédé, frais que notre ancienne jurisprudence mettait à la charge du gardien. Appliquée à l'enfant notre disposition serait inutile et illogique. Les frais de ses maladies rentrent en effet dans la classe des dépenses d'entretien que l'usufruitier légal est tenu d'acquitter en vertu du n° 2 de l'art. 385. Et quant aux frais de ses funérailles, frais postérieurs à l'extinction du droit de jouissance, on ne s'expliquerait pas que le législateur les eût mis à la charge de l'usufruitier légal, à l'exclusion des autres héritiers de l'enfant (1).

E. Comment cesse la jouissance légale.

697. La jouissance légale étant un attribut de la puissance paternelle prend fin lorsque cette puissance vient à s'éteindre soit par *la mort de l'enfant*, soit par *son émancipation* (art. 384), soit par *la déchéance des parents*. Mais elle peut aussi, alors que l'autorité paternelle continue d'exister, cesser par des causes qui lui sont propres, ainsi que par certains des modes d'extinction de l'usufruit ordinaire.

698. Les causes d'extinction propres à l'usufruit légal sont :

1° L'arrivée de l'enfant à l'âge de dix-huit ans (art. 384). D'après le projet de code civil la jouissance légale devait, comme la puissance paternelle, subsister jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Mais Bigot-Préameneu ayant, au cours de la discussion, exprimé la crainte que le père ou la mère, afin de prolonger son usufruit, refusât d'émanciper l'enfant ou de consentir à son mariage, Cambacérès proposa et fit admettre comme limite extrême le moment où l'enfant accomplit sa dix-huitième année. On a dit avec raison que la loi n'aurait pas dû supposer chez les parents de pareils sentiments. Le meilleur motif que l'on puisse donner pour justifier la disposition de l'art. 384 sur ce point est que l'enfant pourra trouver dans les économies faites sur ses revenus pendant les trois dernières années de sa minorité les ressources nécessaires pour faire face aux dépenses d'un premier établissement, sans entamer son capital.

2° Le divorce prononcé entre les époux. La puissance paternelle n'est pas éteinte par le divorce, mais l'époux coupable est, à titre de peine, privé du droit de jouissance légale. « *Cette jouissance n'aura pas lieu*, dit l'art. 386, *au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce au-*

1) Demolombe, t. VI, n° 547; Aubry et Rau, § 550 bis, texte et note 21; Demante, t. II, n° 130 bis, III; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 259; Cours de code civil, p. 502; Marcadé, sur l'art. 385; Laurent, t. IV, n° 333; Planiol, t. I, n° 2453; Baudry-Lacantinerie.

rait été prononcé... » Si donc le divorce est prononcé contre le père, le droit de jouissance passe immédiatement à la mère. S'il est prononcé contre la mère, rien n'est changé pour le moment, mais, au cas de prédécès du père, le droit de jouissance ne passera pas à la mère. Si le divorce est prononcé aux torts des deux époux, aucun d'eux n'aura plus droit aux revenus des biens des enfants.

A la différence du divorce, la séparation de corps ne fait pas encourir à l'époux coupable la privation du droit de jouissance. La loi ne parle en effet que du divorce; et les déchéances sont de droit strict.

3° Le second mariage de la mère. Après avoir dit que la jouissance légale n'a pas lieu au profit de l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé l'art. 386 ajoute : « *et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage* ». D'où vient la différence établie à ce point de vue entre le père et la mère? Pourquoi le père qui se remarie conserve-t-il la jouissance des biens des enfants issus de son premier mariage, tandis que cette jouissance est enlevée à la mère remariée? La raison en est que si la mère avait conservé l'usufruit légal, ce droit aurait été exercé en fait par son nouveau mari qui n'aurait pas manqué de le faire tourner à son profit et au profit de ses propres enfants, sans que la mère, grâce à son état de dépendance, pût s'y opposer utilement. Le père remarié demeure au contraire toujours libre, en sa qualité de chef de la famille, d'employer les revenus des biens de ses enfants conformément à leur destination.

Une fois éteint par le nouveau mariage de la mère, le droit de jouissance ne renaît pas à son profit si ce mariage vient à se dissoudre. Un usufruit *légal* qui a cessé d'exister ne peut en effet renaître qu'en vertu d'un texte de loi et aucun texte ne fait revivre l'usufruit au profit de la mère remariée qui redevient veuve (1).

Il en serait autrement dans le cas où le second mariage de la mère viendrait à être annulé. Un mariage annulé est en effet considéré comme non avenu, il est censé n'avoir jamais existé et ne peut dès lors produire aucun effet. Cette solution devrait être appliquée alors même que le mariage nul aurait été contracté de bonne foi par la mère, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un mariage putatif. Ce mariage produit à la vérité les mêmes effets civils qu'un mariage valable, mais seulement *en faveur* de l'époux de bonne foi et non *contre* lui. Or il s'agit ici d'un effet qui se produirait *contre* la femme (2).

4° Le défaut d'inventaire après la dissolution de la communauté (art. 1442).

1) Bourges, 18 juin 1890, D. 91, 2, 143. — *Contra* : Laurent, t. IV, n° 338.

2) Laurent, t. IV, n° 338; Pianiol, t. I, n° 2456, note 3; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1147. — *Contra* : Demolombe, t. VI, n° 563; Aubry et Rau, § 550 bis, texte et note 33; Marcadé, sur l'art. 386.

699. Les modes d'extinction de l'usufruit ordinaire qui reçoivent leur application à l'usufruit légal sont :

1° La mort de l'usufruitier. Toutefois, lorsque c'est le père usufruitier qui meurt, l'usufruit ne prend fin dans sa personne que pour se reporter sur la tête de la mère si elle lui survit.

2° L'abus de jouissance (art. 618).

3° La renonciation de l'usufruitier à son droit. Il est de règle en effet que chacun peut renoncer à ses droits privés, et rien n'autorise à penser que la loi ait entendu contraindre l'usufruitier légal à conserver bon gré mal gré l'avantage qu'elle lui confère. La renonciation peut avoir lieu soit avant l'entrée en jouissance, soit alors que la jouissance a déjà duré plus ou moins longtemps. Mais, dans ce dernier cas, la renonciation n'a d'effet que pour l'avenir; elle ne fait pas et ne peut pas faire que l'usufruit n'ait pas existé dans le passé. Par suite le renonçant demeure tenu des charges attachées à son titre jusqu'au moment où il l'a répudié.

SECTION III

DE L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET SPÉCIALEMENT DE LA DÉCHÉANCE DES PÈRE ET MÈRE

700. On a vu précédemment que certains des attributs de la puissance paternelle peuvent disparaître alors que les autres subsistent. Ainsi la jouissance légale cesse lorsque l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans; elle est susceptible de renonciation; elle peut être enlevée à l'usufruitier en cas d'abus; elle est perdue par la mère qui se remarie, par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et par le survivant qui n'a pas fait dresser inventaire de la communauté. D'un autre côté, l'administration légale prend fin pour faire place à la tutelle quand le mariage se dissout par le décès de l'un des conjoints. Enfin le droit de faire incarcérer l'enfant est retiré à la mère remariée. Il s'agit, dans la présente section non plus de l'extinction de tel ou tel attribut de la puissance paternelle en particulier, mais de l'extinction complète et absolue de cette puissance elle-même.

La puissance paternelle a pour terme normal la majorité de l'enfant (art. 372).

Elle ne se prolonge jamais au delà de la majorité, mais elle peut cesser auparavant :

Par l'émancipation, laquelle est possible dès l'âge de quinze ans lorsque l'enfant a encore son père ou sa mère (art. 476);

Par le décès de l'enfant;

Par la mort du survivant des père et mère;

Enfin, par la déchéance encourue par les parents.

Cette dernière cause d'extinction, réglementée par la loi du 24 juillet 1889, doit plus particulièrement arrêter notre attention.

701. Le code civil n'avait établi aucune cause de déchéance de la puissance paternelle. C'était une lacune grave. Lorsque les parents méconnaissent leurs devoirs au point de faire de l'autorité dont ils sont investis un instrument d'oppression ou de démoralisation, la société peut et doit intervenir et leur retirer, dans son intérêt propre et dans l'intérêt des enfants, le pouvoir dont ils abusent.

Une première cause de déchéance fut introduite par le code pénal. L'art. 335 de ce code déclara le père ou la mère condamné par application de l'art. 334 pour avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant déchu « des droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens dudit enfant par le code civil, livre 1^{er}, titre IX, *De la Puissance paternelle* ». Cette disposition était manifestement insuffisante. Outre qu'elle ne visait qu'une seule hypothèse, d'une gravité telle qu'elle est heureusement assez rare, la déchéance n'était encourue qu'à l'égard de l'enfant victime des faits qui avaient entraîné la condamnation, et si le coupable avait d'autres enfants, il conservait sur eux, malgré son indignité, la plénitude de son autorité. D'autre part, même à l'égard de l'enfant prostitué ou corrompu, le père ou la mère n'était pas dépouillé de tous les attributs de la puissance paternelle, mais seulement de ceux accordés par le titre *de la Puissance paternelle*. Il conservait donc ceux qui lui étaient conférés par un texte étranger à ce titre, notamment le droit d'administration légale consacré par l'art. 389 au titre *de la Tutelle*.

La loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, vint établir un nouveau cas de déchéance. Par son art. 2, elle permit de dépouiller de leur autorité les père et mère qui auraient livré leur enfant âgé de moins de seize ans à des personnes exerçant une profession ambulante comme celle d'acrobate, de saltimbanque, de directeur de cirque, ou qui l'auraient placé sous la conduite de vagabonds, de gens sans aveu ou faisant métier de la mendicité. La déchéance pouvait alors s'appliquer à *tous* les droits constitutifs de la puissance paternelle et à *tous* les enfants du délinquant; mais elle était purement facultative : les tribunaux n'étaient pas obligés de la prononcer.

Comme l'art. 335 du code pénal, la loi du 7 décembre 1874 ne visait que des hypothèses particulières et peu nombreuses. Il pouvait se présenter une foule d'autres cas dans lesquels l'intérêt des enfants eût exigé que les parents pussent être privés d'une autorité dont ils n'usaient pas ou dont ils abusaient. Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'était efforcée de venir au secours des enfants. S'appuyant sur la nature même, sur le caractère essentiellement protecteur du droit de puissance paternelle, sur les traditions coutumières dont les auteurs du code se sont constamment

inspirés, sur les travaux préparatoires qui révèlent l'intention certaine du législateur de ne pas restaurer ce que Réal avait appelé le despotisme paternel, sur la nécessité absolue de régler les difficultés que la pratique soulève en cette matière, enfin sur certains articles conférant formellement aux magistrats le soin de statuer sur la garde des enfants au cas de divorce ou de séparation de corps (art. 238, 302, 307), la jurisprudence décidait que, sans pouvoir jamais aller jusqu'à prononcer la déchéance de la puissance paternelle, les tribunaux étaient investis d'un *droit de contrôle* qui leur permettait d'apprécier la manière dont les parents usent de leur autorité, et de modifier ou de restreindre l'exercice de cette autorité dans la mesure où les circonstances leur paraissaient l'exiger. Leurs décisions à cet égard étaient du reste considérées comme essentiellement provisoires et comme étant toujours susceptibles d'être rapportées si la situation venait à changer (1).

Malheureusement il régnait une grande incertitude sur le point de savoir quelles personnes avaient qualité pour solliciter l'intervention de la justice en faveur des enfants et sur les mesures qui pouvaient être ordonnées par elle. D'autre part les tribunaux se trouvaient fréquemment désarmés par suite de l'impossibilité de rencontrer une personne disposée à se charger de l'enfant qu'il aurait été nécessaire de soustraire à la garde de ses parents.

Une réforme législative s'imposait donc.

Le point de départ de cette réforme fut une proposition déposée sur le bureau du Sénat le 27 janvier 1881 par MM. Th. Roussel, Bérenger, Dufaure, l'amiral Fourichon, V. Schoelcher et Jules Simon. Les signataires de cette proposition s'étaient prononcés nettement contre toute déchéance de la puissance paternelle ; ils se bornaient à demander que les parents indignes pussent être privés de leur droit de garde et d'éducation, cette mesure leur paraissant suffisante pour protéger efficacement les enfants. Le gouvernement en jugea autrement. Le 8 décembre 1881, il déposa à son tour un projet qui, pour la première fois en France, formulait une théorie générale de la déchéance de l'autorité paternelle. La commission sénatoriale saisie de ces deux projets crut l'occasion favorable pour élaborer une loi d'ensemble sur la protection de l'enfance, et, non contente d'adopter dans ses dispositions principales le projet du gouvernement, elle y ajouta une refonte de la législation relative aux enfants assistés. Adopté par le Sénat le 10 juillet 1883, ce nouveau projet vint échouer devant la Chambre des députés effrayée, par hasard, non des défauts, pourtant très graves, qu'il renfermait, mais du surcroît de dépenses que les innovations proposées devaient entraîner pour l'État. Le gouvernement en détacha alors, afin de sauver une partie de la

1) Trib. de la Seine, 15 déc. 1869, D. 69, 3, 104 ; — Bordeaux, 27 février 1874, S. 74, 2, 216 ; — Cour de cass., 27 juin 1879, D. 79, 1, 223, S. 79, 1, 464.

réforme, les dispositions qu'il avait lui-même présentées au Sénat. Le projet ainsi allégé, après avoir été soumis au Conseil d'État et au Conseil supérieur de l'Assistance publique, qui y firent apporter plusieurs modifications, est devenu la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*.

Cette loi se compose de deux titres :

Le titre I, relatif à la déchéance de la puissance paternelle, est divisé en trois chapitres qui traitent : — le premier des causes de déchéance, de la procédure et de l'étendue de la déchéance; — le second de l'organisation de la tutelle en cas de déchéance; — le troisième de la restitution de la puissance paternelle.

Le titre II est consacré à la protection des mineurs placés, avec ou sans l'intervention des parents, chez des particuliers ou dans des établissements charitables (1).

Dans la terminologie du code civil, la puissance paternelle est propre au père et à la mère et n'existe que sur les enfants mineurs non émancipés. Le législateur de 1804 n'emploie jamais cette expression pour désigner les prérogatives qui appartiennent aux ascendants en général à l'égard de leurs descendants et qui survivent à la majorité ou à l'émancipation de ceux-ci. Les auteurs de la loi de 1889 parlent un langage quelque peu différent. Sous la dénomination de puissance paternelle, ils comprennent tous les droits que les ascendants quels qu'ils soient sont appelés à exercer vis-à-vis de leurs descendants majeurs ou mineurs.

1° Des causes de déchéance de la puissance paternelle, de la procédure et de l'étendue de la déchéance.

A. Des causes de déchéance.

702. Elles se divisent en deux classes. Tantôt la déchéance se produit de plein droit comme conséquence légale et forcée de certaines condamnations encourues par les ascendants. Tantôt elle est simplement facultative pour les tribunaux auxquels la loi confie le soin d'apprécier s'il y a lieu de la prononcer.

703. Les cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit sont énumérés limitativement dans l'art. 1^{er} de la loi.

Aux termes de cet article. « *Les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit... de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent.*

1° *S'ils ont été condamnés par application du paragraphe 2 de l'art. 334 du code pénal.*

1) Voyez, sur cette loi, la circulaire du ministre de l'Intérieur du 16 août 1889 et celles du ministre de la Justice du 21 septembre 1889 et du 4 mars 1891.

Le fait dont il est ici question est le délit d'excitation d'un mineur à la débauche commis par une personne ayant autorité sur ce mineur. Plus large que l'art. 335 c. p., la loi nouvelle n'exige pas, pour que la déchéance soit encourue, que la victime soit l'enfant du condamné. Toute condamnation prononcée par application de l'art. 334 § 2 du code pénal entraîne pour le coupable la déchéance de la puissance paternelle.

« 2° *S'ils sont condamnés, soit comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme co-auteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants.* » La loi prévoit ici deux hypothèses distinctes, celle d'une condamnation à raison d'un crime quelconque commis *sur* la personne d'un enfant ou descendant et celle d'une condamnation à raison de la participation à un crime commis *par* un enfant ou descendant. Dans ce dernier cas, aussi bien que dans le premier, l'indignité de l'ascendant se trouve en effet établie, son rôle étant de détourner son descendant de la voie du crime et non de la lui montrer ou de la lui faciliter.

Il n'est pas nécessaire, pour que la déchéance ait lieu, que l'enfant encoure une responsabilité propre. Fût-il acquitté comme ayant agi sans discernement, la déchéance frapperait l'ascendant condamné pour participation consciente et volontaire au fait criminel.

« 3° *S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants.* » Tandis qu'une condamnation pour *crime* commis contre un enfant ou descendant suffit à elle seule pour entraîner la déchéance, au cas de simple délit, autre toutefois que celui qui est prévu et repris par l'art. 334 al. 2 du code pénal, la déchéance n'est encourue de plein droit qu'autant qu'il y a eu deux condamnations, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que la seconde présente les caractères d'une récidive au sens propre du mot. Toutefois, s'il s'était écoulé entre la première et la seconde condamnation un délai de cinq ans, sans nouvelle peine d'emprisonnement encourue par le délinquant, la première condamnation étant rétroactivement effacée et tenue pour non avenue, aux termes de la loi du 26 mars 1891, la seconde n'emporterait pas déchéance.

« 4° *S'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.* » Il faut supposer que la première condamnation a été prononcée en dehors des cas prévus par l'art. 334 al. 2 du code pénal. Autrement en effet elle suffirait à elle seule pour entraîner la déchéance.

704. Les cas dans lesquels la déchéance, sans être encourue de plein droit, peut être prononcée par les tribunaux sont énumérés, limitativement aussi, dans l'art. 2. Ils sont au nombre de six. Les quatre premiers supposent une condamnation antérieure des parents. Dans les deux derniers

au contraire, la déchéance peut leur être appliquée sans qu'ils aient été condamnés.

« *Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits :*

« 1° *Les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion, comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 du code pénal.* » Les crimes que prévoient les art. 86 à 101 du code pénal sont les crimes contre la sûreté intérieure de l'État, c'est-à-dire des crimes d'ordre politique. Les coupables de pareils crimes ne peuvent pas, pour ce motif, être déclarés déchus de la puissance paternelle. Notre législation moderne traite en toute circonstance avec des égards particuliers des fanatiques souvent plus dangereux et plus malfaisants que les criminels de droit commun. Les crimes politiques étant ainsi écartés, il y a lieu de remarquer que les crimes susceptibles d'entraîner la déchéance sont non point des crimes contre un enfant, cas auquel la déchéance est de droit, mais des crimes quelconques. La déchéance est alors simplement facultative, parce que la condamnation n'implique pas nécessairement et par elle-même que le condamné soit indigne de conserver la puissance paternelle. Il y a des criminels qui sont de bons pères de famille.

« 2° *Les père et mère condamnés deux fois pour un des faits suivants : séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage.* » Pour que cette disposition ait une portée sérieuse, il faut supposer qu'elle a en vue l'hypothèse où la séquestration, la suppression ou l'abandon ont été commis contre des enfants qui ne sont pas ceux du condamné lui-même. Autrement en effet elle ferait double emploi avec le n° 3 de l'art. 1, relatif au condamné pour délits répétés sur la personne de son enfant, et il y aurait par suite une contradiction dans la loi, l'art. 1 déclarant qu'en pareil cas la déchéance est de droit, tandis que l'art. 2 la déclare simplement facultative (1).

La séquestration est, suivant sa durée, tantôt un crime, tantôt un délit (art. 341 et suiv. c. p.). La suppression d'enfant est considérée comme un crime s'il est établi que l'enfant a vécu, et comme un délit si cette preuve n'est pas faite (art. 345 c. p.). L'exposition ou l'abandon d'enfant constitue également un crime ou un délit suivant la gravité de ses conséquences et suivant la qualité du coupable (art. 351 à 353 c. p. modifiés par la loi du 19 avril 1898). Lorsque la victime est un enfant du condamné, ce qui, nous le répétons, n'est pas le cas prévu par notre texte, il y a lieu de tenir compte de ces distinctions. S'il y a crime, une double condamnation n'est pas nécessaire pour entraîner la déchéance de la puissance paternelle; une seule suffit à produire cet effet. Ce n'est plus alors la disposition du

1) Cour de cass., 8 mars 1890, D. 90, 1, 233, S. 91, 1, 281.

n° 3 de l'art. 1 qui est applicable, mais celle du n° 2 du même article (1).

En faisant du vagabondage une cause spéciale de déchéance de la puissance paternelle, les auteurs de la loi de 1889 ont été assez mal inspirés. Les tribunaux se trouvaient suffisamment armés contre les vagabonds qui sont de mauvais parents, par le n° 6 de notre article.

« 3° *Les père et mère condamnés par application de l'art. 2 § 2 de la loi du 23 janvier 1873, ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874.* »

La loi du 23 janvier 1873 est la loi sur l'ivresse publique. L'art. 2 § 2 de cette loi prévoit l'hypothèse d'une récidive après une condamnation prononcée depuis moins d'un an. La loi du 7 décembre 1874 est relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.

« 4° *Les père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.* » S'il y a eu deux condamnations, la déchéance est de droit en vertu de l'art. 1 n° 4. Une première condamnation permet seulement aux tribunaux de la prononcer. Cette condamnation unique peut en effet révéler chez le coupable une telle dépravation du sens moral qu'il serait dangereux de lui laisser l'autorité sur ses enfants.

« 5° *Les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction, par application de l'art. 66 du code pénal.* » Il ne s'agit plus, cette fois, d'une condamnation encourue par les parents à raison d'un crime ou d'un délit par eux commis, mais d'une poursuite criminelle ou correctionnelle dirigée contre l'enfant lui-même âgé de moins de seize ans et qui a abouti à un acquittement, parce que l'enfant a été considéré comme ayant agi sans discernement. L'art. 66 du code pénal dispose qu'il appartient alors aux magistrats de décider, d'après les circonstances, s'il sera remis à ses parents ou s'il sera envoyé dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant un nombre d'années déterminé par le jugement. Cette dernière mesure n'étant prise d'ordinaire que lorsqu'il est établi que la faute de l'enfant a été le résultat du défaut de surveillance ou des mauvais exemples de ses parents, la loi permet de dépouiller ceux-ci de leur autorité afin qu'après sa libération l'enfant ne soit pas soumis de nouveau à leur influence.

La même règle aurait dû être appliquée à plus forte raison au cas où le mineur poursuivi *ayant agi avec discernement* a été condamné, en vertu de l'art. 67 du code pénal à être renfermé dans une maison de correction. On ne s'explique pas que la loi n'ait point assimilé les deux hypothèses.

« 6° *En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.* » Ce dernier cas de déchéance facultative est, de tous, celui qui présente le plus d'importance pratique. Le législateur

1) L'art. 2 de cette loi a été modifié par la loi du 19 avril 1898.

s'est servi à dessein d'une formule très large, afin de permettre d'atteindre tous les parents qui méconnaissent gravement leurs devoirs envers leurs enfants. La jurisprudence nous paraît s'être conformée à l'esprit de la loi en décidant que l'expression *mauvais traitements* désigne ici non seulement les voies de fait, les actes de violence et de brutalité, mais tous les abus d'autorité de nature à causer à l'enfant un préjudice matériel ou moral (1).

B. Procédure de la déchéance.

705. Dans les cas prévus par l'art. 1^{er}, la déchéance n'a pas besoin d'être prononcée par le juge. Elle a lieu de *plein droit*, dit la loi; ce qui signifie non pas seulement qu'elle est obligatoire pour les tribunaux, mais qu'elle résulte *de plano*, comme conséquence légale de la condamnation encourue. Seule la déchéance facultative nécessite une action spéciale. L'art. 9 dont on s'est prévalu pour soutenir que la déchéance doit toujours être prononcée par la justice n'a point en réalité une semblable signification qui le mettrait en contradiction avec l'art. 1^{er}.

Les art. 3 à 7 indiquent : 1^o les personnes qui ont qualité pour provoquer la déchéance; 2^o le tribunal compétent pour statuer; 3^o les formes de la demande et de l'instruction; 4^o les voies de recours ouvertes contre la décision.

706. Les personnes ayant qualité pour agir sont les *parents* du mineur jusqu'au degré de cousin germain et le *ministère public*. Le *tribunal compétent* est en principe le tribunal civil du domicile ou de la résidence du père ou de la mère dont la déchéance est demandée. L'affaire est jugée *en chambre du conseil*: « *L'action en déchéance*, dit l'art. 3, *est intentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère, par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché, ou par le ministère public.* » Toutefois, quand il y a lieu à déchéance facultative par suite d'une condamnation du père ou de la mère, la loi, dans un but de simplification et d'économie, permet de porter la demande en déchéance devant le tribunal répressif appelé à prononcer la condamnation, afin qu'il soit statué sur le tout par un seul et même jugement (art. 9 al. 2).

707. L'action s'introduit par un mémoire adressé au président du tribunal. Elle donne lieu à une enquête sommaire dirigée par le ministère public sur la situation de la famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus. Le tribunal peut en outre, s'il le juge à propos, ordonner la réunion d'un conseil de famille appelé à donner son avis. Après examen de l'affaire en chambre du conseil, sur le rapport d'un juge à ce commis,

1) Grenoble, 13 juillet 1892, D. 93, 2, 268, S. 93, 2, 92; — Riom, 9 mai 1893, D. 94, 2, 144, S. 94, 2, 167; — Aix, 8 mars 1897, D. 97, 2, 157, S. 99, 2, 57.

le jugement est rendu en audience publique. Il peut, en cas d'urgence, être déclaré exécutoire nonobstant opposition ou appel. Il est même loisible au tribunal d'ordonner, pendant l'instance, les mesures provisoires qui lui paraissent utiles en ce qui concerne la garde et l'éducation des enfants, et ces mesures sont exécutoires par provision.

Telles sont, en résumé, les dispositions des art. 4 et 5 :

« Art. 4. *Le procureur de la république fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus, qui sont mis en demeure de présenter au tribunal les observations et oppositions qu'ils jugeront convenables. — Le ministère public ou la partie intéressée introduit l'action en déchéance par un mémoire présenté au président du tribunal, énonçant les faits et accompagné des pièces justificatives. Ce mémoire est notifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est demandée. — Le président du tribunal commet un juge pour faire le rapport à jour indiqué. — Il est procédé dans les formes prescrites par les art. 892 et 893 du code de procédure civile. Toutefois, la convocation du conseil de famille reste facultative pour le tribunal. — La chambre du conseil procède à l'examen de l'affaire sur le vu de la délibération du conseil de famille lorsqu'il a été convoqué, de l'avis du juge de paix du canton, après avoir appelé, s'il y a lieu, les parents ou autres personnes et entendu le ministère public dans ses réquisitions. — Le jugement est prononcé en audience publique. Il peut être déclaré exécutoire nonobstant opposition en appel.*

« Art. 5. *Pendant l'instance en déchéance, la chambre du conseil peut ordonner, relativement à la garde et à l'éducation des enfants, telles mesures provisoires qu'elle juge utiles. — Les jugements sur cet objet sont exécutoires par provision. »*

708. En ce qui concerne les voies de recours, les art. 6 et 7 s'expriment ainsi qu'il suit :

« Art. 6. *Les jugements par défaut prononçant la déchéance de la puissance paternelle peuvent être attaqués par la voie de l'opposition dans le délai de huit jours à partir de la notification à la personne, et dans le délai d'un an à partir de la notification à domicile. Si, sur l'opposition, il intervient un second jugement par défaut, ce jugement ne peut être attaqué que par la voie de l'appel.*

« Art. 7. *L'appel des jugements appartient aux parties et au ministère public. Il doit être interjeté dans le délai de dix jours, à compter du jugement s'il est contradictoire, et, s'il est rendu par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. »*

Afin de ne pas laisser trop longtemps en suspens la situation des mineurs la loi a cru devoir abrégé en cette matière les délais ordinaires de l'opposition et de l'appel.

Comme elle ne dit rien des voies extraordinaires de recours, celles-ci demeurent par là même sous l'empire du droit commun.

G. De l'étendue de la déchéance.

709. L'art. 1^{er} de la loi de 1889 énumère les droits dont les père et mère et ascendants sont privés par suite de la déchéance encourue de plein droit. Il les déclare déchus « *à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux art. 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du code civil, à l'art. 3 du décret du 22 février 1851 et à l'art. 46 de la loi du 27 juillet 1872* » (1). La déchéance facultative entraîne, aux termes de l'art. 2, la déchéance « *des mêmes droits* ».

Facultative ou encourue de plein droit, la déchéance est donc complète et absolue. Celui qui en est frappé est dépouillé de tous les droits qui, de près ou de loin, se rattachent à la puissance paternelle au sens le plus large de cette expression. Ce ne sont point seulement, comme sous l'empire de l'art. 335 du code pénal, les droits et avantages accordés au titre de la *Puissance paternelle* qui disparaissent ; ce sont tous ceux qui dérivent de la qualité de père, mère ou ascendant et qui sont fondés sur une idée d'autorité. L'énumération donnée par l'art. 1, quelque longue qu'elle soit, n'est point limitative, ainsi que l'indique le mot *notamment* inséré dans le texte.

Quant aux droits étrangers à toute idée d'autorité et dérivant uniquement de la parenté, comme le droit aux aliments et le droit de successibilité, ils ne reçoivent aucune atteinte. L'art. 1^{er} *in fine* le déclare expressément en ce qui concerne l'obligation alimentaire. « *Cette déchéance, dit-il, laisse subsister entre les ascendants déchus et l'enfant les obligations énoncées aux art. 205, 206 et 207 du code civil.* »

710. Générale et absolue quant aux attributs de la puissance paternelle dont elle dépouille l'ascendant indigne, la déchéance l'est également quant aux descendants auxquels elle s'applique. L'ascendant déchus est privé de ses droits sur tous ses enfants et descendants sans exception et non pas seulement sur celui ou ceux vis-à-vis desquels il a manqué à ses devoirs. Les enfants qui viennent à naître postérieurement à la déchéance encourue échappent à son autorité aussi bien que ceux qui étaient déjà nés au moment où il en a été frappé. Mais faut-il aller jusqu'à dire que les personnes

1) Le renvoi à la loi du 27 juillet 1872 est le résultat d'une inadvertance, cette loi n'étant plus en vigueur lors de la promulgation de la loi du 24 juillet 1889. Elle venait d'être remplacée par la loi du 15 juillet 1889 dont l'art. 59 correspond à l'art. 46 de la loi de 1872.

célibataires ou mariées sans enfants qui encourent les condamnations prévues par l'art. 1^{er} n^{os} 1 et 4 sont par là même privées d'avance de l'aptitude à être investies de la puissance paternelle sur les enfants qu'elles pourront avoir un jour? L'affirmative, bien qu'elle ait été contestée et qu'elle soulève en théorie de très graves objections, nous paraît s'imposer en présence de la généralité des termes de la loi qui ne font aucune distinction quant à l'époque où la condamnation est intervenue. Elle est d'ailleurs conforme aux déclarations faites devant la Chambre des députés dans la séance du 25 mai 1889.

711. L'art. 8 de la loi de 1889 attaché à la déchéance un effet accessoire sans rapport avec l'autorité paternelle. « *Tout individu déchu de la puissance paternelle, dit-il, est incapable d'être tuteur, subrogé tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille.* » La déchéance entraîne donc pour celui qui en est atteint l'incapacité de remplir les diverses fonctions qui ont pour objet la protection de l'enfance. Cette incapacité résulte déjà, au cas de condamnation criminelle, de la dégradation civique (art. 34 c. p.) et elle peut également être prononcée, au cas de condamnation correctionnelle, en vertu de l'art. 42 du même code. Mais ces textes sont loin de comprendre toutes les hypothèses dans lesquelles la déchéance est ou peut être encourue et ils réservent d'ailleurs les droits du condamné sur ses propres enfants. L'art. 335 du code pénal consacrait une incapacité de même nature, mais purement temporaire, tandis que celle de l'art. 8 est en principe perpétuelle comme la déchéance dont elle est la conséquence.

712. La déchéance de la puissance paternelle ne produit pas toujours son effet uniquement à l'égard du coupable lui-même. Lorsque c'est le père qui en est frappé, la mère peut se trouver atteinte indirectement et par contre-coup. La loi réserve à la justice le droit de décider, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, si la mère sera ou non appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père. Il y a plus, si la déchéance a été encourue, au cours d'un premier mariage, par un homme qui en contracte plus tard un second, la nouvelle épouse n'est pas, en cas de survenance d'enfants, investie de plein droit sur ces enfants, qui sont les siens, de la puissance paternelle que son mari est incapable d'exercer. Elle peut seulement se la faire attribuer par la justice. Telles sont les décisions de l'art. 9 : « *Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'art. 3 saisissent sans délai la juridiction compétente, qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le code civil. Dans ce cas, il est procédé comme à l'art. 4. Les art. 5, 6 et 7 sont également applicables. — Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs prononceront les condamnations prévues aux art. 1 et 2, § 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les con-*

ditions établies par la présente loi. — Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la chambre du conseil, dans les termes de l'art. 5, pour la période du premier âge. — Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants. » Cette extension possible de la déchéance à la mère, alors que le père seul s'est rendu coupable d'un fait de nature à l'entraîner, a soulevé de très vives critiques. La puissance paternelle appartenant également au père et à la mère, la déchéance du père devrait logiquement, comme les autres circonstances qui le mettent dans l'impossibilité d'exercer son autorité, faire attribuer de plein droit cet exercice à la mère. C'est une considération de fait qui a conduit le législateur de 1889 à en décider autrement. Il a craint qu'à raison de l'état de dépendance de la mère, celle-ci, surtout lorsqu'elle habite avec son mari, n'eût qu'une autorité purement nominale et que les enfants fussent en réalité soumis à l'influence du père.

La loi n'a pas prévu le cas où la femme qui épouse un individu frappé de déchéance a des enfants d'un premier lit. Quelque dangereuse que puisse être pour ces enfants l'influence du nouveau mari de leur mère, on doit décider que celle-ci conserve intacte son autorité sur eux, aucun texte ne la lui enlevant. Les déchéances sont de stricte interprétation.

Le texte de l'art. 9 constitue, nous l'avons dit, l'argument principal d'une opinion qui, faisant bon marché des termes de l'art. 1^{er}, soutient que dans les cas prévus par cet article la déchéance ne résulte pas du seul fait de la condamnation encourue et qu'elle doit être prononcée par la justice. Nous sommes maintenant en mesure d'apprécier la valeur de cet argument. C'est à propos d'une question accessoire relative à la déchéance, la question de savoir si la mère sera ou non investie de la puissance paternelle au lieu et place du père déchu, que le législateur parle de la compétence spéciale attribuée en pareille matière aux tribunaux répressifs. Cette question pouvant se présenter aussi bien dans les cas prévus par l'art. 1^{er} que dans ceux qui font l'objet de l'art. 2, on s'explique aisément que, dans l'art. 9, il ait visé l'un et l'autre de ces articles ; mais il ne suit nullement de là que le tribunal répressif ait, dans tous les cas, à prononcer la déchéance.

713. En assimilant entièrement quant à leur étendue la déchéance facultative et la déchéance encourue de plein droit, le législateur de 1889 s'est écarté du projet primitif du gouvernement. D'après ce projet, la déchéance de plein droit entraînait seule la privation totale des droits résultant de la puissance paternelle. Dans les divers cas de déchéance

facultative, cette privation pouvait n'être que partielle. Il était loisible aux juges de n'enlever aux parents que tels ou tels de leurs droits, en leur conservant les autres. Ce système avait été admis par la commission sénatoriale et par le Sénat lui-même. Mais, en 1888, le Conseil d'État se prononça contre un morcellement possible des attributs de la puissance paternelle. « Si l'on conservait une partie des liens établis par la loi entre le père et l'enfant, disait le rapporteur de cette assemblée, M. Courcelle-Seneuil, on n'aurait pris qu'une demi-mesure au moins inutile. L'enfant n'est soustrait à la puissance paternelle que pour être mis sous une tutelle destinée à diriger son éducation, et, pour que cette tutelle puisse faire son œuvre, il faut que ni le tuteur ni l'enfant ne soient contrariés à chaque instant ou exposés à être contrariés par l'intervention d'un père indigne... Le Conseil n'a pas admis qu'un enfant pût être utilement soumis à deux puissances rivales. Il n'a pas compris qu'on pût être père à demi, ou au tiers, ou au quart. Pour que la situation de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou sous l'autre puissance et que celle du père soit entière ou qu'elle ne soit pas. » En conséquence, l'idée d'une déchéance partielle fut définitivement écartée.

Ce système est, à notre avis, très critiquable. Si le législateur de 1804 avait fait preuve d'une réserve excessive, celui de 1889 est tombé dans l'excès contraire. Appliquer indistinctement à tous les parents coupables, quelle que soit la diversité des situations, la déchéance totale et absolue de leur autorité, c'est véritablement faire trop bon marché de la puissance paternelle. Rationnellement et équitablement la déchéance totale aurait dû constituer un *maximum* pour le juge laissé libre de prendre, suivant les circonstances, une mesure moins rigoureuse. Le motif théorique invoqué par le rapporteur du Conseil d'État pour justifier la prohibition d'une déchéance simplement partielle repose sur une confusion. Si la qualité de père ou de mère est indivisible, le faisceau des divers droits qui constituent la puissance paternelle est parfaitement susceptible de division; et la loi de 1889 le reconnaît elle-même, puisque, dans ses art. 17 et 20, elle admet un partage possible des attributs de cette puissance.

Certains des commentateurs de la loi nouvelle refusent cependant de s'associer à la critique que nous venons de formuler. La raison en est qu'à leurs yeux cette loi doit se combiner avec la pratique antérieure qu'elle a maintenue. Le but du législateur de 1889, disent-ils, a été d'instituer au profit des enfants une protection plus complète et plus efficace que celle qui existait auparavant. A cet effet, il a mis entre les mains des magistrats une arme qu'ils n'avaient pas ou qu'ils n'avaient que dans des hypothèses très rares, le droit de prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Mais, en les armant d'un pouvoir nouveau, il n'a pas entendu leur retirer celui qu'ils possédaient déjà. La déchéance, avec son caractère infamant, peut en

effet n'être point conforme aux intérêts de l'enfant. D'autres mesures seront souvent mieux appropriées aux circonstances, comme la simple privation du droit de garde, ou l'annulation de tel ou tel acte abusif de l'autorité paternelle. Si la loi de 1889 avait proscrit l'intervention des tribunaux en dehors des cas qu'elle a prévus, si elle ne leur avait laissé le choix qu'entre le maintien intégral de l'autorité paternelle et la déchéance totale de cette autorité, elle n'aurait comblé une lacune que pour en créer une autre plus grave encore. Une pareille solution ne pourrait être admise qu'autant qu'elle serait imposée par un texte formel. Ce texte n'existe pas et les déclarations émises au cours des travaux préparatoires sont au contraire nettement favorables au maintien du passé. On n'y rencontre en effet aucune critique de la jurisprudence, mais seulement la constatation de l'impossibilité où elle se trouvait de garantir efficacement les intérêts en souffrance, surtout quand il s'agissait d'enfants appartenant aux familles indigentes. « Pour la protection des enfants des classes riches, disait M. Roussel dans son rapport au Sénat, la jurisprudence qui se rattache à l'arrêt du 27 janvier 1879 est assurément suffisante ; mais ne faut-il pas des bases plus exactement déterminées pour organiser devant les tribunaux la protection des enfants délaissés ou maltraités des classes indigentes ? » Il n'est pas possible d'indiquer plus clairement que l'on a voulu compléter le régime antérieur et non le détruire. Voici donc quelle est aujourd'hui la situation : La loi prononce elle-même ou permet aux tribunaux de prononcer, dans un certain nombre de cas, la déchéance de la puissance paternelle, et cette déchéance, quand elle est encourue, est nécessairement totale. Mais, sans prononcer la déchéance, soit parce que les faits qui leur sont soumis ne rentrent pas dans l'un des cas où cette mesure est autorisée, soit parce qu'elle semble hors de proportion avec les abus qu'il s'agit de réprimer, les magistrats peuvent se borner à réglementer au mieux des intérêts de l'enfant tel ou tel attribut de l'autorité paternelle. Il n'y a point là une déchéance partielle interdite par la loi nouvelle, mais une mesure purement provisoire affectant seulement l'exercice du droit, sans l'atteindre dans son principe même et toujours susceptible d'être rapportée si les circonstances se modifient (1).

1) Didier, *Étude sur la loi du 24 juillet 1889*, p. 71 ; Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889*, *Revue critique*, 1891, p. 16 et suiv. ; Charmont, *De la loi du 24 juillet 1889 et de son application*, *Rev. crit.*, 1891, p. 516 et suiv. ; Bourcart, *De la déchéance de la puissance paternelle*, *France judiciaire*, 1892, p. 181 et suiv. — Trib. de la Seine, 27 janvier 1890, S. 91, 2, 20 ; — Trib. de Rennes, 18 septembre 1891, D. 94, 2, 393. — Les arrêts d'Aix, 12 nov. 1890, S. 91, 2, 25 et de Paris, 24 juin 1892, D. 93, 2, 81, que l'on trouve mentionnés parmi les décisions judiciaires consacrant le système qui vient d'être exposé statuent en réalité dans un ordre d'idées tout

Cette argumentation n'est malheureusement rien moins que concluante. Le législateur de 1889 ne s'est pas proposé seulement de combler les lacunes de la législation antérieure; il a voulu régler d'une façon complète le droit d'intervention des magistrats dans les rapports des parents avec leurs enfants. La preuve en résulte des déclarations de M. Courcel-Seneuil, déclarations qui, tout inexactes et critiquables qu'elles soient en raison, n'en révèlent pas moins clairement l'esprit et la portée de la loi nouvelle. Le but poursuivi a été d'assurer à l'enfant dont les parents méconnaissent leurs devoirs une situation nette, stable, aussi tranchée dans ses conséquences que difficile à modifier. Le moyen employé pour atteindre ce but a consisté à établir contre les parents indignes non un simple dessaisissement civil susceptible de plus ou de moins, mais une déchéance pénale découlant *ipso jure* de certaines condamnations, pouvant en outre être infligée par les tribunaux à titre de peine accessoire dans un certain nombre de cas limitativement déterminés et s'étendant sans exception à tous les droits dont l'ensemble constitue la puissance paternelle. Donc il n'y a plus de place pour les mesures de détail que les tribunaux ordonnaient jadis suivant les circonstances de la cause. Vainement soutient-on qu'un bouleversement aussi complet des règles suivies jusqu'alors ne saurait résulter du seul silence de la loi et qu'il faudrait un texte pour le consacrer. L'argument pourrait avoir quelque valeur s'il y avait eu une législation antérieure à abroger; mais il n'y en avait pas, le code ayant laissé la matière sans réglementation positive. Quant à la jurisprudence, un texte n'était point nécessaire pour l'abroger; elle devait disparaître dès lors qu'on organisait un moyen légal de donner satisfaction aux besoins d'où elle était issue. Si le rapport de M. Roussel au Sénat semble favorable à son maintien, il ne faut pas oublier que les projets primitifs ont subi au Conseil d'État une transformation radicale qui enlève toute importance aux idées émises antérieurement. Il n'est pas plus exact de présenter les mesures ordonnées autrefois par les tribunaux, notamment les restrictions au droit de garde, comme étant autre chose que la déchéance partielle repoussée par la loi nouvelle. Ces mesures étaient en effet précisément celles que les adversaires de la déchéance totale et indivisible auraient voulu permettre aux juges de prononcer. Ce sont donc bien aussi celles que le texte définitif a entendu interdire.

Nous persistons dès lors à penser, tout en le regrettant, que la loi de différent. Ils décident qu'il appartient aux tribunaux, aujourd'hui comme avant la loi de 1889, d'autoriser et de réglementer les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants lorsque les père et mère prétendent, *sans motifs sérieux*, mettre obstacle à ces relations. Or c'est là une question à laquelle la loi nouvelle est complètement étrangère. Elle ne s'est pas occupée des droits des tiers vis-à-vis des enfants.

1889 a retiré au juge le droit de toucher à l'autorité paternelle pour la restreindre ou la modifier et qu'elle ne lui laisse le choix qu'entre le maintien intégral de cette autorité et une déchéance totale. Il n'y a plus lieu de pourvoir à la protection des enfants que dans les cas et dans la mesure déterminés par cette loi (1).

Toutefois, le système établi, suivant nous, par la loi du 24 juillet 1889 a reçu une atteinte de la loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. En même temps qu'elle modifie divers articles du code pénal, en aggravant les peines édictées par eux, cette loi contient certaines dispositions de droit civil. Elle permet au juge d'instruction d'abord, et, après lui, à la cour ou au tribunal saisi du crime ou du délit, de statuer sur la garde de l'enfant pour l'enlever au père ou à la mère coupable et la confier soit à un parent, soit à une personne ou à une institution charitable, soit enfin à l'Assistance publique. Cette mesure équivaut à une déchéance simplement partielle limitée au droit de garde, qui est le plus dangereux pour des enfants exposés à de mauvais traitements ou à la corruption. Elle peut être prise à l'égard d'un seul enfant (art. 4 et 5).

Dans le silence de la loi de 1898, les hypothèses auxquelles elle se réfère n'échappent point d'ailleurs à l'application de la loi de 1889. Un tribunal se trouvant en présence d'une situation relevant à la fois de la loi de 1889 et de la loi de 1898 a donc le choix entre l'une et l'autre et peut, suivant son appréciation, prononcer contre le père ou la mère la déchéance totale de la puissance paternelle ou se borner à lui retirer le droit de garde (2).

2° De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle.

714. L'art. 10 de la loi du 24 juillet 1889 est ainsi conçu : « *Si la mère est prédécédée, si elle a été déclarée déchue ou si l'exercice de la puissance paternelle ne lui est pas attribué, le tribunal décide si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun, sans qu'il y ait toutefois obligation pour la personne désignée d'accepter cette charge. — Les tuteurs institués en vertu de la présente loi remplissent leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mineur. — Toutefois, au cas où le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal peut ordonner*

1) Taudière, *Traité de la Puissance paternelle*, p. 419; Leloir, *Code de la Puissance paternelle*, nos 519 et suiv.; Huc, t. III, nos 215 et suiv. — Agen, 6 novembre 1889, D. 90, 2, 25, S. 90, 2, 132; — Trib. de Saint-Quentin, 27 déc. 1889 et trib. de Toulouse, 3 juillet 1890, S. 91, 2, 17; — Trib. de Villeneuve-sur-Lot, 25 nov. 1893, D. 94, 2, 395; — Paris, 15 déc. 1898, D. 99, 2, 57, S. 99, 2, 205; — Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73, S. 91, 2, 17; — Paris, 24 juin 1892, D. 92, 2, 81, S. 93, 2, 228.

2) Planiol, t. I, nos 2490 et 2506.

qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. »

Il résulte de cet article qu'il y a lieu à l'établissement d'une tutelle dans trois cas :

- 1° Lorsque le père et la mère sont l'un et l'autre frappés de déchéance ;
- 2° Lorsque l'un d'eux étant décédé, la déchéance est encourue par le survivant ;
- 3° Lorsque le père étant déchu, le tribunal ne croit pas devoir déférer à la mère l'exercice de la puissance paternelle.

La tutelle constituée dans ces divers cas est soit une tutelle individuelle, soit la tutelle de l'Assistance publique. La première étant bien préférable à la seconde, la loi s'est efforcée d'en faciliter l'organisation, et c'est seulement à son défaut qu'il y a lieu de recourir à l'Assistance publique.

715. La tutelle individuelle peut elle-même être une tutelle ordinaire ou une tutelle officieuse.

La tutelle ordinaire est constituée et fonctionne conformément aux règles du droit commun, sauf les particularités suivantes :

1° La personne désignée pour remplir les fonctions de tuteur n'est pas obligée d'accepter cette charge, alors même qu'elle ne se trouve dans aucun des cas d'excuse prévus par les art. 427 et suivants. La tutelle d'un enfant dont les parents sont déchus présente en effet des difficultés spéciales. Le tuteur peut avoir à lutter et contre l'influence des parents et contre les mauvais instincts du mineur qui aura souvent reçu une éducation vicieuse. On a pensé qu'une personne qui n'accepterait ces fonctions qu'à contre-cœur et par force pourrait ne pas apporter à l'accomplissement de sa tâche tout le dévouement nécessaire.

2° Le tuteur est exempt de l'hypothèque légale de l'art. 2121. Il peut seulement, si le mineur est propriétaire ou est appelé à le devenir, être grevé, par décision du tribunal, d'une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. On a espéré, en rendant la charge moins onéreuse, trouver plus aisément une personne qui consente à l'accepter.

La tutelle officieuse est plus avantageuse au mineur que la tutelle ordinaire, parce que, à la différence de celle-ci, elle implique de la part du tuteur un engagement. Afin d'en rendre la constitution plus facile, la loi a cru devoir, ici encore, déroger au droit commun. Dans la théorie du code, la tutelle officieuse est un préliminaire de l'adoption. Non seulement le tuteur officieux doit s'engager à subvenir à l'entretien de son pupille pendant la minorité de celui-ci, mais, s'il ne consent pas à l'adopter après qu'il est devenu majeur, il peut être condamné à lui payer une indemnité au cas où il ne l'aurait pas mis en état de gagner sa vie (art. 369). Le législateur de 1889 a pensé qu'en appliquant les mêmes règles à la tutelle officieuse des

enfants moralement abandonnés il s'exposerait à compromettre leurs intérêts au lieu de les servir. Il se peut en effet qu'une personne soit disposée à recueillir et à élever un enfant pauvre, sans avoir aucune intention de l'adopter. Il convenait d'encourager de pareils actes de bienfaisance, en supprimant les exigences de nature à les empêcher. Tel est l'objet de l'art. 13 de la loi. « *Pendant l'instance en déchéance, dit cet article, toute personne peut s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir que l'enfant lui soit confié. — Elle doit déclarer qu'elle se soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de l'art. 364 du code civil, au titre de la tutelle officieuse. — Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseignements et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, accueille la demande, les dispositions des art. 365 et 370 du même code sont applicables. — En cas de décès du tuteur officieux avant la majorité du pupille, le tribunal est appelé à statuer de nouveau, conformément aux art. 11 et 12 de la présente loi...* » Il n'est donc pas nécessaire que celui qui offre de se charger de l'enfant soit âgé de cinquante ans, qu'il n'ait point d'enfants ou de descendants légitimes, ni qu'il obtienne, s'il est marié, le consentement de son conjoint. Il ne contracte d'autre obligation que celle de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie. Cette obligation, s'il vient à mourir avant d'avoir pu l'accomplir, ne se transmet pas à ses héritiers. Le tribunal doit alors statuer à nouveau sur le sort de l'enfant.

716. Malgré les dispositions de faveur par lesquelles la loi de 1889 cherche à faciliter l'établissement d'une tutelle individuelle, il est possible que personne ne consente à en accepter la charge. L'enfant est alors placé sous la tutelle de l'Assistance publique. « *Si la tutelle n'a pas été constituée conformément à l'article précédent, dit l'art. 11, elle est exercée par l'Assistance publique, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849, ainsi qu'à l'art. 24 de la présente loi. Les dépenses sont réglées conformément à la loi du 5 mai 1869. — L'Assistance publique peut, tout en gardant la tutelle, remettre les mineurs à d'autres établissements et même à des particuliers.* » Bien que cet article semble présenter la tutelle de l'Assistance publique comme nécessaire par cela seul qu'une tutelle ordinaire n'a pu être constituée conformément à l'art. 10, il est certain qu'un tuteur officieux aurait la préférence sur l'Assistance publique. Il y a plus, ce n'est pas seulement au cours de l'instance en déchéance, comme le suppose l'art. 13 al. 1, que la tutelle officieuse peut être constituée; c'est aussi même après que l'enfant a été confié à l'Assistance publique et placé par cette administration chez un particulier. Ce dernier, s'il s'intéresse à l'enfant, peut, au bout de trois ans, demander au tribunal à être investi de la tutelle officieuse : « *Lorsque l'enfant aura été placé par les administrations hospitalières ou par le directeur de l'assistance publique de Paris chez un particulier, ce dernier*

peut, après trois ans, s'adresser au tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié dans les conditions prévues aux dispositions qui précèdent » (art. 13 *in fine*). La demande n'est permise qu'au bout de trois ans, afin qu'elle puisse être formée en connaissance de cause et qu'elle ne soit pas le résultat d'un caprice passager.

Le tuteur auquel l'enfant est confié exerce en principe, au lieu et place des parents déchus, les diverses prérogatives de la puissance paternelle. Il en est cependant quelques-unes qui lui échappent et que la loi réserve aux personnes qui en seraient investies au cas de décès de celui qui a encouru la déchéance. Aux termes de l'art. 14, « *En cas de déchéance de la puissance paternelle, les droits du père et, à défaut du père, de la mère, quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation sont exercés par les mêmes personnes que si le père et la mère étaient décédés, sauf les cas où il aura été décidé autrement en vertu de la présente loi.* » Cette formule ambiguë et embarrassée se réfère spécialement à l'hypothèse où, la mère étant prédécédée ou personnellement déchue, l'enfant se trouve placé sous la tutelle de l'Assistance publique. Mais si la mère, sans être déchue personnellement a seulement été écartée en vertu de l'art. 9, à raison de l'indignité du père, c'est à elle, et non aux ascendants du degré supérieur, qu'il appartient de consentir au mariage de ses enfants, de même qu'elle demeure investie du droit de consentir à leur adoption ou à la constitution d'une tutelle officieuse ou de leur conférer le bénéfice de l'émancipation.

717. L'art. 12 règle les obligations de la famille quant aux frais d'entretien et d'éducation des enfants lorsque ceux-ci ne sont pas soumis à une tutelle officieuse. Ces frais demeurent en principe à la charge des parents : « *Le tribunal, en prononçant sur la tutelle, fixe le montant de la pension qui devra être payée par les père et mère et ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne peut être exigé aucune pension.* » La circulaire ministérielle du 16 août 1889 recommande à l'administration de l'Assistance publique de réclamer une pension des parents toutes les fois que la chose est possible, ne fût-ce que pour donner satisfaction à la conscience publique qui comprendrait difficilement que les parents pussent retirer un avantage matériel de la déchéance dont ils sont frappés.

3° De la restitution de la puissance paternelle.

718. La déchéance de la puissance paternelle n'est pas irrévocable. Ceux qui l'ont encourue peuvent obtenir qu'elle soit effacée. Cette perspective offerte aux parents déchus peut, lorsqu'ils n'ont pas perdu tout sentiment d'honneur, être pour eux un puissant stimulant à revenir au bien.

Les conditions auxquelles est subordonnée la restitution de la puissance paternelle varient suivant que la déchéance a été encourue comme conséquence nécessaire ou facultative d'une condamnation pénale, ou qu'elle a été prononcée, en dehors de toute condamnation préalable, en vertu de l'art. 2 al. 5 et 6 de la loi de 1889.

Dans la première hypothèse, le condamné ne peut être réintégré dans ses droits qu'autant qu'il a préalablement obtenu sa réhabilitation. « *Les père et mère frappés de déchéance dans les cas prévus par l'art. 1^{er} et par l'art. 2 § 1, 2, 3 et 4 ne peuvent être admis à se faire restituer la puissance paternelle qu'après avoir obtenu leur réhabilitation...* » (art. 15 al. 1). En général, la réhabilitation accordée à un condamné fait disparaître de plein droit les incapacités résultant de la condamnation. En ce qui concerne la déchéance de la puissance paternelle, elle a seulement pour effet de permettre au réhabilité d'introduire une demande en restitution que la justice n'est pas obligée d'accueillir. Toutefois, il en est autrement lorsque la déchéance a été le résultat d'une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende avec sursis à l'exécution de la peine, par application de la loi du 26 mars 1891, et que cinq ans se sont écoulés sans condamnation nouvelle à l'emprisonnement ou à une peine plus grave. La condamnation encourue étant alors, aux termes de cette loi, réputée non avenue avec toutes ses conséquences (art. 2), le condamné recouvre de plein droit la puissance paternelle, sans que la justice ait à intervenir pour la lui restituer. La question ne présente d'ailleurs que peu d'intérêt pratique en ce qui concerne la déchéance facultative. Généralement en effet les juges ne prononceront point la déchéance de la puissance paternelle contre un condamné qui leur paraîtra assez digne d'intérêt pour bénéficier d'un sursis.

Dans la seconde hypothèse, la demande en restitution n'est subordonnée à aucune formalité préalable, mais elle ne peut être formée que trois ans après que le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu définitif, ce temps ayant paru nécessaire pour permettre aux magistrats d'apprécier si l'individu déchu a donné, par sa conduite, des gages sérieux d'amendement. « *Dans les cas prévus aux § 5 et 6 de l'art. 2, les père et mère frappés de la déchéance peuvent demander au tribunal que l'exercice de la puissance paternelle leur soit restitué. L'action ne peut être introduite que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable* » (art. 15 al. 2).

L'art. 16 règle ainsi qu'il suit la procédure de l'action en restitution : « *La demande en restitution de la puissance paternelle est introduite sur simple requête et instruite conformément aux dispositions des § 2 et suivants de l'art. 4. L'avis du conseil de famille est obligatoire. — La demande est notifiée au tuteur, qui peut présenter, dans l'intérêt de l'enfant ou en son nom personnel, les observations et oppositions qu'il aurait à faire*

contre la demande. Les dispositions des art. 5, 6 et 7 sont également applicables à ces demandes... »

Le tribunal compétent pour connaître de la demande est, conformément à la règle posée dans l'art. 3, celui du domicile de l'ascendant et non, comme on l'a prétendu, celui du domicile de la tutelle.

Lorsque la demande est accueillie, l'ascendant recouvre la plénitude des droits dont il était privé; mais il est tenu de respecter tous les actes valablement accomplis pendant la durée de sa déchéance. Il doit en outre rembourser tous les frais nécessités par l'entretien et l'éducation de l'enfant, lesquels sont évalués par le jugement, à moins que le tribunal ne le déclare affranchi de cette obligation à raison de son indigence : « *Le tribunal, en prononçant la restitution de la puissance paternelle, fixe, suivant les circonstances, l'indemnité due au tuteur, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité* » (art. 16 al. 3).

Lorsque la demande en restitution est repoussée, l'ascendant n'est pas admis à la renouveler. « *La demande qui aura été rejetée ne pourra plus être réintroduite, si ce n'est par la mère, après la dissolution du mariage* » (art. 16 *in fine*). Cette décision rigoureuse est fondée sur l'intérêt de l'enfant dont le sort ne saurait, sans de graves inconvénients, être remis trop souvent en question. La loi se défie d'ailleurs des demandes en restitution, parce qu'il est à craindre qu'elles ne soient inspirées par un sentiment de cupidité au moment où l'enfant commence à rapporter plus qu'il ne coûte.

4° De la protection des enfants placés avec ou sans l'intervention des parents dans des établissements charitables ou chez des particuliers.

719. La loi de 1889 ne s'est pas bornée à dépouiller ou à permettre de dépouiller de leur autorité les parents indignes, elle a cherché en outre à faciliter la tâche des établissements charitables ou des particuliers qui acceptent la charge d'instruire et d'élever des enfants au lieu et place des parents, lorsque ceux-ci négligent de les surveiller et de les diriger, ou se trouvent par une cause quelconque dans l'impossibilité de le faire. Elle écarte, dans ce but, un des obstacles que rencontrait autrefois l'œuvre d'éducation et de moralisation entreprise par ces personnes ou ces établissements. Tant que les enfants étaient trop jeunes pour se livrer à un travail lucratif, les parents les abandonnaient volontiers à ceux qui offraient de s'en charger et ne faisaient aucune difficulté de souscrire l'engagement de ne point les reprendre avant leur majorité ou de rembourser, s'ils les reprenaient, les frais faits pour leur entretien et leur éducation. Puis, quand les enfants avaient grandi et qu'ils étaient en état de gagner quelque chose, les parents les réclamaient et exigeaient qu'ils leur fussent rendus, en alléguant que la promesse de ne pas les reprendre n'était point obligatoire, les droits inhérents à la puissance paternelle n'étant susceptibles d'aucune cession ou renonciation. Quant à l'engagement de rembourser les frais

d'entretien et d'éducation, il était valable à la vérité, mais l'insolvabilité des débiteurs en rendait presque toujours l'exécution impossible. Les enfants échappaient donc aux soins de ceux qui s'étaient efforcés de les soustraire à un milieu corrompu ou dangereux. Le principe de l'inaliénabilité de la puissance paternelle favorisait ainsi un acte de mauvaise foi et des calculs sinon honteux du moins contraires aux véritables intérêts de l'enfant.

En vue de mettre un terme à cette situation, les projets du gouvernement et de la commission sénatoriale admettaient que par un contrat, soumis à l'approbation du juge de paix, les parents pourraient valablement transporter leurs droits de puissance paternelle aux institutions de bienfaisance ou aux particuliers qui consentiraient à se charger d'un enfant. Mais le Conseil d'État s'éleva contre cette disposition, par le double motif qu'il était contraire aux principes généraux de permettre que la puissance paternelle pût être l'objet de conventions entre les particuliers, les règles qui la gouvernent étant d'ordre public, et que des contrats passés sous le seul contrôle d'un juge de paix pouvaient entraîner de très graves abus. En conséquence, l'idée fut abandonnée et l'on organisa un mode de dessaisissement ou de délégation de la puissance paternelle beaucoup plus compliqué et, à un autre point de vue, non moins critiquable que celui qui avait été proposé tout d'abord. D'après le système qui a prévalu, un jugement du tribunal peut, si tel paraît être l'intérêt de l'enfant, déclarer qu'il y a lieu de déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle, en remettant l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant.

720. La loi prévoit successivement deux hypothèses : celle où ce sont les parents eux-mêmes qui confient leur enfant à un établissement charitable ou à un particulier et celle où un enfant est recueilli directement et sans intervention des parents.

Dans la première hypothèse, le dessaisissement des droits de la puissance paternelle est demandé conjointement par les parents et par l'établissement ou le particulier gardien de l'enfant. Cette hypothèse fait l'objet des art. 17 et 18 ainsi conçus :

Art. 17. « *Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans que des pères, mères, ou des tuteurs autorisés par le conseil de famille leur ont confiés, le tribunal du domicile de ces pères, mères ou tuteurs peut, à la requête des parties intéressées agissant conjointement, décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents, et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant..... »*

Art. 18. « *La requête est visée pour timbre et enregistrée gratis. —*

Après avoir appelé les parents ou tuteur, en présence des particuliers ou des représentants réguliers de l'administration ou de l'établissement gardien de l'enfant, ainsi que du représentant de l'Assistance publique, le tribunal procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu. — Le jugement est prononcé en audience publique.»

La loi n'autorise le dessaisissement qu'autant que l'enfant est âgé de moins de seize ans. Pourquoi? Nous n'en voyons aucune bonne raison, la mesure dont il s'agit pouvant être aussi utile et même plus utile à un mineur au-dessus de seize ans qu'à celui qui n'a pas atteint cet âge. La plupart des commentateurs de la loi de 1889 estiment du reste que le moment à considérer est celui où l'enfant a été placé et non celui où la demande est introduite. Le dessaisissement demeure possible même après que l'enfant a dépassé l'âge de seize ans, pourvu qu'il ait été recueilli avant cet âge.

La seconde hypothèse, celle où l'enfant a été recueilli sans l'intervention des parents, fait l'objet des art. 19 et 20.

Ces textes prescrivent tout d'abord une formalité analogue à celle qui est imposée par les art. 58 c. c. et 347 c. p. aux personnes qui trouvent un enfant nouveau-né. Celui qui recueille un enfant âgé de moins de seize ans doit, sous peine d'amende, faire une déclaration au maire de la commune et à Paris au commissaire de police. Cette déclaration est, dans un délai de quinzaine, transmise au préfet et, dans un nouveau délai de même durée, notifiée aux parents de l'enfant. Si, dans les trois mois qui suivent la déclaration, les père et mère ou tuteur n'ont pas réclamé l'enfant, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander au tribunal que l'exercice de tout ou partie des droits de puissance paternelle leur soit conféré.

Art. 19. *« Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont recueilli des enfants mineurs de seize ans sans l'intervention des père et mère ou tuteur, une déclaration doit être faite dans les trois jours au maire de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant a été recueilli, et à Paris au commissaire de police, à peine d'une amende de cinq à quinze francs. — En cas de nouvelle infraction dans les douze mois, l'art. 482 du code pénal est applicable. — Est également applicable aux cas prévus par la présente loi le dernier paragraphe de l'art. 463 du même code. — Les maires et les commissaires de police doivent, dans le délai de quinzaine transmettre ces déclarations au préfet, et, dans le département de la Seine au préfet de police. Ces déclarations doivent être notifiées dans un nouveau délai de quinzaine aux parents de l'enfant.*

Art. 20. *« Si, dans les trois mois à dater de la déclaration, les père et mère ou tuteur n'ont point réclamé l'enfant, ceux qui l'ont recueilli*

peuvent adresser au président du tribunal de leur domicile une requête afin d'obtenir que, dans l'intérêt de l'enfant, l'exercice de tout ou partie des droits de la puissance paternelle leur soit confié. — Le tribunal procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu. Dans le cas où il ne confère au requérant qu'une partie des droits de la puissance paternelle, il déclare, par le même jugement, que les autres, ainsi que la puissance paternelle, sont dévolus à l'Assistance publique. »

721. Les effets du jugement prononçant, dans les deux hypothèses qui précèdent, le dessaisissement de la puissance paternelle peuvent être ramenés à trois :

1° A la différence de la déchéance, le dessaisissement ne dépouille pas nécessairement les parents de la totalité de leurs droits. Il est loisible au tribunal de leur en réserver quelques-uns. L'art. 17 al. 2 suppose qu'ils ont conservé le droit de consentir au mariage de l'enfant et prévoit l'abus qu'ils pourraient en faire. Mais ce n'est là qu'un exemple. Le tribunal peut leur conserver tel ou tel autre droit, par exemple celui d'émanciper l'enfant, et eux-mêmes, lorsque le placement de l'enfant a eu lieu avec leur intervention, sont entièrement libres de n'abdiquer que certains attributs de leur autorité.

2° L'autorité dont les parents sont dessaisis est, quant à la jouissance, attribuée à l'État, représenté par l'administration de l'Assistance publique, et c'est seulement l'exercice de cette autorité qui est confié à l'établissement charitable ou au particulier par lequel l'enfant a été recueilli. De là résulte au profit de l'État, un droit général de contrôle et de surveillance que les art. 17 al. 2, 22, 23 et 24 organisent ainsi qu'il suit :

Art. 17 al. 2. « Si des parents ayant conservé le droit de consentement au mariage d'un de leurs enfants refusent de consentir au mariage en vertu de l'art. 148 du code civil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés, dans la chambre du conseil.

Art. 22. « Les enfants confiés à des particuliers ou à des associations de bienfaisance, dans les conditions de la présente loi, sont sous la surveillance de l'État, représenté par le préfet du département. — Un règlement d'administration publique déterminera le mode de fonctionnement de cette surveillance, ainsi que de celle qui sera exercée par l'Assistance publique. — Les infractions audit règlement seront punies d'une amende de vingt-cinq à mille francs. — En cas de récidive, la peine d'emprisonnement de huit jours à un mois pourra être prononcée.

Art. 23. « Le préfet du département de la résidence de l'enfant confié à un particulier ou à une association de bienfaisance, dans les conditions de la présente loi, peut toujours se pourvoir devant le tribunal civil de

cette résidence afin d'obtenir, dans l'intérêt de l'enfant, que le particulier ou l'association soit dessaisi de tout droit sur ce dernier et qu'il soit confié à l'Assistance publique. — La requête du préfet est visée pour timbre et enregistrée gratis. — Le tribunal statue, les parents entendus ou dûment appelés. — La décision du tribunal peut être frappée d'appel, soit par le préfet, soit par l'association ou le particulier intéressé, soit par les parents. — L'appel n'est pas suspensif. — Les droits conférés au préfet par le présent article appartiennent également à l'Assistance publique. »

Art. 24. « Les représentants de l'Assistance publique pour l'exécution de la présente loi sont les inspecteurs départementaux des enfants assistés, et, à Paris, le directeur de l'administration générale de l'Assistance publique. »

3° Que l'enfant ait été recueilli avec ou sans l'intervention des parents, les droits dont ceux-ci ont été dessaisis peuvent leur être rendus; mais cette restitution, comme le dessaisissement lui-même, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision judiciaire. Lorsque le tribunal rejette la demande en restitution, au lieu de se borner à maintenir à l'établissement ou au particulier les droits qui lui avaient été conférés, il peut, sur la réquisition du ministère public, prononcer contre les parents dont l'indignité lui paraît établie la déchéance absolue de la puissance paternelle.

Art. 21. « Dans les cas visés par l'art. 17 et l'art. 19, les père, mère ou tuteur qui veulent obtenir que l'enfant leur soit rendu s'adressent au tribunal de la résidence de l'enfant, par voie de requête visée pour timbre et enregistrée gratis. — Après avoir appelé celui auquel l'enfant a été confié et le représentant de l'Assistance publique, ainsi que toute personne qu'il juge utile, le tribunal procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu. — Le jugement est prononcé en audience publique. — Si le tribunal juge qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant aux père, mère ou tuteur, il peut, sur la réquisition du ministère public, prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les droits qui lui ont été conférés en vertu des art. 17 ou 20. En cas de remise de l'enfant, il fixe l'indemnité due à celui qui en a eu la charge, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité. — La demande qui a été rejetée ne peut plus être renouvelée que trois ans après le jour où la décision de rejet est devenue irrévocable. »

La loi se montre donc ici moins rigoureuse que lorsqu'il s'agit d'effacer les conséquences d'une déchéance. Nous savons en effet que, dans ce dernier cas, la demande rejetée ne peut plus en principe être réintroduite. La faculté que notre article reconnaît au tribunal, lorsqu'il estime qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant à ses parents, de prononcer contre ceux-ci la

déchéance de la puissance paternelle, lui permet de garantir le gardien et l'enfant lui-même contre une nouvelle réclamation.

722. En vertu de la loi de 1889, l'État, représenté par l'Assistance publique, acquiert, on le voit, la haute-main tant sur les enfants dont les parents ont été frappés de déchéance que sur ceux dont les parents négligent de remplir eux-mêmes les devoirs qui leur incombent, ou sont dans l'impossibilité de le faire.

Sans doute, en cas de déchéance, la loi s'efforce de faciliter l'établissement d'une tutelle individuelle, mais, étant donnée la classe sociale à laquelle appartiennent la plupart des parents déchus, la constitution d'une semblable tutelle ne peut être qu'une exception. Le plus souvent, il n'y a place en fait que pour la bienfaisance officielle ; l'enfant tombe à la charge de l'Assistance publique et se trouve soumis à sa direction exclusive. Si, pour alléger sa tâche, cette administration, dont l'esprit sectaire n'est que trop connu, fait appel au concours des œuvres privées ou des particuliers, ces œuvres ou ces particuliers ne sont que des sous-ordres, des auxiliaires révocables *ad nutum*, n'ayant aucun pouvoir propre, aucune indépendance, aucune liberté d'action.

Quant aux enfants dont les parents, sans être déchus, sont simplement dessaisis de leur autorité, les établissements ou les personnes charitables qui se chargent de les élever, alors même qu'ils ont été choisis par les parents, ne peuvent acquérir sur eux que l'exercice des droits de puissance paternelle. L'État, auquel la *jouissance* de ces droits est transportée par la loi, peut toujours, par l'organe du préfet, solliciter de la justice le retrait de cet exercice et faire ainsi tomber l'enfant aux mains de l'Assistance publique.

Cette étrange conception n'est pas simplement une conséquence de la tendance des législateurs modernes à exagérer le rôle de l'État, en lui conférant même les fonctions qu'il est le moins apte à bien remplir, elle a été inspirée aussi et surtout par la haine et les préjugés antireligieux. Les institutions qui se vouent à l'éducation et à la moralisation de l'enfance abandonnée étant pour la plupart des associations religieuses, on a craint qu'une législation libérale ne favorisât leur action. Ce fut pour atteindre plus sûrement ces associations que le conseil supérieur de l'Assistance publique fit insérer dans les art. 17 et 19 la disposition qui ne permet d'acquérir l'exercice des droits de puissance paternelle qu'aux associations de bienfaisance régulièrement *autorisées à cet effet*, excluant ainsi du bénéfice de la loi toutes les associations même autorisées si elles ne sont pourvues d'une autorisation spéciale et *ad hoc* que l'État peut toujours leur refuser ou leur retirer.

En écartant autant qu'il dépendait de lui l'influence religieuse dans une matière où cette influence est non seulement désirable, mais indispensable,

le législateur a détruit par avance les effets heureux que son intervention aurait pu produire et fait une œuvre socialement mauvaise.

CHAPITRE II

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS

723. Le code n'a consacré à cette matière qu'un seul texte, l'art. 383 ainsi conçu : « *Les art. 376, 377, 378 et 379 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.* »

On est d'accord pour reconnaître que les pères et mères naturels, à la différence des parents légitimes, n'ont sur les biens de leurs enfants ni le droit de jouissance légale, ni le droit d'administration légale.

Ils n'ont point le droit de jouissance légale. Cela résulte, d'une part, de la place qu'occupe l'art. 383 immédiatement avant les articles qui organisent le droit de jouissance légale, d'autre part, des termes mêmes de cet article qui ne comprend point les textes relatifs à l'usufruit légal parmi ceux qu'il déclare applicables aux pères et mères naturels, et enfin des art. 384 et suivants qui supposent à diverses reprises le mariage des pères et mères.

Ils n'ont pas le droit d'administration légale, l'art. 389 qui établit ce droit supposant lui aussi le mariage des parents. L'enfant naturel qui a des biens personnels doit donc être mis en tutelle, sans que d'ailleurs le code ait pris soin de s'expliquer sur l'organisation de cette tutelle (1).

Mais les pères et mères naturels ont, comme les parents légitimes, le droit d'éducation et le droit de garde. Le droit de correction que l'art. 383 leur confère n'est en effet qu'un corollaire du droit ou plutôt du devoir d'éducation, lequel à son tour implique nécessairement le droit de garde.

Lorsque l'enfant naturel n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, la puissance paternelle appartient exclusivement à celui qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par son père et par sa mère, elle est commune à l'un et à l'autre. Mais l'exercice en appartient-il alors au père seul comme lorsqu'il s'agit de parents légitimes ? Quelques auteurs croient pouvoir répondre affirmativement. Ils invoquent en ce sens l'art. 8 modifié par la loi du 26 juin 1889, qui attribue à l'enfant naturel la nationalité de son père, dans le cas du moins où sa filiation se trouve établie par le même acte à l'égard de son père et de sa mère, et l'art. 158 qui déclare applicables aux parents natu-

1) Paris, 28 juillet 1892, D. 92, 2, 544, S. 93, 2, 24.

rels les art. 148 et 149 en ce qui concerne le consentement au mariage de leurs enfants. Généralisant ces dispositions, ils en concluent que la loi reconnaît au père naturel la même prépondérance qu'au père légitime (1).

La jurisprudence est en sens contraire. Elle estime, et nous estimons avec elle, que le père et la mère naturels sont, quant à l'exercice de la puissance paternelle, placés sur le pied d'égalité, qu'ils doivent agir d'accord, et qu'en cas de dissentiment entre eux il appartient à l'autorité judiciaire de décider au mieux des intérêts de l'enfant (2). Le texte et l'esprit de la loi repoussent également l'assimilation que l'on prétend établir sous ce rapport entre le père légitime et le père naturel. L'art. 373, d'après lequel le père seul exerce l'autorité *durant le mariage*, est manifestement par ses termes étranger au père naturel. D'un autre côté, pourquoi le législateur accorde-t-il au père légitime l'exercice de la puissance paternelle ? Parce que le père est investi de l'autorité maritale et qu'il est le chef de la famille. Ces motifs font défaut quand les parents ne sont pas mariés. La situation présente alors une grande analogie avec celle des époux divorcés ; or, en cas de divorce, la prééminence du père n'existe plus. Les art. 8 et 158 renferment des décisions spéciales, relatives à des hypothèses exceptionnelles et accidentelles dans lesquelles il fallait de toute nécessité accorder la prépondérance à l'un ou à l'autre des parents et qui ne sauraient être étendues à l'exercice ordinaire et quotidien de la puissance paternelle. Tenus des mêmes devoirs, le père et la mère naturels doivent avoir des droits égaux (3).

Ces principes étant posés, revenons à l'art. 383, le seul que le code ait spécialement consacré à l'organisation de la puissance paternelle sur les enfants naturels.

Du renvoi fait par ce texte aux art. 376, 377, 378 et 379, il résulte que les pères et les mères naturels peuvent faire détenir leurs enfants tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition ; qu'il n'y a dans l'un ou l'autre cas aucune écriture ou formalité judiciaire, sauf l'ordre même d'arrestation dans lequel les motifs ne sont pas énoncés et la soumission, par celui qui demande l'incarcération, de payer tous les frais et de fournir les aliments ; qu'ils peuvent toujours abrégé la détention, de même qu'ils peuvent exiger ou requérir une détention nouvelle en cas de nouveaux écarts. Mais l'art. 383 ne renvoyant pas aux art. 380, 381 et 382, on doit en conclure que les parents naturels ne sont pas soumis à l'application de ces derniers articles.

1) Demolombe, t. VI, n° 629 ; Planiol, t. I, n° 2397 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1150.

2) Paris, 27 février 1890, S. 91, 2, 20 ; — 20 juin 1893, D. 94, 2, 526 ; — 10 mai 1894, D. 94, 2, 534 ; — Douai, 6 février 1899, D. 1900, 2, 175.

3) Demante, t. II, n° 128 bis, II ; Laurent, IV, n° 348.

Le père naturel peut donc agir par voie d'autorité alors même qu'il s'est marié avec une personne autre que la mère de son enfant, que celui-ci possède des biens personnels ou qu'il exerce un état. D'autre part, la mère naturelle, lorsqu'elle exerce la puissance paternelle, peut, dans les mêmes cas que le père, agir par voie d'autorité; elle conserve son droit de correction quoiqu'elle se soit mariée avec un autre que le père de son enfant; enfin elle n'a besoin, pour exercer ce droit, du concours de personne. Les parents naturels se trouvent avoir ainsi sur la personne de leurs enfants des droits plus étendus que ceux qui appartiennent aux parents légitimes, bien qu'ils offrent moins de garanties (1). Pour admettre une solution aussi peu rationnelle, il faut y être contraint par le texte formel de l'art. 383.

724. Il y a des enfants naturels dont la reconnaissance est prohibée; ce sont les enfants adultérins ou incestueux. Ces enfants n'ont légalement ni père ni mère et par conséquent ils ne sont point soumis à la puissance paternelle. Mais si la reconnaissance est impossible en ce qui les concerne, il peut, nous le savons, se présenter exceptionnellement certaines hypothèses dans lesquelles leur filiation se trouve judiciairement établie. Dans ces hypothèses, les enfants adultérins ou incestueux sont-ils soumis à la puissance paternelle comme les enfants naturels reconnus? L'affirmative, bien qu'elle soit contestée, ne nous paraît pas douteuse. Les parents étant alors tenus envers leurs enfants du devoir d'éducation, on ne saurait leur refuser les droits dont ils ont besoin pour remplir ce devoir (2).

725. Les causes d'extinction de la puissance paternelle sont pour les enfants naturels les mêmes que pour les enfants légitimes. Spécialement la loi du 24 juillet 1889 est commune aux uns et aux autres (2). Les abus de pouvoir, les mauvais traitements, l'abandon moral, étant à craindre surtout en cas de filiation irrégulière, le sort des enfants naturels aurait dû, semble-t-il, attirer d'une façon particulière l'attention des auteurs de cette loi et donner lieu, à certains égards, à une réglementation exceptionnelle. Il n'en a rien été. Le législateur n'a consacré à ces enfants aucune disposition expresse. L'art. 1^{er} qui énumère les divers textes du code civil dont les parents déchus ne peuvent plus se prévaloir ne mentionne même pas à côté des art. 148 et 151 qui traitent du consentement au mariage des enfants légitimes, les art. 158 et 159 relatifs à ce même consentement en ce qui concerne les enfants naturels. Il est bien certain cependant que la déchéance

1) Laurent, t. IV, n° 356; Durantou, t. III, n° 349; Proudhon, t. II, p. 249; Huc, t. III, n° 184; Planiol, t. I, n° 2429; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1150. — *Contra* : Demolombe, t. VI, n° 638; Marcadé, sur l'art. 383; Valette sur Proudhon, t. II, p. 249 et Cours de code civil, p. 493.

2) Laurent, t. IV, n° 418; — *Contra* : Demolombe, t. V, n° 597.

des parents naturels, comme celle des parents légitimes, leur fait perdre le droit de consentir au mariage de leurs enfants. Mais le silence de la loi fait naître par ailleurs des questions délicates. On s'est demandé notamment si l'art. 9 doit recevoir son application à la mère naturelle. Un enfant naturel a été reconnu par ses deux auteurs. Le tribunal pourra-t-il, en cas de déchéance du père, retirer à la mère, en vertu de l'art. 9 al. 1, l'exercice de la puissance paternelle? — Un enfant a été reconnu par un seul de ses auteurs et celui-ci a été ensuite frappé de déchéance. Postérieurement l'autre reconnaît l'enfant à son tour. Si la dernière reconnaissance émane du père, il est hors de doute qu'il pourra réclamer envers et contre tous, même contre l'Assistance publique, que l'enfant lui soit remis. Mais le même droit appartiendra-t-il à la mère, si c'est par elle que cette reconnaissance a été faite? L'art. 9 al. 4 refusant à la seconde femme d'un homme qui a encouru la déchéance avant son second mariage l'autorité paternelle sur ses propres enfants et l'obligeant à s'adresser au tribunal pour se faire conférer cette autorité, ne doit-on pas décider que la reconnaissance de la mère ne lui fait pas acquérir *de plano* la puissance paternelle sur l'enfant reconnu et qu'elle ne peut en être investie que par une décision de justice? — Nous croyons qu'il faut, dans l'un comme dans l'autre cas, écarter l'application de l'art. 9. La situation de la mère naturelle diffère en effet beaucoup de celle de la mère légitime. La première n'est point, comme la seconde, soumise à l'autorité maritale; souvent même elle ne vit point avec le père de l'enfant. Le danger que l'art. 9 a pour but de prévenir n'existe donc point au même degré en ce qui la concerne. A raison même de son caractère rigoureux et arbitraire, la disposition de cet article ne saurait être étendue en dehors de ses termes.

Mais c'est surtout à l'égard des enfants naturels non reconnus que la loi de 1889 présente une regrettable lacune. Ces enfants ont souvent besoin, eux aussi, d'être protégés contre les mauvais traitements ou les pernicieux exemples de leurs gardiens qui sont presque toujours leurs parents. Les mesures de protection ayant été subordonnées par la loi à la déchéance préalable des parents, il en résulte nécessairement que là où il n'y a pas de parents légalement connus, les tribunaux se trouvent dans l'impossibilité d'intervenir. Dans une lettre au préfet de l'Eure, en date du 9 avril 1890, le ministre de l'Intérieur a émis l'avis qu'il y avait lieu de suivre en pareille circonstance la marche indiquée par l'art. 23 de la loi de 1889 en assimilant les parents aux personnes à qui des enfants auraient été confiés. Cette manière de voir a été adoptée par un jugement du tribunal d'Évreux du 27 mai 1891 qui, sur la demande du préfet, autorisa l'Assistance publique à se faire remettre par une fille-mère un enfant non reconnu. C'est là certainement une extension abusive de l'art. 23 qui prévoit uniquement le cas où la garde d'un enfant a été confiée à un particulier ou à une association

en vertu de la loi de 1889 elle-même. L'Assistance publique ayant alors acquis la puissance paternelle sur cet enfant use de son droit en surveillant le tiers gardien ; mais il est impossible d'en déduire à son profit, en dehors de toute décision de justice, une faculté générale de surveillance sur toute personne ayant en fait la garde d'un enfant (1).

Hâtons-nous du reste d'ajouter que si la loi de 1889 est alors inapplicable, la loi du 19 avril 1898 a remédié dans une certaine mesure à cette situation. Les parents naturels qui élèvent leurs enfants sans les avoir reconnus doivent en effet être considérés comme en ayant la garde. Ils tombent par conséquent, au cas où ils se rendraient coupables envers eux de violences, voies de fait, actes de cruauté ou attentats sous l'application de cette loi qui réprime de pareils faits de la part de « toute personne ayant autorité sur l'enfant ou en ayant la garde. »

TITRE X

De la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation

726. Ce titre, comme le précédent, a pour objet la protection de ceux qui, à raison de leur âge, ne peuvent se gouverner et se défendre eux-mêmes.

Il est divisé en trois chapitres :

Le premier, *de la Minorité*, se compose d'un seul article et ne contient autre chose qu'une définition.

Le second, *de la Tutelle*, organise le régime protecteur appelé à remplacer la puissance paternelle lorsque celle-ci fait défaut, ou même à exister concurremment avec elle.

Le troisième, *de l'Émancipation*, indique à quelles conditions un enfant peut, par mesure individuelle, être affranchi, avant l'époque ordinaire, de la puissance paternelle ou de la tutelle et détermine les effets de cette mesure.

A ces trois chapitres nous en ajouterons un quatrième consacré à la tutelle hospitalière ou administrative.

1) Taudière, p. 411.

CHAPITRE PREMIER

DE LA MINORITÉ

727. L'âge avant lequel l'homme est hors d'état de se diriger lui-même varie suivant les individus. Précoce chez les uns, le développement de l'intelligence et de la raison s'opère plus lentement chez les autres. Il n'était pas possible de tenir compte de ces diversités. Le législateur a dû recourir à une présomption et déterminer, d'après l'époque à laquelle la capacité naturelle se manifeste chez le plus grand nombre, un terme uniforme au-dessous duquel tous sont réputés incapables, tandis que ceux qui l'ont dépassé jouissent d'une capacité pleine et entière. Ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge fixé par la loi se nomment *mineurs* ; ceux qui l'ont dépassé sont dits *majeurs*.

La plupart de nos anciennes coutumes fixaient le terme de la minorité à vingt-cinq ans ; quelques-unes seulement à vingt et un ans ou même à vingt ans. La loi du 20 septembre 1792 déclara que toute personne serait majeure à vingt et un ans. Les auteurs du code ont admis la même règle. « *Le mineur, dit l'art. 388, est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis.* »

De l'un ou de l'autre sexe. Les motifs particuliers qui ont fait établir une différence entre l'homme et la femme quand il s'agit de l'âge requis pour le mariage ne se rencontrent pas ici.

Il est généralement admis, bien qu'aucun texte ne le dise formellement, que la supputation du temps pour le calcul de la majorité doit se faire non point *de die ad diem*, suivant l'usage ordinaire dans le calcul des délais, mais *de momento ad momentum*. L'art. 57 veut en effet que l'acte de naissance constate l'heure de la naissance. On comprendrait difficilement l'utilité de cette mention si le moment de la naissance devait être négligé pour le calcul de l'âge. Un individu né le 2 janvier 1887 à deux heures de l'après-midi sera donc majeur le 2 janvier 1908 à deux heures de l'après-midi ; tandis que, si l'on comptait par jours, il serait majeur seulement après que la journée du 2 janvier serait entièrement écoulee, c'est-à-dire à la première minute du 3 janvier (1).

1) Demolombe, t. VIII, n° 407 ; Marcadé sur l'art. 388 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 446. et Cours de code civil, p. 504 ; Beudant, t. II, n° 885 ; Laurent, t. IV, n° 362 ; Huc, t. III, n° 231 ; Planiol, t. I, n° 426 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1348. — Nancy, 10 mars 1888, D. 88, 2, 212, S. 89, 2, 105 ; — Nîmes, 17 mai 1888, D. 89, 2, 5, S. 89, 2, 107. — *Contra* : Aubry et Rau, § 86, texte et note 5 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 710 ; Demante, p. II, n° 135 bis.

Si l'heure de la naissance n'est pas connue, la majorité ne sera acquise qu'à l'expiration du jour anniversaire.

Quant aux individus nés le 29 février dans une année bissextile, ce jour ne se retrouvant pas dans la vingt et unième année, ils acquièrent tous ensemble et au même moment leur majorité à l'expiration du mois de février de cette année (1).

728. Les mineurs sont tous soumis à une autorité protectrice. Cette autorité est tantôt la puissance paternelle seule, tantôt la tutelle seule, tantôt à la fois la puissance paternelle et la tutelle.

Les enfants légitimes sont soumis exclusivement à la puissance paternelle lorsque le père et la mère existent tous les deux et qu'ils ne sont ni l'un ni l'autre déchus de leur autorité.

Ils sont exclusivement en tutelle quand le père et la mère sont décédés tous les deux, quand ils sont tous les deux déchus de leur autorité ou quand, le père ayant été seul frappé de déchéance, l'exercice de la puissance paternelle n'a pas été attribué à la mère (loi du 24 juillet 1899, art. 9 et 10); enfin quand l'un des parents est décédé et l'autre déchû.

Ils sont soumis à la fois à la puissance paternelle et à la tutelle lorsque, l'un des parents étant décédé, le survivant n'a pas encouru la déchéance de son autorité. Pourquoi, dans ce cas, la loi fait-elle concourir la tutelle avec la puissance paternelle au lieu de se contenter de cette dernière? Pour deux raisons. D'abord parce que le survivant n'inspire plus, depuis qu'il est seul, la confiance qu'inspiraient la sollicitude collective des deux parents et leur contrôle réciproque; ensuite parce que les enfants, ayant recueilli l'hérité du prédécédé, ont désormais une fortune propre et que leurs intérêts se trouvent bien souvent en conflit avec ceux du survivant. Ils ont donc besoin de garanties nouvelles qui n'étaient pas nécessaires pendant la vie de leurs père et mère. Ces garanties ils les trouvent dans la tutelle. Le plus souvent du reste la tutelle appartient au survivant des père et mère (art. 390). Celui-ci cumule alors deux titres et remplit deux sortes de fonctions dans l'exercice desquelles il doit se conformer aux règles propres à chacune d'elles. L'idée générale est qu'il agit en vertu de son autorité paternelle pour tout ce qui concerne la direction de la personne de l'enfant, tandis qu'il est soumis aux règles de la tutelle pour ce qui regarde la gestion des biens. Parfois cependant le survivant n'est pas tuteur. Dans ce cas les deux autorités sont exercées parallèlement par deux titulaires différents. La direction de la personne de l'enfant appartient au survivant non tuteur, la gestion des biens au tuteur.

A la différence du décès de l'un des parents, la dissolution du mariage par le divorce ne donne pas ouverture à la tutelle. La puissance paternelle

1) Demolombe, t. VIII, n° 409.

subsiste seule, sauf à recevoir dans son exercice les modifications que la loi autorise les tribunaux à y apporter pour le plus grand avantage des enfants (art. 302).

Très bref en ce qui concerne la puissance paternelle sur les enfants naturels, le code est absolument muet quand il s'agit de la tutelle de ces enfants. L'opinion commune est que les enfants naturels doivent régulièrement être mis en tutelle dès leur naissance. On fonde cette décision sur l'art. 390. La dissolution du mariage par la mort de l'un des époux ayant pour effet, aux termes de cet article, de soumettre les enfants légitimes à la tutelle, celle-ci doit, dit-on, s'appliquer immédiatement aux enfants dont les parents ne sont pas unis par mariage. Mais, en pratique, les choses ne se passent pas ainsi. Les enfants naturels ne sont mis en tutelle du vivant de leurs parents que lorsqu'ils sont propriétaires. Tant qu'ils ne le sont point, et qu'il s'agit uniquement de la direction de leur personne, la puissance paternelle suffit. La tutelle ne devient nécessaire que lorsqu'ils acquièrent une fortune personnelle, les parents naturels n'étant pas investis du droit d'administration légale lequel n'existe d'après l'art. 389 que *durant le mariage* et par suite seulement lorsqu'il y a mariage.

Les enfants naturels dont la filiation n'est pas régulièrement établie n'ayant pas de parents aux yeux de la loi ne sont point soumis à la puissance paternelle, bien qu'en fait ils soient souvent élevés par leur père ou par leur mère. Si donc il y a lieu d'accomplir en leur nom un acte juridique quelconque, il faudra nécessairement les pourvoir d'un tuteur.

Les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins admis dans les hospices forment une classe à part, la classe des enfants *assistés*. Par le fait même de leur admission dans un hospice, ils sont soumis à la tutelle, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont ou non légitimes. Cette tutelle, dite *tutelle administrative* ou *hospitalière*, est régie par des lois spéciales que nous étudierons brièvement après avoir terminé l'examen des règles tracées par le code.

En pratique, on désigne fréquemment sous le nom de *pupille* le mineur soumis à la tutelle, surtout quand on l'envisage dans ses rapports avec son tuteur. Dans le présent titre le législateur ne s'est pas servi de cette expression qu'il emploie au contraire à l'exclusion de toute autre dans les articles relatifs à la tutelle officieuse (art. 364 à 370).

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE

729. Le plan adopté par les auteurs du code dans ce chapitre est trop compliqué et trop peu logique pour qu'il soit possible de le suivre sans

modification. Nous en traiterons dans trois sections seulement, au lieu de neuf :

De l'organisation de la tutelle ;

De l'administration tutélaire ;

De la cessation de la tutelle.

SECTION I

DE L'ORGANISATION DE LA TUTELLE

§ 1. — *Des divers agents qui constituent le personnel de la tutelle.*

730. Il y a dans toute tutelle :

1° Un *tuteur*, représentant du mineur, chargé de l'administration active ;

2° Un *conseil de famille*, corps délibérant, appelé à statuer sur les affaires importantes de la tutelle ;

3° Un *subrogé tuteur*, dont la principale mission est de surveiller la gestion du tuteur.

Accessoirement à ce personnel ordinaire et normal, nous aurons à signaler quelques agents supplémentaires établis en vue de certaines situations particulières : conseil à la mère survivante, curateur au ventre, cotuteur, protuteur, tuteurs ou subrogés tuteurs *ad hoc*.

1° Du tuteur.

731. Le tuteur est désigné soit directement par la loi elle-même, soit par certaines personnes auxquelles la loi reconnaît le droit de le nommer. Dans le premier cas, la tutelle est dite *légale* ou *légitime* ; dans le second, on la nomme tutelle *dative*.

Il y a deux tutelles légales : la tutelle légale du survivant des père et mère et la tutelle légale des ascendants.

Il y a également deux tutelles datives : la tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère, appelée aussi tutelle *testamentaire*, et la tutelle conférée par le conseil de famille, à laquelle est plus spécialement réservée la qualification de tutelle dative.

Les enfants légitimes peuvent se trouver soumis, suivant les cas, à l'une ou à l'autre de ces tutelles.

A l'égard des enfants naturels il ne saurait évidemment être question de tutelle légale des ascendants, ces enfants n'ayant pas civilement d'autres ascendants que leurs père et mère. La tutelle légale du survivant des père et mère et la tutelle testamentaire nous paraissent également inapplicables en ce qui les concerne. L'art. 390 relatif à la tutelle légale du survivant suppose en effet le mariage des parents et, dans la théorie du code, la tutelle testamentaire est une suite de la tutelle légale du survivant des

père et mère. Il ne reste donc d'autre tutelle possible que la tutelle dative, laquelle peut d'ailleurs être conférée au père ou à la mère (1).

En cas de déchéance de la puissance paternelle, il appartient, nous le savons, aux tribunaux de décider si la tutelle sera organisée conformément au droit commun ou si elle sera confiée à l'Assistance publique.

En suivant l'ordre graduel et hiérarchique dans lequel les diverses tutelles établies par le code peuvent se présenter, nous nous occuperons successivement :

- A. De la tutelle légale du survivant des père et mère ;
- B. De la tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère ;
- C. De la tutelle légale des ascendants ;
- D. De la tutelle déferée par le conseil de famille.

A. De la tutelle légale du survivant des père et mère.

732. « *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).

L'époux survivant est investi de plein droit de la tutelle des enfants issus du mariage alors même qu'il est mineur. Mais comme en pareil cas il ne peut accomplir pour son propre compte certains actes déterminés qu'avec l'assistance d'un curateur (art. 482), cette assistance lui est également nécessaire lorsqu'il est appelé à faire l'un de ces actes en qualité de tuteur. Il ne saurait en effet avoir pour les affaires de la tutelle une capacité qu'il n'a pas pour les siennes propres. Il nous paraît impossible d'admettre une doctrine qui, tout en reconnaissant que le tuteur a besoin d'assistance pour faire ces actes, estime qu'il doit être assisté non par son curateur, mais par le subrogé tuteur (2). Dans le système de la loi, le subrogé tuteur n'est jamais appelé à assister le tuteur; il faudrait un texte formel pour lui conférer dans cette hypothèse particulière un pouvoir qu'il n'a point en général (3).

Peu importe également que, du vivant de son conjoint, l'époux survi-

1) Demolombe, t. VII, nos 385 et suiv.; Duranton, t. III, n° 431; Marcadé sur l'art. 390; Valette sur Proudhon, t. II, p. 490 et Cours de code civil, p. 520; Demante, t. II, n° 138 bis; Beudant, t. II, n° 797; Planiol, t. I, nos 2580 et 2581; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1347. — Nîmes, 15 février 1887, S. 87, 2, 172; — Paris, 28 juillet 1892, D. 92, 2, 544, S. 93, 2, 24; — 17 mars 1897, D. 97, 2, 214; — Caen, 14 décembre 1896, D. 98, 2, 355, S. 97, 2, 37; — Cour de cass., 16 novembre 1898, D. 99, 2, 218. — Comp. Aubry et Rau, § 571 texte et note 12; Laurent, t. IV, nos 413 et suiv.

2) Demolombe, t. VII, n° 465; Aubry et Rau, § 99, texte et note 1 bis; Valette sur Proudhon, t. II, p. 342, note a; Duranton, t. III, n° 502.

3) Laurent, t. IV, n° 375; Huc, t. III, n° 263; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1174. — Trib. de la Seine, 27 février 1897, D. 97, 2, 303.

vant ait été privé de la garde de ses enfants, sans que d'ailleurs il ait encouru la déchéance de la puissance paternelle, ce qui peut avoir lieu en cas de divorce ou de séparation de corps. Les mesures prises par la justice ne sont alors que provisoires. Le mariage venant à se dissoudre on rentre dans le droit commun, et le survivant devient tuteur, sauf l'application des règles relatives à l'exclusion ou à la destitution (1). De même, en cas de décès du père frappé de déchéance, la mère qui n'a pas obtenu de la justice l'exercice de la puissance paternelle n'en est pas moins investie de plein droit de la tutelle (2).

733. Quoique la mère, lorsque c'est elle qui survit, soit, aussi bien que le père, appelée à la tutelle légale, sa situation présente cependant certaines particularités qui sont indiquées dans les art. 391 à 396. Ces particularités sont au nombre de quatre.

734 a. Tandis que les pouvoirs qui appartiennent au père survivant en qualité de tuteur ne peuvent en aucun cas être restreints par la volonté de la mère prémourante, la loi autorise le père à désigner à sa femme, pour le cas où elle lui survivrait, un *conseil* sans l'avis duquel elle ne pourra faire les actes relatifs à la tutelle. « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, 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 assistance* » (art. 391). Ici, comme dans les art. 499 et 513, le mot *conseil* est employé comme synonyme de *conseiller*. Le conseil de la mère tutrice est une personne dont elle doit prendre l'avis, et non une assemblée comme le conseil de famille.

735. L'art. 392 règle le mode de nomination du conseil de tutelle. « *Cette nomination de conseil, dit-il, 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.* »

Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par un acte revêtu de l'une des formes de tester admises par la loi. Il n'est point nécessaire que cet acte constitue un testament proprement dit, en d'autres termes, que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie; la loi n'emprunte ici au testament que sa forme.

Par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaires. Tout juge de paix est compétent pour recevoir cette déclaration. Il n'est pas nécessaire que le père s'adresse au juge de paix de son domicile. Il peut également s'adresser à un notaire quelconque.

1) Cour de cass., 13 août 1884, D. 85, 1, 40, S. 85, 1, 80.

2) Aubry et Rau, § 99, note 1.

736. La personne choisie par le père comme conseil de tutelle doit avoir la capacité requise pour être tuteur, puisqu'elle est appelée à coopérer à la gestion tutélaire et à la diriger. Elle n'est point obligée d'accepter la mission qui lui est offerte, aucun texte ne lui imposant cette obligation, et, après l'avoir acceptée, elle demeure toujours libre d'y renoncer, avant la cessation de la tutelle de la mère. En cas de refus ou de renonciation, il n'appartient ni au conseil de famille ni au tribunal de nommer un nouveau conseil de tutelle en remplacement de celui qui vient à faire défaut. La mère se trouve donc dans la même situation que si le père n'avait pas pris soin de lui désigner un conseil.

737. C'est seulement pour les actes *relatifs à la tutelle* que le père est autorisé à donner un conseil à sa femme survivante. Il ne lui est pas permis de restreindre les pouvoirs qui appartiennent à celle-ci en vertu de la puissance paternelle. D'un autre côté, il ne saurait enlever à la mère l'administration de la tutelle pour la remettre au conseil, ni même conférer à ce dernier le pouvoir d'accomplir certains actes de gestion. Ce serait le transformer en tuteur ou donner à la mère une sorte de cotuteur, et la loi ne reconnaît pas ce droit au père. La mère est et doit rester seule tutrice. Le rôle du conseil est uniquement d'assister la mère lorsqu'elle agit comme tutrice et non d'agir lui-même.

Si le père a spécifié les actes pour lesquels la mère devra être assistée du conseil qu'il lui désigne, cette assistance ne sera nécessaire pour aucun autre acte ; mais si le conseil est désigné en termes généraux, sans indication des actes pour lesquels il est nommé, son assistance est nécessaire pour tous les actes relatifs à la gestion tutélaire (1).

Cette assistance consiste dans l'adhésion, l'assentiment du conseil à l'acte que la mère tutrice se propose de faire et non dans une simple consultation qu'elle serait tenue de solliciter pour s'éclairer, mais dont elle resterait libre de s'écarter. La mère n'est pas astreinte seulement à requérir avant d'agir l'avis de son conseil, elle est obligée de suivre cet avis et doit par conséquent s'abstenir des actes auxquels le conseil refuse de donner son approbation. Est-ce à dire que le refus du conseil de consentir à un acte projeté par la mère constitue un obstacle absolu à la passation de cet acte ? La plupart des auteurs accordent un recours contre la décision du conseil. Ce recours doit, suivant les uns, être porté devant le conseil de famille, suivant les autres, devant le tribunal. Nous croyons au contraire que la mère n'a pas de recours, parce que la loi ne lui en accorde aucun et que tout contrôle sur la manière de voir du conseil est inconciliable avec le caractère de la mission dont il est investi par la confiance du père (2).

1) Pau, 28 mars 1887, D. 87, 2, 166, S. 88, 2, 117.

2) Laurent, t. IV, n° 380 ; Huc, t. III, n° 265 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1179. — *Contra* : Aubry et Rau, § 99 bis, texte et note 13 ; Beudant, t. II, n° 816.

Si la mère agit seule, sans demander l'avis de son conseil ou contrairement à l'avis de celui-ci, l'acte qu'elle fait est annulable dans l'intérêt du mineur.

L'assistance du conseil de tutelle ne dégage point du reste la mère de la responsabilité qui pèse sur elle, d'après le droit commun, en sa qualité de tutrice (art. 450). Il est clair toutefois qu'elle ne saurait être rendue responsable des actes qu'elle aurait omis par suite du refus d'assistance de son conseil. La prudence exige dès lors qu'elle fasse constater régulièrement ce refus, afin de pouvoir au besoin en rapporter la preuve.

Le conseil lui-même est également responsable envers le mineur des fautes qu'il viendrait à commettre dans l'accomplissement de sa mission (arg. art. 1992). Ainsi sa responsabilité serait engagée s'il négligeait de donner son avis en temps utile, ou s'il autorisait sans examen un acte préjudiciable au mineur. Mais, comme il n'est point un tuteur, ses biens ne sont pas grevés, pour la garantie des intérêts du pupille, de l'hypothèque légale établie par l'art. 2121 sur les immeubles des tuteurs.

Il va sans dire que la nomination d'un conseil de tutelle ne modifie en aucune façon les attributions du conseil de famille et du subrogé tuteur.

738 b. La seconde particularité relative à la situation de la mère survivante fait l'objet de l'art. 393 ainsi conçu : « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. — A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en deviendra de plein droit le subrogé tuteur.* »

Lorsque la femme est ou se déclare enceinte lors de la mort de son mari, il y a lieu, d'après cet article, à la nomination par le conseil de famille, d'un *curateur au ventre*. La mission de ce curateur, dont le nom quelque peu barbare est emprunté au droit romain, consiste à veiller aux intérêts de l'enfant à naître et des autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari. A ce titre, il est chargé tout d'abord de surveiller la femme, afin de prévenir le danger d'une suppression ou d'une supposition d'enfant. Il serait possible en effet que la femme cherchât à faire disparaître son enfant, par exemple pour conserver la fortune de son mari dont elle serait donataire ou légataire, ou pour accroître ses droits héréditaires au cas où le mari serait mort intestat (art. 767). Il se pourrait aussi, surtout si elle n'a reçu de son mari que des libéralités peu importantes, qu'elle simulât une grossesse et fit apparaître à un moment donné un enfant étranger qu'elle dirait être le sien, ou qu'étant accouchée d'un enfant mort, elle présentât un autre enfant afin d'enlever la fortune du mari aux héritiers de celui-ci, d'en acquérir l'usufruit pendant dix-huit ans, et peut-être même la propriété si l'enfant venait à mourir avant elle. Le curateur au ventre s'efforcera de déjouer de pareilles fraudes; mission évidemment très délicate et qui exige de sa part beaucoup de prudence et

de tact. La loi ne lui conférant d'ailleurs aucune autorité sur la personne de la femme, s'en est par là même remise aux tribunaux du soin d'ordonner, sur sa demande, les mesures particulières qui paraîtraient nécessaires eu égard aux circonstances et au caractère plus ou moins suspect de la situation.

Le curateur au ventre est chargé en second lieu d'administrer provisoirement la fortune du mari, dans l'intérêt des futurs ayant-droit quels qu'ils puissent être. Étant donné le caractère intérimaire de sa gestion, il doit se borner aux actes purement conservatoires ou qui présentent un caractère d'urgence.

739. A raison même des intérêts divers que le curateur au ventre est appelé à sauvegarder, sa nomination peut être provoquée non seulement par la femme elle-même, mais encore par tous ceux qui ont des droits à faire valoir sur la succession du mari.

740. Les fonctions du curateur au ventre cessent par l'accouchement de la femme, ou par la certitude acquise qu'elle n'est pas enceinte. Le curateur qui a géré les biens du mari rend alors compte de sa gestion soit au tuteur de l'enfant, soit aux héritiers ou autres successeurs du mari.

Si l'enfant naît vivant et viable, la mère devient sa tutrice légale et le curateur est investi de plein droit des fonctions de subrogé tuteur. De là cette triple conséquence :

1° Que la mère ne doit pas concourir à la nomination du curateur au ventre (art. 423) ;

2° Que le curateur doit être choisi dans la ligne paternelle, le subrogé tuteur ne devant pas appartenir à la même ligne que le tuteur ;

3° Que la personne choisie par le conseil de famille ne peut refuser les fonctions qui lui sont déferées que dans les cas où elle pourrait décliner celles de subrogé tuteur (art. 426).

Les biens du curateur au ventre ne sont pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

741. On discute la question de savoir s'il y a lieu à la nomination d'un curateur au ventre lorsqu'il existe, au moment du décès du mari, d'autres enfants issus du mariage. Il s'est formé sur ce point trois opinions. La première, se fondant sur les termes absolus de l'art. 393, enseigne qu'il est applicable aussi bien lorsqu'il y a d'autres enfants que lorsqu'il n'y en a pas (1). La seconde le déclare au contraire inapplicable dès lors qu'il y a d'autres enfants, la nomination d'un curateur n'ayant pas alors de raison d'être. Dans ce cas en effet le danger d'une supposition ou d'une suppres-

1) Aubry et Rau, § 136, texte et note 5; Huc, t. III, n° 270; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1182.

sion d'enfant n'est pas sérieusement à craindre, la mère n'ayant à peu près aucun intérêt à s'en rendre coupable (1). Enfin la troisième opinion fait une distinction. Elle estime qu'il n'y a pas lieu de nommer un curateur lorsque les enfants issus du mariage sont mineurs et non émancipés, la mère étant surveillée par le subrogé tuteur, ou même, si elle n'est pas tutrice, à la fois par le tuteur et par le subrogé tuteur, mais qu'il doit en être nommé un lorsque les enfants sont majeurs ou émancipés, attendu qu'il n'y a pas alors de surveillance légale. Ce dernier système trouve un appui très sérieux dans le texte de l'art. 393, lequel, en conférant de plein droit au curateur les fonctions de subrogé tuteur lors de la naissance de l'enfant, suppose bien qu'il n'y a pas à ce moment un subrogé tuteur en exercice (2).

742 c. A la différence du père, qui ne peut décliner la tutelle de ses enfants qu'autant qu'il existe en sa faveur une cause légale d'excuse, la mère est autorisée à la refuser purement et simplement, sans avoir à faire connaître les motifs de sa détermination. Lorsqu'elle veut user de cette faculté, elle doit provoquer sans délai la nomination d'un tuteur et remplir jusqu'à cette nomination les fonctions de la tutelle. « *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* » (art. 394). La gestion intérimaire dont la mère est chargée ne constitue pas une tutelle et ne donne lieu par suite ni à la nomination d'un subrogé tuteur, ni à l'hypothèque légale établie par l'art. 2121.

On décide généralement que la mère qui a accepté la tutelle ne peut plus ensuite s'en démettre, si ce n'est pour une cause légale d'excuse survenue depuis son acceptation. Cette solution est, dit-on, imposée par le texte de l'art. 394 qui porte que *la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle*, donnant ainsi clairement à entendre qu'elle n'est plus admise à la répudier une fois qu'elle l'a acceptée (3). N'est-ce pas attribuer aux expressions dont le législateur s'est servi une portée qu'il n'a pas entendu leur donner? Dire que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle, c'est dire qu'elle a le droit de la refuser. Or le motif qui lui a fait accorder ce droit, à savoir son inexpérience des affaires, ne permet pas de distinguer entre le cas où elle a commencé à gérer et celui où elle n'a pas encore géré. C'est même après avoir entrepris la gestion qu'elle se convaincra que la tâche est au-dessus de ses forces. L'intérêt du mineur exige qu'elle puisse aban-

1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 592; Laurent, t. IV, n° 394.

2) Demolombe, t. VII, nos 70 et suiv; Valette, *Cours de c. c.*, p. 513.

3) Aubry et Rau, § 99 bis, texte et note 2; Demolombe, t. VII, nos 111 et 112; Marcadé, sur l'art. 394; Duranton, t. III, n° 423; Valette sur Proudhon, t. II, p. 289.

donner des fonctions qu'elle se reconnaît incapable de bien remplir (1).

743 d. Le père qui se remarie conserve de plein droit la tutelle légale des enfants issus de son premier mariage. Chef de la nouvelle famille, il aura en effet, après son nouveau mariage comme avant, une complète liberté d'action. La mère veuve qui contracte une seconde union se soumet au contraire à l'autorité de son nouveau mari, lequel aura dès lors la haute main dans la direction de la personne et de la fortune des enfants du premier lit. La loi, tenant compte de cette situation, impose à la mère qui veut se remarier l'obligation de requérir la convocation du conseil de famille pour faire décider si la tutelle lui sera conservée. « *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* » (art. 395 al. 1).

Deux hypothèses peuvent donc se présenter : ou bien la mère requiert, avant de se remarier, la convocation du conseil de famille, ou bien elle se remarie sans avoir satisfait à cette obligation.

Dans la première hypothèse, le conseil peut retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver.

S'il la lui retire, il désigne pour la remplacer un nouveau tuteur. Il ne doit d'ailleurs priver la mère de la tutelle que pour des causes graves et lorsque l'intérêt des enfants l'exige absolument.

Si le conseil conserve la tutelle à la mère, il est tenu de lui adjoindre son nouveau mari en qualité de cotuteur. « *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 demeurant tutrice et son nouveau mari devenant cotuteur, leurs biens sont grevés de l'hypothèque légale établie par l'art. 2121 et ils doivent gérer la tutelle *ensemble et conjointement*. Leur concours est indispensable pour tous les actes de l'administration tutélaire sans exception (2). Afin de donner aux enfants une garantie de plus, la loi les déclare *solidairement* responsables de la gestion postérieure au mariage, c'est-à-dire qu'ils en répondent chacun pour le tout.

De ce que le nouveau mari est le cotuteur nécessaire de sa femme, il suit que s'il n'a pas la capacité requise pour pouvoir être nommé tuteur, la mère ne peut être maintenue dans la tutelle. D'autre part, tout événement qui met fin à la cotutelle du mari, par exemple sa destitution ou l'admission d'une excuse, met fin par là-même à la tutelle de la femme. Il faut excep-

1) Laurent, t. IV, n° 376; Huc, t. III, n° 273; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1183.

2) Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901, 2, 4.

ter toutefois le cas de décès du nouveau mari, les motifs sur lesquels l'art. 396 est fondé n'existant plus, le cas où le divorce vient à être prononcé entre les époux, et même, bien qu'il y ait quelques dissidences à cet égard, le cas où le nouveau mari est frappé d'interdiction (1). La séparation de corps ayant pour effet d'affranchir la femme de l'autorité maritale et de lui rendre le plein exercice de sa capacité civile (loi du 6 février 1893), nous paraît également faire cesser la cotutelle du mari sans mettre fin à la tutelle de la mère (2).

Réciproquement, tout événement qui entraîne la cessation de la tutelle de la mère fait cesser du même coup la cotutelle du nouveau mari, celui-ci ne pouvant, ainsi que le mot l'indique, être cotuteur qu'autant que sa femme est tutrice, sauf au conseil de famille à l'investir, s'il le juge à propos, des fonctions de tuteur.

744. Lorsque la mère n'a pas requis la convocation du conseil de famille avant de se remarier, la loi la punit en la déclarant déchue de plein droit de la tutelle. « *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 al. 2). La tutelle de la mère ayant légalement pris fin du jour de son mariage, il y a lieu à la nomination d'un nouveau tuteur par le conseil de famille qui doit être convoqué au plus tôt à cet effet. Rien ne s'oppose du reste à ce que le conseil choisisse comme tutrice la mère elle-même, en lui donnant son nouveau mari comme cotuteur. Mais alors, au lieu d'être tutrice légale, elle n'est plus que tutrice dative. L'art. 445 dispose à la vérité que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut plus être membre d'un conseil de famille, ce qui emporte à plus forte raison l'incapacité d'être tuteur ; mais il n'y a dans notre hypothèse ni exclusion ni destitution ; il n'y a qu'une simple déchéance encourue à raison d'une omission que les circonstances peuvent rendre très excusable (3).

A l'égard du nouveau mari, l'art. 395 dispose qu'il sera *solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée*, c'est-à-dire que si des fautes ont été commises, soit par action, soit par omission dans la gestion des intérêts des mineurs, ceux-ci pourront demander la réparation totale du préjudice par eux éprouvé au nouveau mari aussi bien qu'à leur mère. Mais le mari est-il responsable des suites de la gestion même

1) Demolombe, t. VII, n° 138 ; Aubry et Rau, § 99, note 41 bis ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1185. — *Contra* : Huc, t. III, n° 278.

2) Aubry et Rau, § 99, note 41 ter.

3) Demolombe, t. VII, n° 130 ; Aubry et Rau, § 99, texte et note 33 ; Duranton, t. III, nos 427 et 511 ; Huc, t. III, n° 276 ; Laurent, t. IV, n° 392 ; Beudant, t. II, n° 787. — Paris, 19 novembre 1887, D. 88, 2, 176, S. 88, 2, 29.

antérieure au mariage ? L'affirmative est généralement admise en doctrine comme en jurisprudence. C'était la décision de notre ancien droit et la différence de rédaction qui existe entre les art. 395 et 396 démontre, dit-on, que le législateur moderne a entendu l'adopter. Tandis que l'art. 396, statuant dans l'hypothèse où la mère a fait convoquer le conseil de famille avant de se remarier et a été maintenue par lui dans la tutelle, dispose que le nouveau mari, cotuteur de sa femme, répond *de la gestion postérieure au mariage*, l'art. 395 le déclare responsable de *toutes les suites de la gestion 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, ajoute-t-on, est d'ailleurs très rationnelle. Le législateur ne pouvait pas traiter de la même façon le mari qui gère en vertu d'un titre régulier et celui dont la femme a contrevenu à la loi, ce dernier ayant participé à la faute commise en ne l'empêchant pas (1).

Il est plus que douteux que cette interprétation soit conforme à la pensée du législateur. Le projet arrêté au Conseil d'État et communiqué officieusement au Tribunat, répudiant formellement la règle admise dans l'ancien droit, ne rendait le nouvel époux responsable que des suites de la gestion postérieure au mariage. On avait considéré avec raison qu'il était d'une rigueur excessive de faire supporter au mari les conséquences d'une gestion, déjà ancienne peut-être, et à laquelle il était demeuré complètement étranger. L'art. 8 du projet, correspondant à l'art. 395, était ainsi conçu : « 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 l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le mariage*. » Le Tribunat n'éleva aucune objection contre cette abrogation de la règle ancienne et se borna à une critique de forme. Il fit observer que les termes de l'article étaient de nature à faire croire que le nouveau mari répondait seulement *des faits de gestion* postérieurs à la célébration du mariage, alors qu'il devait répondre également *du défaut de gestion*, et il proposa de les remplacer par la formule suivante : « et son nouveau mari sera solidairement responsable avec elle depuis le mariage ». Cette formule ne se retrouve pas à la vérité dans le texte définitif; mais celle que le Conseil d'État lui a substituée exprime exactement la même idée. Déclarer le nouveau mari responsable de la tutelle *indûment conservée*, c'est dire que sa responsabilité commence au jour de la célébration du mariage, car c'est à partir de ce moment que la tutelle a cessé d'être léga-

1) Aubry et Rau, § 99 bis, texte et note 26; Marcadé sur l'art. 395; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 290, note 7; Durantou, t. III, n° 426; Huc, t. III, n° 275; Beudant, t. II, n° 787.

lement exercée par la mère. Le mari répond à dater de ce jour de *toutes* les suites de cette tutelle illégale ou tutelle de fait, c'est-à-dire du défaut de gestion aussi bien que de la mauvaise gestion des intérêts pupillaires. Si le Conseil d'État avait voulu revenir au système de l'ancien droit qu'il avait tout d'abord répudié avec l'approbation du Tribunat et faire rétroagir dans le passé la responsabilité du nouveau mari, il n'aurait pas manqué de faire connaître les motifs d'un aussi grave changement (1).

B. De la tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère.

745. Non contente de déferer de plein droit au survivant des père et mère la tutelle de ses enfants mineurs, la loi lui a permis de désigner la personne qui devra, après son décès, le remplacer auprès de ceux-ci en qualité de tuteur. Nul ne connaissant mieux les besoins des mineurs et ne leur portant plus d'affection, il était en effet naturel de lui confier le soin de faire cette désignation. Mais c'est seulement au dernier mourant des époux que ce droit appartient. Jamais l'époux prémourant n'est autorisé à nommer un tuteur à ses enfants. La nomination par lui faite serait non avenue, alors même que par suite de refus (art. 394), d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion, le survivant ne serait point tuteur. « *Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger*, dit l'art. 397, *n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère.* » Les mots *droit individuel* sont employés ici par opposition au droit de nomination appartenant au conseil de famille, lequel est exercé à titre *collectif*.

Pour que le survivant lui-même puisse nommer un tuteur à ses enfants, il faut qu'il soit investi de la tutelle au moment de son décès. Le droit que la loi lui reconnaît est donc seulement celui de *transmettre* la tutelle qui lui appartient. Ce principe, que le code ne formule pas textuellement, résulte de l'art. 399 qui en contient une application particulière. « *La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage*, dit cet article, *ne peut leur choisir un tuteur.* » Cette décision doit être étendue à tous les cas dans lesquels le survivant n'est pas tuteur, qu'il soit excusé, incapable, exclu ou destitué. « Accorder au survivant des époux qui, pour une cause quelconque, ne gère pas la tutelle de ses enfants le droit de choisir un tuteur chargé de remplacer celui qui se trouverait en exercice au moment de son décès, ce serait en effet lui donner le droit de destituer ce dernier et créer ainsi une cause de cessation de la tutelle que la loi n'a pas admise (2).

746. Bien que la mère survivante et investie de la tutelle jouisse, aussi

1) Demolombe, t. VII, n° 127; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 595; Laurent, t. IV, n° 389.

2) Aubry et Rau, § 100, note 6.

bien que le père, du droit de désigner un tuteur à ses enfants, son droit subit une restriction au cas où elle a contracté une nouvelle union. Dans la crainte que son choix ne soit le résultat de l'influence du second mari, l'art. 400 exige que la nomination faite par elle soit approuvée par le conseil de famille : « *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.* » Le conseil étant entièrement libre de rendre inefficace la nomination faite par la mère en refusant de l'approuver, on ne voit pas bien au premier abord en quoi la situation de la mère remariée qui a conservé la tutelle peut être meilleure que celle de la mère qui ne l'a pas conservée. Il y a cependant une différence entre les deux situations. La désignation faite par la mère tutrice, alors même que le conseil de famille ne la ratifie pas, a pour effet d'exclure la tutelle légale des ascendants et de donner lieu à la nomination d'un tuteur par le conseil (arg. art. 402), tandis que celle qui émane de la mère non maintenue dans la tutelle étant réputée non avenue, il y a lieu à la tutelle des ascendants.

747. L'art. 398 indique dans quelles formes la nomination du tuteur doit être faite. Ces formes sont les mêmes que celles qui sont prescrites pour la désignation d'un conseil à la mère survivante. « *Ce droit ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'art. 392, et sous les exceptions et modifications ci-après.* » Le tuteur peut donc être nommé soit par acte de dernière volonté, soit par une déclaration faite devant un juge de paix assisté de son greffier, soit par acte notarié. Quant aux exceptions et modifications dont parle l'art. 398 *in fine*, elles font l'objet des art. 399 et 400 relatifs à la mère remariée.

748. Le dernier mourant des père et mère peut choisir comme tuteur un parent ou un individu étranger à la famille, en un mot la personne qui lui paraît la plus digne de sa confiance. Mais cette personne n'est tenue d'accepter les fonctions qui lui sont offertes qu'autant qu'elles pourraient lui être imposées par le conseil de famille. « *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* » (art. 401).

C. De la tutelle légale des ascendants.

749. Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à cette tutelle.

Il faut d'abord que le mineur ait perdu à la fois son père et sa mère. Si l'un des parents existe encore, la tutelle légale des ascendants ne s'ouvre pas, et cela alors même que l'auteur survivant n'exercerait pas la tutelle, soit parce qu'il l'aurait refusée (art. 394), soit parce qu'il en aurait été

excusé ou destitué. C'est alors le conseil de famille qui est appelé à nommer un tuteur.

Il faut en second lieu que le dernier mourant des père et mère n'ait pas désigné un tuteur (art. 402). Le seul fait d'une désignation de tuteur valablement faite par le dernier mourant suffit pour exclure la tutelle légale des ascendants, alors même que le tuteur ainsi désigné ne gérerait pas la tutelle, cette nomination impliquant de la part de celui qui l'a faite la volonté d'écarter les ascendants.

Il faut enfin qu'il n'y ait point, au décès du dernier mourant des père et mère, un tuteur datif en exercice qui aurait été nommé à la place du survivant refusant, excusé ou destitué (art. 405). Si ce tuteur devait faire place aux ascendants lors du décès du survivant des père et mère, on ne voit pas en effet pourquoi la loi l'aurait fait nommer; il eût été plus simple d'appeler de suite les ascendants lorsque le survivant a abandonné la tutelle.

750. La tutelle légale n'appartient jamais aux ascendantes, mais seulement aux ascendants mâles. Les ascendantes peuvent sans doute être tutrices (art. 442), mais ces fonctions ne peuvent leur être conférées que par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille. La loi ne les appelle pas de plein droit à la tutelle, parce qu'elle ne veut pas que des personnes qui à la faiblesse naturelle à leur sexe joignent celle de l'âge soient chargées d'un pareil fardeau sans que leur aptitude à le porter ait été préalablement reconnue. La mère seule est tutrice légale.

Parmi les ascendants mâles, la loi, pour déterminer celui auquel la tutelle est déférée, prend en considération le degré d'abord, puis la ligne.

L'ascendant le plus proche, qu'il appartienne à la ligne paternelle ou à la ligne maternelle, l'emporte sur tous les autres.

En cas de concours d'ascendants du même degré, l'ascendant paternel est préféré à l'ascendant maternel.

Si les ascendants en concours appartiennent à la même ligne, ce qui peut arriver lorsque ce sont des bisaïeuls, la loi distingue. S'ils appartiennent à la ligne paternelle, elle préfère l'aïeul paternel du père du mineur, c'est-à-dire celui dont l'enfant porte le nom. S'ils appartiennent à la ligne maternelle, elle confie au conseil de famille, le soin de désigner celui qui sera tuteur. L'ascendant choisi par le conseil sera néanmoins tuteur légal et non tuteur datif. Le conseil se borne en effet à déterminer celui des ascendants auquel doit appartenir la tutelle déférée par la loi.

Les règles qui viennent d'être formulées résultent des art. 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 re-*

montant, 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. »

Lorsque l'ascendant appelé en première ligne se fait excuser, lorsqu'il est incapable ou exclu, la tutelle ne passe pas de plein droit à l'ascendant qui vient après lui dans l'ordre déterminé par la loi; elle doit être déférée par le conseil de famille (art. 405). Il en est de même lorsque l'ascendant le plus proche ayant commencé à gérer la tutelle vient ensuite à cesser sa gestion avant la majorité du pupille ou son émancipation. Les termes de l'art. 405 ne permettent aucun doute à cet égard dans le cas où l'événement qui met fin aux fonctions de l'ascendant tuteur est sa destitution ou l'admission d'une excuse. Mais lorsque cet ascendant vient à mourir, nous inclinons à penser que la tutelle ne devient point dative et que le défunt est remplacé de plein droit par celui qui vient après lui. Cette distinction entre le cas de décès et le cas d'excuse ou de destitution nous paraît conforme à l'esprit de la loi manifesté par les art. 394 et 405 qui considèrent le décès comme l'événement donnant lieu à la succession des tutelles légales, tandis qu'ils regardent au contraire les excuses, exclusions ou destitutions des tuteurs légaux comme interrompant cette succession (1).

D. De la tutelle déférée par le conseil de famille.

751. « Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou 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 nomination d'un tuteur » (art. 405).

Il résulte de cet article, dont la disposition se trouve déjà expliquée par ce qui a été dit ci-dessus, qu'il y a lieu à la tutelle déférée par le conseil de famille lorsqu'il n'existe pas de tuteur légal ou désigné par le dernier mourant des père et mère, ou lorsque celui qui existe ne peut ou ne veut entre-

1) Demolombe, t. VII, n° 187; Demante, t. II, n° 150 bis, V; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 602; Beudant, t. II, n° 793. — *Contra* : Aubry et Rau, § 101, texte et note 3; Laurent, t. IV, n° 405; Huc, t. III, n° 285.

prendre ou conserver la gestion tutélaire. On doit donc procéder à la nomination d'un tuteur datif :

1° Lorsqu'un mineur non émancipé reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas désigné de tuteur et qu'il n'y a pas d'ascendants mâles ;

2° Lorsque la mère survivante refuse la tutelle ;

3° Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant appelé à la tutelle légale se trouve incapable, exclu ou excusé ;

4° Lorsque la mère veuve s'est remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, ou lorsqu'elle l'a convoqué et qu'elle n'a pas été maintenue par lui dans la tutelle ;

5° Lorsqu'un tuteur testamentaire vient à mourir au cours de sa gestion ;

6° Lorsqu'un tuteur datif vient à cesser ses fonctions par une cause quelconque.

A ces divers cas, la loi du 24 juillet 1889 en a ajouté un nouveau. Il y a lieu, en vertu de cette loi, à la tutelle dative quand, à la suite d'une déchéance de la puissance paternelle prononcée pendant le mariage, soit contre les deux époux, soit contre le père seul sans attribution de l'exercice de cette puissance à la mère, les tribunaux décident que la tutelle sera organisée conformément au droit commun.

752. Le conseil de famille choisit le tuteur avec une entière liberté. Il n'est limité que par les art. 432 à 436 qui permettent au tuteur d'invoquer certaines causes d'excuse et par les art. 442 à 444 qui établissent des causes d'incapacité ou d'exclusion.

753. Le conseil ne doit nommer qu'un seul tuteur, sauf à l'autoriser, si les circonstances lui paraissent l'exiger, à s'adjoindre des auxiliaires gérant sous sa surveillance et sous sa responsabilité. A cette règle, l'art. 417 apporte cependant une exception : « *Quand le mineur, domicilié en France, possédera 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.* » Cette exception est établie à la fois dans l'intérêt du mineur et dans l'intérêt du tuteur. *Dans l'intérêt du mineur*, un tuteur résidant en France ne pouvant ni administrer directement des biens situés aux colonies, ni surveiller efficacement les administrateurs auxquels le conseil de famille l'autoriserait à confier la gestion de ces biens. *Dans l'intérêt du tuteur* qui ne saurait équitablement être rendu responsable d'une administration qu'il ne peut pas surveiller.

La nomination d'un protuteur est *obligatoire* dès lors qu'un mineur est propriétaire en France et aux colonies. L'art. 417 est en effet conçu en termes impératifs : « l'administration... sera donnée à un protuteur ». Le projet de code portait que le tuteur *pourrait* faire nommer un protuteur.

La faculté a été transformée en obligation dans la rédaction définitive. Si le mineur est domicilié en France, il a un tuteur en France et un protuteur aux colonies. S'il est domicilié aux colonies, il a un tuteur aux colonies et un protuteur en France.

Il n'y a pas lieu à protutelle quand un mineur a des biens situés hors de France, mais ailleurs que dans les colonies. L'art. 417 dérogeant au droit commun doit être interprété restrictivement.

Le protuteur est un véritable tuteur et soumis par suite à toutes les dispositions qui régissent la tutelle. C'est ainsi notamment que ses biens sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121 et qu'il y a lieu de lui nommer un subrogé tuteur. Il y a donc, en cas de protutelle, deux subrogés tuteurs, l'un pour le tuteur ordinaire, l'autre pour le protuteur. Mais il n'y a qu'un seul conseil de famille qui est formé au domicile du mineur.

La gestion du tuteur et celle du protuteur sont d'ailleurs complètement distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Chacun d'eux ne répond que de ses faits personnels.

Bien que la loi parle de la protutelle dans la section consacrée à la tutelle dative, il y a lieu également à la nomination d'un protuteur en cas de tutelle légale ou testamentaire. Dans ce dernier cas, cette nomination peut, comme celle du tuteur, être faite par le survivant des père et mère. Dans tous les autres, elle est faite par le conseil de famille.

2° Du Conseil de famille.

754. Le code s'est occupé de l'organisation du conseil de famille dans la section IV du chapitre II, à l'occasion de la nomination du tuteur datif. Mais les règles tracées en vue de ce cas sont, pour la plupart, des dispositions générales, applicables dans tous les cas où il y a lieu de réunir ce conseil.

755. Le conseil de famille se compose :

- 1° Du juge de paix du canton dans lequel il doit être formé ;
- 2° De six parents ou alliés du mineur, ou, à défaut de parents ou d'alliés, d'amis de son père ou de sa mère.

Il comprend donc en tout sept membres, nombre impair, afin d'éviter autant que possible l'inconvénient d'un partage d'opinion. Nous verrons toutefois qu'il peut exceptionnellement se composer d'un plus grand nombre de membres.

Le conseil de famille n'est point une assemblée formée une fois pour toutes au début de la tutelle et devant conserver pendant toute sa durée la même composition (1). Il y a lieu de le constituer à nouveau, conformément aux règles tracées par la loi, chaque fois qu'il est nécessaire de le réunir. Il peut donc arriver qu'il comprenne, lors d'une réunion posté-

1) Dijon, 14 janvier 1891, D. 91, 2, 223.

rieure, des membres différents de ceux qui y avaient été appelés lors de la réunion précédente. Il suffit pour cela que, dans l'intervalle, il se soit produit quelque changement dans la famille, par exemple l'arrivée de certains parents à l'âge de la majorité, ou même tout simplement des déplacements de domicile. Mais si la composition du conseil peut varier, le lieu où il doit être formé demeure toujours le même. Ce lieu est celui de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire la commune dans laquelle le mineur était domicilié au moment où le décès de l'un de ses parents l'a fait tomber en tutelle (art. 406 et 467). Là se trouve ce que la pratique appelle *le siège* ou *le domicile de la tutelle*, domicile immuable, malgré les variations que peut subir le domicile du mineur lié désormais à celui de son tuteur (art. 108). A la vérité aucun texte ne proclame expressément cette immutabilité. Mais dès lors qu'on reconnaît que les dispositions de l'art. 407 sur la composition du conseil de famille, bien qu'elles n'aient été édictées qu'en vue du cas où il s'agit de nommer le tuteur, doivent être appliquées dans tous les cas, la logique veut qu'on applique aussi dans tous les cas la règle qu'il trace sur le lieu de formation et de réunion du conseil. Ainsi l'exige du reste le plus souvent l'intérêt du mineur. Autrement en effet il serait facile au tuteur, en déplaçant son domicile, de le priver de l'appui de ses parents les plus proches et les plus dévoués et de soustraire ainsi sa propre gestion à tout contrôle efficace. Sans doute il peut se présenter des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles il serait avantageux au mineur que le conseil de famille fût formé, non là où la tutelle s'est ouverte, mais là où le tuteur est actuellement domicilié. Tel serait le cas où le père étant mort loin de son pays et de ses parents, dans un lieu où il exerçait une fonction publique conférée à vie (art. 107), la mère tutrice serait revenue se fixer dans son pays d'origine. Mais les inconvénients de la règle regardent le législateur et l'interprète n'a pas à s'en préoccuper. Ils sont du reste atténués par le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les tribunaux pour maintenir les actes du conseil de famille, malgré les irrégularités commises, lorsqu'ils estiment que les intérêts du mineur ne sont pas lésés (1).

756. C'est le juge de paix qui *compose* le conseil de famille, c'est-à-dire qui désigne les personnes appelées à y siéger. Les art. 407 et suivants tracent les règles d'après lesquelles cette désignation doit être faite.

Aux termes de l'art. 407, « *Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moi-*

1) Demolombe, t. VII, n° 241 et suiv.; Aubry et Rau, § 92 bis; Valette sur Proudhon, t. II, p. 313; Marcadé, sur l'art. 410; Ducaurroy, Bonnier et Roustain t. I, n° 604; Durantou, t. III, n° 453; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1200; Beudant, t. II, n° 778. — *Contra* : Laurent, t. IV, nos 447 et suiv.; Huc, t. III, n° 299; Planiol, t. I, nos 2533 et suiv.

tié 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 moins. »

En prescrivant de prendre les membres du conseil de famille dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans un rayon de deux myriamètres autour de cette commune, la loi a voulu éviter des lenteurs préjudiciables aux intérêts du mineur et épargner aux parents ou alliés appelés à faire partie du conseil des déplacements pénibles et onéreux. Il suit de là que, pour déterminer la composition du conseil, c'est à la résidence des parents ou alliés plutôt qu'à leur domicile qu'il convient de s'attacher, lorsque la résidence est distincte du domicile.

Les membres du conseil de famille doivent être pris, moitié dans la ligne paternelle, moitié dans la ligne maternelle, afin que l'une des lignes n'ait pas, dans les décisions à prendre, la prépondérance sur l'autre.

Dans chaque ligne, le parent ou l'allié le plus proche est préféré au plus éloigné. A égalité de degré, le parent l'emporte sur l'allié. Entre deux parents ou alliés du même degré, la préférence est due au plus âgé.

757. Après avoir posé, dans l'art. 407, les principes généraux sur la composition du conseil de famille, le législateur y apporte, dans les articles suivants, un certain nombre de modifications.

L'art. 408 déroge à la règle d'après laquelle le conseil ne comprend que six parents ou alliés. « *Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines, dit-il, sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée 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 termes de cet article nécessitent une double observation. Il appelle à faire partie du conseil de famille, quel que soit leur nombre, *les ascendants valablement excusés* de la tutelle. Or, il est certain que sa disposition est également applicable aux ascendants qui, n'ayant pas été appelés à la tutelle, n'ont pas eu besoin de s'en faire excuser. D'un autre côté, il parle des *veuves d'ascendants*, expression manifestement inexacte, car on ne voit pas à quel titre la seconde femme d'un ascendant décédé, laquelle n'est pas parente du mineur mais seulement son alliée, serait appelée de préférence à tous autres à faire partie du conseil de famille. La loi n'a pu avoir en vue que les *ascendantes veuves*. Notre article signifie donc que les frères *germains* du mineur, c'est-à-dire ceux qui ont le même père et la même mère que lui, par opposition aux frères *consanguins* qui ont le même père mais non la même mère et aux frères *utérins* qui ont la même mère mais non le même père, puis les maris de ses sœurs germaines, ainsi que ses ascendants et ses ascendantes veuves font tous partie de son

conseil de famille lors même que leur réunion excède le nombre de six, et que c'est seulement lorsqu'ils ne complètent pas ce nombre qu'il y a lieu d'appeler d'autres parents ou alliés.

L'art. 408 ne déroge d'ailleurs, pour les frères germains comme pour les ascendants, qu'à la règle relative au nombre des membres du conseil de famille et non à celle qui détermine le rayon dans lequel les membres de ce conseil doivent être pris. Les uns et les autres ne doivent donc être appelés de préférence à tous autres qu'autant qu'ils ont leur domicile, ou tout au moins leur résidence, dans le lieu de l'ouverture de la tutelle ou dans une distance qui n'excède pas deux myriamètres.

Les art. 409 et 410 dérogent au contraire à la règle de l'art. 407 sur la circonscription territoriale dans laquelle les membres du conseil doivent, en général, être choisis.

S'il n'y a pas dans le rayon de deux myriamètres des parents ou des alliés en nombre suffisant pour former le conseil de famille, le juge de paix peut, à son choix, et suivant ce qu'il croit le plus utile aux intérêts du mineur, appeler soit des parents ou des alliés domiciliés à une plus grande distance, soit, mais seulement dans la commune même, des amis du père ou de la mère. « *Lorsque les parents ou alliés de l'une et de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'art. 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* » (art. 409). Cette disposition s'applique séparément et distributivement à chacune des deux lignes. Le nombre de membres que l'une des lignes doit fournir ne peut pas être complété par des parents ou alliés pris dans l'autre ligne. Ainsi, par exemple, quand il y a dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans un rayon de deux myriamètres, six parents de la ligne paternelle et pas un seul de la ligne maternelle, les parents maternels qui font défaut ne doivent point être remplacés par trois parents de la ligne paternelle, mais par trois parents maternels pris en dehors de la distance légale ou par des amis de la mère. Autrement l'équilibre que la loi a voulu établir entre les deux lignes se trouverait rompu. Mais les parents ou alliés qui appartiennent à la fois aux deux lignes, comme les frères germains ou les maris de sœurs germaines, peuvent être comptés indifféremment pour l'une ou pour l'autre.

Suivant l'art. 410, « *Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou d'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 retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.* » Le

juge de paix jouit, on le voit, d'une assez grande latitude dans le choix des personnes qui doivent composer le conseil de famille. Outre qu'à défaut de parents et d'alliés dans le rayon déterminé par l'art. 407 il est libre d'appeler à en faire partie des amis pris dans la commune même ou des parents ou alliés habitant au loin, la loi l'autorise, même en présence de parents ou d'alliés dans la zone légale, à appeler, de quelque distance que ce soit d'autres parents ou alliés. Il usera de cette dernière faculté lorsqu'il estimera que les parents ou les alliés domiciliés au loin offrent pour les intérêts du mineur plus de garanties que ceux qui se trouvent sur les lieux. Mais la loi exige que ceux qui sont ainsi appelés au conseil soient plus proches en degré ou tout au moins de même degré que les parents ou alliés qu'ils éliminent. Il suit de là que le juge de paix ne pourrait pas écarter du conseil un frère germain, un mari de sœur germaine ou un ascendant habitant dans le rayon légal pour appeler, hors de ce rayon, un autre membre, les frères germains, les maris de sœurs germaines et les ascendants devant faire partie du conseil de famille de préférence à tous autres (art. 408).

758. Les règles qui précèdent sur le choix des membres du conseil de famille sont nécessairement étrangères à l'hypothèse où le mineur est un enfant illégitime, ce mineur n'ayant aux yeux de la loi d'autres parents que ses père et mère. Le conseil de famille doit alors être composé de personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié, soit avec le père ou la mère, soit avec le mineur lui-même (arg. art. 409).

759. Dans la pratique, le juge de paix ne dresse point lui-même la liste des membres du conseil de famille. Ne pouvant connaître personnellement toutes les familles de son canton, il remet le soin de former cette liste à l'un des membres de l'assemblée et se l'approprie ensuite en l'agréant, après avoir constaté qu'elle est conforme aux prescriptions légales.

760. Chargé de composer le conseil de famille, le juge de paix est également chargé d'ordonner ou d'autoriser sa convocation. Cette convocation a lieu soit d'office, soit sur réquisition, soit sur dénonciation. « *Ce conseil, dit l'art. 406, 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.* »

La convocation a lieu *d'office* quand le juge de paix en prend lui-même l'initiative. Les art. 406, 421 et 446 lui reconnaissent formellement le droit de convoquer le conseil de famille quand il s'agit de la nomination, du remplacement ou de la destitution du tuteur. Mais l'opinion dominante est que ces articles ne sont point limitatifs et que le juge de paix, chargé de veiller d'une manière générale aux intérêts du mineur, peut réunir d'office

le conseil de famille toutes les fois que cette mesure lui paraît utile (1).

La convocation a lieu *sur réquisition* lorsqu'elle est réclamée par une des personnes auxquelles la loi reconnaît qualité à cet effet. Les personnes admises à requérir la convocation d'un conseil de famille sont, en général, tous les parents et alliés du mineur sans limitation de degré, les créanciers ou autres intéressés, le tuteur et le subrogé tuteur. Toutefois ces différentes personnes ne jouissent pas en toute circonstance de ce droit de réquisition; il y a lieu de distinguer entre les diverses causes qui peuvent motiver la convocation du conseil.

S'agit-il de faire nommer un tuteur, la convocation peut être requise par le subrogé tuteur, s'il en existe un, par tous les parents et alliés du mineur et par ses créanciers ou autres personnes pécuniairement intéressées à la convocation.

S'agit-il de faire destituer le tuteur, la réquisition ne peut être formée que par le subrogé tuteur et par les parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 446). Par exception, tous les parents ou alliés du mineur, même au-delà du degré de cousin germain, et ses créanciers ou autres personnes pécuniairement intéressées peuvent requérir la convocation du conseil pour la destitution du tuteur dans le cas où celui-ci s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait nommer le subrogé tuteur (art. 421).

S'agit-il d'obtenir l'autorisation du conseil de famille pour la passation d'actes relatifs à la gestion tutélaire, la convocation peut être requise soit par le tuteur soit par le subrogé tuteur (art. 454, 457, 461, 468, etc.).

Enfin, *s'agit-il de conférer au mineur le bénéfice de l'émancipation*, le droit de réquisition appartient au tuteur et aux parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 479).

Les personnes auxquelles la loi ne reconnaît pas le droit de réquisition peuvent *dénoncer*, c'est-à-dire faire connaître au juge de paix, les faits de nature à motiver la réunion du conseil de famille et le mettre ainsi à même d'user de son droit de convoquer ce conseil d'office. Mais ce magistrat demeure entièrement libre de tenir de l'avertissement qui lui est donné tel compte que bon lui semble; tandis qu'il est obligé de déférer à une réquisition. S'il refusait de le faire, le requérant pourrait frapper d'appel l'ordonnance par lui rendue pour motiver son refus et, à défaut d'ordonnance, le prendre à partie (art. 505 et 507 c. pr.).

761. Le mode régulier de convocation est une citation notifiée par huissier à chacun des membres du conseil. Cette citation, rédigée au nom du juge de paix ou de celui qui requiert la convocation du conseil, doit indiquer le jour et l'heure de la réunion.

1) Demolombe, t. VII, n° 280; Laurent, t. IV, n° 452; Planiol, t. I, n° 2 A 546, *Contra* : Aubry et Rau, § 94, note 1 bis.

L'art. 411 détermine le délai qui doit être observé entre la citation notifiée et le jour fixé pour la réunion. « *Le délai pour comparaître, dit-il, 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 résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres. — Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au-delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres.* » L'augmentation du délai à raison de la distance n'est plus aujourd'hui d'un jour par trois myriamètres, mais d'un jour par cinq myriamètres (loi du 3 mai 1862).

Aux termes de l'art. 412, « *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.* » La loi n'impose pas aux membres du conseil de famille l'obligation d'assister en personne à la réunion ; elle leur permet de s'y faire représenter par un mandataire. Cette faculté est accordée à tous sans distinction, non seulement à ceux qui sont choisis, en vertu des art. 409 et 410, en dehors du rayon de deux myriamètres, mais encore à ceux qui sont pris sur place. En décidant ainsi le législateur a voulu sans doute faciliter la constitution du conseil de famille et éviter des lenteurs qui pourraient être préjudiciables au mineur.

Il n'est pas nécessaire que la procuration donnée au mandataire soit authentique ; mais il faut qu'elle soit *spéciale*, c'est-à-dire qu'elle confère à celui qui en est porteur le pouvoir de délibérer et de voter soit sur un objet spécialement déterminé, soit sur les différentes affaires qui devront être traitées dans une réunion spécialement indiquée. Le mandat ne peut d'ailleurs être *impératif*, un pareil mandat rendant toute délibération inutile (1). Le mandataire doit jouir de la même liberté d'appréciation et de décision qu'aurait le mandant s'il assistait à la réunion. L'art. 412 ajoute que le fondé de pouvoir ne peut pas représenter plus d'une personne, parce que le nombre des membres du conseil ne doit pas se trouver diminué. Par le même motif, un membre présent ne pourrait pas être en même temps mandataire d'un membre absent. Ajoutons enfin que les individus personnellement incapables de faire partie d'un conseil de famille ne sont pas admis à y figurer en qualité de mandataires.

762. Les membres d'un conseil de famille qui, ayant été régulièrement convoqués, ne se rendent pas à la réunion et ne constituent point un mandataire pour les représenter sont passibles d'une amende, à moins qu'ils ne puissent invoquer, pour justifier leur absence, une excuse légitime.

1) Pau, 2 janvier 1895, D. 96, 2, 217, S. 95, 2, 129.

« Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaitra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix » (art. 413). Il appartient au juge de paix d'apprécier si l'excuse invoquée par le défaillant est ou non suffisante. Si le jugement par lequel il condamne celui-ci à l'amende n'est pas susceptible d'appel, la loi n'interdit pas la voie de l'opposition. Le condamné pourra donc être relevé de l'amende en présentant après coup une excuse légitime qu'il avait omis de faire connaître tout d'abord (1).

En cas de non comparution d'un ou de plusieurs membres du conseil de famille, le juge de paix prend le parti qui lui paraît le plus utile au mineur. « S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer, en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt 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 ultérieure, sans détermination de jour, pour ne la réunir qu'après une nouvelle convocation.

La proroger, c'est la remettre à un jour fixe, à huitaine par exemple, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle convocation.

Le juge de paix peut aussi faire délibérer immédiatement les membres présents, s'ils sont en nombre suffisant, ou s'il est possible de remplacer sur-le-champ les absents.

Le droit d'ajourner ou de proroger l'assemblée appartient du reste au juge de paix dans tous les cas où l'intérêt du mineur lui paraît exiger une remise, par exemple lorsque la discussion d'une question n'est pas épuisée ou quand de nouveaux renseignements sont jugés nécessaires.

763. Le conseil de famille délibérant sur des intérêts purements privés, ses séances ne sont pas publiques. Non seulement le public n'est pas admis à y assister, mais les tiers n'ont pas le droit d'exiger qu'il leur soit délivré une expédition des délibérations. « Leur indication sommaire sur les registres de l'enregistrement, dit un arrêt de la cour de cassation, contient les mentions qu'il suffit au public de connaître » (2).

A moins d'avis contraire, l'assemblée se tient chez le juge de paix. Elle ne peut délibérer qu'autant que les trois quarts de ses membres sont présents. « 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).

1) Cour de cass., 24 octobre 1894, S. 94, 1, 28.

2) Cour de cass., 30 décembre 1840, D. 41, 1, 62, S. 41, 1, 171.

Des membres convoqués, dit la loi. Donc le juge de paix n'est pas compris dans ce nombre. En effet, il n'est point *convoqué*; c'est lui, au contraire, qui convoque. Ce mot fut même ajouté, sur la demande du Tribunat, à la rédaction primitive, afin de bien marquer l'intention du législateur. Le conseil étant ordinairement composé de six membres, il faut par conséquent qu'il y ait au moins cinq membres présents, outre le juge de paix, pour que l'assemblée puisse délibérer. S'il était composé de sept membres, il faudrait qu'il y en eût six présents. Il en faudrait six également si le conseil était composé de huit membres.

Quand les trois quarts des membres convoqués sont présents, le conseil peut délibérer alors même que quelques membres refuseraient, par un motif quelconque, de prendre part à la délibération. La loi exige seulement leur *présence*, et avec raison, car si elle avait exigé que les trois quarts des membres prissent part à la délibération, la minorité aurait pu, par une abstention systématique, empêcher toute décision.

Le conseil de famille est présidé par le juge de paix qui prend part aux discussions et aux votes. En cas d'empêchement, il est remplacé par un de ses suppléants. Aucun autre membre du conseil ne pourrait tenir sa place. Suivant la règle générale, le greffier assiste le juge de paix et tient la plume.

764. Les résolutions du conseil de famille se prennent à la majorité absolue des suffrages, c'est-à-dire à la majorité de la moitié des voix plus une, et non à la simple majorité relative. Telle est la règle pour toute assemblée délibérante, et on doit certainement l'appliquer ici, bien que la loi ne s'en soit pas expliquée, car la majorité absolue constitue seule une véritable majorité; la majorité relative est une majorité purement fictive dont on ne pourrait se contenter qu'autant que la loi le déclarerait expressément. Soit un conseil de famille composé de sept membres y compris le juge de paix. Il s'agit, nous le supposons, de nommer un tuteur. Trois des membres du conseil votent pour Paul, deux pour Pierre et les deux autres pour Jacques. Il n'y aura pas de décision prise, aucun des candidats n'ayant obtenu la moitié des voix plus une. Si la simple majorité relative était suffisante, Paul serait au contraire investi par ce vote des fonctions de tuteur.

Cela étant, comment sortir d'embarras dans le cas où il se forme au sein du conseil plus de deux opinions dont aucune ne réunit la majorité absolue? On a proposé d'appliquer alors par analogie l'art. 117 du code de procédure aux termes duquel, quand il se forme dans un tribunal plus de deux opinions, les juges les plus faibles en nombre sont tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui ont obtenu le plus de voix. Mais c'est là une disposition exceptionnelle, spéciale aux jugements, et qui ne saurait par suite, dans le silence de la loi, être étendue à une hypothèse différente. Il n'y a, suivant nous, d'autre ressource, si les membres du con-

seil persistent dans leur manière de voir, que de proroger ou d'ajourner l'assemblée et, si le désaccord se reproduit, lors de la nouvelle réunion, de reconstituer le conseil de famille, c'est-à-dire d'en former un nouveau dont le juge de paix aura soin d'éliminer les membres récalcitrants; sauf à la minorité à attaquer la décision devant le tribunal.

La loi qui ne prévoit point le cas où il se forme plus de deux opinions au sein du conseil de famille, s'est au contraire préoccupée du cas de *partage*, c'est-à-dire du cas où le conseil délibérant en nombre pair se divise en deux opinions comptant chacune un même nombre de voix. Elle attribue alors au juge de paix le rôle de *départageant*, c'est-à-dire que sa voix fait prévaloir l'opinion du côté de laquelle elle se trouve et emporte décision en faveur de cette opinion. « *Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage* » (art. 416).

765. Dans la pratique, la convocation du conseil de famille n'a point lieu dans la forme qui a été indiquée ci-dessus, c'est-à-dire par exploit d'huisier. Afin d'épargner au mineur les frais de citation, l'usage s'est introduit de la faire par simples lettres, ou même verbalement. Mais ce mode de procéder n'étant pas régulier, les membres qui ne comparaitraient pas, après avoir été ainsi convoqués, n'encourraient pas l'amende édictée par l'art. 413 et on ne pourrait pas délibérer en leur absence, alors même que la réunion comprendrait les trois quarts des membres convoqués. Il est donc prudent de recourir à une citation régulière toutes les fois qu'il y a lieu de craindre quelque mauvais vouloir de la part des membres du conseil.

766. Les actes du conseil de famille se divisent en deux classes : les *avis* et *délibérations*.

Les avis sont les actes par lesquels le conseil de famille exprime son sentiment, sa manière de voir, sur telle ou telle question qui lui est soumise soit par le tribunal, soit par le tuteur (1).

Les délibérations sont les actes par lesquels le conseil ordonne ou autorise une mesure quelconque relativement à l'organisation ou à l'administration de la tutelle. Telles sont les résolutions qui portent nomination du tuteur ou du subrogé tuteur, celles qui statuent sur les causes d'excuse, d'exclusion ou de destitution de l'un ou de l'autre, ou qui autorisent le tuteur à faire certains actes que, d'après la loi, il n'a pas qualité pour faire seul.

En principe, les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes. Quelques-unes cependant sont soumises à la nécessité de l'ho-

1) Quelquefois le mot *avis* est employé par la loi dans un sens large pour désigner à la fois les avis proprement dits et les délibérations. C'est le sens qu'il a notamment dans la rubrique du titre X, livre I, partie II du code de procédure.

mologation judiciaire, c'est-à-dire qu'elles doivent, pour avoir effet, être approuvées par le tribunal de première instance (art. 448, 458, 467). Mais il n'en est ainsi que dans les cas formellement prévus et spécifiés par la loi. Les formes à suivre pour arriver à l'homologation sont indiquées dans les art. 885 et suivants du code de procédure.

Lorsque le tribunal saisi d'une demande en homologation ne partage pas l'opinion du conseil de famille, il ne peut que refuser l'homologation; il ne lui appartient pas de changer la délibération, en substituant d'autres mesures à celles que le conseil a adoptées. C'est au conseil lui-même de modifier sa résolution s'il le juge à propos.

767. Le code civil n'avait établi aucun mode de recours ou d'attaque contre les délibérations du conseil de famille, si ce n'est dans l'hypothèse toute spéciale d'une délibération rejetant les excuses invoquées par le tuteur ou prononçant son exclusion ou sa destitution (art. 440 et 448). Mais le code de procédure a généralisé cette mesure et autorisé dans tous les cas un recours à la justice. Aux termes de l'art. 883 de ce code, « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, le subrogé tuteur, même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. » La logique et l'équité exigent en effet que le recours aux tribunaux soit possible dans tous les cas, des assemblées composées souvent d'hommes illettrés, étrangers aux affaires, divisés par les rivalités de famille, la passion ou l'intérêt, pouvant aisément faillir à la mission qui leur est confiée.

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit quant à la forme, soit quant au fond.

Elles peuvent être attaquées *quant à la forme* lorsque les règles relatives à la composition ou au mode de délibération du conseil n'ont pas été observées. Parmi les formes prescrites par la loi, il en est qui constituent des conditions substantielles requises pour que le conseil de famille existe et pour qu'il puisse délibérer. L'une de ces conditions venant à faire défaut, il n'y a pas de conseil de famille, pas de délibération. La justice n'a donc pas alors à proprement parler à annuler un acte dépourvu en réalité de toute existence légale, mais seulement à reconnaître et à constater son inexistence, sans rechercher s'il est ou non préjudiciable au mineur. On s'accorde à considérer comme substantielles les conditions suivantes :

- 1° La présidence effective de l'assemblée par un juge de paix;
- 2° La convocation de six membres ayant la capacité légale pour faire partie d'un conseil de famille;
- 3° La présence des trois quarts des membres convoqués;

4^o Une décision prise à la majorité absolue.

Toutes les autres conditions sont généralement considérées comme non substantielles. Leur inobservation ne doit donc point faire tenir la délibération pour non avenue; mais elle peut entraîner son annulation. Les prescriptions légales relatives aux assemblées de famille ayant toutes pour objet de garantir les intérêts du mineur, les juges auront à rechercher et à apprécier si les irrégularités commises ont eu ou non pour conséquence de compromettre ces intérêts. S'ils reconnaissent que le mineur n'en a point souffert, ils maintiendront la délibération; ils l'annuleront dans le cas contraire (1).

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées *quant au fond* lorsqu'on allègue que, bien qu'étant régulières dans la forme, elles sont préjudiciables au mineur.

Suivant une doctrine très répandue, cette règle comporterait une double restriction. Il n'y aurait pas de recours possible contre les décisions du conseil de famille dans les cas où ce conseil se trouve substitué au père pour l'exercice d'un pouvoir domestique que celui-ci aurait lui-même exercé souverainement. Ainsi la délibération par laquelle le conseil de famille accorde ou refuse au mineur l'autorisation de contracter mariage, celle par laquelle il admet ou rejette l'émancipation, ne seraient pas susceptibles d'être déférées quant au fond aux tribunaux. Tout recours serait également interdit contre les délibérations régulièrement prises par le conseil de famille en vertu des attributions que la loi lui confère pour la constitution du personnel de la tutelle. Ainsi les délibérations portant nomination du tuteur ou du subrogé tuteur ne pourraient être annulées, à moins que la personne choisie par le conseil ne se trouvât dans un cas d'incapacité ou d'exclusion. Il en serait de même des délibérations par lesquelles le conseil de famille conserve ou retire à la mère qui se remarie la tutelle de ses enfants du premier lit et de celles par lesquelles il confirme ou invalide le choix par elle fait d'un tuteur testamentaire (2).

1) Demolombe, t. VII, nos 328 et suiv.; Aubry et Rau, § 96; Laurent, t. IV, nos 471, et suiv.; Huc, t. III, n° 322; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1204; Planiol, t. I, n° 2557; Beudant, t. II, n° 808. — Cour de cass., 4 nov. 1874, D. 75, 1, 214, S. 75, 1, 52; — 20 janvier 1875, D. 76, 1, 28, S. 75, 1, 217; — 7 février 1893, D. 93, 1, 152, S. 96, 1, 351; — 8 nov. 1893, D. 94, 1, 271, S. 94, 1, 91; — Chambéry, 19 janvier 1886, D. 87, 2, 161, S. 88, 2, 16; — Dijon, 4 janvier 1895, D. 95, 2, 536; — Orléans, 29 janvier 1896, D. 96, 2, 470, S. 96, 2, 144; — Angers, 23 mars 1896, D. 96, 2, 477, S. 96, 2, 284; — Nancy, 7 janvier 1899, D. 1900, 2, 273.

2) Demolombe, t. VII, n° 336; Aubry et Rau, § 96; Duranton, t. III, n° 477. — Angers, 11 novembre 1875, D. 76, 2, 31, S. 76, 2, 168; — Rouen, 27 juillet 1891, S. 92, 2, 53.

Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Contraire au texte de la loi qui ne distingue point entre les divers actes du conseil de famille, elle méconnaît également son esprit. Il s'agit de protéger le mineur en soumettant au contrôle de la justice les actes qui seraient de nature à compromettre ses intérêts. Ce but ne serait pas atteint si les délibérations les plus importantes et les plus graves par leurs conséquences étaient soustraites à ce contrôle (1).

Lorsque le tribunal réforme la délibération du conseil de famille portant nomination d'un tuteur ou d'un subrogé tuteur, il est clair qu'il n'a point qualité pour nommer lui-même un autre tuteur ou subrogé tuteur. Il doit renvoyer cette nomination au conseil de famille. Si celui-ci s'obstinait à nommer un tuteur que la justice a cru devoir écarter, il y aurait lieu, pour trancher ce conflit, de former un nouveau conseil.

768. Par la manière dont il s'exprime l'art. 883 du code de procédure semble n'autoriser le recours à la justice contre les délibérations du conseil de famille qu'autant que ces délibérations n'ont pas été prises à l'unanimité. Il déclare en effet dans son premier alinéa que, si la délibération *n'est pas unanime*, l'avis de chacun des membres doit être mentionné au procès-verbal. Puis vient un second alinéa qui permet d'attaquer la délibération, et ce second alinéa suppose qu'il n'y a pas eu unanimité, puisqu'il veut que la demande soit formée contre les membres qui auront été d'avis de la délibération. Cependant l'opinion qui prévaut dans la doctrine estime que le recours est possible même contre une délibération unanime. Le premier alinéa de l'art. 883, dit on en ce sens, n'a point pour objet de déterminer l'hypothèse dans laquelle un recours est ouvert contre une délibération. Il ne contient qu'une prescription relative à la rédaction du procès-verbal. Il faut donc en faire abstraction. Quant au second alinéa il suppose bien sans doute une résolution prise à la majorité et non à l'unanimité; mais il ne fait point de la diversité d'avis une condition de la recevabilité du recours. L'intention du législateur d'exclure les demandes dirigées contre des délibérations unanimes n'étant point certaine et ces délibérations pouvant, aussi bien que celles qui ne sont pas unanimes, blesser les intérêts du mineur, c'est en faveur de celui-ci que le doute doit s'interpréter (2).

769. L'art. 383 reconnaît le droit de se pourvoir contre la délibération au tuteur, au subrogé tuteur et aux membres de l'assemblée. Parmi ces derniers il en est un cependant qui n'a pas qualité pour agir, c'est le juge de paix. S'il se trouvait compris parmi les personnes admises à

1) Laurent, t. IV, n° 470; Huc, t. III, n° 321; Planiol, t. I, n° 2559; Beudant, t. II, n° 803. — Paris, 19 novembre 1887, D. 88, 2, 176, S., 88, 2, 29; — Dijon, 14 janvier 1891, D. 91, 2, 223; — Caen, 13 déc. 1897, D. 98, 2, 505.

2) Aubry et Rau, § 96, texte et note 8; Laurent, t. IV, n° 469; Beudant, t. II, n° 803. *Contra*: Planiol, t. I, n° 2559.

attaquer la délibération, il serait par là même au nombre de celles contre lesquelles l'action doit être dirigée, ce qui est inadmissible. En sa qualité de magistrat il ne peut être actionné que dans les cas spécifiés par la loi.

D'ordinaire, c'est par les membres de la minorité du conseil ou par l'un d'eux que la délibération est attaquée. C'est ce que suppose l'art. 883. Mais on admet généralement que l'action pourrait également être intentée par ceux des membres du conseil qui auraient voté en faveur de la résolution adoptée et qui, estimant s'être trompés, voudraient faire réparer, dans l'intérêt du mineur, l'erreur qu'ils ont commise. Il nous semble toutefois, avec M. Demolombe, que la marche régulière à suivre de leur part serait non point d'attaquer la délibération devant le tribunal, mais de requérir une nouvelle convocation du conseil de famille pour lui communiquer les renseignements nouveaux ou les observations qui ont modifié leur premier sentiment, sauf à recourir à la procédure tracée par l'art. 883 si le conseil refusait de rouvrir la discussion ou persistait dans sa résolution (1).

Le droit de se pourvoir contre une délibération du conseil de famille appartient encore, suivant l'opinion générale, aux parents et alliés qui, d'après la loi, auraient dû faire partie du conseil et n'y ont pas été appelés. Ils peuvent se plaindre précisément de n'avoir pas été convoqués et soutenir en conséquence que la composition du conseil n'a pas été régulière (2).

Enfin un tiers pourrait aussi, conformément au droit commun, attaquer la délibération du conseil de famille s'il arrivait que cette délibération blessât ses intérêts privés. C'est véritablement à ce titre et en son nom personnel que le tuteur est admis à se pourvoir contre la délibération qui a prononcé son exclusion ou sa destitution.

La demande doit, en général, être formée contre ceux des membres de l'assemblée qui ont voté pour la résolution attaquée, le juge de paix non compris. Par exception, le recours du tuteur contre la délibération prononçant son exclusion ou sa destitution doit être dirigé contre le subrogé tuteur (art. 448).

Le tribunal compétent est celui dans l'arrondissement duquel le conseil de famille s'est réuni.

Lorsqu'il s'agit d'une délibération sujette à homologation et non encore homologuée, il suffit de former opposition à l'homologation au moment où elle est demandée.

3° Du subrogé tuteur.

770. « Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille » (art. 420 al. 1).

1) Demolombe, t. VII, n° 338.

2) Nancy, 7 janvier 1899, D. 1900, 2, 173.

La subrogée tutelle existe dans toute tutelle sans exception, non seulement dans la tutelle ordinaire, qu'elle soit légale, testamentaire ou dative, mais encore dans la protutelle et dans la tutelle officieuse. Toutefois il n'y a pas lieu d'adjoindre un subrogé tuteur spécial au tuteur *ad hoc*.

A la différence du tuteur, le subrogé tuteur n'est jamais désigné par la loi et il ne peut pas être nommé par le dernier mourant des père et mère; il est toujours choisi par le conseil de famille. Sa nomination doit avoir lieu avant que le tuteur entre en fonctions. Si donc la tutelle est légale ou testamentaire, le conseil de famille doit être convoqué sans aucun retard par les soins du tuteur lui-même pour procéder à la nomination du subrogé tuteur. « *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 ainsi qu'il est dit dans la section IV. — 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 intéressées, 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). Lorsque la tutelle est dative, le conseil de famille doit procéder à la nomination du subrogé tuteur aussitôt après avoir nommé le tuteur. « *Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur* » (art. 422). L'exécution de cette dernière disposition n'est cependant pas toujours possible lorsque c'est un des membres du conseil de famille qui a été nommé tuteur. Nous allons voir en effet que, d'après l'art. 423, le tuteur n'est pas admis à voter pour la nomination du subrogé tuteur. Par suite de son abstention forcée, il peut se faire que le conseil ne soit pas en nombre suffisant pour délibérer. Il faut bien alors remettre à un autre jour, aussi rapproché que possible, la nomination du subrogé tuteur, à moins que l'on ne trouve immédiatement un autre membre pour compléter le conseil.

En interdisant au tuteur de prendre part au vote pour la nomination du subrogé tuteur, la loi a été guidée par cette considération que le subrogé tuteur étant chargé de surveiller la gestion du tuteur, le vote de celui-ci pourrait n'être pas désintéressé et impartial.

Le conseil de famille peut choisir comme subrogé tuteur soit un parent ou un allié du mineur, soit un individu étranger à la famille. Mais lorsqu'il veut nommer un parent ou un allié, et que le tuteur est lui-même un membre de la famille, il doit nécessairement le prendre dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas : « *En aucun cas, le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point* »

(art. 423). La loi ne veut pas que le tuteur et le subrogé tuteur appartiennent à la même ligne, parce qu'il importe que le subrogé tuteur, à raison du rôle qui lui incombe, n'ait pas les mêmes intérêts que le tuteur.

La règle reçoit exception, dit l'art. 423, *dans le cas de frères germains*. On n'est pas d'accord sur le sens de cette disposition. Suivant les uns, elle signifie seulement que si le tuteur est un frère germain du mineur, on peut lui donner pour subrogé tuteur un autre frère germain (1). Suivant les autres, elle veut dire que lorsque le mineur et son tuteur sont frères germains le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur un parent ou un allié de l'une ou de l'autre ligne indifféremment. Nous préférons cette seconde interprétation. Entendu dans le sens restreint que lui donne le premier système, l'art. 423 serait peu favorable aux intérêts du mineur et de sa famille. Le frère germain tuteur appartenant aux deux lignes, il faudrait en effet nécessairement, au cas où il n'y aurait pas un autre frère germain présentant les qualités voulues pour être nommé subrogé tuteur, investir de cette fonction une personne étrangère à la famille. C'est là vraisemblablement le résultat que l'art. 423 a voulu prévenir. Le lien qui unit le pupille à son tuteur permet alors d'espérer de la part de celui-ci un dévouement et une affection qui permettent de déroger à la règle ordinaire (2).

Sous la dénomination de frères germains se trouvent compris les maris de sœurs germaines (arg. art. 408).

771. Les fonctions du subrogé tuteur consistent : 1° A remplacer le tuteur quand il y a opposition d'intérêts entre celui-ci et son pupille; 2° A surveiller la gestion du tuteur; 3° A provoquer la nomination d'un nouveau tuteur quand la tutelle devient vacante.

La première de ces attributions est indiquée par l'art. 420 al. 2 : « *Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.* » Ainsi quand le tuteur et le mineur se trouvent intéressés dans un même partage, ou lorsqu'il existe entre eux un procès, c'est le subrogé tuteur qui représente le mineur. De même, quand le tuteur a été autorisé par le conseil de famille à prendre à bail un bien du pupille, le subrogé tuteur représente le mineur dans le contrat de bail (art. 450).

Le subrogé tuteur doit surveiller la gestion du tuteur. Afin de faciliter l'accomplissement de cette obligation, le conseil de famille peut exiger de tout tuteur, autre que le survivant des père et mère, qu'il remette au subrogé tuteur, au plus une fois par an, des états de situation de sa gestion (art. 470). La loi l'appelle en outre à assister, pour contrôler le tuteur, aux actes les

1) Marcadé, sur l'art. 423; Durantou, t. III, n° 518.

2) Demolombe, t. VII, n° 369; Demante, t. II, n° 173; Laurent, t. IV, n° 425; Huc, t. III, n° 331.

plus importants de la gestion tutélaire (art. 451, 452, 459, 1442). Comme conséquence de son devoir de surveillance, le subrogé tuteur doit provoquer, s'il y a lieu la destitution du tuteur (art. 446).

Enfin le subrogé tuteur est tenu, si la tutelle devient vacante, de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. « *Le subrogé tuteur, dit, l'art. 424, 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.* »

772. Aux termes de l'art. 425, « *Les fonctions du subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.* » La subrogée tutelle prend fin quand la tutelle cesse d'une manière absolue par la mort du pupille, sa majorité ou son émancipation. Il ne peut en effet être question de subrogée tutelle alors qu'il n'existe plus de tutelle. Mais c'est là tout ce que veut dire l'art. 425. Si le tuteur vient à cesser ses fonctions, sans que la tutelle elle-même prenne fin, les fonctions du subrogé tuteur ne cessent point. La preuve en est que l'art. 424 impose alors au subrogé tuteur l'obligation de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. Le conseil de famille appelé à faire cette nomination pourra choisir comme tuteur le subrogé tuteur, auquel cas il y aura lieu au remplacement de celui-ci. Il pourra aussi confier la tutelle à un autre. Dans ce dernier cas le subrogé tuteur conservera ses fonctions, à moins que le nouveau tuteur n'appartienne à la même ligne que lui, ce qui mettrait le conseil dans la nécessité de le remplacer.

§ 2. — *Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution applicables au tuteur, au subrogé tuteur et aux membres du conseil de famille.*

773. Les diverses fonctions dont la tutelle se compose sont obligatoires pour celui auquel elles sont déferées ; il ne lui est pas permis d'en décliner le fardeau. Mais s'il ne peut les refuser, il ne saurait non plus, lorsqu'il lui convient de les exercer, en être dépouillé contre son gré.

Ce double principe comporte toutefois des restrictions. La loi autorise certaines personnes à invoquer des causes d'*excuse* ou de *dispense*. D'un autre côté, elle prend soin d'écartier des fonctions tutélaires ceux qu'elle regarde comme n'étant pas aptes à les remplir convenablement dans l'intérêt du mineur ou qu'elle juge indignes d'en être investis. De là les causes d'*incapacité*, d'*exclusion* ou de *destitution*.

1° Des causes d'excuse.

774. Les causes d'excuse admises par la loi sont communes au tuteur et au subrogé tuteur (art. 426 al. 1). Mais elles ne sont pas applicables aux personnes convoquées pour faire partie d'un conseil de famille, parce qu'il

est beaucoup moins pénible et moins assujettissant d'assister à une ou plusieurs assemblées de parents que d'être tuteur ou subrogé tuteur. Les seules dispositions relatives au conseil de famille sont celles des art. 413 et 414 qui confèrent au juge de paix le pouvoir d'apprécier souverainement si les empêchements de fait invoqués par tel ou tel membre du conseil pour se dispenser de se rendre à la réunion constituent ou non une excuse suffisante.

775. Les causes légales d'excuse de la tutelle et de la subrogée tutelle sont au nombre de sept :

- 1° Certaines dignités et fonctions publiques ;
- 2° La qualité d'étranger à la famille quand il y a dans un certain rayon un parent ou un allié en état de gérer la tutelle ;
- 3° L'âge ;
- 4° Les infirmités ;
- 5° Le nombre des tutelles ;
- 6° Le nombre des enfants ;
- 7° Le sexe.

Parmi ces causes d'excuse, les unes dispensent seulement d'accepter la tutelle, *a suscipienda tutela*, et ne suffisent pas pour faire décharger d'une tutelle en exercice, *a suscepta tutela* ; les autres dispensent à la fois *a suscipienda et a suscepta tutela*.

Étudions rapidement chacune d'elles.

776. CERTAINES DIGNITÉS ET FONCTIONS PUBLIQUES. — « *Sont dispensées de la tutelle, — Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte du 18 mai 1804 ; — Les présidents et conseillers à la cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même cour ; — Les préfets ; — Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit* » (art. 427).

Plusieurs des dignités énumérées dans l'acte du 18 mai 1804 ont cessé d'exister. D'autres existent encore, mais leur nom a changé. Sont aujourd'hui dispensés de la tutelle par application du premier alinéa de l'art. 427 : le Président de la république, les sénateurs, les députés, les conseillers d'État et les ministres.

Aux magistrats de la cour de cassation il faut assimiler les présidents, les conseillers-maîtres, les conseillers référendaires et le procureur général à la cour des comptes (loi du 16 sept. 1807, art. 7).

D'après un avis du Conseil d'État du 20 novembre 1806, la dispense établie par le dernier alinéa de l'art. 427, au profit des citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle est constituée, est applicable aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales ou exerçant avec l'agrément du gouvernement une fonction exigeant résidence.

« 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 » (art. 428).

L'art. 429 contient une application spéciale à cette dernière hypothèse du principe de droit commun que l'existence d'une cause d'excuse doit être établie par celui qui la propose. « Si la mission est non authentique et contestée, dit-il, 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. »

La dispense accordée aux divers dignitaires ou fonctionnaires énumérés dans les art. 427 et 428 est pour quelques-uns une simple marque d'honneur. Pour les autres, elle repose sur cette considération que leurs fonctions étant très absorbantes et exigeant des soins incessants, il ne faut pas qu'ils soient détournés du service public par un service d'intérêt privé. La loi ne déclare pas ces fonctions incompatibles avec celles de tuteur ou de subrogé tuteur, parce qu'il est possible qu'en fait le fonctionnaire soit en état de s'acquitter convenablement de l'une et de l'autre charge; mais comme le contraire est également possible, elle concilie tous les intérêts en lui permettant de se faire dispenser de la tutelle ou de la subrogée tutelle.

Les excuses établies par ces articles autorisent les personnes en faveur desquelles elles existent non seulement à refuser les fonctions tutélaires au moment où elles leur sont déferées, mais encore à s'en faire décharger après les avoir acceptées, à la condition toutefois que la qualité qui donne lieu à l'excuse leur ait été conférée postérieurement à leur acceptation. « 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 » (art. 430). En acceptant la tutelle ou la subrogée tutelle alors qu'ils étaient déjà investis d'une fonction qui leur aurait permis de la refuser, ils ont en effet renoncé au bénéfice de l'excuse. « Ceux au contraire, à qui les dites 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 » (art. 431 al. 1).

L'expiration des fonctions qui ont motivé l'excuse n'entraîne pas de plein droit la cessation des pouvoirs du tuteur ou du subrogé tuteur nommé en remplacement du fonctionnaire excusé. Mais la loi permet à ce tuteur ou subrogé tuteur de solliciter alors sa décharge et à l'ex-fonctionnaire lui-même de réclamer la tutelle. Le conseil de famille peut faire droit à cette réclamation s'il n'y voit pas d'inconvénients pour le mineur. « 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 » (art. 431 al. 2).

777. LA QUALITÉ D'ÉTRANGER A LA FAMILLE QUAND IL EXISTE DANS UN CERTAIN RAYON UN PARENT OU 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 point, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle* » (art. 432). La tutelle est en effet avant tout une charge de famille qui doit peser d'abord sur les parents ou alliés du mineur.

Par les termes dans lesquels elle est formulée et par le motif sur lequel elle repose, cette dispense n'est applicable qu'aux personnes qui n'appartiennent pas à la famille. Un parent ou un allié nommé tuteur ou subrogé tuteur ne serait donc pas admis à se faire dispenser en alléguant qu'il habite hors du rayon de quatre myriamètres et qu'il y a, dans ce rayon, des parents ou des alliés plus proches que lui en état de remplir ces fonctions.

Cette cause d'excuse dispense seulement d'accepter la tutelle, *a suscipienda tutela*, elle ne suffit pas pour faire décharger le tuteur de la tutelle commencée, *a suscepta tutela*. Lors donc qu'après la nomination d'un étranger comme tuteur, un parent ou un allié du mineur, en état de gérer la tutelle vient se fixer dans le rayon de quatre myriamètres, le tuteur étranger n'est pas admis à réclamer sa décharge.

778. L'ÂGE. — « *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). Il est moins pénible de continuer une gestion commencée et dont on connaît les éléments que de commencer une gestion nouvelle. De plus la loi évite autant que possible les changements de tuteur. De là vient que l'âge de soixante-cinq ans suffit pour dispenser d'accepter la tutelle, tandis qu'il faut avoir atteint l'âge de soixante-dix ans pour pouvoir se faire décharger d'une tutelle commencée.

Le tuteur qui y a été nommé et qui a accepté la tutelle après soixante-cinq ans pourra-t-il s'en faire décharger à soixante-dix ans? Nous croyons qu'il le pourra. En acceptant la tutelle après soixante-cinq ans, le tuteur a renoncé seulement à l'excuse qu'il aurait pu faire valoir à ce moment et non à celle qui résultera pour lui de l'âge de soixante-dix ans. Celui qui, à soixante-cinq ans, se trouve en état de gérer une tutelle, ne peut pas savoir s'il aura encore la force nécessaire pour s'acquitter convenablement de cette mission quelques années plus tard. Il y a cependant une difficulté de texte. L'art. 433 qui autorise le tuteur à se faire décharger de la tutelle à soixante-dix ans suppose en effet qu'il a été nommé avant soixante-cinq ans. Mais rien n'indique que le législateur ait entendu faire de cette circonstance une condition de la décharge. L'individu âgé de soixante-cinq ans

pouvant refuser la tutelle usera le plus souvent de cette faculté. Son acceptation étant un fait exceptionnel, la loi ne s'en est pas occupée et, statuant *de eo quod plerumque fit*, elle s'est bornée à dire que le tuteur nommé avant soixante-cinq ans pourra se démettre lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-dix ans (1).

779. LES INFIRMITÉS. — « *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). Il appartient au conseil de famille et, en cas de pourvoi contre sa délibération, aux magistrats d'apprécier si l'infirmité invoquée présente ou non une gravité suffisante pour constituer une excuse.

Celui qui, étant déjà infirme, accepte une tutelle ou une subrogée tutelle ne peut plus s'en faire décharger en alléguant cette même infirmité, à moins qu'elle ne se soit aggravée.

780. 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* » (art. 435). Ce n'est pas au nombre des pupilles, mais à celui des patrimoines à gérer qu'il faut s'attacher pour déterminer le nombre des tutelles. La tutelle de plusieurs frères ou sœurs ne constitue donc qu'une tutelle unique, sans qu'il y ait à distinguer si leur fortune est ou non indivise. Par suite elle ne conférerait point au tuteur la faculté d'en refuser une autre.

La qualité d'époux ou de père est assimilée par la loi à une tutelle. Celui qui réunit à l'une de ces qualités la charge d'une tutelle ne saurait être tenu d'en accepter une seconde, si ce n'est cependant celle de ses enfants, laquelle n'est pas en réalité pour lui une charge nouvelle, mais la continuation de la gestion qu'il avait déjà comme père.

781. 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. 436).

L'art. 437 ajoute : « *La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer.* »

L'enfant simplement conçu ne compte pas pour dispenser le père. L'art. 436 ne dispense en effet que ceux qui ont cinq enfants. Or on ne peut

1) Laurent, t. IV, n° 503; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 629; Duranton, t. III, n° 489; Huc, t. III, n° 343; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1226. — *Contra* : Demolombe, t. VII, n° 423; Aubry et Rau, § 107, texte et note 14; Vallette sur Proudhon, t. II, p. 335.

pas dire de celui dont la femme est enceinte qu'il a un enfant. Il en aura un, si l'enfant naît viable ; mais la survenance d'enfant n'excuse pas, aux termes de l'art. 437. Quant à la fiction que l'enfant conçu est réputé né lorsqu'il s'agit de ses intérêts, quelle que soit d'ailleurs la portée qu'on lui attribue, elle est ici sans application possible, l'excuse étant établie non dans l'intérêt des enfants, mais dans l'intérêt du tuteur.

L'enfant mort ne compte plus, à moins qu'il n'ait laissé des enfants légitimes actuellement vivants, auquel cas ceux-ci le représentent et ne comptent, quel que soit leur nombre, que pour un, ou bien qu'il ne soit mort en activité de service dans l'armée de terre ou de mer, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer s'il est mort dans un combat ou à la suite d'un accident ou d'une maladie.

782. LE SEXE. — Cette cause d'excuse, que la loi ne rappelle pas ici, est prévue par l'art. 394 qui permet à la mère survivante de refuser la tutelle de ses enfants. Une opinion accréditée applique la même dispense à l'ascendante nommée tutrice par le conseil de famille (art. 442), les motifs qui ont fait accorder la dispense à la mère existant avec plus de force encore lorsqu'il s'agit d'un autre ascendante.

783. Les excuses dont le tuteur ou le subrogé tuteur entend se prévaloir pour décliner les fonctions auxquelles il est appelé doivent être soumises par lui au conseil de famille auquel il appartient de les apprécier, de les admettre ou de les rejeter.

784. Elles doivent être proposées sans retard. « *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). Le tuteur ou le subrogé tuteur qui ne fait pas valoir ses excuses séance tenante, au moment même où la tutelle ou la subrogée tutelle lui est déférée, est réputé avoir renoncé au droit de les invoquer. « *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). Cet article a été modifié par la loi du 3 mai 1862. Le délai dans lequel le tuteur doit, à peine de déchéance, faire valoir ses excuses est augmenté d'un jour non plus par trois myriamètres de distance entre le lieu du domicile du tuteur et celui de l'ouverture de la tutelle, mais par cinq myriamètres.

Les art. 438 et 439 se réfèrent uniquement à la tutelle dative et par là

même à la subrogée tutelle. En cas de tutelle légale ou testamentaire, il n'y a pas de délai préfix dans lequel le tuteur soit tenu de proposer ses excuses. Plusieurs auteurs appliquent alors par analogie le délai établi par l'art. 439, avec cette différence toutefois que ce délai court seulement du jour où le tuteur a eu connaissance de la délation de la tutelle, puisqu'il n'y a pas alors de notification à lui faire. C'est oublier que l'art. 439 prononce une déchéance et que les déchéances ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Dans le silence de la loi, la question de savoir si le retard mis par le tuteur à proposer ses excuses doit ou non être considéré comme une renonciation au droit de les faire valoir est abandonnée à l'appréciation du conseil de famille et des tribunaux (1).

Quant aux causes d'excuse qui surviennent au cours de la tutelle, le délai dans lequel elles doivent être invoquées est fixé par l'art. 431 à un mois dans les cas prévus par les art. 427 et 428. Dans les autres cas, il n'y a pas de délai légal; le conseil de famille appréciera en fait si le silence gardé par le tuteur ou le subrogé tuteur pendant un certain temps emporte ou non renonciation.

785. Le conseil de famille ne statue pas définitivement sur les excuses. Lorsqu'il refuse de les admettre, le tuteur peut déférer sa décision au tribunal de première instance, sauf à faire, en attendant la solution du procès, les actes d'administration nécessaires et urgents. « *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). Cet article étant conçu en termes absolus, tout le monde reconnaît que la délibération peut être attaquée par le tuteur alors même qu'elle a été prise à l'unanimité.

La décision par laquelle le conseil admet l'excuse du tuteur peut également être l'objet d'un recours devant le tribunal, par application du principe général posé dans l'art. 883 du code de procédure. Au nombre des personnes ayant intérêt à l'attaquer se place notamment celle qui a été appelée à la tutelle au lieu et place du tuteur indûment excusé.

Lorsque le tuteur ne parvient pas à faire admettre son excuse par la justice, c'est lui qui, suivant la règle ordinaire (art. 130 c. pr.), supporte les frais de l'instance. Lorsqu'il obtient gain de cause, la loi s'en remet aux magistrats du soin d'apprécier les motifs qui ont déterminé les membres du conseil à rejeter l'excuse, pour les condamner ou ne point les condamner aux dépens. « *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 y sera condamné lui-même* » (art. 441). Dans le cas

1) Aubry et Rau, § 108, texte et note 5; Laurent, t. IV, n° 511; Huc, t. III, n° 347; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1232.

où le tribunal ne condamne pas aux dépens les membres du conseil qui ont voté contre l'admission de l'excuse, c'est le mineur, dans l'intérêt duquel ces dépens ont eu lieu, qui les supporte.

786. Les excuses étant des exceptions au principe que la tutelle est une charge obligatoire, l'énumération qui en est donnée par la loi est essentiellement limitative. On doit repousser sans hésitation une doctrine qui reconnaît à côté des excuses légales, que le conseil de famille est *tenu* d'admettre lorsqu'elles sont régulièrement invoquées et que leur existence est prouvée, d'autres excuses dites *extra légales* ou excuses *de fait* pour lesquelles il jouirait d'un pouvoir discrétionnaire et qu'il pourrait admettre ou rejeter à son gré, suivant les circonstances (1). La délibération par laquelle le conseil dispenserait de la tutelle une personne qui ne se trouve dans aucun des cas d'excuse établis par la loi, ne pourrait pas, si elle était attaquée, être maintenue par la justice (2).

787. Rappelons en terminant que, par dérogation au droit commun, le tuteur nommé à un enfant dont les parents ont encouru la déchéance de la puissance paternelle peut refuser la tutelle, alors même qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'excuse admis par le code (loi du 24 juillet 1889, art. 10).

2° Des causes d'incapacité.

788. Comme les causes d'excuse, les causes d'incapacité sont déterminées limitativement par la loi. Mais, à la différence des excuses, qui sont établies dans l'intérêt du tuteur ou du subrogé tuteur, les incapacités existent dans l'intérêt du mineur. Elles diffèrent également des excuses en ce qu'elles sont applicables aux membres du conseil de famille aussi bien qu'au tuteur et au subrogé tuteur.

L'art. 442 est 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.* »

Il y a donc quatre causes d'incapacité.

Sont incapables :

1° *Les mineurs.* Celui qui, à raison de son âge, n'est pas apte à diriger ses propres affaires ne saurait être chargé de diriger celles d'autrui. La

1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 340. — Trib. de Senlis, 28 février 1894, D. 95, 2, 227, S. 94, 2, 218.

2) Demolombe, t. VII, nos 446 et 447; Aubry et Rau, § 106, texte et note 5; Laurent, t. IV, nos 508 et 509; Huc, t. III, n° 348. — Trib. de la Seine, 2 novembre 1895, D. 96, 2, 152, S. 96, 2, 116.

règle s'applique aux mineurs émancipés comme aux mineurs non émancipés. Elle ne reçoit qu'une seule exception. Le survivant des époux, alors même qu'il est encore mineur lors de la dissolution du mariage, est investi de plein droit de la tutelle de ses enfants. C'est une conséquence nécessaire du droit reconnu au mineur de contracter mariage et d'acquérir l'autorité paternelle.

2° *Les interdits.* Il s'agit des individus interdits judiciairement pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489). Les individus en état d'interdiction légale sont atteints par une autre disposition, celle de l'art. 443. Ils sont frappés non d'incapacité mais d'exclusion.

A la différence de l'incapacité résultant de la minorité, celle qui résulte de l'interdiction est absolue et ne comporte, à raison même de sa nature, aucune exception.

Les incapacités étant de droit strict, celle que la loi prononce contre l'interdit ne doit pas être étendue à l'aliéné non interdit. Si l'aliénation mentale existe au moment où la tutelle s'ouvre, elle constitue une excuse à titre d'infirmité grave. Si l'excuse n'est pas invoquée, ou si l'aliénation ne se manifeste qu'au cours de la tutelle, il n'y a d'autre ressource que de prononcer l'exclusion ou la destitution de l'aliéné en vertu de l'art. 444.

La même observation s'applique aux individus pourvus d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (art. 449 et 513). N'étant pas déclarés incapables par la loi, ils demeurent par là même capables, et on ne peut les écarter qu'en recourant à l'art. 444.

3° *Les femmes, autres que la mère et les ascendantes.* C'est à cause de leur inexpérience des affaires que les femmes sont, en principe, incapables des fonctions tutélaires. La loi excepte la mère et les autres ascendantes, parce qu'elle estime que leur affection pour le mineur et l'autorité ou l'influence qu'elles exercent sur lui suppléent à leur inexpérience et à leur faiblesse. Non seulement la mère peut être tutrice, mais elle le devient de plein droit à la mort de son mari. Les autres ascendantes ne sont jamais tutrices légales, mais elles peuvent être investies de la tutelle par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille. Quant à leur entrée au conseil de famille, elle a lieu de plein droit lorsqu'elles sont veuves. Si elles ne le sont pas, elles n'en font point nécessairement partie, mais elles peuvent y être appelées.

4° *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.* On ne saurait en effet confier le soin de défendre et de protéger le mineur à celui qui se trouve dans une aussi grave opposition d'intérêts avec lui.

789. Les incapacités n'ont pas besoin d'être prononcées; elles opèrent de plein droit. Il faut excepter seulement la quatrième qui nécessite un exa-

men de fait. La loi ne dit pas à qui cet examen est confié ; mais il est sans difficulté qu'il y a lieu d'appliquer ici par analogie la décision qu'elle donne en ce qui concerne les excuses, les exclusions ou destitutions. C'est donc au conseil de famille qu'il appartient de prononcer, sauf recours au tribunal.

3° Des causes d'exclusion ou de destitution.

790. De même que l'incapacité, l'exclusion ou la destitution a pour effet d'écartier des fonctions tutélaires les personnes qui ne présentent pas les qualités voulues pour les bien remplir. Mais tandis que l'incapacité n'a rien de déshonorant pour celui qui en est atteint, l'exclusion et la destitution impliquent l'improbité, l'immoralité, le défaut d'ordre ou d'intelligence et entachent par conséquent l'honneur ou du moins la considération de celui qui les encourt.

L'exclusion et la destitution ont d'ailleurs des causes identiques. Elles ne diffèrent que par l'époque à laquelle elles interviennent. L'exclusion est une mesure *préventive* ; elle empêche l'entrée en fonctions. La destitution est une mesure *répressive* ; elle met fin à des fonctions commencées. Il suit de là que l'exclusion ne peut s'appliquer qu'à la tutelle légale ou testamentaire, tandis que la destitution s'applique indistinctement à toute tutelle légale, testamentaire ou dative.

791. Les causes d'exclusion et de destitution sont énumérées dans les art. 443 et 444 ainsi conçus :

Art. 443. « *La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déferée.* »

Art. 444. « *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.* »

Le premier de ces articles a été modifié par les art. 34 al. 4 et 42 al. 5 et 6 du code pénal ; puis par les lois du 7 décembre 1874 et du 24 juillet 1889.

L'art. 34 du code pénal adoucit dans une certaine mesure la disposition de l'art. 443. Tandis que ce dernier article faisait résulter de la condamnation à une peine infamante un effet absolu d'exclusion ou de destitution, l'art. 34 dispose que l'individu condamné à une peine infamante peut avoir la tutelle *de ses enfants* sur l'avis conforme de la famille. Cette exception se justifie par le sentiment d'affection qu'un père ou une mère, même coupable, peut conserver pour ses enfants. Mais le conseil de famille est appelé à décider si le condamné mérite confiance. La tutelle cesse alors d'être légale pour devenir dative.

L'art. 42 du code pénal contient au contraire une aggravation de la règle posée dans l'art. 443 du code civil. Il fait de la privation du droit d'être tuteur une peine correctionnelle. Cette privation, toujours temporaire, à la

différence de celle qui résulte d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante, ne peut du reste être prononcée que dans les cas où elle est ordonnée ou autorisée par une disposition spéciale de la loi (art. 43 c. p.). Celui qui en est frappé peut être investi par le conseil de famille de la tutelle de ses propres enfants.

Aux termes de l'art. 2 *in fine* de la loi du 7 décembre 1874, la condamnation encourue en vertu de cet article entraîne de plein droit pour les tuteurs la destitution de la tutelle.

Enfin, d'après l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1889, la déchéance de la puissance paternelle emporte celle du droit d'exercer les fonctions de la tutelle.

L'art. 444 déclare exclus de la tutelle et destituables lorsqu'ils en sont investis : 1° Les personnes d'une inconduite notoire; 2° Celles dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité.

L'inconduite est le désordre des mœurs. Pour qu'elle soit une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, il faut qu'elle soit *notoire*, c'est-à-dire connue du public. La loi, afin d'éviter le scandale, ne permet pas de scruter la conduite de la personne lorsque ses écarts ne sont pas de notoriété publique.

Quant à la gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité du tuteur, on s'accorde à penser qu'il n'est point nécessaire que ce soit celle de la tutelle elle-même. Telle paraît bien être en effet la pensée du législateur, puisqu'il fait produire à cette cause non seulement la destitution, mais aussi l'exclusion, c'est-à-dire l'impossibilité d'entrer en exercice. Il suffit donc, pour qu'il y ait lieu d'écarter un individu de la tutelle que, dans une gestion quelconque, il ait fait preuve d'incapacité ou d'improbité. D'un autre côté, on doit entendre par le mot *gestion* la direction, la surveillance de la personne du mineur, aussi bien que l'administration de sa fortune. Le tuteur qui ne surveillerait pas l'éducation de son pupille ou qui lui donnerait de mauvais exemples, lors même qu'il ne serait pas d'une inconduite notoire, devrait donc être écarté de la tutelle comme celui qui se montrerait incapable ou infidèle dans l'administration du patrimoine du mineur.

792. L'exclusion ou la destitution résultant d'une condamnation pénale ou de la déchéance de la puissance paternelle a lieu de plein droit. Le conseil de famille est alors appelé non à écarter le tuteur, mais seulement à en désigner un autre. Il n'en est pas de même dans les cas prévus par l'art. 444. L'exclusion ou la destitution doit être prononcée après examen et en connaissance de cause par le conseil de famille. Les art. 446 à 449 règlent la procédure à suivre en pareil cas. « *Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur*, dit l'art. 446, *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 ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches. »

A raison du caractère et de la gravité de la mesure qu'il s'agit de prendre, la loi exige que le tuteur soit préalablement entendu par le conseil, ou tout au moins appelé devant cette assemblée pour fournir ses explications. Elle veut en outre que la décision du conseil soit motivée, afin qu'en cas de réclamation le tribunal puisse apprécier si elle est ou non fondée. « *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* » (art. 447).

De deux choses l'une, ou bien le tuteur adhère à la délibération qui prononce son exclusion ou sa destitution, ou bien il refuse d'accepter la décision du conseil. Dans le premier cas, il est fait mention de son adhésion dans le procès-verbal, et le nouveau tuteur entre immédiatement en fonctions. Dans le second, le subrogé tuteur, qui doit être nommé de suite s'il ne l'est déjà, est tenu de poursuivre devant le tribunal l'homologation de la délibération. Le tuteur exclu ou destitué peut du reste prendre les devants et assigner le subrogé tuteur afin de se faire déclarer maintenu dans ses fonctions. « *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 dans 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).

793. Ce qui vient d'être dit en ce qui concerne les causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle s'applique également à la subrogée tutelle (art. 426).

794. Quant au conseil de famille, il y a une distinction à faire. Les condamnations criminelles ou correctionnelles qui dépouillent le condamné du droit d'être tuteur ou subrogé tuteur entraînent également son exclusion de tout conseil de famille. Il en est de même de la déchéance de la puissance paternelle (loi du 24 juillet 1889, art. 8). Mais l'inconduite notoire, l'incapacité et l'infidélité ne sont pas directement et par elles-mêmes des causes d'exclusion du conseil de famille. Elles ne le deviennent qu'autant qu'elles ont entraîné antérieurement l'exclusion ou la destitution d'une tutelle ou d'une subrogée tutelle. « *Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, dit l'art. 445, ne pourra être membre d'un conseil de famille.* » Ainsi donc on ne pourrait pas, dans le but d'écarter une personne du conseil de famille, demander à faire preuve de son inconduite, de son

incapacité ou de son infidélité. L'indignité d'un des membres du conseil étant loin d'être aussi périlleuse pour le pupille que l'indignité du tuteur ou du subrogé tuteur, le législateur a pensé qu'il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à autoriser une semblable preuve. Mais quand cette preuve se trouve déjà acquise par l'exclusion ou la destitution d'une tutelle, il est naturel de refuser à la personne reconnue indigne le droit de faire partie d'un conseil de famille.

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR

795. Sous cette rubrique le code traite d'une façon générale du gouvernement de la tutelle. Mais comme le tuteur joue dans ce gouvernement le rôle principal et que les attributions des autres fonctionnaires appelés à y participer ne sont le plus souvent que des modifications des siennes propres et des conditions de leur exercice, le législateur a été ainsi amené à les y rattacher.

796. Avant d'exposer les fonctions du tuteur, il convient de préciser le moment où elles commencent et où naît pour lui l'obligation de les remplir. L'art. 418 porte à cet égard : « *Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence; sinon, du jour où elle lui aura été notifiée.* » Cette disposition, qui ne prévoit textuellement que le cas d'une tutelle déferée par le conseil de famille, doit être appliquée par analogie à toute espèce de tutelle.

L'obligation du tuteur légal commence donc le jour même du décès qui donne ouverture à la tutelle, s'il est présent, et, s'il n'est pas présent, le jour où, d'une manière quelconque, il a connaissance de ce décès.

Celle du tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère date de l'ouverture de l'acte de dernière volonté qui lui défère la tutelle, s'il est présent lors de cette ouverture, et, dans le cas contraire, du jour où d'une manière quelconque, il est informé de sa nomination.

797. A Rome, le pupille sorti de l'*infantia* figurait personnellement dans les actes qui l'intéressaient. Le tuteur se bornait en général à l'assister pour compléter sa capacité. Il n'en est pas de même aujourd'hui. « *Le tuteur, dit l'art. 450 al. 1, représentera le mineur dans tous les actes civils.* » Son rôle ne consiste donc point seulement à compléter par son assistance ou par son autorisation la capacité du mineur, mais à agir pour lui et en son nom, comme un mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Le système du droit romain avait un avantage sur le système français.

En associant le mineur à la gestion de ses affaires, il lui permettait d'acquérir l'expérience nécessaire pour les bien gérer lui-même. Chez nous au contraire il peut se faire qu'un mineur, arrivant à sa majorité, se trouve placé à la tête de son patrimoine sans avoir été préparé à cette nouvelle situation. La transition n'est pas ménagée, à moins que le mineur ne soit émancipé (art. 481), ce qui est une exception. Il appartient au tuteur de suppléer sur ce point à la loi en ayant soin, quand le pupille approche de sa majorité, de l'initier graduellement au maniement de ses intérêts.

798. La règle que le tuteur représente le pupille dans les actes civils n'est cependant pas absolue. Il y a des actes que le mineur en tutelle fait lui-même, soit seul, soit avec l'assistance de certaines personnes déterminées par la loi.

Ce sont d'abord les actes par lesquels il engage spécialement sa personne, ces actes, à raison même de leur nature, devant être l'expression de la volonté propre de celui qu'ils intéressent. Dans cette catégorie figurent notamment :

Le mariage (art. 36 et 75). Mais le mineur doit alors justifier des autorisations exigées par les art. 148 et suivants.

La reconnaissance d'un enfant naturel.

L'engagement dans les armées de terre ou de mer. Au-dessus de vingt ans, le mineur n'a besoin pour contracter cet engagement d'aucune assistance ou autorisation. Au dessous de cet âge, il lui faut le consentement de son tuteur, lequel doit lui-même être autorisé à le donner par le conseil de famille (loi du 15 juillet 1889, art. 59).

Le contrat d'apprentissage, bien qu'il intéresse la personne du mineur, reste au contraire soumis à la règle ordinaire. Ce contrat se rattachant à l'éducation du pupille peut être passé par son tuteur seul, sans qu'il soit nécessaire qu'il y intervienne (loi du 22 janvier 1851, art. 3).

Le mineur est même admis à faire lui-même certains actes relatifs à son patrimoine.

Ainsi c'est lui qui fait ses conventions matrimoniales avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour son mariage (art. 1398).

A partir de l'âge de seize ans, il peut disposer par testament de la moitié de ce dont il lui serait permis de disposer s'il était majeur (art. 904) et il n'a besoin à cet effet d'aucune autorisation ou assistance.

Les lois du 9 avril 1881 (art. 6) et du 20 juillet 1895 (art. 16) autorisent les mineurs de tout âge à se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne sans l'intervention de leurs parents ou tuteur et à opérer librement, après l'âge de seize ans révolus, le retrait des sommes figurant sur les livrets ainsi ouverts, sauf opposition de leur représentant légal.

La loi du 20 juillet 1886, sur la caisse des retraites pour la vieillesse art. 13 al. 2) permet également aux mineurs, âgés de plus de seize ans, de

faire des versements sans l'intervention de leur père, mère ou tuteur.

Rien ne s'oppose du reste, même en dehors des cas qui viennent d'être indiqués, à ce que le tuteur appelle le mineur à prendre part aux actes qui l'intéressent, par exemple afin de l'initier au gouvernement de sa fortune. Les actes ainsi faits par le tuteur et le mineur agissant de concert seront tout aussi valables que s'ils avaient été accomplis par le tuteur seul. En disant que le tuteur représente le pupille, la loi n'entend pas lui imposer l'obligation d'agir sans la participation de celui-ci, mais seulement lui accorder une faculté destinée à faciliter sa gestion, en même temps qu'affirmer l'incapacité du mineur d'agir seul.

799. Les attributions du tuteur sont de deux sortes : les unes se réfèrent à la personne du mineur, les autres à ses biens.

§ 1. — *Des attributions du tuteur relativement à la personne du mineur.*

800. Le soin de la personne du mineur n'appartient pas toujours au tuteur.

Lorsque la tutelle est gérée par le survivant des père et mère, tuteur de droit aux termes de l'art. 390, l'autorité paternelle et l'autorité tutélaire se trouvant réunies dans les mêmes mains, le tuteur doit s'occuper de la personne de l'enfant ; mais ce n'est pas en qualité de tuteur qu'il est appelé à remplir cette mission, c'est en qualité de père ou de mère. Ses droits et ses obligations sont alors régis non par les dispositions du titre *de la Tutelle*, mais par celles du titre *de la Puissance paternelle*.

Lorsque le survivant des père et mère ne gère pas la tutelle, soit parce qu'il s'en est fait excuser, soit parce qu'il en a été exclu ou destitué, mais qu'il a conservé la puissance paternelle, le tuteur nommé en son lieu et place n'a pas à s'occuper de la personne de l'enfant, ce soin appartenant à l'époux survivant.

C'est seulement lorsque le père et la mère sont décédés l'un et l'autre, lorsqu'ils ont encouru la déchéance de la puissance paternelle, ou lorsque, l'un d'eux étant décédé, le survivant a perdu la puissance paternelle ou se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, que le tuteur a le gouvernement de la personne du mineur. L'art. 450 al. 1 va donc trop loin lorsqu'il dispose en termes absolus que « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur...* »

Dans les cas où cette mission lui incombe, le tuteur, comme les père et mère qu'il remplace, doit pourvoir à l'entretien et à l'éducation du pupille, mais sans être tenu d'en payer les frais de ses propres deniers. Il peut, à cet effet, le garder près de lui et s'occuper personnellement de son éducation, s'il est en mesure de le faire, ou le placer soit en apprentissage, soit dans un établissement d'instruction. Toutefois il ne jouit pas à cet égard d'un pouvoir exclusif ; il est soumis au contrôle du conseil de famille,

lequel est autorisé à lui tracer des instructions sur le mode d'éducation que l'enfant recevra. Tel était le principe suivi dans notre ancien droit et il est certain, malgré le sentiment contraire de quelques auteurs modernes, que le code n'a pas entendu s'en écarter. L'art. 454 charge en effet le conseil de famille de régler la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur, et cette attribution emporte évidemment le droit d'apprécier et de déterminer comment la somme allouée sera employée. Le tuteur pourra sans doute, s'il estime que la délibération du conseil de famille n'est pas conforme aux véritables intérêts du mineur, se pourvoir devant le tribunal pour la faire réformer et faire prévaloir, s'il y a lieu, ses vues personnelles. Mais s'il ne se pourvoit pas, ou si la délibération est maintenue par la justice, son devoir est de s'y conformer (1).

Pour remplir la mission qui lui incombe, le tuteur est investi du droit de garde et du droit de correction. Mais il ne peut user de ce dernier droit qu'après s'y être fait autoriser par le conseil de famille et, même ainsi autorisé, il ne lui est permis d'agir que par voie de réquisition. « *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)

On a vu précédemment que le tuteur n'a pas, comme tel, le droit de consentir au mariage du mineur. Lorsque celui-ci n'a plus d'ascendants, c'est le conseil de famille qui doit donner son consentement (art. 160). Pour l'engagement dans l'armée, c'est le tuteur qui consent, mais avec l'autorisation du conseil (loi du 15 juillet 1889, art. 59). Quant au droit d'émanciper l'enfant, on verra qu'il appartient non au tuteur, mais au conseil de famille et que le tuteur peut seulement proposer l'émancipation (art. 478 et 479).

§ 2. — *Des attributions du tuteur relativement aux biens du mineur.*

801. Dès qu'il apprend que la tutelle lui est déférée, et par suite au moment même de son entrée en gestion, le tuteur a certaines obligations à remplir.

Nous allons tout d'abord exposer ces obligations pour traiter ensuite de la gestion elle-même pendant le cours de la tutelle.

1° Des obligations du tuteur au moment de son entrée en gestion.

802. Ces obligations sont au nombre de cinq.

1) Demolombe, t. VII, nos 535 et suiv.; Aubry et Rau, § 111; Valette sur Proudhon, t. II, p. 356; Duranton, t. III, nos 528 et 529; Planiol, t. I, n° 2665; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1239. — *Contra*: Laurent, t. V, nos 2 et suiv.; Huc, t. III, n° 371.

Le tuteur doit :

1° Provoquer la nomination du subrogé tuteur ;

2° Requérir la levée des scellés lorsqu'ils ont été apposés et faire procéder à un inventaire ;

3° Faire vendre les meubles ;

4° Faire régler par le conseil de famille la somme qui sera dépensée annuellement pour les besoins du pupille et pour l'administration de ses biens ;

5° Faire fixer la somme à partir de laquelle il sera tenu de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses.

803. NOMINATION DU SUBROGÉ TUTEUR. — Cette obligation fait l'objet des art. 421 et 422 qui ont été étudiés précédemment.

804. LEVÉE DES SCELLÉS ET INVENTAIRE. — « *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. — S'il lui est dû 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* » (art. 451).

Les *scellés* sont des bandes de papier ou d'étoffe que le juge de paix applique sur les meubles, ou sur les portes des appartements, en les fixant à leurs deux extrémités avec de la cire portant l'empreinte de son sceau. L'apposition des scellés est une mesure conservatoire destinée à prévenir des détournements, les meubles ou les portes ne pouvant plus être ouverts sans que les scellés se trouvent brisés et par suite sans qu'il reste trace de l'ouverture. L'art. 819 du code civil exigeait l'apposition des scellés toutes les fois que des mineurs se trouvaient intéressés dans une succession ; mais il a été modifié par l'art. 911 du code de procédure d'après lequel l'apposition des scellés n'est obligatoire qu'autant que le mineur est dépourvu de tuteur. Lorsqu'il en a un, ce qui est le cas ordinaire, puisque la tutelle s'ouvre en général par le décès du père ou de la mère et que le survivant devient alors tuteur de plein droit, il est sans doute loisible au tuteur de requérir pour sa garantie personnelle l'apposition des scellés, mais ce n'est pas pour lui une obligation.

Que les scellés aient été ou non apposés, il doit être procédé à l'*inventaire* des biens du mineur en présence du subrogé tuteur.

L'inventaire est un acte notarié, contenant l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers appartenant au mineur, ainsi que la mention de ses immeubles et l'indication des dettes et charges (art. 941 et suiv. c. pr.). Le but de l'inventaire est, d'une part, de constater, relativement au tuteur, l'importance des biens qu'il prend en charge et dont il devra rendre compte à l'expiration de ses fonctions et, d'autre part, de faire

connaître l'état des affaires du mineur et le montant de sa fortune, afin que le conseil de famille puisse fixer, en connaissance de cause, le budget de la tutelle.

805. L'obligation de faire inventaire est imposée à tous les tuteurs sans exception ; mais elle n'existe pas lorsque c'est un nouveau tuteur qui en remplace un autre. Dans ce cas, le tuteur n'a qu'à recevoir le compte qui doit lui être rendu par le précédent tuteur ou par les héritiers de celui-ci. Ce compte, basé sur l'inventaire que le premier tuteur a fait lors de son entrée en fonctions, fera suffisamment connaître l'état du patrimoine du mineur et servira au nouveau tuteur pour établir le compte qu'il aura lui-même à rendre. Il n'y aurait lieu de procéder à un nouvel inventaire qu'autant que des biens échus au mineur lors du changement de tuteur ne se trouveraient pas compris dans le compte tutélaire, par exemple si le mineur était héritier de son tuteur décédé.

806. Lors de la confection de l'inventaire, et avant de procéder au dépouillement des papiers du mineur, le notaire doit, d'après l'art. 451 al. 2, interpellé le tuteur d'avoir à déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur. La réponse à cette interpellation est mentionnée dans l'inventaire. La loi a voulu par là prévenir la fraude qu'un tuteur de mauvaise foi pourrait commettre en vue de toucher une seconde fois le montant d'une créance déjà soldée. Paul a prêté à Pierre, son frère, une somme de 1000 francs que celui-ci lui a remboursée et dont il a retiré quittance. Pierre meurt laissant des enfants mineurs dont Paul est nommé tuteur. La quittance qui constate le remboursement fait par le défunt existe-t-elle encore ? Paul l'ignore ; mais il le saura quand les papiers de la succession auront été inventoriés. Dans le cas où elle ne se retrouverait pas, il pourrait prétendre qu'il n'a pas été payé et réclamer de nouveau ce qu'il a déjà reçu. L'art. 451 al. 2 prévient ce danger. Dans la crainte que la preuve de la libération de son débiteur ne se retrouve dans les papiers à inventorier, le tuteur n'osera pas se déclarer mensongèrement créancier.

La sanction de cette prescription de notre article consiste dans la déchéance du droit pour le tuteur de réclamer le paiement de la créance qu'il n'aurait pas déclarée. Mais cette déchéance n'est encourue qu'autant qu'il a été interpellé par le notaire rédacteur de l'inventaire d'avoir à faire connaître s'il est créancier. Elle n'a pas lieu si cette interpellation n'a pas été faite, le tuteur pouvant parfaitement ignorer la disposition de la loi sur ce point. Mais alors le notaire répondrait envers le mineur du préjudice qu'il lui aurait ainsi causé, c'est-à-dire qu'il devrait l'indemniser au cas où il serait établi que le tuteur s'est fait payer une créance déjà éteinte et que son insolvabilité rend inefficace le recours du mineur contre lui.

Ajoutons que le tuteur ne serait pas déchu de sa créance faute de l'avoir déclarée sur l'interpellation à lui adressée si, lors de l'inventaire, il avait une

juste cause d'ignorer sa qualité de créancier, par exemple si la créance non déclarée dépendait d'une succession récemment ouverte à son profit et dont les divers éléments n'étaient pas encore connus de lui.

807. Le tuteur ne doit pas s'immiscer dans la gestion des biens du mineur avant que l'inventaire ait été dressé. Il jouit, pour remplir cette formalité, d'un délai de dix jours à partir du moment où il a connaissance de sa vocation à la tutelle. La loi n'attache aucune sanction particulière à l'expiration de ce délai sans que l'inventaire ait été commencé. Mais le tuteur serait responsable, conformément au droit commun, s'il résultait de son retard un préjudice pour le mineur. Quant au défaut absolu d'inventaire, il pourrait entraîner la destitution du tuteur, s'il était considéré comme un acte d'incapacité de sa part (art. 444). D'un autre côté, le mineur ou ses représentants seraient alors admis à prouver la consistance et la valeur des biens non inventoriés par toute espèce de moyens, même par la commune renommée (arg. art. 1415 et 1442) (1). Enfin, si le tuteur était le survivant des père et mère communs en biens, il perdrait la jouissance légale des biens de ses enfants (art. 1442).

808. 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). Le but de cette mesure est de convertir en un capital productif des objets improductifs ou dispendieux à conserver, qui seraient inutiles au mineur et pourraient se détériorer ou se perdre pendant la durée de la tutelle. Ce motif même indique que l'art. 452 ne s'applique qu'aux meubles corporels et non aux meubles incorporels comme les créances, les rentes, les actions ou les obligations dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, etc. Outre que ces sortes de meubles ne sont nullement dispendieux à conserver et ne se détériorent point par l'effet du temps, ils sont essentiellement productifs, et, si on les vendait, le meilleur emploi qu'on pourrait faire du prix de vente serait souvent d'acheter d'autres rentes ou d'autres actions.

809. Le code admet deux exceptions à la règle que les meubles corporels doivent être vendus.

Tout d'abord le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver en nature certains meubles ou même tous les meubles (art. 452 *in fine*). Il y a en effet des cas dans lesquels la vente des meubles présenterait plus d'inconvénients que d'avantages. Un mineur se destine au barreau ou à la mé-

1) Demolombe, t. VII, n° 569; Aubry et Rau, § 112; Valette sur Proudhon, t. II, p. 358; Huc, t. III, n° 393. — *Contra* : Laurent, t. V, n° 11.

decine. Il est le fils d'un avocat ou d'un médecin qui lui a laissé une bibliothèque composée d'ouvrages pouvant servir à ses études; il pourra y avoir lieu de conserver cette bibliothèque. De même la conservation des meubles sera plus avantageuse que la vente s'il s'agit de souvenirs de famille, d'objets ayant une valeur artistique, ou si, lors de l'ouverture de la tutelle il n'y plus que peu de temps avant que le mineur atteigne sa majorité.

La seconde exception est formulée en ces termes par l'art. 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.* » En imposant au survivant des père et mère l'obligation de faire vendre les biens dont il a l'usufruit, on l'aurait en effet privé du droit de jouir de ces biens en nature. Mais pourquoi exiger de l'usufruitier une nouvelle estimation des meubles qu'il conserve, puisque ces objets ont déjà été estimés dans l'inventaire? L'art. 453, en disant que l'estimation doit se faire *à juste valeur*, nous indique lui-même la raison d'être de cette exigence. L'estimation faite dans l'inventaire n'ayant d'autre but que de fournir une évaluation générale de la fortune du mineur n'est pas d'ordinaire d'une exactitude rigoureuse. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, une estimation approximative est insuffisante. Il se peut en effet que l'usufruitier, au jour de l'extinction de son droit, ne représente pas certains des meubles qu'il a reçus. Il doit alors, s'il ne peut prouver qu'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure, en restituer la valeur. Il importe dès lors que cette valeur soit exactement fixée.

L'exception établie par l'art. 453 existe seulement tant que le survivant des père et mère a la jouissance légale des biens du mineur. Lorsqu'il n'a pas ou qu'il n'a plus cette jouissance, on rentre dans le droit commun et les meubles doivent être vendus, à moins que le conseil de famille ne permette de les conserver en nature. Mais il n'est pas nécessaire, pour que cet article soit applicable, que le survivant des père et mère usufruitier légal soit en même temps chargé de la tutelle. Il reçoit son application alors même que les fonctions de tuteur sont exercées par une autre personne. Dans ce dernier cas, c'est au tuteur de prendre l'initiative de la vente des meubles au moment où l'usufruit légal prend fin.

810. Le tuteur qui, ne se trouvant pas dans un des cas d'exception établis par la loi, ne satisferait pas à l'obligation de faire vendre les meubles, serait responsable envers le mineur du préjudice qu'il lui aurait ainsi causé. Il pourrait notamment être tenu de lui payer les intérêts qu'aurait produits le prix de vente et de l'indemniser de la dépréciation que les

meubles indûment conservés auraient subie par l'effet du temps.

811. RÈGLEMENT PAR LE CONSEIL DE FAMILLE DE LA SOMME QUI SERA DÉPENSÉE CHAQUE ANNÉE POUR LES BESOINS DU PUPILLE ET POUR L'ADMINISTRATION DE SES BIENS. — L'art. 454 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. — Le même acte spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.* »

Régulièrement, la somme allouée par le conseil de famille pour la dépense annuelle du mineur ne doit pas dépasser ses revenus. Il convient même qu'elle ne les absorbe pas tous, afin de permettre au tuteur de réaliser des économies. Mais la règle ne saurait être absolue. L'intérêt du mineur peut exiger que l'on entame son capital, par exemple pour lui permettre de se préparer à telle ou telle profession. Une disposition du projet de code civil portant que les dépenses du mineur ne devaient pas excéder ses revenus fut supprimée précisément afin de laisser au conseil de famille un plein pouvoir d'appréciation et de décision.

Le tuteur qui ne ferait point fixer par le conseil de famille le montant des frais d'entretien et d'éducation du mineur ne perdrait point pour cela le droit de porter en compte les dépenses faites par lui dans ce but, alors même qu'elles entameraient le capital du pupille. Mais il s'exposerait à voir contester leur utilité, et il pourrait dès lors arriver qu'elles demeuraient en partie à sa charge (art. 471) (1). La décision du conseil le met à l'abri d'un semblable danger.

La fixation de la dépense annuelle du mineur n'étant faite que *par aperçu*, c'est-à-dire approximativement, n'a par là même rien d'immuable. Elle est toujours susceptible d'être modifiée suivant les circonstances.

Le conseil de famille règle aussi la somme à laquelle pourra s'élever la dépense de l'administration du patrimoine du mineur. Il lui appartient notamment d'autoriser le tuteur à se faire aider dans sa gestion par des auxiliaires rétribués aux frais du pupille. Lorsque l'importance des biens à gérer, leur dispersion ou leur nature particulière détermine le conseil à accorder cette autorisation au tuteur, celui-ci étant responsable de ses auxiliaires, c'est lui, et non le conseil, qui a le droit de les choisir et de les révoquer.

Mais si le tuteur peut être autorisé à s'adjoindre des auxiliaires rétribués, il n'est fondé à réclamer personnellement aucune rétribution, et cela quel-

1) Cour de cass., 19 avril 1886, D. 87, 1, 171, S. 90, 4, 109; — Paris, 29 janvier 1890, D. 91, 2, 257.

que lourde et compliquée que soit la gestion dont il est chargé. Dans la théorie du code, la tutelle est une fonction essentiellement gratuite. Aucun texte ne dit en effet qu'il peut être accordé des honoraires au tuteur et l'art. 471, en ne lui permettant de porter en compte que les dépenses *utiles* qu'il a faites, exclut implicitement toute rémunération. Sous ce rapport, la loi n'est point du reste rigoureusement observée en pratique. Il arrive assez souvent que le conseil de famille attribue indirectement des honoraires au tuteur, en lui allouant à forfait, pour l'entretien et l'éducation du mineur et pour les frais d'administration, une somme supérieure à celle qui lui est nécessaire à cet effet.

812. D'après les termes exprès de l'art. 454, l'obligation imposée au tuteur de faire régler par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens n'existe pas lorsque le tuteur est le survivant des père et mère. Cette exception a sa raison d'être dans le droit que la puissance paternelle confère au père ou à la mère de diriger comme il l'entend l'éducation de l'enfant et dans la confiance qu'inspire alors au législateur l'affection du tuteur pour le mineur. Elle s'applique sans qu'il y ait à distinguer si le survivant a ou non la jouissance légale des biens de l'enfant.

Mais le survivant des père et mère reste-t-il tenu d'obtenir l'autorisation du conseil de famille lorsqu'il veut s'adjoindre des auxiliaires salariés? Non évidemment s'il a la jouissance légale en même temps que la tutelle. Le salaire de ses auxiliaires étant alors à sa charge en sa qualité d'usufruitier, les intérêts du mineur ne sont pas en jeu. Il en est de même, croyons-nous, dans le cas où le tuteur n'a pas ou n'a plus la jouissance légale. Le droit pour le conseil de famille d'autoriser le tuteur à employer des agents salariés est une conséquence du pouvoir qui lui appartient de déterminer la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur et celle de l'administration de ses biens. C'est *par le même acte*, dit l'art. 454, que le conseil tranche l'une et l'autre question. N'ayant point qualité, dans la tutelle du survivant des père et mère, pour fixer le montant des frais d'administration, il n'a point non plus à intervenir pour autoriser le tuteur à s'adjoindre des auxiliaires salariés. Celui-ci conserve sous ce rapport une liberté complète; mais il devra, lors de la reddition de compte, justifier qu'en se faisant ainsi aider il a fait une dépense utile (1).

813. FIXATION PAR LE CONSEIL DE FAMILLE DE LA SOMME A PARTIR DE LAQUELLE LE TUTEUR SERA TENU DE FAIRE EMPLOI DE L'EXCÉDENT DES REVENUS SUR LES DÉPENSES. — « *Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense; cet emploi devra être fait dans le délai de*

1) Demolombe, t. VII, n° 628; Laurent, t. V, n° 38.

six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi » (art. 455). Un bon administrateur augmente peu à peu son patrimoine en capitalisant les économies qu'il réalise sur ses revenus. Le tuteur doit procéder ainsi dans l'intérêt du mineur. On ne pouvait toutefois lui imposer l'obligation de placer tout excédent de recettes si minime qu'il soit. C'eût été compliquer sa gestion sans profit pour le pupille, un placement avantageux exigeant en général une somme d'une certaine importance (1). D'autre part, il n'aurait pas été sans inconvénients de laisser au tuteur seul le soin d'apprécier si les économies réalisées atteignent un chiffre suffisant pour être placées. La loi s'est efforcée de tout concilier en prescrivant au tuteur de faire trancher la question par le conseil de famille. Lorsque la somme fixée par le conseil se trouve réunie, le tuteur est tenu d'en faire emploi dans les six mois. A défaut d'emploi dans ce délai, il en doit personnellement les intérêts.

Il va sans dire que si, *avant* l'expiration des six mois, le tuteur avait fait le placement des fonds, ou s'il les avait employés à son usage, il en devrait les intérêts du jour même du placement ou de l'emploi (art. 1996), sans préjudice, dans le dernier cas, de la destitution que cette infidélité pourrait entraîner (art. 444).

L'art. 456 formule ainsi la sanction de l'art. 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.* »

814. Les art. 455 et 456 sont inapplicables au survivant des père et mère ayant, en même temps que la tutelle, la jouissance légale des biens de son enfant. L'excédent des revenus sur la dépense appartenant alors à l'usufruitier légal, il ne saurait être question d'en effectuer le placement pour le compte de l'enfant. Mais ces articles doivent-ils recevoir leur application dans le cas où le survivant n'a pas la jouissance légale ? Dans le sens de l'affirmative, on a invoqué la généralité de leur texte, qui ne reproduit point l'exception formulée par l'art. 454 en faveur du père et de la mère et n'y fait aucune allusion (2). Mais cette manière de voir ne nous paraît pas conforme à la pensée du législateur. La disposition des art. 455 et 456 est dans un lien étroit avec celle de l'art. 454, dont elle forme le complément et le corollaire. Le conseil de famille est appelé tout d'abord à déterminer la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur

1) L'institution des caisses d'épargne, en permettant de faire fructifier les plus petites sommes, a fait disparaître en grande partie cette difficulté.

2) Demante, t. II, n° 213 bis, VII; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 650; Laurent, t. V, n° 39.

et celle de l'administration de ses biens. Ce point une fois tranché, la loi, poursuivant la même idée, lui confère le soin de fixer la somme à partir de laquelle, déduction faite des dépenses dont le chiffre a été préalablement arrêté, le tuteur sera tenu de faire emploi des revenus disponibles. Or, dans la tutelle des père et mère, le conseil n'a pas qualité pour déterminer le montant de la dépense annuelle du mineur ni celle de l'administration de ses biens. Donc il n'a pas non plus qualité pour décider à quelle somme commencera l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense. L'art. 457 confirme pleinement cette interprétation. Il commence par ces mots : « Le tuteur, même le père ou la mère, etc... » Cette formule, qui ne se rencontre plus dans les articles subséquents, indique évidemment qu'aux yeux du législateur les dispositions précédentes, celle des art. 455 et 456 aussi bien que celle de l'art. 454, sont étrangères à la tutelle du survivant des père et mère, tandis que les dispositions suivantes sont applicables à cette tutelle comme à toute autre (1).

Nous allons voir que les règles tracées par la loi du 27 février 1880 quant à l'emploi des *capitaux* du mineur s'appliquent au contraire sans distinction à tous les tuteurs.

2° De la gestion du tuteur pendant le cours de la tutelle.

815. Les pouvoirs du tuteur sont tantôt plus, tantôt moins étendus. Il y a des actes qu'il a le droit de faire seul et sans aucune autorisation ; d'autres qu'il ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; d'autres pour lesquels il doit obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal ; d'autres enfin qui lui sont complètement interdits.

L'œuvre du législateur de 1804 a été, en cette matière profondément modifiée par la loi du 27 février 1880, dont l'objet est de protéger la fortune mobilière des mineurs trop négligée par les rédacteurs du code. Cette loi est intitulée : *Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur*. Mais cet intitulé est incomplet. Il laisse de côté l'une des questions réglées par la loi nouvelle, celle de l'emploi des capitaux.

A. Des actes que le tuteur peut faire sans aucune autorisation.

816. Chargé de représenter le mineur dans tous les actes civils (art. 450), le tuteur a par là même qualité pour faire librement tous ceux de ces actes pour lesquels la loi n'a pas limité ses pouvoirs. C'est ainsi qu'il peut et qu'il doit exécuter les réparations qu'exige la conservation des biens du

1) Demolombe, t. VII, n° 628; Aubry et Rau, § 112, texte et note 42; Duranton, t. III, n° 561; Planiol, t. I, n° 2696; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1258. — Cour de cass., 24 décembre 1895, D. 96, 1, 321, S. 96, 1, 25.

mineur, assurer ces biens contre l'incendie ou tout autre risque, interrompre les prescriptions, procéder au règlement des comptes dans lesquels le mineur se trouve intéressé, recevoir tout ce qui est dû au mineur soit en capitaux, soit en loyers, fermages, arrérages ou intérêts, payer ses dettes exigibles, employer ses capitaux disponibles soit en acquisitions immobilières, soit en placements sur particuliers, soit en achat de rentes sur l'État, d'actions, d'obligations ou autres valeurs mobilières. Toutefois, la loi du 27 février 1880, dans ses art. 5 et 6, est venue restreindre à un double point de vue la liberté d'action qui appartenait au tuteur sous l'empire du code civil.

Avant cette loi, le tuteur pouvait conserver en portefeuille et acquérir lui-même pour le compte du mineur des titres au porteur aussi bien que des titres nominatifs. L'art. 5 de la loi nouvelle lui impose l'obligation de transformer en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur. Nous nous bornons pour le moment à mentionner cette innovation dont la portée sera mieux comprise lorsque nous aurons étudié les art. 1 et 2 de la loi de 1880.

D'un autre côté, le code n'avait fixé au tuteur aucun délai pour effectuer le placement des capitaux appartenant au mineur. L'art. 6 lui impartit à cet effet un délai de *trois mois*, tout en réservant au conseil de famille la faculté de prolonger ce délai. « *Le tuteur, dit-il, 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...* » Ce renvoi à l'art. 5 signifie que le conseil de famille, lorsqu'il prolonge le délai légal, peut, par mesure de prudence, imposer au tuteur l'obligation de déposer provisoirement les fonds, au nom du mineur, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société qu'il désigne.

Les trois mois dans lesquels le placement doit être effectué courent du jour où le tuteur entre en possession des capitaux du mineur (1).

Après avoir déterminé le délai dans lequel le tuteur est tenu de faire emploi des capitaux du mineur l'art. 6 ajoute : « *Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'art. 455 du code civil seront applicables à cet emploi. — Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi.* » En déclarant applicable à l'hypothèse qu'il prévoit l'art. 455 du code civil, le législateur de 1880 veut dire que si le placement n'a pas lieu dans le délai fixé par la loi ou par le conseil de famille, le tuteur doit, de plein droit, à partir de l'expiration du délai, les intérêts de la somme non placée. Mais que signifie le renvoi aux règles tracées par les articles qui précèdent

1) Orléans, 13 nov. 1890, D. 91, 2, 357, S. 92, 2, 216.

l'art. 6? On ne le voit pas clairement. Ces articles ne renferment en effet aucune disposition concernant l'emploi des fonds du mineur. Ils s'occupent, d'une part, de l'aliénation des meubles incorporels, laquelle ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et même avec l'homologation du tribunal lorsque la valeur des meubles à aliéner dépasse 1500 francs, et, d'autre part, de l'obligation pour le tuteur de convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur, à moins qu'à raison des circonstances le conseil de famille ne l'autorise à les conserver. — Quelques auteurs interprètent le renvoi dont il s'agit en ce sens que, depuis la loi de 1880, le tuteur se trouve privé du droit, dont il jouissait sous l'empire du code, de choisir librement le mode d'emploi des deniers du mineur, et que tout placement, autre que celui des économies réalisées sur les revenus, doit être autorisé par une délibération du conseil de famille, délibération homologuée par le tribunal si la somme à placer dépasse 1500 francs (1). Mais cette manière de voir nous paraît difficilement admissible en présence du silence absolu gardé sur cette question lors de l'élaboration de la loi de 1880. L'art. 6 al. 2 a, croyons-nous, une portée beaucoup moins grande. Il se réfère uniquement à la disposition finale de l'art. 1 et à celle de l'art. 5 et signifie que, dans le cas où la somme à placer provient de la vente de biens du pupille, le tuteur doit se conformer pour le placement aux mesures que le conseil de famille a pu prescrire en autorisant l'aliénation (art. 1 *in fine*), puis que le tuteur ne peut, sans l'autorisation du conseil de famille, employer les fonds du pupille à acquérir des titres au porteur, l'art. 5 lui interdisant de conserver des titres de cette nature s'il n'y est autorisé (2).

Les tiers ne sont en aucun cas garants de l'emploi. Les débiteurs du mineur peuvent donc en toute sécurité payer entre les mains du tuteur. Ils ne sauraient être recherchés et contraints de payer une seconde fois au cas de défaut d'emploi ou de mauvais emploi des sommes par eux payées. La responsabilité du tuteur peut seule se trouver engagée.

Le placement des économies réalisées sur les revenus des biens du mineur demeure régi par l'art. 455 qui accorde pour l'effectuer un délai de *six mois*. Le législateur de 1880 n'a pas cru devoir concéder dans l'hypothèse qu'il prévoit un terme aussi long, parce qu'il est plus urgent de placer les capitaux disponibles, afin de ne pas diminuer les revenus du mineur, que de capitaliser une partie de ses revenus.

817. Au nombre des actes que le tuteur peut faire sans autorisation figurent encore les *baux* à ferme ou à loyer des immeubles du mineur.

1) Huc, t. III, nos 416 et 417; Planiol, t. I, n° 2691. — Paris, 21 mai 1884 et 13 janvier 1885, D. 85, 2, 177, S. 85, 2, 97 et 101.

2) Aubry et Rau, § 112, texte et note 31 *decies (j)*; Bressolles, Explication de la loi du 27 février 1880, p. 59; Beudant, t. II, n° 842.

Mais la loi limite ses pouvoirs relativement à la durée des baux et à l'époque de leur renouvellement. L'art. 1718 dispose que « *les articles du titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.* » Les articles que ce texte déclare applicable aux baux faits par le tuteur sont les art. 1429 et 1430.

Quant à la durée, le tuteur ne peut faire que des baux qui n'excèdent pas neuf ans. Ceux qu'il consentirait pour un temps plus long ne seraient pas nuls et le locataire ou fermier serait même tenu, si les intéressés l'exigeaient, de les exécuter jusqu'au bout, mais ils seraient réductibles dans l'intérêt du mineur. Ils ne seraient obligatoires pour le mineur ou ses héritiers, après la cessation de la tutelle, que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait à ce moment. Ainsi un tuteur a donné à bail un immeuble du mineur pour vingt ans et la tutelle prend fin huit ans plus tard ; le bail ne sera obligatoire pour l'ex-mineur ou ses héritiers que pendant un an. Si la tutelle ne prend fin qu'après que la dixième année est commencée, c'est-à-dire au cours de la deuxième période de neuf ans, l'ex-mineur ou ses héritiers seront tenus de le respecter jusqu'à l'expiration de cette deuxième période, par conséquent pendant huit ans encore.

En ce qui concerne l'époque du renouvellement, le tuteur doit se conformer à la disposition de l'art. 1430. Il ne peut dès lors renouveler les baux de maisons plus de deux ans avant l'expiration du bail courant, et ceux des biens ruraux plus de trois ans avant la même époque. Les baux qui auraient été renouvelés plus tôt ne seraient pas obligatoires pour l'ex-mineur ou ses héritiers, à moins que leur exécution n'eût commencé lors de la cessation de la tutelle, auquel cas ils devraient être respectés jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait à ce moment.

B. Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante.

818. Le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille et n'a besoin que de cette autorisation :

- 1° Pour accepter ou pour répudier une succession échue au mineur ;
- 2° Pour accepter une donation ;
- 3° Pour intenter une action immobilière ou pour acquiescer à une action de cette nature ;
- 4° Pour provoquer en partage ;
- 5° Pour aliéner les meubles incorporels du mineur lorsque la valeur de ces meubles ne dépasse pas 1500 francs en capital.

819. ACCEPTATION OU RÉPUDIATION D'UNE SUCCESSION. — Les personnes

appelées à une succession peuvent en général opter entre les trois partis suivants : — accepter purement et simplement, — accepter sous bénéfice d'inventaire ; — renoncer.

L'acceptation pure et simple soumet l'héritier à l'obligation de payer les dettes *ultra vires successionis*, c'est-à-dire sur ses propres biens si l'actif héréditaire n'est pas suffisant pour les acquitter intégralement.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne soumet l'héritier au paiement des dettes et charges de la succession que jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire, *intra vires successionis*.

La renonciation rend l'héritier étranger à la succession, à l'actif comme au passif.

Quand une succession est échue à un mineur, il n'y a que deux partis possibles. Cette succession peut être acceptée bénéficiairement ou répudiée. Elle ne peut pas être acceptée purement et simplement. De plus, l'acceptation bénéficiaire doit, comme la renonciation, être autorisée par le conseil de famille. « *Le tuteur, dit l'art. 461, 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.* » On s'explique aisément l'intervention du conseil de famille en ce qui concerne la renonciation. Mais pourquoi la loi exige-t-elle que le conseil autorise l'acceptation alors que celle-ci ne peut être que bénéficiaire? La raison en est que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, tout en mettant l'héritier à l'abri du danger de payer *de suo* les dettes héréditaires, n'est pas toujours exempte d'inconvénients. D'abord elle entraîne pour l'héritier l'obligation de liquider la succession. Or à quoi bon engager le temps et les soins du tuteur dans les embarras d'une liquidation, si la succession est manifestement mauvaise? D'un autre côté, tout héritier qui accepte même bénéficiairement 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 par donation entre vifs, directement ou indirectement, à moins qu'il n'ait été expressément dispensé du rapport (art. 843), tandis que l'héritier qui renonce n'est pas tenu au rapport (art. 845). Lors donc que le mineur a reçu comme donataire, sans dispense de rapport, une valeur supérieure à celle qu'il est appelé à recueillir comme héritier, il a intérêt à ne pas accepter. Prenons un exemple. Paul meurt laissant pour héritiers ses deux neveux, Pierre et Jean. L'actif de sa succession n'est que de 40.000 francs. A Jean, qui est mineur, il a fait, sans dispense de rapport, une donation entre vifs de 80.000 francs. Pierre n'a reçu de lui aucune libéralité. Si la succession est acceptée au nom de Jean, celui-ci devra rapporter les 80.000 francs qu'il a reçus, ce qui portera à 120.000 fr. la masse partageable. Chacun des héritiers ayant droit à la moitié de cette masse, Jean recevra 60.000 francs et se trouvera par conséquent en perte de 20.000 francs. Si au contraire la succession est répudiée au nom de Jean

il conservera les 80.000 francs qui lui ont été donnés. Il convient, on le voit, que le tuteur ne soit pas constitué seul juge du parti à prendre dans l'intérêt du mineur.

La protection que la loi a voulu accorder aux mineurs en interdisant d'accepter purement et simplement les successions qui leur sont échues peut toutefois, dans certains cas, devenir pour eux plus nuisible qu'utile. L'acceptation bénéficiaire entraîne en effet une liquidation longue, compliquée, coûteuse, que l'acceptation pure et simple permet d'éviter. Ce dernier mode d'acceptation est donc préférable lorsqu'il est certain que la succession est bonne. D'autre part, il peut se faire que, pour partager la succession, il soit nécessaire de liciter, c'est-à-dire de vendre aux enchères, tel ou tel immeuble héréditaire. Lorsque c'est un des héritiers qui se porte adjudicataire de l'immeuble licité, l'adjudication n'est pas soumise à la formalité de la transcription (loi du 23 mars 1855, art. 1 al. 4). Mais, d'après la jurisprudence de la cour de cassation (1), cette dispense ne profite qu'à l'héritier pur et simple et non à l'héritier bénéficiaire. L'héritier mineur auquel l'acceptation bénéficiaire est imposée par la loi est donc obligé, s'il se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession, de faire transcrire son acquisition, ce qui met à sa charge le paiement d'un droit de 1 fr. 50 pour cent. Il eût dès lors été préférable de laisser au conseil de famille la faculté d'apprécier si la succession échue au mineur doit être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, sauf à soumettre sa délibération à l'homologation du tribunal.

L'acceptation bénéficiaire régulièrement faite pour le compte du mineur est irrévocable. Il en est autrement de la renonciation. « *Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre, 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* » (art. 462). Cet article ne fait qu'appliquer aux mineurs le principe général formulé dans l'art. 790.

820. 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). Des raisons de convenance peuvent s'opposer à l'acceptation d'une donation offerte à un mineur. D'autre part, les donations sont parfois grevées de charges qui peuvent à un moment donné devenir onéreuses pour le donataire. L'intervention du conseil de famille en pareille matière est donc pleinement justifiée.

Par la généralité de ses termes et par identité de motifs, l'art. 463 s'ap-

1) Arrêt du 12 janvier 1876, D. 76, 1, 152, S. 76, 1, 81.

plique aux legs ou donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs, non seulement aux legs universels ou à titre universel qui sont assimilés aux successions, mais aux legs particuliers (1). Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point (2).

Mais l'art. 463 comporte, en ce qui concerne les donations entre vifs, une notable restriction résultant de l'art. 935. Aux termes de ce dernier article, les père et mère ou autres ascendants, alors même qu'ils ne sont pas tuteurs, peuvent accepter seuls et sans autorisation du conseil de famille les donations faites au mineur. Ils n'ont donc pas non plus besoin de cette autorisation lorsqu'ils sont investis de la tutelle. La qualité d'ascendant du mineur a paru au législateur offrir par elle-même des garanties suffisantes.

821. EXERCICE DES ACTIONS IMMOBILIÈRES OU ACQUIESCEMENT A 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). Le tuteur représente le mineur en matière judiciaire aussi bien qu'en matière extrajudiciaire. Mais ses pouvoirs diffèrent suivant la nature de l'action qu'il y a lieu d'exercer.

Pour les actions mobilières, la loi lui laisse une pleine et entière liberté. Qu'il s'agisse d'intenter une action de cette nature ou d'y défendre, le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation.

Pour les actions immobilières, l'art. 464 distingue suivant le rôle que le tuteur doit jouer au procès. S'agit-il d'*introduire* l'action, c'est-à-dire d'agir comme demandeur au nom du mineur, le tuteur doit se munir de l'autorisation du conseil de famille. S'agit-il de *répondre* à une action dirigée contre le mineur, de jouer le rôle de défendeur au procès, il n'a besoin d'aucune autorisation. Cette distinction est assez difficile à justifier. Peut-être le législateur a-t-il considéré la défense comme moins périlleuse que l'attaque, le fardeau de la preuve étant à la charge du demandeur.

Quant à la différence établie entre les actions mobilières et les actions immobilières, elle n'a d'autre raison d'être que l'ancienne tradition sur le peu d'importance des meubles. Il est fâcheux que la loi du 27 février 1880 ait laissé subsister cette anomalie.

Soumis à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille pour introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, le tuteur doit également être muni de cette autorisation pour *acquiescer* à une action de cette nature formée contre le mineur, c'est-à-dire pour re-

1) Laurent, t. V, nos 73 et 82; Huc, t. III, nos 437 et 440; Beudant, t. II, no 862; Baudry-Lacantinerie, t. I, no 1270.

2) Demolombe, t. VII, nos 703 et 708; Aubry et Rau, § 113, texte et note 11; Planiol, t. I, no 2717.

connaître le bien fondé de la prétention du demandeur. Ce que la loi dit de l'acquiescement, on doit le dire par la même raison du *désistement* par lequel le demandeur renonce à poursuivre l'action qu'il avait intentée. Le tuteur ne pourrait pas, sans l'autorisation du conseil de famille, se désister d'une demande immobilière que le conseil l'aurait autorisé à former (1). Il peut au contraire acquiescer librement à une demande mobilière ou s'en désister.

Bien que les actions possessoires soient des actions immobilières, on s'accorde à penser que le tuteur a qualité pour les intenter sans autorisation. Ces actions ne compromettant pas le fond même du droit sont en effet considérées par la loi comme des actes purement conservatoires (arg. art. 1428).

822. Le code ne s'est pas expliqué en ce qui concerne les actions relatives à l'état du mineur. La jurisprudence reconnaît au tuteur le droit d'exercer seul ces actions, sans qu'il y ait à distinguer si le mineur y joue le rôle de demandeur ou de défendeur (2). La doctrine estime au contraire que l'autorisation du conseil est nécessaire. Elle fonde sa décision d'abord sur l'esprit général du code qui fait intervenir la famille quand il s'agit de la personne ou de l'état du mineur (art. 175, 182, 468), puis sur un argument *a fortiori* tiré de l'art. 464, les actions relatives à l'état étant autrement importantes que les actions immobilières (3).

823. 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).

On distingue deux sortes de partage : le partage amiable et le partage judiciaire.

Le partage amiable est celui qui est fait dans telle forme et par tel acte qu'il plaît aux parties d'adopter.

Le partage judiciaire est celui qui est fait en justice, suivant les formes tracées par les art. 819 et suiv. du code civil, 966 et suiv. du code de procédure civile.

Par mesure de protection, la loi veut que tout partage dans lequel un mineur est intéressé ait lieu en justice. Fait autrement, il n'est pas nul, mais il ne vaut que comme partage *provisionnel*, c'est-à-dire qu'il ne fait cesser l'indivision qu'à titre simplement provisoire et quant à la jouissance seulement des biens partagés, en laissant au mineur devenu majeur ou à ses héritiers la faculté de demander un partage définitif. « *Pour obtenir à*

1) Cour de cass., 10 janvier 1894, D. 94, 1, 377, S. 95, 1, 81. — 22 mars 1897, D. 97, 1, 277, S. 97, 1, 309.

2) Grenoble, 14 février et 5 décembre 1883, S. 84, 2, 73, — Comp. Cour de cass. 26 février 1890, D. 90, 1, 291, S. 90, 1, 216.

3) Demolombe, t. VII, n° 694; Aubry et Rau, § 114, texte et note 7.

l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, dit l'art. 466, 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, 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. » Mais si le partage judiciaire met le mineur à l'abri des collusions dont il pourrait être victime dans un partage amiable, il n'est pas sans présenter des inconvénients. D'abord il entraîne des frais fort élevés. D'autre part il est à craindre que le tirage au sort des lots, qui s'impose en cas de partage judiciaire, n'opère une répartition contraire aux convenances des intéressés. On peut à la vérité prévenir les caprices du sort en vendant les biens indivis, de façon à n'avoir plus à partager que l'argent provenant de la vente. Mais cette combinaison elle-même peut être très désavantageuse pour les copartageants, y compris le mineur.

Avant de provoquer un partage au nom d'un mineur, il y a donc lieu de se demander si cette mesure est opportune et s'il ne serait pas préférable d'attendre, pour sortir de l'indivision, l'époque de la majorité du pupille. Il a paru sage de ne pas laisser au tuteur seul le soin de résoudre cette question.

L'autorisation du conseil de famille est nécessaire quelle que soit la cause de l'indivision qu'il s'agit de faire cesser par le partage, donc non seulement lorsque l'indivision provient d'une succession, mais aussi quand elle procède d'une société ou d'une communauté. L'art. 465 est général et les motifs sur lesquels il est fondé existent dans tous les cas. Il n'y a pas non plus à distinguer si les biens à partager sont des meubles ou des immeubles. Mais c'est seulement pour *provoquer le partage* que le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille. Aucune autorisation ne lui est nécessaire pour répondre à une demande en partage formée contre le mineur par un de ceux qui sont copropriétaires avec lui. L'art. 815 dispose en effet que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Lors donc qu'un des consorts du mineur prend les devants et réclame le partage, il est impossible de différer cette opération ; il faut nécessairement y procéder. L'autorisation du conseil de famille ne pouvant pas alors être refusée, il est parfaitement inutile de la demander.

La pratique a imaginé un moyen de tourner les difficultés que fait naître, en matière de partage, la présence d'un ou plusieurs mineurs parmi les ayant-droit. Ce moyen consiste à déguiser un partage amiable sous l'apparence d'une transaction, en observant les formalités prescrites par

l'art. 467. La jurisprudence admet la régularité de cette combinaison (1).

824. ALIÉNATION DES MEUBLES INCORPORELS APPARTENANT AU MINEUR LORSQUE LA VALEUR DE CES MEUBLES NE DÉPASSE PAS 1500 FRANCS. — Le code civil n'avait formulé aucune règle sur l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur. La plupart des auteurs en avaient conclu que cette aliénation rentrait dans le mandat général conféré au tuteur et qu'il pouvait l'opérer sans avoir besoin à cet effet d'aucune autorisation. Après quelques hésitations, la jurisprudence avait fini par se rallier à cette solution (2). Toutefois, l'omnipotence du tuteur en cette matière avait reçu de textes spéciaux une double restriction. La loi du 24 mars 1806 lui avait interdit d'aliéner sans l'autorisation du conseil de famille les inscriptions de rente sur l'État, lorsqu'elles excédaient 50 fr. de revenu, et le décret du 25 septembre 1813 avait rendu cette loi applicable aux actions de la Banque de France, toutes les fois que le mineur possédait plusieurs actions, ou des coupons représentant plus d'une action. Mais cette protection, limitée à deux sortes de valeurs, était insuffisante. La loi du 27 février 1880 est venue donner une garantie plus complète aux intérêts des mineurs. L'art. 1^{er} 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, obligations et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit. — Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles.* »

L'autorisation du conseil de famille est nécessaire quelle que soit la valeur des meubles à aliéner. Un des membres de la Chambre des députés avait présenté un amendement tendant à permettre au tuteur d'aliéner sans autorisation les valeurs qui n'excéderaient pas 1200 francs en capital. Cet amendement fut repoussé par les motifs suivants que nous trouvons exposés dans le rapport : « Il arrive le plus souvent que les valeurs appartenant à un mineur sont divisées en actions, obligations ou titres dont la plupart ne représentent qu'un chiffre inférieur à 1200 francs de capital. Permettra-t-on au tuteur d'aliéner successivement chacun de ces titres? Le mineur cesserait alors d'être protégé, le tuteur pouvant faire en détail ce qu'il lui serait interdit de faire en bloc. Défendra-t-on au tuteur d'aliéner les titres du mineur quand ces titres réunis dépasseront la somme fixée? Mais comment empêcher ces aliénations sans se jeter dans des complications inextricables? Il n'existe qu'un système pratique : c'est d'interdire au tuteur

1) Angers, 29 août 1884, D. 88, 1, 243, S. 85, 2, 61; — Cour de cass., 5 décembre 1887, D. 88, 1, 241, S. 88, 1, 125.

2) Paris, 11 déc. 1871, D. 72, 2, 75, S. 71, 2, 249; — Cour de cass., 4 août, 1873, D. 75, 5, 468, S. 73, 1, 441.

toute aliénation en dehors du contrôle et du consentement du conseil de famille. » Toutefois lorsque le chiffre de la valeur à aliéner dépasse 1500 fr. en capital, l'autorisation du conseil de famille ne suffit plus; il faut en outre l'homologation du tribunal (art. 2).

Le conseil de famille apprécie avec une entière liberté si l'aliénation doit ou non être autorisée. La loi ne lui prescrit point, comme elle le fait pour les immeubles dans l'art. 457, de n'autoriser l'aliénation que *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident*. Mais l'autorisation qu'il accorde n'est pas nécessairement pure et simple. Il peut, en autorisant l'aliénation, prescrire toutes les mesures qu'il juge utiles, par exemple imposer au tuteur l'obligation d'employer de telle ou telle manière la somme provenant de l'aliénation, ordonner qu'en attendant son emploi elle sera versée dans la caisse d'une société ou déposée entre les mains d'une personne déterminée, au lieu de rester à la disposition du tuteur, etc. Ici encore la loi laisse toute latitude au conseil de famille, les mesures à prendre dépendant essentiellement des circonstances.

Aux termes de l'art. 3, « *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 moyen du jour.* » A l'égard des valeurs qui ne sont pas négociables à la Bourse, créances, rentes sur particuliers, fonds de commerce, etc., le conseil de famille détermine la forme dans laquelle l'aliénation aura lieu.

825. Afin d'assurer l'observation des dispositions qui précèdent, l'art. 5 de la loi nouvelle impose au tuteur l'obligation de convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur, à moins que le conseil de famille ne juge convenable de les aliéner. Cet article est ainsi conçu : « *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. »

On appelle *titre nominatif* un écrit constatant l'existence d'un droit (rentes sur l'État, obligations des villes et des compagnies, actions des sociétés civiles ou commerciales, etc.) et indiquant en même temps le nom du titulaire de ce droit. Le droit constaté par un titre de cette nature ne peut être cédé que par une opération nommée *transfert*, qui consiste dans la substitution du nom du cessionnaire à celui du cédant sur les registres de la dette publique, de la ville ou de la société, et dans la délivrance au concessionnaire d'un titre nouveau. Le transfert n'est opéré que sur la production de pièces établissant la régularité de l'opération.

On appelle *titre au porteur* un écrit constatant l'existence d'un droit sans faire connaître le nom du titulaire de ce droit. Quand un titre est mis sous cette forme, le droit se confond en réalité avec l'écrit qui lui sert de preuve; il appartient à celui qui est porteur du titre. La cession du droit peut dès lors avoir lieu sans aucune formalité, par la simple remise du titre opérée de la main à la main.

Cela étant, s'il était permis au tuteur de conserver des titres de cette espèce, rien ne lui serait plus facile que d'échapper à la règle qui l'astreint à obtenir l'autorisation du conseil de famille pour aliéner les valeurs mobilières appartenant au mineur. La loi prévient ce danger en lui imposant l'obligation de transformer les titres au porteur en titres nominatifs.

Le tuteur jouit, pour opérer la conversion, d'un délai de trois mois. Ce délai court, en ce qui concerne les titres sur lesquels le mineur a, dès le début de la tutelle, un droit certain et déterminé et dont, par suite, le tuteur peut entrer immédiatement en possession, du jour même de l'ouverture de la tutelle, ou plus exactement du jour où le tuteur apprend que la tutelle lui est déférée et où commence sa responsabilité. A l'égard de ceux que le mineur acquiert seulement au cours de la tutelle, et même à l'égard de ceux dont la cause d'acquisition est antérieure à l'ouverture de la tutelle, si à ce moment le mineur n'avait pas sur eux un droit certain et déterminé, le délai court seulement du jour où le tuteur peut en obtenir la remise. Supposons par exemple que le décès qui donne ouverture à la tutelle appelle en même temps le mineur à recueillir comme unique héritier une succession dans laquelle se trouvent des titres au porteur; ces titres étant immédiatement à la disposition du tuteur, la conversion devra avoir lieu dans les trois mois à partir du jour où celui-ci apprend que la tutelle lui est déférée. Mais si d'autres héritiers sont appelés à la succession concurremment avec le mineur, les trois mois ne commenceront à courir que du jour où le partage aura déterminé les titres attribués au mineur et mis ces titres à la disposition du tuteur.

Dans tous les cas, le conseil de famille peut accorder au tuteur pour

opérer la conversion un délai plus long que celui qui lui est imparti par la loi, sauf à ordonner alors, s'il le juge à propos, le dépôt des titres à la caisse des dépôts et consignations ou entre les mains d'une personne ou d'une société par lui désignée.

826. La loi prévoit le cas où, soit à raison de leur nature, soit en vertu de conventions spéciales, les titres appartenant au mineur ne sont pas susceptibles d'être transformés en titres nominatifs.

L'impossibilité d'opérer la conversion résulte de la nature même des titres quand ils n'admettent point la forme nominative. Il n'y a, croyons-nous, aucune valeur française qui affecte exclusivement la forme au porteur, mais il y a, paraît-il, des valeurs étrangères circulant en France qui n'existent que sous cette forme. Le tuteur doit alors, dans les délais ci-dessus spécifiés, obtenir du conseil de famille l'autorisation soit de conserver les titres, sauf au conseil à en ordonner, cette fois encore, le dépôt en mains tierces, soit de les aliéner avec emploi du prix de vente.

Parmi les conventions spéciales mettant obstacle à la conversion, il y a lieu de mentionner notamment la mise en gage des titres antérieurement à l'époque où le mineur en est devenu propriétaire. Bien que la loi ne le dise pas, l'impossibilité d'effectuer la conversion pourrait également résulter de droits acquis à des tiers autrement que par convention, par exemple d'un droit d'usufruit constitué par testament. Dans ces divers cas, il n'y aura la plupart du temps rien à faire, les titres ne se trouvant pas généralement entre les mains du tuteur et leur conservation étant assurée par la circonstance même qui empêche leur conversion. S'il en était autrement, le conseil de famille prescrirait les mesures propres à garantir les intérêts du mineur sans porter atteinte aux droits des tiers.

L'art. 5 de la loi de 1880 est complété par l'art. 10 de la même loi qui s'exprime ainsi : « *La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.* » Avant 1880, la jurisprudence était unanime à considérer la conversion des titres nominatifs en titres au porteur comme un acte de simple administration, auquel le tuteur pouvait procéder sans avoir besoin d'aucune autorisation. Un pareil pouvoir reconnu au tuteur était manifestement inconciliable avec le système établi par la loi nouvelle dont il aurait rendu les prescriptions illusoires. Ne pouvant aliéner les valeurs mobilières du mineur sans l'autorisation du conseil de famille, le tuteur ne saurait avoir le droit de donner à ces valeurs une forme qui lui fournirait le moyen d'échapper pour leur aliénation à la nécessité de l'autorisation.

827. Les règles tracées par la loi de 1880 sont applicables à tous les tuteurs sans exception. L'époux survivant, investi de la tutelle, est soumis à leur observation, alors même qu'il a la jouissance des biens de ses enfants (1).

1) Cour de cass., 7 mars 1881, D. 81, 1, 348, S. 83, 1, 197.

Le subrogé tuteur est tenu, sous sa responsabilité, de veiller à l'exécution de ces prescriptions. « *Le subrogé tuteur, dit l'art. 7, 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.* »

828. Nous reproduisons purement et simplement le texte des art. 8, 11 et 12 de la loi de 1880.

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. 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. Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille doit être homologuée par le tribunal.

829. Ces actes sont :

- 1° L'emprunt ;
- 2° L'aliénation des immeubles ;
- 3° L'hypothèque ;
- 4° La transaction ;
- 5° L'aliénation des meubles incorporels d'une valeur supérieure à 1.500 francs.

830. Les art. 457 et 458 sont relatifs à la fois à l'emprunt, à la vente 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 devra 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 insuf-*

fisants. — 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. »*

831. La défense faite au tuteur d'emprunter sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par la justice est absolue. Elle s'applique quel que soit le chiffre de l'emprunt et quel que soit son but, alors même qu'il serait destiné à payer une dette exigible dont le créancier du mineur poursuit le remboursement.

832. En ce qui concerne l'aliénation des immeubles, la règle reçoit son application soit que l'aliénation porte sur la propriété même de l'immeuble, soit qu'elle consiste simplement dans la constitution d'un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitude. Mais, cette fois, elle n'est pas absolue et comporte un certain nombre d'exceptions. L'autorisation du conseil de famille et l'homologation judiciaire ne sont exigées que pour les aliénations volontaires. Elles cessent de l'être quand l'aliénation est nécessaire, ce qui a lieu dans les cas suivants :

a. Lorsqu'un jugement a, sur la demande du copropriétaire d'un immeuble appartenant par indivis à un mineur, ordonné la licitation, c'est-à-dire la vente aux enchères de cet immeuble. Nul n'étant tenu de rester dans l'indivision (art. 815), la vente ne saurait alors être empêchée. Mais tandis que les copropriétaires, lorsqu'ils sont tous majeurs et maîtres de leurs droits, peuvent valablement convenir que la licitation aura lieu entre eux et que les étrangers n'y seront pas admis (art. 1687), cette convention est interdite lorsque l'un d'eux est mineur, parce qu'il y a lieu d'espérer que la présence des étrangers fera monter les enchères à un prix plus élevé. « *Les formalités exigées par les art. 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. — Seulement, 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 »* (art. 460).

b. Lorsque la vente des biens du mineur est poursuivie par ses créanciers. Les formes de cette vente sont indiquées par les art. 673 et suiv. du code de procédure. Les créanciers d'un mineur ne peuvent en principe s'attaquer à ses immeubles qu'après discussion préalable de son mobilier (art. 2206).

c. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Aux termes de l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841, le tuteur peut consentir la cession amiable

des immeubles du mineur compris dans l'arrêté préfectoral qui détermine les propriétés à exproprier, sans délibération préalable du conseil de famille, en vertu d'une autorisation du tribunal donnée sur simple requête.

833. Comme l'emprunt, *l'hypothèque* est interdite au tuteur d'une façon absolue, sans une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Cette double formalité est exigée alors même que l'hypothèque qu'il s'agit de constituer n'est pas destinée à garantir un emprunt contracté pour le mineur, de même qu'elle est nécessaire pour emprunter alors même que l'emprunt ne doit pas être garanti par une hypothèque. C'est ainsi par exemple que le tuteur ne pourrait pas consentir seul une hypothèque au profit d'un ancien créancier du mineur pour obtenir de ce créancier un terme ou toute autre concession.

834. L'emprunt, l'aliénation d'un immeuble et l'hypothèque ne doivent être autorisés par le conseil de famille que *pour cause d'une nécessité absolue*, par exemple pour faire des réparations nécessaires et urgentes, pour acquitter une dette exigible, ou *pour cause d'un avantage évident*, par exemple pour procurer au mineur une profession ou un établissement ou pour permettre d'éteindre dans des conditions avantageuses une dette onéreuse, alors même qu'elle ne serait pas encore exigible.

La *nécessité* d'emprunter, d'aliéner ou d'hypothéquer se constate par un compte sommaire, présenté par le tuteur au conseil, établissant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants pour satisfaire aux besoins auxquels il s'agit de faire face.

Le conseil de famille peut soumettre l'emprunt ou l'aliénation qu'il autorise à telles conditions qu'il juge convenables ; par exemple fixer, en cas d'emprunt, le taux que les intérêts ne devront pas dépasser et, en cas de vente, le prix au-dessous duquel l'aliénation ne pourra avoir lieu (1). Il doit, lorsqu'il autorise une aliénation indiquer les immeubles qui devront être vendus de préférence. Bien que la loi ne le dise pas textuellement, cette indication est également nécessaire lorsqu'il s'agit d'une constitution d'hypothèque.

835. Le tribunal appelé à homologuer la délibération du conseil de famille est, dans tous les cas, celui du siège de la tutelle. Il statue non en audience publique, mais dans la chambre du conseil, afin de ne pas divulguer les affaires du mineur, et sur les conclusions du ministère public.

836. L'art. 459 trace ainsi qu'il suit les formes dans lesquelles doit avoir lieu la vente des immeubles : « *La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères, qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux*

1) Rouen, 20 avril 1883, S. 83, 2, 191.

accoutumés dans le canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées. » Cet article doit être complété par les art. 953 et suiv. du code de procédure.

Depuis la loi du 2 juin 1841, la vente peut avoir lieu tant en l'absence qu'en la présence du subrogé tuteur; il suffit qu'il y ait été appelé (art. 962, c. pr.). D'un autre côté, il n'y a plus lieu qu'à une seule apposition d'affiches et il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite un jour de dimanche. Mais les affiches doivent être apposées trente jours au moins avant l'adjudication, et leur contenu doit être reproduit par la voie de la presse. Une plus grande publicité peut même être ordonnée si la nature et l'importance des biens le demandent (art. 959, 960 et 961 c. pr.).

837. 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, au cas où cette opération présenterait pour le pupille un avantage évident. Il est clair qu'il n'y aurait pas alors à remplir les formalités de l'art. 459, la nature même des choses ne permettant pas de le faire. Aussi cet article parle-t-il seulement de la *vente* et non de l'*aliénation* comme l'art. 457.

838. La *transaction* est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes terminent une contestation déjà née ou préviennent une contestation imminente, en se faisant des concessions réciproques (art. 2044). Chacune des parties sacrifie une partie du droit qu'elle croit avoir dans la crainte de perdre le tout par l'effet d'un procès dont l'issue est incertaine. Mesure excellente lorsque le droit sur lequel elle intervient est réellement douteux, la transaction peut causer un préjudice grave à celui qui abandonne ainsi un droit certain. Elle ne doit donc avoir lieu qu'à bon escient et en parfaite connaissance de cause. De là vient que le législateur prend en ce qui la concerne une précaution particulière. Pour qu'une transaction puisse avoir lieu au nom du mineur, il exige, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, l'avis favorable de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la république. « *Le tuteur, dit l'art. 467, 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.* » Dans la pratique, les trois jurisconsultes dont l'avis favorable et unanime est nécessaire à la validité de la transaction sont choisis parmi les avocats inscrits au tableau depuis dix ans. Si l'art. 467 parle de jurisconsultes et non d'avocats, c'est qu'au moment de la rédaction du code l'ordre des avocats, supprimé par la loi du 20 septembre 1792, n'avait pas encore été rétabli.

La loi ne faisant pas de distinction, les formalités qu'elle prescrit doivent

être observées aussi bien pour les transactions sur les droits mobiliers du mineur que pour les transactions relatives à ses droits immobiliers (1).

Le code se montre, on le voit, beaucoup plus exigeant pour la transaction que pour l'acquiescement. Le tuteur peut en effet acquiescer sans aucune autorisation aux actions mobilières intentées contre le mineur, et il n'a besoin pour acquiescer aux actions immobilières que de la seule autorisation du conseil de famille. L'acquiescement apparaît cependant au premier abord comme un acte plus grave que la transaction, puisqu'il emporte l'abandon total du droit qui fait l'objet de la demande, tandis que la transaction n'emporte qu'un abandon partiel. Mais ce n'est là qu'une apparence. En réalité la transaction seule implique un sacrifice ; l'acquiescement n'en comporte aucun. Celui qui transige consent à abdiquer une partie du droit qu'il affirme et qu'il croit lui appartenir pour le tout et dont il obtiendrait peut-être, en plaidant, la reconnaissance par la justice. Celui qui acquiesce n'abdique rien ; il s'incline devant le droit absolument certain de son adversaire et reconnaît qu'il n'a lui-même aucun droit. Les précautions spéciales prescrites en matière de transaction n'ont donc pas alors de raison d'être. L'intervention du conseil de famille suffit à garantir les intérêts du mineur. On peut seulement regretter que le législateur n'ait pas exigé cette intervention en matière mobilière aussi bien qu'en matière immobilière.

839. Enfin le dernier acte pour lequel la loi exige à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal est *l'aliénation des meubles incorporels* du mineur lorsque leur valeur dépasse 1.500 francs en capital. C'est une des innovations de la loi du 27 février 1880. Aux termes de l'art. 2 de cette loi. « *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'art. 883 du code de procédure civile. — Dans tous les cas, le jugement rendu sera en dernier ressort.* »

Il appartient au conseil de famille saisi de la demande d'autorisation de décider si le chiffre de 1.500 francs est ou non dépassé et si, dès lors, l'homologation de justice est ou n'est pas nécessaire. Cela suppose que la valeur qu'il s'agit d'aliéner n'est pas cotée à la Bourse. Autrement en effet il n'y a aucune appréciation à faire ; il suffit de consulter le cours du jour.

La décision du conseil soit quant à l'aliénation elle-même, soit quant à l'estimation de la valeur à aliéner est susceptible d'être attaquée devant le tribunal conformément à l'art. 883 du code de procédure. Ce recours n'étant que l'application du droit commun, le législateur aurait pu se dispenser d'y faire allusion. La loi nouvelle déroge au contraire aux règles ordinaires

1) Paris, 14 août 1871, D. 72, 5, 455, S. 71, 2, 198.

en déclarant que le jugement rendu est dans tous les cas en dernier ressort. Le but de cette disposition est d'éviter les retards qui, à raison des brusques variations que subit le cours des valeurs mobilières, pourraient être préjudiciables aux intérêts des mineurs. On a voulu par là donner satisfaction à ceux qui, dans la discussion de la loi avaient, pour ce motif, critiqué la nécessité de l'homologation elle-même.

L'homologation judiciaire est exigée pour la *conversion* en titres au porteur des titres nominatifs appartenant au mineur, comme pour l'aliénation, toutes les fois que les titres à convertir représentent une valeur supérieure à 1.500 francs.

D. Des actes interdits au tuteur.

840. La loi défend au tuteur :

- 1° D'acheter les biens du mineur ;
- 2° D'accepter la cession d'une créance ou d'un droit quelconque contre lui ;
- 3° De prendre ses biens à bail, sauf la faculté pour le conseil de famille de lever cette défense ;
- 4° De disposer à titre gratuit des biens du mineur ;
- 5° De compromettre.

841. ACHAT DES BIENS DU MINEUR. — Cette première prohibition est formulée, en même temps que les deux suivantes, par l'art. 450 al. 3 : « *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, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.* »

La défense d'acheter les biens du pupille est générale. Elle s'applique aux meubles comme aux immeubles, à la vente aux enchères comme à la vente amiable (art. 1596). La loi n'a pas voulu que le tuteur se trouvât placé entre son devoir, qui est de vendre les biens du mineur à des conditions aussi avantageuses que possible pour celui-ci, et son intérêt personnel qui serait de les acquérir à bas prix. Ce danger existe même dans les ventes aux enchères. Il se pourrait en effet que le tuteur, qui convoiterait un bien du mineur, cherchât à écarter les enchérisseurs en leur donnant de mauvais renseignements sur le bien à vendre.

On s'accorde cependant à penser que la règle reçoit exception en ce qui concerne les biens dont le tuteur est copropriétaire par indivis avec le mineur et que, si ces biens sont vendus sur licitation, le tuteur peut se porter adjudicataire, les fonctions dont il est revêtu ne devant pas lui enlever un droit qu'il tient de sa qualité de copropriétaire. Il y a lieu alors de faire nommer un tuteur *ad hoc* pour représenter le mineur à la licitation.

L'achat fait par le tuteur en violation de l'art. 450 serait frappé de nul-

lité ; mais cette nullité, établie seulement dans l'intérêt du mineur, ne pourrait être invoquée que par lui.

842. ACQUISITION D'UN DROIT OU CRÉANCE CONTRE LE MINEUR. — Il s'agit, cette fois encore, d'éviter que le tuteur se trouve placé entre son devoir et son intérêt et qu'il puisse être tenté d'abuser, au détriment du mineur, du pouvoir dont il est investi. La cession d'une créance a lieu le plus souvent pour un prix inférieur à la valeur nominale ou présumée de cette créance. S'il y a une bonne opération à faire, le tuteur doit la conclure pour le mineur et non pour lui-même.

L'interdiction prononcée par l'art. 450 ne s'applique qu'aux cessions à titre onéreux. Elle ne fait point obstacle à ce que le tuteur acquière par voie de donation entre vifs ou testamentaire une créance ou autre droit contre son pupille. Le mot *cession* employé seul dans le langage de la loi s'entend en effet généralement d'une cession à titre onéreux (art. 841, 1597, 1689 et suiv.). A plus forte raison l'art. 450 est-il étranger au cas où le tuteur trouverait dans une succession à laquelle il est appelé une créance contre le mineur. Ce que la loi lui interdit ce n'est pas de devenir créancier de son pupille ou d'acquérir un autre droit contre lui, c'est uniquement d'acheter, de se faire céder à titre onéreux une créance ou un droit quelconque contre le mineur, c'est-à-dire de faire à l'encontre de celui-ci un acte de spéculation.

Rien n'empêche également le tuteur de payer avec subrogation les dettes de son pupille (art. 1249 et suiv.). C'est là un acte de bonne gestion qui peut être très profitable au mineur.

La cession acceptée par le tuteur au mépris de la prohibition de l'art. 450 est frappée de nullité, mais seulement à l'égard du mineur dans l'intérêt duquel cette prohibition est établie. Lui seul peut dès lors, à son choix, maintenir la cession ou la faire annuler. Ce choix, pendant la minorité, est exercé en son nom par le subrogé tuteur (art. 420). Si la nullité est demandée, les choses sont remises au même état que si la cession n'avait pas eu lieu. Le cédant recouvre donc sa créance contre le mineur et il est tenu de rembourser au tuteur le prix que celui-ci lui avait versé. Si la cession n'est pas attaquée, le mineur doit payer à son tuteur non pas seulement, comme on l'a prétendu, la somme que ce dernier a déboursée pour acquérir la créance, mais le montant intégral de la créance cédée. Aucun texte en effet ne lui reconnaît le droit de se faire tenir quitte en remboursant au tuteur son prix d'acquisition (1).

843. BAIL DES BIENS DU MINEUR AU PROFIT DU TUTEUR. — L'art. 450

1) Laurent, t. XXIV, nos 53 et 54 ; Huc, t. III, n° 386 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1263. — *Contra* : Demolombe, t. VII, n° 768 ; Aubry et Rau, § 116, texte et note 10.

interdit au tuteur de *prendre à ferme* les biens du mineur. Quoique cette expression ne s'applique littéralement qu'au bail à ferme, tout le monde reconnaît que la prohibition existe également pour le bail à loyer. Il y a en effet la même raison de décider, la loi ayant voulu éviter une opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur. Mais cette prohibition, à la différence des deux précédentes n'est pas absolue, le conseil de famille est maître de la lever en autorisant le subrogé tuteur à passer bail au tuteur. Il est possible que le tuteur soit le preneur le plus convenable pour les biens du pupille; en l'écartant, on nuirait alors au mineur au lieu de le protéger.

Les baux consentis par le subrogé tuteur au tuteur avec l'autorisation du conseil de famille sont soumis, bien entendu, quant à leur durée et quant à l'époque de leur renouvellement, aux mêmes règles que les baux consentis par le tuteur lui-même à des tiers. Le subrogé tuteur exerçant, dans la circonstance, les fonctions de tuteur, c'est toujours par un tuteur que le bail est passé.

844. DISPOSITION A TITRE GRATUIT DES BIENS DU MINEUR. — Aucun texte n'interdit expressément au tuteur de donner les biens de son pupille. Mais cette interdiction résulte de la façon la plus certaine de l'esprit de la loi et de l'ensemble de ses dispositions. La donation est un acte qui dépasse les plus extrêmes limites de l'administration et qui, étant inspirée par des sentiments intimes et personnels, ne peut émaner que de la volonté individuelle de celui dont elle manifeste les intentions bienfaisantes. Pour que le tuteur ne puisse pas faire de libéralités au nom du mineur, il suffit dès lors que la loi ne lui confère pas textuellement ce pouvoir. Or les seuls textes qui traitent de l'aliénation des biens du mineur (art. 452, 457 et loi du 27 février 1880) parlent uniquement de la *vente*, de l'aliénation à titre onéreux.

Ce ne sont pas seulement les donations proprement dites qui sont interdites au tuteur, ce sont aussi les renonciations gratuites aux droits du mineur. Ainsi le tuteur ne pourrait pas faire la remise d'une dette (art. 1282), renoncer à une prescription accomplie au profit de son pupille, ni donner mainlevée d'une hypothèque avant le paiement de la dette que cette hypothèque garantit.

Mais on ne saurait lui refuser le droit de faire pour le mineur ces petits présents qui sont d'usage dans certaines circonstances et qui, d'après nos mœurs, constituent moins des libéralités que l'accomplissement d'un devoir de convenance et de bienséance : gratifications aux domestiques, aux ouvriers employés pour le pupille, cadeaux à ses précepteurs, à ses proches, etc. L'intérêt même du mineur exige que le tuteur puisse se conformer à cet égard aux usages reçus.

845. COMPROMIS. — Le compromis est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes qui ont entre elles un différend confient à des arbitres

de leur choix le soin de trancher ce différend, au lieu de s'adresser aux tribunaux. Aucune disposition du code civil n'interdit au tuteur de compromettre sur les affaires du mineur; mais cette interdiction résulte du code de procédure. Toutes les causes des mineurs sont en effet, d'après l'art. 83 al. 6 du code de procédure, sujettes à communication au ministère public. Or l'art. 1004 du même code défend de compromettre sur les affaires soumises à cette communication.

§ 3. — *De l'effet des actes passés par le tuteur et de ceux qui seraient faits par le mineur lui-même.*

846. D'après l'ordre adopté par le code civil, cette matière appartient non au titre *de la Tutelle*, mais au titre *des Obligations* (art. 1124, 1125, 1304 et suiv.).

Il importe cependant de l'envisager ici, du moins dans ses traits essentiels, parce qu'elle constitue le complément naturel et nécessaire des principes qui viennent d'être posés. Laissant de côté les controverses soulevées par l'obscurité des textes, nous nous bornerons à indiquer les solutions qui ont généralement prévalu, sauf à les expliquer et à les justifier au titre *des Obligations*.

Les actes faits par le tuteur, dans les limites de ses pouvoirs et conformément aux prescriptions légales, dans les cas où la loi exige l'accomplissement de certaines formalités protectrices des intérêts du mineur (art. 457 à 467 et loi du 27 février 1880 art. 1 et 2), lient celui-ci envers les tiers comme s'il les avait accomplis lui-même en état de majorité et ne sont susceptibles de sa part d'aucune espèce de recours (art. 1314). Mais si le tuteur a mal géré, s'il a par sa faute causé un préjudice au mineur, il sera passible de dommages-intérêts envers lui (art. 450).

Lorsque le tuteur a excédé ses pouvoirs, c'est-à-dire quand il a fait un acte que la loi lui interdit ou qu'elle soumet à des formalités spéciales qui n'ont pas été observées, cet acte est annulable à raison de son irrégularité, indépendamment de toute lésion éprouvée par le mineur (1). La nullité dont il est atteint est d'ailleurs purement relative et ne peut être invoquée que par le mineur lui-même ou en son nom, sans pouvoir l'être par le tiers avec lequel l'acte a été passé. C'est la règle applicable à tous les incapables. Pendant la tutelle, l'action en nullité sera formée par le tuteur et, après la cessation de la tutelle, par l'ex-mineur ou ses héritiers. Elle peut être utilement intentée pendant dix ans à compter de la majorité du pupillé ou de son décès (art. 1304). L'acte qui n'a pas été attaqué pendant ce délai est validé et produit les mêmes effets que s'il avait été régulièrement accompli.

1) Cour de cass., 6 mars 1893, D. 93, 1, 473; — Dijon, 27 nov. 1895, D. 96, 2, 94, S. 97, 2, 191.

Mais il est loisible à l'ex-mineur ou à ses héritiers de le ratifier avant l'expiration des dix ans (art. 1338).

Supposons maintenant un acte fait par le mineur, au lieu de l'être par le tuteur son représentant légal.

Si cet acte est un de ceux pour lesquels la loi prescrit des formalités particulières, l'absence de ces formalités qui permettrait de l'annuler, au cas où il émanerait du tuteur, produit à plus forte raison le même effet alors qu'il émane du mineur.

Mais si c'est un de ceux pour lesquels le tuteur n'est soumis à aucune formalité, il est seulement rescindable pour cause de lésion. Il faudra donc pour le faire tomber, établir qu'il a été pour le mineur la source d'un préjudice. *Restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus.*

Comme l'action en nullité pour défaut de forme, l'action en rescision pour cause de lésion se prescrit par dix ans et elle est susceptible de s'éteindre avant par une ratification.

SECTION III

DE LA CESSATION DE LA TUTELLE

847. La tutelle peut cesser soit du côté du pupille, *ex parte pupilli*, soit du côté du tuteur, *ex parte tutoris*.

Quand elle cesse *ex parte pupilli*, son extinction est absolue et définitive (1).

Quand elle cesse *ex parte tutoris*, son extinction est purement relative. Les pouvoirs du tuteur prennent fin, mais il y a lieu de lui donner un remplaçant. Il y a donc alors changement de tuteur plutôt qu'extinction véritable de la tutelle elle-même.

Les événements qui mettent fin à la tutelle *ex parte pupilli* sont :

1° Le décès du pupille ;

2° Sa majorité ;

3° Son émancipation.

Ceux qui la font cesser *ex parte tutoris* sont :

1° Le décès du tuteur ;

2° L'admission d'une excuse ;

3° La survenance d'une cause d'incapacité ;

4° La destitution du tuteur.

848. De quelque manière qu'elle se produise, la cessation de la tutelle a pour effet, d'une part, d'enlever au tuteur tout pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur et, d'autre part, de l'obliger à rendre compte de sa gestion.

1) Sauf toutefois l'application de l'art. 486.

849. Tout d'abord l'expiration de la tutelle enlève au tuteur tout pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur. Mais, comme il s'écoule nécessairement un certain temps avant que la transmission effective de l'administration tutélaire puisse avoir lieu, le tuteur ou ses représentants sont tenus de gérer provisoirement les affaires de la tutelle expirée. L'art. 419 impose textuellement cette obligation aux héritiers du tuteur décédé. « *La tutelle, dit-il, 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 sont tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur* ». La même obligation incombe à plus forte raison au tuteur lui-même, lorsque la tutelle prend fin autrement que par son décès (arg. art. 1372-1374, 2991 et 2010). Il doit, en cas d'excuse ou de destitution, continuer à gérer provisoirement jusqu'à l'entrée en fonctions de son successeur; en cas de décès du mineur, jusqu'à ce que les héritiers de celui-ci soient en mesure de veiller par eux-mêmes à leurs intérêts; enfin, en cas de majorité ou d'émancipation du pupille, jusqu'à ce que le mineur devenu majeur ou émancipé puisse lui-même prendre en mains la direction de ses affaires.

Dans tous les cas, le tuteur ou ses héritiers doivent, à raison du caractère simplement intérimaire de la gestion dont ils sont chargés, se borner à faire les actes urgents qui ne pourraient être différés sans qu'il en résultât un préjudice pour le mineur ou ses héritiers.

850. Aux termes de l'art. 469, « *Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit.* »

Tout tuteur, dit le texte. La règle ne comporte aucune exception. Elle s'applique non seulement au tuteur de droit, mais aussi au tuteur de fait, c'est-à-dire à celui qui, sans avoir juridiquement la qualité de tuteur, a néanmoins géré la tutelle comme s'il avait cette qualité, et même à quiconque a administré les biens du mineur à titre de gérant provisoire et sans avoir en aucune façon, ni de droit, ni de fait, la qualité de tuteur. L'obligation de rendre compte est en effet la conséquence nécessaire de toute gestion du bien d'autrui (art. 1372 et 1993). Ainsi la mère survivante qui, ayant refusé la tutelle de ses enfants, a dû en remplir les devoirs jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (art. 394), est comptable de sa gestion intérimaire. Il en est de même des héritiers du tuteur qui, après son décès, ont dû continuer à gérer jusqu'à ce qu'il ait été remplacé. Les héritiers du tuteur ont même un double compte à rendre; ils doivent compte de la gestion de leur auteur et de leur propre gestion.

Toute dispense de rendre compte accordée au tuteur, par exemple par une personne qui aurait fait une libéralité au mineur, serait frappée de nullité (arg. art. 6).

Mais c'est seulement après que la gestion du tuteur a pris fin que le

compte de tutelle peut être exigé de lui. Il n'y a jamais lieu à reddition de compte tant que le tuteur continue ses fonctions. Il n'en était pas ainsi dans notre ancien droit. On distinguait alors deux sortes de comptes : les *comptes en abrégé* ou *provisaires* qui devaient être fournis de temps en temps par le tuteur pendant le cours de sa gestion, et le *compte définitif* rendu à la fin de la tutelle. Cette distinction avait d'abord été reproduite dans le projet de code civil qui imposait au tuteur l'obligation de rendre chaque année des *comptes sommaires et provisoires* permettant de contrôler sa gestion. Mais elle fut ensuite abandonnée et l'art. 470, répudiant la dénomination de *compte*, dispose que, pendant le cours de la tutelle, le tuteur peut seulement être tenu de remettre au subrogé tuteur des *états de situation de sa gestion*. Ces états ont sans doute pour but, comme les anciens *comptes en abrégé*, de tenir la famille au courant de la gestion tutélaire, mais enfin ils ne s'appellent plus des comptes même provisoires. L'expression de *compte définitif* qui se retrouve aujourd'hui dans l'art. 471, ainsi que dans l'art. 907, est un vestige des anciennes qualifications.

851. Lorsque la tutelle a pris fin *ex parte pupilli*, par sa majorité, son émancipation ou son décès, le compte est rendu soit au mineur devenu majeur, soit au mineur émancipé assisté de son curateur, soit aux héritiers du mineur décédé.

Lorsqu'elle a cessé *ex parte tutoris*, le compte est rendu au nouveau tuteur qui doit l'exiger sous sa responsabilité personnelle.

On appelle *rendant* celui qui présente le compte et *oyant-compte* (du vieux mot français *ouïr*) celui qui le reçoit.

852. Si les parties sont d'accord, le compte se rend à l'amiable. Il peut alors être fait en telle forme qu'il plaît aux parties d'adopter. Mais, afin d'éviter les surprises possibles, la loi prend certaines précautions qui font l'objet de l'art. 472. Aux termes de cet article, « *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.* » Le législateur a craint avec raison que l'ex-mineur, afin de jouir plus promptement de sa fortune, ou par un sentiment de déférence envers son tuteur, n'acceptât sans examen suffisant son compte de tutelle. Il a voulu le mettre à même d'examiner les éléments de ce compte et lui donner bon gré mal gré le temps de la réflexion.

Quatre conditions sont requises par notre article pour la validité des conventions intervenues entre le tuteur et l'ex-mineur relativement au compte de tutelle. Il faut :

1° Que le tuteur ait rendu à son ancien pupille un compte *détaillé*, c'est-à-dire qu'il lui ait fourni des renseignements suffisamment complets pour

l'éclairer sur les divers actes de la gestion tutélaire. Un compte qui se bornerait à indiquer en bloc les recettes et les dépenses, sans les énumérer, ne satisferait pas à cette première condition.

2° Que les pièces justificatives aient été remises à l'appui du compte. Ces pièces comprennent notamment les inventaires dressés pour constater les biens recueillis à telle ou telle époque par le mineur, les traités, billets, quittances de toutes sortes relatant les opérations faites par le tuteur.

3° Que la remise du compte lui-même et des pièces justificatives ait été constatée par un récépissé de l'oyant-compte.

4° Qu'un délai de dix jours au moins se soit écoulé entre ce récépissé et le traité intervenu.

La loi n'exige pas que le récépissé délivré par l'oyant compte ait date certaine. C'est une lacune regrettable qui permet à l'ex-mineur de se soustraire par une antidate à la protection que l'art. 472 a pour but de lui accorder. Tous les moyens de preuve seront sans doute admissibles à l'effet d'établir, le cas échéant, qu'une fraude a été commise; mais en fait la preuve sera souvent impossible.

L'art. 472 s'applique à *tout traité* relatif à la gestion tutélaire, c'est-à-dire à tout arrangement, à toute convention, quelle que soit sa qualification, dont le résultat serait d'affranchir le tuteur, directement ou indirectement, dans une mesure quelconque, de l'obligation de rendre compte de sa gestion, ou de modifier cette obligation (1). Mais il n'est applicable qu'autant que le traité dont il s'agit intervient entre le tuteur lui-même et le mineur devenu majeur. Il ne l'est pas quand ce traité est passé entre le mineur devenu majeur et les héritiers de son tuteur, ni même lorsqu'il est fait par le tuteur soit avec le mineur émancipé assisté de son curateur, soit avec les héritiers du mineur, soit avec un nouveau tuteur, ces diverses hypothèses étant demeurées en dehors des prévisions de la loi. Disposition exceptionnelle et restrictive du principe de la liberté des conventions, l'art. 472 ne doit pas être étendu au-delà de ses termes. D'ailleurs le danger auquel il a pour but d'obvier n'existe sérieusement qu'autant que l'ex-pupille est en présence de son tuteur lui-même et qu'il se trouve seul en face de lui (2).

853. Tout traité passé en violation de l'art. 472 est frappé de nullité. Mais cette nullité, simplement relative, ne peut être invoquée que par l'ex-mineur dans l'intérêt duquel elle est établie, ou en son nom par ses héri-

1) Cour de cass., 21 janvier 1889, D. 89, 1, 421, S. 91, 1, 76.

2) Laurent, t. V, n° 153; Beudant, t. II, n° 893; Huc, t. III, n° 458; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1388. — Comp., en sens divers, Demolombe, t. VIII, n° 76 et suiv.; Aubry et Rau, § 121, texte et note 24; Valette, Cours de c. c., p. 580; Demante, t. II, n° 286 bis, III; Planiol, t. I, n° 2779 et 2280. — Rennes, 14 janvier 1876, sous cassation, D. 79, 1, 86, S. 79, 1, 161; — Cour de cass., 28 mai 1879, D. 80, 1, 463, S. 79, 1, 415; — 27 déc. 1880, D. 81, 1, 360, S. 81, 1, 464.

tiers ou ses créanciers, et non par le tuteur (1). D'un autre côté, elle est susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite du mineur devenu majeur et par la prescription de dix ans de l'art. 1304, laquelle n'est d'ailleurs qu'un cas particulier de confirmation tacite. Mais, expresse ou tacite, la confirmation n'est possible qu'autant qu'au moment où elle intervient les conditions exigées par l'art. 472 se trouvent remplies. Autrement en effet elle serait entachée du même vice que le traité lui-même et inefficace comme lui.

Le système du code est complété par l'art. 2045 d'après lequel le tuteur ne peut transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle qu'en se conformant aux prescriptions de l'art. 472, et par l'art. 907 qui interdit toute disposition soit entre-vifs soit par testament de la part du mineur devenu majeur au profit de son tuteur tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré.

854. Le compte de tutelle est rendu non à l'amiable mais en justice dans les cas suivants :

- 1° Lorsque le tuteur refuse de rendre son compte ;
- 2° Lorsque le mineur ou ses héritiers refusent de le recevoir ;
- 3° Lorsque les parties, tout en étant d'accord l'une pour rendre le compte, l'autre pour le recevoir, ne s'entendent pas sur la manière de procéder à cette opération.

On suit alors les formes tracées par les art. 527 à 542 du code de procédure.

Ces formes spéciales ne sont pas applicables dans le cas où, le compte ayant été rendu à l'amiable, des difficultés viennent à surgir relativement à son exécution. Ces difficultés sont jugées suivant les règles du droit commun. L'art. 473 se réfère à cette dernière hypothèse quand il dit : *« Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile. »*

855. Quant aux frais du compte de tutelle, l'art. 471 s'exprime ainsi : *« 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... »* Le compte est rendu aux frais du mineur. Il ne serait pas juste en effet que le tuteur, qui remplit une charge gratuite, fût obligé de supporter une dépense faite uniquement dans l'intérêt du mineur. Aussi faut-il se garder de restreindre la règle aux deux hypothèses prévues par l'art. 471 ; celle de l'arrivée du pupille à l'âge de la majorité et celle de son émancipation ; elle doit être appliquée quelle que soit la cause de la cessation de la tutelle. Il y a lieu seulement d'excepter le cas

1) Cour de cass., 6 août 1888, D. 89, 1, 339, S. 89, 1, 71 ; — 29 janvier 1894, D. 94, 1, 380, S. 95, 1, 19.

de destitution du tuteur. La reddition de compte étant alors devenue nécessaire par la faute du tuteur, c'est à lui d'en supporter les frais (arg. art. 1382.)

En déclarant que les frais de compte sont à la charge du mineur, l'art. 471 n'a du reste en vue que les frais du compte lui-même, les dépenses nécessairement inhérentes à cette opération. Il est étranger aux dépens que le mineur aurait dû faire pour contraindre le tuteur à rendre compte et à ceux qu'auraient entraînés des contestations relatives au compte et dans lesquelles le tuteur ou ses héritiers auraient succombé. Ce sont là encore des frais résultant d'une faute du tuteur et qui, d'après la règle générale de l'art. 130 du code de procédure, doivent être supportés par lui, sauf la faculté qui appartient aux juges, en vertu de l'art. 131 du même code, de prononcer la compensation des dépens entre les parties.

Le tuteur étant en possession des deniers du pupille, doit faire les avances nécessaires pour la reddition du compte. Il serait même tenu de faire ces avances de ses deniers personnels s'il n'avait pas entre les mains une somme disponible suffisante appartenant au pupille.

856. Comme tout compte, le compte de tutelle se compose de deux chapitres : celui des recettes et celui des dépenses.

Le chapitre des recettes doit comprendre toutes les sommes, ou plus généralement tous les objets, que le tuteur a reçus pour le mineur, lors même que ces sommes ou ces objets ne lui auraient pas été légitimement dus. Les recettes qu'il aurait dû faire et qu'il n'a pas faites doivent également y figurer.

Le chapitre des dépenses comprend toutes les sommes que le tuteur prétend avoir déboursées pour le mineur. Mais celles-là seules lui seront *allouées*, c'est-à-dire maintenues au compte et mises à la charge du mineur ou de ses héritiers, dont il pourra établir la réalité et l'utilité. « *On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile* », dit l'art. 471 *in fine*. La loi n'exige point que toute dépense soit prouvée par écrit. Elle n'aurait pu le faire sans entraver et compliquer la gestion tutélaire. Il y a en effet une foule de menues dépenses dont on ne retire jamais quittance. C'est à celui qui reçoit le compte, et aux magistrats en cas de contestation, d'apprécier si la justification est ou non suffisante (1). Quant à l'utilité d'une dépense, il faut, pour s'en rendre compte, considérer l'état de choses existant au moment où elle a été faite. Toute dépense qui, lorsqu'elle a eu lieu, était utile doit être admise, alors même que, par suite de quelque événement postérieur et imprévu, elle serait devenue inutile.

L'excédent des recettes sur les dépenses ou des dépenses sur les recettes

1) Cour de cass., 15 juin 1880, S. 81, 1, 28.

constitue le *reliquat de compte* dont l'une des parties se trouve constituée débitrice envers l'autre. L'art. 474 dispose à ce sujet : « *La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur portera intérêts, sans demande, à compter de la clôture du compte. — Les intérêts de ce qui est dû au tuteur par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte.* » Cet article renfermait autrefois une double exception au droit commun. D'après l'ancien art. 1153, les intérêts dus en cas de retard dans l'acquiescement d'une dette de somme d'argent ne couraient à la charge du débiteur que du jour de la demande en justice formée contre lui par son créancier. L'art. 474 dérogeait à cette règle tant au profit du mineur qu'au profit du tuteur. *Au profit du mineur*, en faisant produire de plein droit des intérêts au reliquat à lui dû par son tuteur, dans le cas où le compte se solde par un excédent de recettes. *Au profit du tuteur*, en le dispensant, lorsque le compte se solde par un excédent de dépenses, d'agir judiciairement contre son ancien pupille pour faire courir les intérêts de la somme dont celui-ci est reliquataire, et en se contentant à cet effet d'une simple sommation. Mais la loi du 7 avril 1900 a fait disparaître cette dernière exception. En même temps qu'elle abaisse de 5 0/0 à 4 0/0 le taux de l'intérêt légal en matière civile, cette loi a en effet modifié l'art. 1153 en ce sens qu'une demande en justice n'est plus nécessaire pour faire courir les intérêts d'une somme d'argent et qu'il suffit pour cela d'une sommation adressée au débiteur. Le tuteur se trouve donc désormais assimilé sous ce rapport à tout autre créancier. L'ex-pupille conserve au contraire une situation privilégiée. En faisant courir de plein droit à son profit, du jour de la clôture du compte, les intérêts du reliquat qui lui est dû, le législateur a été guidé par cette considération que la déférence à laquelle l'ex-pupille est tenu envers son ancien tuteur ne lui permet pas d'agir judiciairement contre celui-ci, ni même de lui adresser une sommation de payer, et que cette réserve, imposée par les circonstances, ne saurait équitablement être pour lui la source d'un préjudice.

La disposition de l'art. 474 n'est point spéciale aux rapports personnels du mineur devenu majeur avec son tuteur; elle est également applicable aux héritiers de l'un et de l'autre (1).

Le paiement du reliquat que le compte met à la charge du tuteur est garanti par l'hypothèque légale qui appartient au mineur sur les biens de son tuteur (art. 2121 et 2135). Le tuteur au contraire ne jouit d'aucune garantie particulière pour le paiement du reliquat qui lui est dû par le mineur.

857. Les actions du mineur contre son tuteur relativement à la tutelle sont soumises à une prescription particulière, plus brève que la prescription

1) Demolombe, t. VIII, n° 135.

ordinaire. Aux termes de l'art. 475, « *Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans à compter de la majorité.* » Cette dérogation à la règle de l'art. 2262, d'après laquelle les actions durent trente ans, est fondée sur la faveur due au tuteur. La tutelle est une charge gratuite et fort lourde. Embrassant l'ensemble d'un patrimoine et durant parfois de longues années, la gestion tutélaire s'applique par là même à un grand nombre d'affaires dont il est bien difficile au tuteur de conserver le souvenir net et précis. Les pièces justificatives de cette gestion consistent d'ailleurs souvent en simples notes qui peuvent aisément s'égarer ou se perdre. Dans ces conditions, l'équité veut qu'après un délai relativement court le tuteur soit définitivement dégagé de toute responsabilité et qu'il ne puisse pas être obligé de fournir des preuves dont le temps aurait détruit les éléments.

La prescription de dix ans établie par l'art. 475 ne commence à courir, d'après ce texte, qu'à compter de la majorité du pupille. C'est un corollaire de l'art. 2253, aux termes duquel la prescription ne court pas contre les mineurs. Les actions relatives à la tutelle durent donc plus de dix ans lorsque la tutelle prend fin par l'émancipation du mineur, par l'admission d'une excuse ou par la destitution du tuteur. Quand la tutelle cesse par la mort du pupille, la prescription court contre ses héritiers, s'ils sont majeurs, à compter du jour de son décès.

Au premier rang des actions soumises à la prescription de l'art. 475 se place l'action en reddition de compte proprement dite. C'est là par excellence une action relative aux faits de la tutelle puisqu'elle comprend tous les actes de la gestion.

Notre article s'applique également à l'action en rectification d'un compte déjà rendu, si cette rectification nécessite l'appréciation d'un acte de la gestion tutélaire, par exemple si un article du chapitre des dépenses est critiqué comme exagéré, ou si on allègue l'omission au chapitre des recettes d'une somme qui aurait dû y figurer; à moins toutefois que l'erreur ou l'omission dont il s'agit ne présente un caractère dolosif de la part du tuteur, auquel cas l'action ne se prescrirait, conformément à l'art. 1304, que par dix ans à compter de la découverte du dol.

Mais la prescription exceptionnelle de l'art. 475 est étrangère à l'action tendant simplement à faire rectifier une erreur matérielle qui s'est glissée dans le compte, par exemple une erreur de calcul ou un double emploi. Dans ce cas en effet la gestion du tuteur est hors de cause; il n'a besoin pour se défendre ni de retrouver des notes que le temps a pu faire disparaître, ni de faire appel à des souvenirs plus ou moins lointains. Les éléments du débat sont fournis par le compte lui-même. On n'est donc ni dans le texte, ni dans l'esprit de l'art. 475. L'action ne se prescrit alors suivant le droit commun que par trente ans à dater du compte.

L'art. 475 ne s'applique pas non plus à l'action en restitution des biens du mineur restés entre les mains du tuteur ou en paiement du reliquat du compte de tutelle à la charge de celui-ci, cette action étant relative non aux faits de la tutelle, à la gestion du tuteur, mais au compte lui-même dont le résultat est accepté et dont il s'agit seulement d'obtenir l'exécution.

A la différence des actions du mineur contre son tuteur, les actions du tuteur contre le mineur relativement à la gestion tutélaire demeurent soumises aux règles ordinaires de la prescription. Établie uniquement dans l'intérêt du tuteur, l'abréviation du délai de droit commun n'a pas alors de raison d'être (1).

CHAPITRE III

DE L'ÉMANCIPATION

858. L'émancipation est un acte juridique qui affranchit un mineur soit de la puissance paternelle, soit de la tutelle, soit de ces deux autorités, lorsqu'il se trouvait soumis à la fois à l'une et à l'autre, et le place dans une situation intermédiaire entre l'état d'incapacité complète du mineur non émancipé et l'état de pleine capacité qui résulte de l'arrivée à l'âge de la majorité.

Les auteurs du code avaient d'abord songé, à l'exemple de quelques coutumes, à faire de l'émancipation une mesure générale applicable à toute personne. D'après le projet, tout mineur devait être émancipé de plein droit à l'âge de dix-huit ans. L'émancipation aurait ainsi constitué une sorte de stage ou de noviciat destiné à éviter le brusque passage de l'incapacité à la capacité, en permettant au mineur de faire l'apprentissage de la liberté. Mais cette idée fut abandonnée au cours de la discussion et, dans le système qui a prévalu, l'émancipation est devenue une mesure individuelle qui ne s'applique pas nécessairement à tout mineur.

SECTION I.

COMMENT S'OPÈRE L'ÉMANCIPATION

859. Le code distingue deux sortes d'émancipation : l'émancipation tacite et l'émancipation expresse.

§ 1. — *De l'émancipation tacite.*

860. L'émancipation tacite, ou émancipation légale, est celle qui résulte

1) Nîmes, 18 novembre 1892, D. 93, 2, 150.

du mariage. « *Le mineur*, dit l'art. 476, *est émancipé de plein droit par le mariage.* »

Inconnu à Rome, ce mode d'émancipation était généralement admis dans nos provinces coutumières : « Enfants mariés sont tenus pour hors de pain et pot, c'est-à-dire émancipés », disait Loysel (1). Les rédacteurs du code l'ont conservé, parce qu'ils ont considéré l'état de mineur soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle comme incompatible avec celui d'époux. Le mariage suppose en effet chez les époux une certaine indépendance, une certaine liberté d'action. Le mari devient chef de famille ; il exerce l'autorité maritale et, dès qu'il a des enfants, l'autorité paternelle. Il est donc nécessaire qu'il ait une capacité juridique suffisante pour pouvoir diriger sa maison. Quant à la femme, elle a dans son mari un guide et un protecteur et il ne convient pas qu'elle soit soumise à une autre autorité.

L'émancipation a lieu en vertu de la loi, par le seul effet du mariage lui-même, sans qu'aucune clause ou déclaration quelconque soit exigée à cet égard, et aussi sans qu'aucune clause ou déclaration puisse empêcher ou modifier de quelque manière que ce soit cette conséquence légale de la célébration.

Elle subsiste malgré la dissolution du mariage survenue avant que l'époux mineur soit arrivé à sa majorité. L'art. 476 déclare en effet que le mineur est émancipé *par le mariage* ; il ne dit pas *pendant le mariage*. Mais si, au lieu de se dissoudre, le mariage venait à être annulé, l'émancipation serait réputée non avenue, à moins que l'époux mineur étant de bonne foi ne pût se prévaloir des dispositions des art. 201 et 202.

Outre le mariage, il y avait dans notre ancien droit d'autres cas d'émancipation tacite. Ainsi, dans certains pays de coutumes, le fils qui, du consentement de son père, quittait la maison paternelle pour aller vivre à part était par là même considéré comme émancipé. « Feu et lieu séparés font émancipation », disait-on dans ces pays. Nous ne connaissons aujourd'hui rien de semblable. Le mariage est, dans notre droit moderne, le seul fait qui emporte émancipation tacite.

§ 2. — *De l'émancipation expresse.*

861. L'émancipation expresse est celle qui résulte d'une déclaration faite spécialement à cet effet par les personnes auxquelles la loi reconnaît le pouvoir d'émanciper le mineur.

Quelles sont les personnes qui jouissent du droit d'émanciper un mineur ? A quel âge l'émancipation peut-elle avoir lieu ? Comment s'opère-t-elle ? Il faut, pour répondre à ces questions, distinguer deux hypothèses : celle où le mineur a encore son père et sa mère ou l'un d'eux et celle où il n'a plus ni son père ni sa mère.

1) Institutes coutumières, livre I, XXXVIII.

862. La première hypothèse est réglée par l'art. 477 : « *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.* »

Le droit d'émancipation est un attribut de la puissance paternelle. Il appartient donc au père et à la mère. Mais comme le père a seul l'exercice de la puissance paternelle, c'est à lui d'en user tout d'abord. La mère ne peut agir qu'à son défaut, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exercer lui-même le droit dont il est investi, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette impossibilité. On ne doit pas hésiter à repousser une opinion d'après laquelle le droit pour la mère de conférer à l'enfant le bénéfice de l'émancipation existerait seulement au cas de décès du père. L'expression *à défaut du père*, dont se sert l'art. 477, est en effet une expression générique comprenant indistinctement tous les cas dans lesquels le droit d'émancipation ne peut être exercé par le père lui-même. Les principes qui régissent la puissance paternelle imposent également cette solution. Il ne faut pas que l'enfant, dans l'intérêt duquel la puissance paternelle est établie, souffre de l'impossibilité où se trouve son père d'exercer les droits dont il est investi (1). Toutefois la loi du 24 juillet 1889 déroge dans une certaine mesure à la disposition de l'art. 477. L'art. 9 de cette loi confère aux tribunaux, en cas de déchéance de la puissance paternelle encourue par le père, le pouvoir de décider si les droits dont le père est dépouillé seront ou non exercés par la mère. Lorsque la mère obtient l'exercice de ces droits, c'est à elle qu'il appartient d'émanciper les enfants. Lorsque cet exercice lui est refusé, on applique l'art. 14 de la même loi et les choses se passent comme si le père et la mère étaient l'un et l'autre décédés.

Le droit d'émanciper étant un attribut de la puissance paternelle appartient au survivant des père et mère alors même qu'il aurait été exclu ou destitué de la tutelle. La mère veuve et remariée le conserve également bien qu'elle n'ait pas été maintenue dans la tutelle des enfants issus de son premier mariage.

Que faut-il décider en cas de divorce des parents? Il règne à cet égard une grande incertitude par suite de l'insuffisance des dispositions légales touchant l'influence du divorce sur les rapports des époux avec les enfants issus de leur mariage. On a soutenu que le père divorcé conserve le pouvoir absolu d'émancipation que lui confère l'art. 477, alors même que le divorce a été prononcé contre lui et que la garde de l'enfant ne lui a pas été confiée,

1) Demolombe, t. VIII, n° 210; Aubry et Rau, § 129, texte et note 10; Valette, Cours de c. c. p. 584; Laurent, t. V, n° 201; Huc, t. III, n° 470; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1316.

avec cette restriction toutefois que l'émancipation ne devant pas être entre ses mains un moyen d'éluder la décision du tribunal qui lui enlève la garde, pourrait, si elle était faite dans ce but, être annulée par la justice (1). Mais cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. C'est seulement *pendant le mariage* que l'exercice de la puissance paternelle appartient exclusivement au père (art. 373) et la prééminence que la loi lui accorde étant fondée sur sa qualité de chef de famille n'a plus de raison d'être après que l'unité de la famille a été brisée par le divorce. Nous n'admettrions pas davantage, avec une autre opinion, que le droit d'émancipation appartient exclusivement à celui des parents auquel la justice a confié la garde de l'enfant, ce droit ne pouvant être considéré comme un corollaire ou un accessoire du droit de garde. L'enfant de deux époux divorcés ne peut, croyons-nous, être émancipé qu'autant que ses parents sont d'accord pour lui conférer ce bénéfice.

En cas de séparation de corps, le mariage subsistant, le père conserve l'exercice de la puissance paternelle et par conséquent le droit d'émanciper seul ses enfants. Mais si l'on admet, avec l'opinion générale, que l'art. 302 est applicable à la séparation de corps, son droit cesse d'être absolu et se trouve soumis au contrôle de la justice. Le tribunal pouvant alors enlever au père la garde des enfants pour la confier à la mère ou à une tierce personne, il y aurait lieu d'annuler une émancipation dont le but serait de rendre inefficaces les mesures prescrites à cet égard (2).

L'émancipation, lorsqu'elle émane du père ou de la mère, peut avoir lieu dès que l'enfant a atteint l'âge de quinze ans révolus. L'affection et l'expérience des parents qui connaissent mieux que personne l'intelligence et la raison de leur enfant, leur intérêt personnel, dans le cas où ils ont la jouissance légale de ses biens, ont paru au législateur des garanties suffisantes contre le danger d'une émancipation accordée prématurément.

L'émancipation s'opère au moyen d'une déclaration faite devant le juge de paix du domicile du mineur, assisté de son greffier. Il est dressé acte de cette déclaration. Le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire. Un mineur pourrait donc être émancipé à son insu et même malgré lui.

863. L'hypothèse où le mineur n'a plus ni son père ni sa mère fait l'objet des art. 478 et 479.

Aux termes de l'art. 478, « *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*

1) Aubry et Rau, § 129, texte et note 9 bis; Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, t. I, n° 391; Barbier, *Les enfants et le divorce*, p. 189 et suiv. — Trib. de la Seine, 12 juin 1891, D. 93, 2, 372.

2) Laurent, t. V, n° 199.

de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte que le mineur est émancipé. »

Le droit d'émanciper le mineur dont le père et la mère sont décédés ou privés de la puissance paternelle appartient à son conseil de famille. La loi n'a pas cru devoir conférer ce droit au tuteur dans la crainte que son intérêt personnel à s'exonérer de la tutelle n'influât sur sa décision. Mais si le tuteur n'a pas qualité pour émanciper lui-même le mineur, il lui appartient du moins de provoquer l'émancipation et de requérir dans ce but la convocation du conseil de famille. Ayant la garde de la personne du pupille, il est mieux à même que tout autre de connaître les motifs qui rendent cette mesure désirable. Il ne convenait pas cependant qu'il fût seul chargé de la provoquer, parce qu'il pourrait arriver que loin d'avoir hâte de s'affranchir de ses fonctions, il fût porté à les conserver le plus longtemps possible, afin de retarder la reddition de son compte de tutelle et la restitution des capitaux dont il a le maniement. La loi a pourvu à ce danger en accordant à certains proches parents ou alliés du mineur le droit de requérir eux aussi la convocation du conseil de famille. « *Lorsque le tuteur, dit l'art. 479, n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs 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. »*

L'émancipation par le conseil de famille, à la différence de celle qui est conférée par le père ou la mère, ne peut avoir lieu qu'autant que le mineur est âgé de dix-huit ans accomplis. La loi n'a pas dans le conseil de famille la même confiance que dans le père et la mère. Elle a craint qu'il n'accordât trop facilement et sans examen suffisant une émancipation qui serait funeste au mineur. L'enfant émancipé par un de ses auteurs trouve d'ailleurs dans celui-ci un protecteur et un guide qui lui fait défaut lorsque l'émancipation émane du conseil de famille.

Quant aux formes de l'émancipation, elles ne sont pas plus compliquées dans cette hypothèse que dans la précédente. L'émancipation résulte de la délibération qui l'autorise et de la déclaration faite séance tenante par le juge de paix, en sa qualité de président du conseil de famille, que le mineur est émancipé.

864. Qu'elle soit conférée par les pères et mère ou par le conseil de famille, l'émancipation n'est soumise par la loi à aucune publicité. Il serait cependant utile qu'elle fût rendue publique, car elle intéresse les tiers, puisqu'elle modifie la capacité du mineur.

865. Nous avons supposé jusqu'ici que le mineur auquel il s'agit de conférer le bénéfice de l'émancipation est un enfant légitime.

Lorsqu'un enfant naturel a été reconnu par son père et par sa mère, ses

deux auteurs étant, quant à l'exercice de la puissance paternelle, placés, d'après l'opinion que nous avons admise, sur le pied d'égalité, le droit de l'émanciper appartient à l'un et à l'autre et ils doivent se mettre d'accord pour l'exercer. Si l'un d'eux est décédé, déchu de la puissance paternelle ou dans l'impossibilité de l'exercer, l'émancipation est faite par l'autre.

Lorsque l'enfant n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, celui-là seul a le droit de l'émanciper.

L'enfant non reconnu ou qui a perdu ses parents est émancipé par un conseil de famille composé de personnes ayant eu des relations d'amitié avec ses père et mère ou avec lui-même.

SECTION II

DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

866. L'émancipation mettant fin à la puissance paternelle ou à la tutelle, produit par là même des effets quant à la personne et quant au patrimoine de l'émancipé.

§ 1. — *Des effets de l'émancipation relativement à la personne du mineur.*

867. Affranchi du droit de garde et du droit de correction, le mineur émancipé est, quant à sa personne, assimilé à un majeur. Il peut fixer où il juge à propos sa résidence et même son domicile, exercer telle profession que bon lui semble, sauf à se conformer, s'il veut être commerçant, aux dispositions de l'art. 2 du code de commerce, et, lorsqu'il a atteint l'âge fixé par les lois militaires, contracter un engagement volontaire dans l'armée de terre ou de mer, sans avoir besoin à cet effet d'aucune autorisation.

Mais il demeure soumis à la nécessité d'obtenir, pour contracter mariage, le consentement de ses père et mère, de ses autres ascendants ou de son conseil de famille suivant les cas.

§ 2. — *Des effets de l'émancipation relativement au patrimoine du mineur.*

868. Le mineur émancipé acquiert le droit d'accomplir personnellement tous les actes qui intéressent son patrimoine, mais sa capacité n'est pas, à cet égard, la même que celle d'un majeur; elle varie suivant la nature des actes qu'il se propose d'accomplir. Il y des actes qu'il peut faire seul et sans aucune formalité spéciale; d'autres pour lesquels il a besoin de l'assistance d'un curateur; d'autres enfin pour lesquels il est assimilé à un mineur non émancipé.

869. Le rôle du curateur placé près du mineur émancipé présente une grande analogie avec celui que remplissait à Rome le tuteur lorsqu'il donnait son *auctoritas*. Le mineur émancipé figurant lui-même dans les actes civils, le curateur n'est point chargé d'agir pour lui et de le représenter. Sa mission, à la différence de celle du tuteur, consiste simplement à *assister* le mineur dans les cas déterminés par la loi, c'est-à-dire à intervenir et à

se joindre à lui pour compléter sa capacité. Par cela même qu'il ne gère point, le curateur n'est pas soumis à l'obligation de rendre compte qui pèse sur le tuteur, ses biens ne sont pas, comme ceux du tuteur, grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur et il n'a pas près de lui un subrogé curateur. Si, dans une circonstance quelconque, il se trouve avoir des intérêts opposés à ceux du mineur, il doit être remplacé, dans ce cas particulier, par un curateur *ad hoc*.

870. Le curateur diffère en outre du tuteur en ce qu'il n'est point nommé de la même manière. Tandis que la tutelle est légale, testamentaire ou dative, la curatelle est toujours dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Le code ne contient en effet aucun article déférant de plein droit la curatelle ou autorisant le dernier mourant des père et mère à désigner un curateur à son enfant émancipé, et l'article 480, le seul qui s'occupe de la délation de la curatelle, dispose que « *Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé assisté d'un curateur QUI LUI SERA NOMMÉ PAR LE CONSEIL DE FAMILLE.* » Malgré les termes dans lesquels cet article est conçu, le curateur dont il parle n'est point un curateur nommé seulement pour assister le mineur dans la réception de son compte de tutelle et devant cesser ses fonctions une fois cette mission accomplie. Le mineur émancipé doit, dans la théorie de la loi, être pourvu d'un curateur permanent et non recevoir un curateur chaque fois qu'il se propose de faire un acte pour lequel il a besoin d'être assisté. Cela résulte de l'art. 482 qui représente le mineur émancipé agissant avec l'assistance non d'un curateur, mais de *son* curateur. C'est donc ce curateur que l'art. 480 a en vue et dont il détermine le mode de nomination. Il est clair toutefois que si le conseil de famille choisit pour curateur l'ancien tuteur du mineur émancipé, il y a lieu de nommer un curateur *ad hoc* pour la réception du compte de tutelle, l'ancien tuteur ne pouvant assister le mineur dans un acte auquel il est lui-même partie.

D'après une opinion admise par la jurisprudence et par la majorité des auteurs, la règle que la curatelle est dative comporterait une exception : le mari majeur serait le curateur *légal* de sa femme mineure émancipée par le mariage. Outre des raisons de convenance, qui ne permettent pas de donner à la femme mariée un curateur autre que son mari, et un argument d'analogie tiré de l'art. 506 qui déclare que le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite, on invoque en ce sens l'art. 2208, relatif à l'expropriation forcée des immeubles de la femme mineure, dont le dernier alinéa est ainsi conçu : « En cas de minorité du mari et de la femme, ou de la femme seule, si son mari 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, lorsque le mari est mineur, ou lorsqu'étant majeur il 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 (lisez un curateur). Cette nomination n'est pas nécessaire lorsque le mari procède avec sa femme. Pourquoi? Parce que la femme est alors assistée de son mari. Donc celui-ci est de droit le curateur de sa femme (1).

Cette argumentation est loin d'être décisive. Ce qui semble résulter logiquement de l'art. 2208, c'est non pas que le mari est le curateur légal de sa femme, mais que la femme mariée n'a point de curateur. Il prescrit en effet de lui nommer dans la circonstance qu'il prévoit non un curateur, mais un tuteur. Et ce qui prouve bien que l'emploi de cette expression n'est point, comme on le prétend, le résultat d'une inadvertance du législateur, c'est qu'il ajoute que la poursuite en expropriation sera exercée contre ce tuteur. S'il s'était agi d'un véritable curateur, il aurait dit que la poursuite sera dirigée contre la femme assistée du protecteur spécial qui lui est nommé. Il peut sans doute paraître bizarre de replacer ainsi momentanément la femme mariée en tutelle ; mais la disposition de la loi est trop formelle pour qu'il soit possible de s'en écarter. — On s'explique d'ailleurs qu'à la différence de tout autre mineur émancipé la femme émancipée par le mariage échappe à la nécessité de la curatelle. Ne pouvant accomplir les actes les plus importants de la vie civile qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice, elle se trouve par là même suffisamment protégée et l'intervention d'un curateur n'a pas alors de raison d'être. Il reste cependant une difficulté. Sous le régime de la séparation de biens, la femme peut faire sans autorisation certains actes pour lesquels un mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, par exemple recevoir un capital mobilier et en donner décharge (art. 1449). Ne doit-on pas décider que la femme mineure retombe en ce qui concerne ces actes sous l'empire du droit commun et qu'elle ne peut les faire qu'avec l'assistance d'un curateur *ad hoc*? Quelques auteurs se prononcent pour l'affirmative (2). D'autres estiment au contraire que, dans le silence de la loi, il n'y a pas lieu à la nomination d'un curateur et que la femme a qualité pour agir seule (3).

871. Il est généralement admis que la curatelle est, comme la tutelle, une charge obligatoire qui ne peut être refusée par celui que le conseil de famille appelle à la remplir. Si l'intérêt social exige qu'un mineur non émancipé ne demeure pas sans tuteur, il exige également qu'un mineur émancipé ne soit pas privé de la protection que la loi a voulu lui accorder en plaçant près de lui un curateur. Les situations étant identiques, il est à croire que les auteurs du code ont entendu leur appliquer les mêmes règles

1) Demolombe, t. VIII, n° 233; Aubry et Rau, § 131, texte et note 3; Duranton, t. III, n° 678; Valette sur Proudhon, t. II, p. 441; Planiol, t. I, n° 2822.

2) Demante, t. II, n° 248 bis, III; Laurent, t. V, n° 209.

3) Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1221.

et que les dispositions relatives à la curatelle doivent à cet égard être complétées par celles qui régissent la tutelle.

Les fonctions de curateur étant beaucoup moins difficiles et moins assujettissantes que celles de tuteur, certains auteurs en concluent que les causes qui dispensent de la tutelle ne sont pas de plein droit applicables à la curatelle et qu'elles ne peuvent être invoquées que comme des considérations dont l'appréciation est abandonnée au conseil de famille, lequel est entièrement libre d'en tenir tel compte que bon lui semble (1). Cette manière de voir n'est pas logique. Dès lors que l'on déclare la curatelle obligatoire en vertu d'un principe établi en matière de tutelle, on doit appliquer ce principe tel qu'il est, c'est-à-dire avec les restrictions qu'il comporte. Les causes qui dispensent de la tutelle dispensent donc aussi de la curatelle (2).

Quant aux causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution applicables aux tuteurs, on s'accorde à reconnaître qu'elles s'appliquent également aux curateurs (3). La curatelle, étant, comme la tutelle, une mission de confiance, la loi ne pouvait pas permettre d'en investir des personnes suspectes ou indignes. Aussi les art. 34 et 42 du code pénal mettent-ils textuellement sur la même ligne les fonctions de tuteur et celles de curateur.

872. Outre le curateur, l'organisation de la curatelle comporte un conseil de famille dont l'intervention est nécessaire pour certains actes. La loi ne faisant aucune distinction, ce conseil existe non seulement quand le mineur était en tutelle lors de son émancipation, mais encore lorsqu'il était soumis exclusivement à la puissance paternelle, son père et sa mère vivant encore l'un et l'autre. On a peine à s'expliquer que la sollicitude commune des parents, jugée suffisante pour garantir les intérêts de l'enfant avant son émancipation, ne soit plus considérée comme telle après qu'il a été émancipé (4).

1° Des actes que le mineur émancipé peut faire seul.

873. « *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 administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même* » (art. 481).

La règle est que le mineur émancipé peut faire seul *tous les actes de pure administration*. Son pouvoir est donc moins étendu que celui de la

1) Aubry et Rau, § 128; Marcadé, sur l'art. 481; Laurent, t. V, n° 211.

2) Demolombe, t. VIII, n° 250.

3) Voyez cependant Laurent, t. V, n° 211.

4) Beudant, t. II, n° 908.

femme mariée séparée de biens qui a, d'après l'art. 1449, la *libre administration* de ses biens, moins étendu aussi que celui du tuteur auquel la loi confère en termes généraux le droit d'*administrer* (art. 450).

Quels sont les actes qui doivent être considérés comme étant de pure administration? La loi se borne à en indiquer deux :

1° Les baux dont la durée n'excède pas neuf ans.

2° La réception des revenus. Mais le mineur ne peut toucher ses revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance. Il ne pourrait pas se les faire payer par anticipation, en stipulant par exemple dans un bail que tous les loyers à échoir lui seront payés lors de l'entrée en jouissance du preneur, ce qui lui permettrait de dévorer à l'avance les ressources de l'avenir. La règle comporte cependant une restriction. Dans beaucoup de villes, il est d'usage de faire payer d'avance les petits loyers au début et non à la fin de chaque trimestre ou de chaque semestre. Le mineur peut certainement se conformer à cet usage, qui n'est autre chose qu'une mesure de précaution.

Capable de toucher seul ses revenus, le mineur émancipé jouit par là même du droit d'employer à sa convenance les revenus par lui perçus et les économies réalisées sur ces mêmes revenus. Il peut notamment les affecter à des travaux d'amélioration sur ses biens, ou à des acquisitions mobilières ou immobilières.

Au lieu de donner ses immeubles à bail le mineur émancipé peut, s'il le préfère, les exploiter par lui-même. Il peut aussi prendre à bail les immeubles d'autrui, louer des domestiques ou des employés et passer tous les marchés relatifs à la culture.

Peut-il vendre ses meubles corporels? Oui, lorsque cette vente constitue un acte d'administration. Ainsi le mineur émancipé peut vendre ses récoltes, les coupes ordinaires de ses bois, les meubles détériorés par l'usage et qui ont besoin d'être remplacés. Mais, en dehors de ces hypothèses, la vente des meubles étant un acte de disposition excède par là même ses pouvoirs. Il ne peut y procéder qu'autant qu'il est assisté de son curateur (arg. art. 482) (1).

Le mineur émancipé peut ester en justice, soit en demandant soit en défendant, sur toutes actions mobilières, si ce n'est cependant sur les demandes en partage d'universalités mobilières. Il peut de même former les actions possessoires ou y défendre, ces actions étant des actes purement conservatoires.

874. Les actes que le mineur émancipé accomplit dans les limites de

1) *Huc*, t. III, n° 484; *Beudant*, t. II, n° 916; *Planiol*, t. I, n° 2807; *Baudry-Lacantinerie*, t. I, n° 1331. — Paris, 18 déc. 1878, et Cour de cass. 7 juillet 1879, D. 80, 1, 61, S. 80, 1, 206. — *Comp.* *Aubry et Rau*, § 132, texte et note 3; *Laurent*, t. V, n° 218.

son droit de pure administration sont valables comme s'ils émanaient d'un majeur. Il n'est admis à les attaquer que dans les cas où un majeur serait recevable à le faire. Les engagements qui en résultent pour lui sont donc, comme ceux d'un majeur, susceptibles d'être exécutés sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers (art. 2092). Un article du projet de code portait que « le mineur émancipé ne peut valablement s'engager par promesse ou obligation que jusqu'à concurrence d'une année de ses revenus, et que, s'il s'oblige au-delà, ses créanciers n'auront d'action sur ses biens que pour une somme égale à cette année de revenu... » Mais cette disposition fut supprimée, comme étant de nature à priver le mineur émancipé de toute espèce de crédit.

875. Parmi les actes de pure administration, il en est cependant quelques-uns pour lesquels le mineur émancipé jouit d'un privilège particulier qu'on appelle *privilège de réduction*, et qui fait l'objet de l'art. 484 al. 2 : « A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses. » Les obligations auxquelles cet article est applicable sont toutes celles qui entraînent le mineur dans des dépenses exagérées comme l'achat d'un mobilier somptueux, de chevaux de luxe, de voitures, de bijoux, la location d'une maison ou d'un appartement d'un prix trop élevé, l'entreprise de travaux d'embellissement ou d'amélioration, etc. Mais il est étranger aux actes qui, bien que préjudiciables au mineur, ne l'induisent pas en dépense. Ainsi le mineur émancipé qui aurait vendu une récolte trop bon marché ou donné un bien à bail pour une somme inférieure à sa valeur locative réelle ne serait pas admis à attaquer ces actes en vertu de l'art. 484 al. 2.

Les magistrats appelés à apprécier s'il y a excès dans les obligations dont la réduction est demandée doivent, nous dit la loi, avoir égard à la fortune du mineur, car tout est relatif en pareille matière; telle dépense qui, pour un homme riche, n'a rien d'excessif, est extravagante et ruineuse pour celui qui n'a que des ressources modestes. Ils doivent également prendre en considération l'utilité ou l'inutilité de la dépense, ainsi que la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur. Ils traiteront plus rigoureusement celui qui aura abusé ou malhonnêtement profité de l'inexpérience ou de la prodigalité du mineur que celui à la charge duquel ils ne relèveront aucun calcul déloyal.

Le mineur émancipé perdrait le bénéfice de l'action en réduction s'il avait eu recours envers son cocontractant à des manœuvres frauduleuses pour se faire croire majeur (arg. art. 1310).

2° Des actes pour lesquels le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur.

876. L'assistance du curateur est à la fois nécessaire et suffisante pour les actes suivants :

1° *La réception du compte de tutelle* (art. 480).

2° *Le partage*, sans qu'il y ait à distinguer s'il est ou non provoqué par le mineur, et quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des biens à partager (art. 840). Le partage doit être fait en justice dans les mêmes formes que si le mineur n'était pas émancipé (art. 838).

3° *L'acceptation d'une donation* (art. 935).

4° *L'exercice des actions immobilières.*

5° *La réception d'un capital mobilier.*

L'intervention du curateur pour ces deux dernières classes d'actes est exigée par l'art. 482 ainsi conçu : « *Il (le mineur émancipé) 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.* »

En ce qui touche les actions immobilières, il y a lieu de signaler une double différence entre la situation du mineur émancipé et celle du tuteur. Tandis que le tuteur a besoin, pour pouvoir intenter au nom du pupille une action de cette nature, d'être autorisé par le conseil de famille (art. 464), cette autorisation n'est point nécessaire au mineur émancipé; l'assistance de son curateur lui suffit. Mais le mineur doit être assisté pour la défense aussi bien que pour l'attaque, alors que le tuteur n'a besoin de l'autorisation du conseil que pour intenter l'action.

Le mineur peut-il *acquiescer* avec l'assistance de son curateur? On admet généralement qu'il lui faut l'autorisation du conseil de famille. Cette solution nous paraît très douteuse. L'art. 464 met sur la même ligne le fait d'intenter une action immobilière et le fait d'acquiescer à une semblable action. En donnant au mineur émancipé le droit d'agir avec l'assistance de son curateur, la loi lui donne donc implicitement le droit d'acquiescer avec cette assistance (1).

Le code ne s'est pas occupé des actions intéressant l'état du mineur. Ces actions étant bien plus importantes encore que les actions immobilières, on doit décider, croyons-nous, que le mineur a besoin pour les intenter ou pour y défendre de l'assistance de son curateur (2).

L'art. 482 ne se borne pas à exiger l'intervention du curateur pour l'exercice des actions relatives aux droits immobiliers du mineur, il l'exige également pour la réception d'un capital mobilier et, dans ce cas, il im-

1) Laurent, t. V, n° 227.

2) Aubry et Rau, § 133; Laurent, t. V, n° 227; Huc, t. III, n° 486.

pose en outre au curateur l'obligation de surveiller l'emploi du capital reçu, afin que le mineur ne puisse pas le dissiper. Pour satisfaire à cette obligation, le curateur doit, si l'emploi n'est pas fait au moment même du paiement, veiller à ce que les fonds touchés par l'émancipé soient déposés, en attendant qu'ils puissent être employés, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée. Il serait responsable si, grâce à sa négligence à remplir le rôle de surveillance que la loi lui confie, le mineur venait à dissiper en tout ou en partie le capital reçu. Quant au tiers qui a fait le paiement, il ne saurait, en pareille hypothèse, être inquiété et contraint de payer une seconde fois. Dès lors que le paiement a eu lieu avec l'assistance du curateur, le débiteur est libéré; l'emploi des fonds versés ne le regarde pas.

Le mineur émancipé ne pouvant recevoir un capital mobilier sans l'assistance de son curateur, on en conclut généralement que cette assistance lui est nécessaire pour intenter une action tendant au remboursement d'un pareil capital, bien qu'en règle générale il puisse exercer seul les actions mobilières. C'est là, nous semble-t-il, une erreur. Si la loi veut que le mineur soit assisté pour recevoir un capital mobilier, c'est parce qu'elle craint qu'il ne gaspille ce capital. Or ce motif est étranger aux procès. Dans le système du code, le droit d'intenter les actions mobilières est considéré comme un acte d'administration. Ce droit peut donc être exercé par le mineur émancipé alors même que l'action a pour objet le paiement d'un capital; mais, en pareil cas, le débiteur, s'il est condamné, ne devra payer qu'autant que le mineur sera assisté de son curateur. Le paiement qu'il ferait sans cette assistance ne serait point libératoire (1).

877. Le curateur appelé à assister le mineur peut refuser son assistance s'il désapprouve l'acte pour lequel elle est demandée. Dans ce cas le mineur doit-il nécessairement renoncer à l'acte projeté ou bien a-t-il un recours contre la décision de son curateur? Le code n'a pas prévu la question. On décide généralement que le mineur peut se pourvoir contre le refus d'assistance, ce refus pouvant être mal fondé et une mesure de protection ne devant pas préjudicier à celui en faveur duquel elle a été établie. Mais on n'est pas d'accord sur la manière dont ce recours doit être exercé. Suivant les uns, le mineur peut s'adresser au conseil de famille, lequel, s'il ne partage pas l'avis du curateur, lui enjoindra de prêter son assistance, et, au cas où il persisterait dans son refus, désignera en vue de l'acte dont il s'agit un curateur *ad hoc*, à moins qu'il ne juge à propos de le remplacer définitivement (2). D'autres estiment que, dans le silence de la loi, le conseil n'a pas qualité pour intervenir et que le différend survenu entre le

1) Laurent, t. V, n° 220; Huc, t. III, n° 485.

2) Demolombe, t. VIII, n° 314; Aubry et Rau, § 133, texte et note 20.

mineur et son curateur doit être porté devant le tribunal qui, sans avoir le droit de remplacer le curateur ou de le condamner à prêter son assistance, pourra seulement, s'il y a lieu, nommer un curateur *ad hoc* (1).

878. Les actes faits par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, alors que cette assistance eût été nécessaire, sont rescindables pour cause de lésion (art. 1305).

3° Des actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux conditions et formalités prescrites pour le mineur en tutelle.

879. L'art. 484 al. 1 pose le principe en ces termes : « *Il (le mineur émancipé) 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.* » Le législateur aurait mieux fait de dire tout simplement que *les règles de la tutelle demeurent applicables à tous les actes qui ne rentrent pas dans les deux catégories précédentes*; sauf cette différence bien entendu que le mineur émancipé figure personnellement dans les actes qui l'intéressent.

880. L'autorisation du conseil de famille est donc nécessaire à l'émancipé et elle lui suffit :

1° *Pour accepter ou répudier une succession.* L'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire (art. 461).

2° *Pour aliéner ses meubles incorporels et pour opérer la conversion de ses titres nominatifs en titres au porteur, lorsque la valeur des meubles à aliéner ou des titres à convertir ne dépasse pas 1.500 francs.* L'art. 4 de la loi du 27 février 1880 dit à ce sujet : « *Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles corporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé. — Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage.* » Et l'art. 10 ajoute : « *La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.* »

Des termes de l'art. 4 il résulte que la loi de 1880 n'est pas applicable à tous les mineurs émancipés. Y sont seuls soumis ceux qui ont été émancipés *expressément au cours de la tutelle*. Les mineurs émancipés tacitement par le mariage, d'une part, et, d'autre part, les mineurs émancipés même expressément pendant le mariage de leurs père et mère échappent à son application. Ces mineurs n'ont besoin pour aliéner leurs meubles incorporels et pour convertir leurs titres nominatifs en titres au porteur que de l'assistance de leur curateur (arg. art. 482).

En affranchissant le mineur émancipé par le mariage de la nécessité

1) Laurent, t. V, n° 228; Huc, t. III, n° 487; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1332.

d'obtenir pour les actes dont il s'agit l'autorisation du conseil de famille, le législateur de 1880 a considéré que le consentement donné au mariage de ce mineur par ses ascendants ou par la famille témoigne chez lui d'une maturité d'esprit qui doit inspirer une confiance particulière, et que sa situation de chef de famille ou d'épouse constitue également une sérieuse garantie. A l'égard du mineur émancipé expressément pendant le mariage de ses père et mère, la décision de la loi est plus difficile à justifier. On a pensé que ce mineur trouve une protection suffisante dans la surveillance et les conseils de ses père et mère. Mais ses parents peuvent mourir avant qu'il ait atteint sa majorité, auquel cas, bien que sa situation soit désormais la même que celle d'un mineur émancipé au cours de la tutelle, il demeure privé de la protection établie en faveur de ce dernier.

La loi du 27 février 1880 appelle une autre critique. Elle n'applique pas aux mineurs émancipés la disposition de son art. 5 qui impose au tuteur l'obligation de convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur. Sans doute, le plus ordinairement, le mineur émancipé au cours de la tutelle n'aura pas entre les mains de titres au porteur, son tuteur ayant dû lui remettre des titres nominatifs. Mais le contraire peut cependant arriver. Nous savons en effet que le tuteur peut être autorisé par le conseil de famille à conserver des titres au porteur et, d'un autre côté, le mineur peut, depuis son émancipation, recueillir comme héritier ou comme légataire des titres de cette nature. La loi ne l'obligeant pas à les convertir en titres nominatifs, il lui sera loisible de les aliéner sans l'assistance de son conseil.

881. Le mineur émancipé doit obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal :

1° *Pour emprunter.* « *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 doit être autorisé que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (arg. art. 457).

2° *Pour aliéner des immeubles ou pour les grever d'hypothèque* (art. 457 et suiv.).

3° *Pour aliéner des meubles incorporels et pour convertir des titres nominatifs en titres au porteur, lorsque la valeur des meubles à aliéner ou des titres à convertir dépasse, d'après l'appréciation du conseil de famille, la somme de 1.500 francs, à moins que le mineur n'ait été émancipé tacitement par son mariage, ou même expressément mais pendant le mariage de ses père et mère (loi du 27 février 1880, art. 2, 4 et 10).*

4° *Pour transiger*, sauf toutefois lorsque la transaction porte sur un acte d'administration ou sur des objets dont le mineur peut librement disposer (art. 2045). En dehors de ces cas spéciaux, le mineur doit, pour pouvoir

transiger, obtenir outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, l'avis favorable de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la république (art. 467).

Pour les divers actes qui viennent d'être énumérés, le mineur n'a pas besoin de l'assistance de son curateur. La garantie supérieure qui résulte de l'intervention du conseil de famille et, le cas échéant, du tribunal rend cette assistance inutile et sans objet.

882. Lorsque les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, les actes du mineur sont annulables pour vice de forme, indépendamment de toute lésion.

4° Des actes interdits au mineur émancipé.

883. Ces actes sont :

1° *La donation entre-vifs* (art. 903). Il faut excepter toutefois ces libéralités modiques, connues sous le nom de présents d'usage, et qui sont permises même au tuteur. D'un autre côté, le mineur peut disposer par contrat de mariage au profit de son futur conjoint, à la condition d'être assisté des personnes dont le consentement est requis pour son mariage (art. 1095, 1309 et 1398).

2° *Le testament*. Toutefois le mineur, émancipé ou non, peut, après l'âge de seize ans, disposer par testament de la moitié des biens dont il aurait la disposition s'il était majeur (art. 904).

3° *Le compromis*. Une opinion accréditée apporte cependant une exception à la règle. Elle admet que le mineur émancipé peut compromettre sur les actes de pure administration, ainsi que sur les droits mobiliers dont il a la libre disposition (1). Mais cette solution paraît difficilement conciliable avec les art. 1004 et 83-6° du code de procédure dont le premier défend de compromettre sur les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public et dont le second déclare communicables les causes des mineurs, sans distinguer s'ils sont ou ne sont pas émancipés (2).

5° De la situation spéciale du mineur émancipé commerçant.

884. Les mineurs émancipés qui veulent être commerçants doivent remplir les conditions et formalités prescrites par l'art. 2 du code de commerce. Ils jouissent alors d'une capacité plus étendue que les mineurs émancipés ordinaires. Aux termes de l'art. 487, « *Le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.* » Il peut donc, pour les besoins de son commerce, vendre, acheter, plaider, transiger, emprunter, hypothéquer ses immeubles, sans avoir besoin à cet

1) Aubry et Rau, § 132, texte et note 4; Demolombe, t. VIII, n° 282; Duranton, t. III, n° 668; Beudant, t. II, n° 920.

2) Laurent, t. V, n° 237; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1334.

effet d'aucune assistance ou autorisation (art. 6 c. de comm.). La loi du 27 février 1880 ne lui est pas applicable. Mais il ne peut aliéner ses immeubles qu'en observant les formes prescrites par les art. 457 et suivants. Sous ce rapport l'art. 6 du code de commerce déroge à l'art. 2124 d'après lequel « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » La capacité d'hypothéquer a paru plus nécessaire au mineur commerçant que celle d'aliéner. L'incapacité dont il demeure frappé en ce qui concerne les aliénations immobilières n'enlève point du reste à ses créanciers commerciaux le droit de faire saisir et vendre ses immeubles; sans être tenus de discuter préalablement son mobilier ainsi que le prescrit l'art. 2306 quand il s'agit d'un mineur non commerçant.

Assimilé à un majeur pour les opérations relatives à son commerce, le mineur émancipé commerçant ne peut se faire restituer contre ces opérations que dans les cas et sous les conditions où le majeur le pourrait lui-même (art. 1308).

SECTION III

DE LA CESSATION DE L'ÉMANCIPATION

885. L'émancipation subsiste en principe jusqu'à la majorité du mineur. Par exception, elle peut, dans certains cas, être révoquée, c'est-à-dire retirée au mineur qui en abuse. L'art. 485 s'exprime ainsi à ce sujet : « *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.* »

Deux conditions sont nécessaires pour que l'émancipation puisse être révoquée. Il faut :

- 1° Que le mineur ait été émancipé expressément;
- 2° Que ses engagements aient été réduits pour cause d'excès, par application de l'art. 484.

La première de ces deux conditions n'est pas textuellement formulée par la loi et les premiers mots de l'art. 485 semblent même l'exclure en déclarant d'une façon absolue que *tout mineur émancipé* peut être privé du bénéfice de l'émancipation. Cependant il est certain que l'émancipation tacite n'est pas révocable. Le même article ajoute en effet que l'émancipation sera retirée *en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la conférer*, expressions manifestement inapplicables à l'émancipation tacite laquelle n'est soumise à aucune forme et résulte de plein droit du mariage.

Cette émancipation est irrévocable non seulement pendant le mariage d'où elle résulte, mais alors même que l'époux mineur serait devenu veuf avant sa majorité et qu'il n'y aurait pas d'enfants issus du mariage. Dans la théorie de la loi, celui qui est ou qui a été marié ne peut pas être replacé sous la puissance paternelle ou remis en tutelle.

Suivant une opinion très répandue, il n'est point nécessaire pour que l'émancipation puisse être révoquée que les engagements du mineur aient été *effectivement réduits* pour cause d'excès; la révocation est possible par cela seul qu'ils ont été *jugés excessifs*, alors même que le tribunal n'en a point prononcé la réduction, à cause de la bonne foi de ceux qui ont traité avec le mineur. En effet, dit-on, c'est l'excès et non la réduction qui atteste l'incapacité, la mauvaise gestion du mineur. Peu importe dès lors qu'à raison d'une circonstance indépendante de sa personne les engagements par lui contractés aient été maintenus. Dès que l'excès est constant, l'émancipation doit pouvoir être retirée (1). — Quelque logique qu'elle puisse être cette opinion n'est pas admissible en présence du texte de l'art. 485 qui exige formellement non point seulement que les engagements du mineur aient été reconnus excessifs, mais qu'ils aient été *réduits* pour cause d'excès. Dans une matière qui touche à la capacité des personnes, on doit s'en tenir rigoureusement aux termes de la loi (2).

Le même motif va nous donner la solution d'une autre question également controversée. Il est possible que, dans la crainte de se voir retirer le bénéfice de l'émancipation, le mineur ne demande pas la réduction des engagements excessifs qu'il a contractés. Faut-il alors reconnaître aux personnes appelées le cas échéant à révoquer l'émancipation le droit d'agir en réduction? — Oui, a-t-on dit; qui veut la fin, veut les moyens. La loi permet au père, à la mère, ou au conseil de famille de révoquer l'émancipation. Elle les autorise par là même à former la demande en réduction, cette demande étant le préliminaire indispensable de la révocation. Il ne saurait dépendre du mineur d'échapper, en évitant de faire réduire ses engagements, à la déchéance qu'il a méritée (3). — Non, dirons-nous. Il faudrait un texte pour que l'on pût admettre ici une exception à la règle que le mineur émancipé a seul l'exercice de ses actions. Ce texte n'existe pas. Peut-être y a-t-il là un oubli du législateur. Peut-être aussi a-t-il considéré que le retrait de l'émancipation étant une mesure très grave pour la réputation du mineur et pour son avenir, il convenait de ne

1) Demolombe, t. VIII, n° 346; Aubry et Rau, § 135, texte et note 1; Marcadé, sur l'art. 485; Valette, Cours de c. c. p. 591; Huc, t. III, n° 497; Planiol, t. I, n° 2842.

2) Laurent, t. V, n° 240; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1342.

3) Demolombe, t. VIII, n° 348.

l'autoriser qu'autant que lui-même n'a pas reculé devant une demande en réduction (1).

Le mineur qui, sans contracter d'engagements excessifs, aurait une conduite irrégulière et désordonnée ne pourrait pas, à raison de ce fait, être privé de l'émancipation (2).

886. La faculté de révoquer l'émancipation, dans les cas où elle peut l'être, appartient aux personnes qui auraient le pouvoir de l'accorder.

887. Les formes à suivre sont, d'après l'art. 485, *celles qui auront eu lieu pour conférer l'émancipation*. Cette formule n'est pas rigoureusement exacte. Prise à la lettre, elle conduirait souvent à une impossibilité. Ce que la loi a voulu dire, c'est que l'on doit observer pour retirer l'émancipation les formes qu'il y aurait lieu de remplir s'il s'agissait actuellement de conférer l'émancipation au mineur. Ainsi un jeune homme, dont la mère est décédée, a été émancipé par son père lequel est mort peu de temps après. Il est bien évident que, s'il y a lieu de révoquer l'émancipation, on ne pourra pas employer les formes qui ont eu lieu pour la conférer. La révocation résultera d'une délibération du conseil de famille et de la déclaration faite par le juge de paix comme président de ce conseil que l'émancipation est révoquée.

888. La révocation de l'émancipation a pour effet de replacer le mineur dans la classe des mineurs non émancipés. Si donc il a encore son père et sa mère, il retombe sous la puissance paternelle. Le père recouvre les droits de garde, de correction, d'administration légale et même, si l'enfant a moins de dix-huit ans, le droit de jouissance légale. Si l'enfant n'a plus que son père ou sa mère, en même temps qu'il retombe sous la puissance paternelle, il rentre en tutelle, ou il y entre pour la première fois, suivant que le décès de l'un de ses auteurs a eu lieu avant ou depuis l'émancipation. Enfin, s'il n'a plus ni son père ni sa mère, il entre ou il rentre exclusivement en tutelle. C'est à cette dernière hypothèse que se réfère plus spécialement l'art. 486 ainsi conçu : « *Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité accomplie.* »

Lorsque le mineur était déjà en tutelle au moment de son émancipation, ce n'est point l'ancienne tutelle qui reprend son cours. La loi en effet ne dit point que cette tutelle est rétablie; elle se borne à déclarer que le mineur *rentre en tutelle*, c'est-à-dire que la tutelle s'ouvre de nouveau pour lui. Cette nouvelle tutelle est déférée suivant les règles du droit com-

1) Aubry et Rau; § 132, texte et note 10, Laurent, t. V, n° 241; Huc, t. III, n° 497; Planiol, t. I, n° 2842; Beudant, t. II, n° 929; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1343.

2) Trib. de Toulouse, 15 nov. 1882, S. 83, 2, 96.

mun. Le mineur a-t-il encore son père, ou sa mère, ou des ascendants, la tutelle est légale. S'il n'a plus ni père, ni mère, ni ascendants, le tuteur est nommé par le conseil de famille qui peut choisir soit l'ancien tuteur soit un autre.

Le mineur dont l'émancipation a été révoquée ne peut plus être émancipé à nouveau. Il *restera en tutelle jusqu'à sa majorité accomplie*, dit l'art. 486. La loi ne veut pas qu'on recommence une expérience qui a si mal réussi. Mais cette prohibition ne concerne que l'émancipation expresse. Si le mineur se marie, il sera émancipé de plein droit.

CHAPITRE IV

DE LA TUTELLE HOSPITALIÈRE OU TUTELLE ADMINISTRATIVE

889. Cette tutelle est réglée par les lois du 15 pluviôse an XIII, le décret du 19 janvier 1811, la loi du 10 janvier 1849 et la loi du 24 juillet 1889.

890. La loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811 sont relatifs aux enfants trouvés, abandonnés ou orphelins, admis dans les hospices et formant la classe des *enfants assistés*.

Ces enfants sont placés sous la tutelle de la commission administrative de l'hospice dans lequel ils ont été recueillis. Cette commission désigne, s'il y a lieu, un de ses membres pour remplir les fonctions de tuteur. Les autres membres forment le conseil de tutelle. Il n'y a pas de subrogé tuteur.

Lorsque l'enfant a des biens, ce qui est rare, le receveur de l'hospice les administre, sous la garantie de son cautionnement. Les revenus de ces biens sont attribués à l'hospice pour l'indemniser des frais d'entretien de l'enfant. Les prescriptions de la loi du 27 février 1880 sur les valeurs mobilières appartenant à des mineurs sont, aux termes de l'art. 8 de cette loi, applicables aux enfants assistés.

La tutelle ainsi organisée prend fin par les mêmes causes que la tutelle ordinaire.

En ce qui concerne l'émancipation, la loi de pluviôse (art. 4) dispose que les commissions administratives jouissent des droits attribués aux pères et mères par le code civil. L'enfant peut donc être émancipé dès qu'il a atteint l'âge de quinze ans.

L'émancipation est faite, sur l'avis de la commission administrative, par celui de ses membres qu'elle a désigné comme tuteur et qui seul est tenu de comparaître à cet effet devant le juge de paix.

Après son émancipation, le mineur est placé de plein droit sous la curatelle du receveur de l'hospice. C'est donc un cas de curatelle légale.

Les commissions administratives sont également investies du droit de

consentir au mariage des enfants assistés. Mais leur consentement n'est nécessaire, pour les hommes comme pour les femmes, que jusqu'à l'âge de vingt et un ans.

Le décret du 19 janvier 1811 permettait aux commissions hospitalières de remettre au ministre de la marine les enfants mâles âgés de douze ans, lorsqu'ils étaient en état de servir comme mousses. Mais cette disposition, bien que non abrogée, a cessé d'être appliquée.

891. La loi du 10 janvier 1849 a soustrait les enfants assistés du département de la Seine, c'est-à-dire le tiers environ des enfants assistés en France, au régime établi par la loi du 15 pluviôse an XIII. En même temps qu'elle a centralisé les services hospitaliers de ce département sous une administration unique, qualifiée d'administration générale de l'Assistance publique, elle a conféré au directeur de cette administration la tutelle de tous les enfants assistés. Ce fonctionnaire, nommé par le ministre de l'Intérieur, sur la proposition du préfet de la Seine, n'est point, dans l'exercice de ses fonctions de tuteur, assisté d'un conseil de tutelle. Son omnipotence est complète. Près de lui se trouve à la vérité un conseil de surveillance appelé à donner son avis sur les objets déterminés par la loi, mais au nombre des attributions qui lui sont reconnues ne figure point celle de conseil de tutelle des enfants assistés. La règle ne comporte qu'une seule exception. La loi du 27 février 1880 oblige le directeur de l'Assistance publique à obtenir, pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux enfants, le consentement du conseil de surveillance assimilé dans ce cas particulier, à un conseil de famille.

892. Enfin, la loi du 24 juillet 1889 soumet à la tutelle de l'Assistance publique les enfants dont les parents ont encouru la déchéance de la puissance paternelle, à moins que le tribunal, en prononçant la déchéance, n'ait décidé que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun, ou qu'il ne soit possible de constituer à leur profit une tutelle officieuse. Pour l'exécution de cette loi, l'Assistance publique étant représentée en province par les inspecteurs départementaux des enfants assistés et à Paris par le directeur de l'administration générale de l'assistance publique (art. 24), il en résulte, au point de vue de la détermination du tuteur, une différence entre les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés. A Paris, ces enfants ont bien les uns et les autres pour tuteur le directeur de l'Assistance publique, mais, en province, les enfants moralement abandonnés sont seuls placés sous la tutelle de l'inspecteur départemental; les enfants assistés sont, on l'a vu, soumis à la tutelle de la commission administrative de l'hospice qui les a recueillis, laquelle délègue, le cas échéant, un de ses membres pour remplir les fonctions actives de tuteur. Celui-ci trouve dans la commission hospitalière l'équivalent d'un conseil de famille, tandis que les inspecteurs départementaux, comme le directeur de l'Assis-

tance publique à Paris, n'ont auprès d'eux aucun conseil. Il ne faut point toutefois exagérer l'importance de cette observation. Par suite de la création des inspecteurs départementaux, création due non à une loi, mais à de simples actes du pouvoir exécutif, les commissions hospitalières ont en effet perdu toute liberté d'action. Les pouvoirs que la loi du 15 pluviôse an XIII leur avait conférés sur la personne et sur les biens des enfants assistés, tout en continuant nominalement de leur appartenir, ont en réalité passé aux mains des inspecteurs, c'est-à-dire aux mains de l'État représenté par ces fonctionnaires.

TITRE XI

De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire

CHAPITRE PREMIER

DE LA MAJORITÉ

893. Toute personne, dès qu'elle atteint l'âge de vingt et un ans, acquiert immédiatement, en devenant majeure, la plénitude de la capacité civile. « *La majorité, dit l'art. 488, est fixée à vingt et 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.* » Ces derniers mots font allusion à l'obligation imposée aux majeurs qui veulent contracter mariage d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants (art. 148 et suiv.). Une disposition analogue, que la loi a omis de rappeler, existe en matière d'adoption (art. 346). Enfin les femmes, malgré leur majorité, demeurent ou tombent de nouveau en état d'incapacité par l'effet du mariage. Mais, à part ces restrictions, le majeur peut procéder librement à tous les actes juridiques qui l'intéressent.

Il est possible cependant qu'un majeur, à raison du dérangement ou de la faiblesse de ses facultés mentales, soit hors d'état de se diriger lui-même et de gouverner ses biens. Le législateur devait se préoccuper de ces anomalies et édicter, en vue d'une pareille situation, des mesures de protection particulières. C'est ce qu'il a fait dans les chapitres II et III du présent titre, consacrés à l'*interdiction* et au *conseil judiciaire*. Une loi postérieure au code, la loi du 30 juin 1838 s'est occupée des personnes placées dans un

établissement d'aliénés. Elle complète et modifie à certains égards l'œuvre du législateur de 1804.

CHAPITRE II

DE L'INTERDICTION

894. L'interdiction est la défense faite à une personne d'exercer elle-même ses droits civils.

On donne également le nom d'interdiction à l'état de la personne frappée de cette défense.

L'interdiction est *légale* ou *judiciaire*. — La première résulte de plein droit de certaines condamnations pénales (art. 29 c. p.). — La seconde est prononcée par les tribunaux civils dans l'intérêt d'une personne qui, à raison de son état mental, ne saurait se diriger elle-même et gérer son patrimoine.

Notre chapitre ne traite que de l'interdiction judiciaire. Il détermine successivement : les causes de l'interdiction, — les personnes qui ont qualité pour la provoquer, — la procédure à suivre, — les effets de l'interdiction, — la manière de la faire cesser.

SECTION I

DES CAUSES DE L'INTERDICTION

895. « *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).

Il n'y a en réalité qu'une seule cause d'interdiction, l'aliénation mentale, l'absence de raison et de libre arbitre résultant de l'altération des facultés intellectuelles. Mais l'aliénation mentale présente des symptômes et des caractères divers que le législateur a voulu indiquer en distinguant l'*imbécillité*, la *démence* et la *fureur*.

L'*imbécillité* est l'état d'un esprit qui n'a pas la force de concevoir; c'est l'absence d'idées, l'idiotisme. Le plus souvent l'imbécillité est originelle, mais elle peut aussi résulter du grand âge, d'une maladie ou d'une violente commotion.

La *démence* est l'état d'une intelligence qui conçoit, et conçoit même ordinairement beaucoup, mais dont les conceptions sont extravagantes et désordonnées.

La *fureur* est la démence poussée à un tel degré d'exaltation qu'elle

porte celui qui en est atteint à des excès dangereux pour lui-même et pour les autres (1).

Cette classification comprend, dans la pensée du législateur, toutes les variétés des maladies mentales. On lui a reproché de ne pas être en harmonie avec les distinctions et les dénominations adoptées par la science psychologique et médicale. Mais les théories scientifiques n'ont rien à voir ici. Dès lors qu'une personne est, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de se gouverner elle-même et de gérer ses biens, elle se trouve dans la situation en vue de laquelle l'interdiction a été établie, et il y a lieu de recourir dans son intérêt à cette mesure de protection, quelle que soit la qualification donnée par les aliénistes à l'affection dont elle est atteinte.

896. Pour que l'interdiction puisse être prononcée, il n'est pas nécessaire que l'aliénation mentale soit continue, mais il faut qu'elle soit *habituelle*, c'est-à-dire qu'elle constitue l'état le plus fréquent, le plus ordinaire de celui dont on demande l'interdiction. Des accès de folie isolés et passagers ne suffisent donc point pour faire interdire une personne; mais il y a lieu à interdiction alors même que le fou a des intervalles lucides, ainsi que le déclare du reste expressément l'art. 489. L'existence d'intervalles de raison est même un motif de plus pour interdire l'aliéné, car elle ne fait que rendre sa situation plus dangereuse. En détruisant la volonté, la démence empêche celui qui en est atteint d'accomplir valablement aucun acte juridique exigeant chez son auteur une volonté consciente d'elle-même. Les actes faits par un individu qui n'a pas l'usage de ses facultés intellectuelles sont radicalement nuls. Mais pour les faire déclarer tels, en cas de contestation, il faut prouver la réalité de la démence, il faut prouver que leur auteur n'était pas sain d'esprit au moment précis où il les a passés. Or cette preuve, facile quand la démence est continue, sans intermittence, est rendue très difficile lorsque l'état d'aliénation présente des intervalles lucides. Un acte préjudiciable à l'insensé, accompli par lui alors qu'il n'avait pas sa raison, peut donc être maintenu, grâce à l'impossibilité d'établir d'une façon certaine quel était son état mental au moment où il l'a passé. Le seul moyen de protéger efficacement l'aliéné est de lui enlever, en le faisant interdire, l'exercice de ses droits civils même pendant les intervalles lucides.

897. L'aliénation mentale, sous quelque forme qu'elle se produise, peut seule donner lieu à l'interdiction. Les infirmités physiques, telles que la cécité, la paralysie de la langue mettant celui qui en est atteint dans l'impossibilité de parler, la surdimutité, etc., ne sauraient par elles-mêmes autoriser cette mesure (2). Il faut en dire autant de l'ivrognerie, même la plus

1) Tarrible, *Discours au Corps législatif*.

2) Caen, 1^{er} mai 1879, S. 79, 2, 336, D. 80, 2, 247.

invétérée, et du désordre des mœurs, tant que ces vices n'ont pas amené l'altération des facultés intellectuelles de celui qui s'y abandonne.

Il appartient aux magistrats d'apprécier souverainement si la personne dont l'interdiction est demandée se trouve réellement atteinte d'aliénation mentale et si cet état est habituel. Leur décision à cet égard échappe à la censure de la cour de cassation (1).

898. L'art. 489 ne parle que de l'interdiction du *majeur*. Faut-il conclure de là que l'interdiction est inapplicable aux mineurs? On l'a prétendu, mais cette opinion doit être rejetée sans hésitation. Pour soutenir qu'un mineur ne peut pas être interdit, on invoque, contre le texte de l'art. 489, cette considération que l'interdiction n'a pas raison d'être en ce qui concerne les mineurs. S'il s'agit d'un mineur non émancipé, il est soumis soit à la puissance paternelle, soit à la tutelle, c'est-à-dire à un régime analogue à celui que produirait l'interdiction. S'il s'agit d'un mineur émancipé, il suffit pour sauvegarder ses intérêts de révoquer l'émancipation.

Cette argumentation n'est pas exacte. L'interdiction peut être aussi nécessaire pour un mineur que pour un majeur. Lorsque le mineur aliéné est émancipé, la révocation de l'émancipation n'est pas toujours possible. Cette ressource n'existe point dans le cas où l'émancipation a été la conséquence du mariage, et, quand le mineur a été émancipé expressément, on ne peut en user qu'autant qu'il a contracté des engagements excessifs (art. 485). Quant aux mineurs non émancipés, leur incapacité ne produit pas les mêmes effets que celle de l'interdit (art. 502 et 1305), et s'il fallait attendre pour provoquer leur interdiction qu'ils fussent devenus majeurs, il y aurait entre le moment de la majorité et le jugement d'interdiction un intervalle de capacité pendant lequel ils pourraient faire ou ratifier des actes qui leur seraient préjudiciables. L'observation en fut faite par le tribunal de cassation, lors de l'élaboration du code, et cette remarque amena la suppression d'un article du projet qui, tout en permettant d'interdire les mineurs émancipés, repoussait l'interdiction des mineurs non émancipés. Le texte définitif de l'art. 489 n'exprime pas, à la vérité, que l'interdiction s'applique aux mineurs aussi bien qu'aux majeurs et semble même restreindre cette mesure aux majeurs. Mais on ne saurait voir là qu'un accident de rédaction et non le résultat d'un revirement dans la pensée des auteurs du code. L'art. 491 se sert en effet, pour désigner le défendeur à l'interdiction, de l'expression générique d'*individu* et d'un autre côté les art. 174 et 175 prévoient formellement l'interdiction d'un mineur. En parlant seulement du *majeur*, l'art. 489 a donc statué *de eo quod plerumque fit*, les cas dans

1) Cour de cass., 17 janvier 1876, D. 76, 1, 151, S. 76, 1, 302; — 5 juin 1882, D. 83, 1, 172, S. 84, 1, 112; — 23 février 1898, D. 98, 1, 220.

lesquels il y a lieu d'interdire un mineur étant en somme très rares et tout à fait exceptionnels (1).

SECTION II

DES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR PROVOQUER L'INTERDICTION

899. Ces personnes sont énumérées dans les art. 490 et 491 ainsi conçus :

Art. 490. « *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. 491. « *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.* »

Les personnes admises à provoquer l'interdiction sont donc :

1° Les parents de l'insensé ;

2° Son conjoint ;

3° Le ministère public.

I. « Il est juste, disait l'orateur du Tribunal, de donner aux membres d'une famille les moyens de conserver la fortune et la vie à celui d'entre eux qui, par sa désorganisation morale et physique, est menacé de perdre l'une et l'autre. Ils ont un intérêt direct et personnel à cette conservation, et de plus une solidarité d'honneur et d'affection qui doit leur mériter toute confiance ». Le droit des parents repose donc, d'une part, sur l'affection présumée et, d'autre part, sur l'intérêt qu'ils ont à la conservation du patrimoine de l'aliéné. Ce droit appartient à tous les parents, aux collatéraux comme aux ascendants et aux descendants, et il leur appartient collectivement, sans que le degré le plus proche exclue le plus éloigné. Toutefois il ne s'étend pas au delà du douzième degré, la parenté ne produisant plus, après cette limite extrême, aucun effet légal.

Il est permis de regretter que la loi ait accordé ici à tous les parents un droit égal. Elle aurait dû établir entre eux une certaine hiérarchie, quelque chose d'analogue à ce qu'elle a fait en matière d'opposition au mariage (art. 172 et suiv). Il est des cas dans lesquels l'interdiction présente plus d'inconvénients que d'avantages. Les parents les plus proches étant les mieux placés

1) Demolombe, t. VIII, n° 442 ; Marcadé sur l'art. 489 ; Demante, t. II, n° 262 bis, III ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 711 ; Valette, Cours de code civil, p. 795 et suiv. ; Aubry et Rau, § 124 ; Laurent, t. V, n° 253 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1353 ; Huc, t. III, n° 504 ; Beudant, t. II, n° 959. — Paris, 31 janvier 1894, D. 94, 2, 233, S. 95, 2, 84.

pour apprécier la convenance de cette mesure et les plus intéressés à la provoquer s'il y a lieu, il eût été bon de leur reconnaître le droit d'agir à l'exclusion des parents plus éloignés.

II. L'un des époux peut également demander l'interdiction de l'autre, la femme l'interdiction de son mari, comme le mari l'interdiction de sa femme. De même que celui des parents, le droit de l'époux repose sur l'affection présumée et sur l'intérêt pécuniaire résultant soit des conventions matrimoniales, soit de la vocation héréditaire, soit enfin de l'obligation réciproque de se fournir des aliments.

La séparation de corps n'est pas un obstacle à l'exercice de l'action.

La femme qui veut poursuivre l'interdiction de son mari doit, bien entendu, avant d'agir, se faire autoriser par la justice (art. 215).

III. En ce qui concerne le ministère public, l'art. 491 fait une distinction. En cas d'imbécillité ou de démence, le ministère public *peut* provoquer l'interdiction lorsque l'aliéné n'a ni époux ni parents connus. Il n'est pas alors obligé d'agir; il a seulement la *faculté* de le faire. — En cas de folie furieuse, le ministère public *est tenu* de poursuivre d'office l'interdiction, malgré l'existence d'un conjoint ou de parents, lorsque ceux-ci négligent d'agir. Ce n'est plus une simple faculté que la loi lui accorde, c'est une *obligation* qu'elle lui impose dans l'intérêt de l'ordre public. Mais la loi du 30 juin 1838 ayant permis à l'autorité administrative d'ordonner d'office le placement dans un asile d'aliénés de toute personne, interdite ou non, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes, l'action obligatoire du ministère public n'a plus aujourd'hui de raison d'être.

L'énumération donnée par le code des personnes qui ont qualité pour former une demande en interdiction est essentiellement limitative. Un allié ne pourrait donc pas faire interdire son allié, un créancier son débiteur, un ami son ami. Par la même raison, une personne ne saurait provoquer sa propre interdiction. Les formes de la procédure excluent d'ailleurs l'admissibilité d'une demande volontaire d'interdiction (1).

SECTION III

DE LA PROCÉDURE DE L'INTERDICTION

900. La procédure de l'interdiction fait l'objet des art. 492 à 501 du code civil et des art. 890 à 897 du code de procédure.

1) Demolombe, t. VIII, n° 474; Duranton, t. III, n° 724; Valette, Cours de code civil, p. 509; Laurent, t. V, n° 259; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1355; Huc, t. III, n° 505. — *Contra* : Demante, t. II, n° 263 bis, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 713; Marcadé, sur l'art. 491; Beudant, t. II, n° 965.

901. « Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance », dit l'art. 492. Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel la personne dont l'interdiction est provoquée a son domicile (art. 59 c. pr.).

902. La demande s'introduit non par un exploit d'ajournement, mais par une requête présentée au président du tribunal (art. 890 c. pr.).

Dans cette requête, le poursuivant doit énoncer un à un, détailler article par article, les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur sur lesquels sa demande est fondée, et indiquer les témoins qui pourront en déposer. Il doit également y joindre les pièces justificatives qu'il peut avoir en sa possession, par exemple les lettres de l'insensé, les actes par lui faits, etc. « *Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction présenteront les témoins et les pièces* » (art. 493).

La requête étant ainsi formée, le président en ordonne la communication au ministère public et désigne un juge pour faire un rapport à jour indiqué (art. 891 c. pr.).

903. Sur le rapport du juge commis et sur les conclusions du ministère public, le tribunal peut rejeter immédiatement la demande, si elle ne lui paraît pas fondée. S'il estime au contraire qu'il y a lieu d'y donner suite, il doit ordonner que le conseil de famille sera convoqué pour émettre son avis sur l'état mental de la personne à interdire. « *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'Émancipation, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée* » (art. 494, joign. art. 892 c. pr.).

Au principe que le conseil de famille doit être formé selon le mode déterminé au titre de la Tutelle, l'art. 495 apporte toutefois une exception en ces termes : « *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 écarte du conseil ceux qui ont formé la demande d'interdiction, parce qu'il est à craindre que leur avis ne soit pas impartial. Seuls le conjoint et les enfants de la personne à interdire doivent, à raison des sentiments que la loi leur suppose et de l'importance des renseignements qu'ils peuvent fournir, être admis au conseil en toute hypothèse. Mais, lorsque la demande en interdiction émane d'eux, ils n'ont pas voix délibérative, c'est-à-dire qu'ils ont seulement le droit d'exposer leur opinion, sans pouvoir prendre part au vote.

904. L'avis du conseil de famille est suivi de l'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 s'y 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 » (art. 496).

Aux termes de l'art. 893 du code de procédure, la requête en interdiction et l'avis du conseil de famille doivent être signifiés au défendeur, avant qu'il soit procédé à son interrogatoire. Il importe en effet qu'il connaisse d'avance les faits allégués, afin qu'il puisse, s'il en est capable, recueillir ses souvenirs et présenter ses explications.

L'interrogatoire a lieu dans la chambre du conseil, pour que le défendeur ne soit pas troublé et intimidé par la publicité de l'audience, et en présence du tribunal entier, afin que chacun des juges puisse se rendre compte par lui-même de l'état du défendeur. Cette dernière règle ne pouvait cependant être absolue. Il est possible que la santé de celui dont l'interdiction est poursuivie, ou son éloignement, ne lui permette pas de se présenter devant le tribunal. Il devra alors être interrogé dans sa demeure par un juge commis à cet effet, assisté du greffier qui dressera acte des questions faites et des réponses obtenues. Que l'interrogatoire ait lieu devant le tribunal dans la chambre du conseil, ou qu'il soit fait par un juge commis, le procureur de la république doit y être présent.

La loi laisse les magistrats entièrement libres d'adresser au défendeur les questions qui leur paraissent les plus convenables et les plus propres à les éclairer sur son état. Elle ne leur trace à cet égard aucune règle préfixe. Tout dépend en effet des circonstances, des habitudes du défendeur, de sa condition sociale, du milieu dans lequel il vit. Mais il est clair, étant donné le but de l'interdiction, que les magistrats doivent s'attacher de préférence aux faits ordinaires de la vie civile, en laissant de côté les matières abstraites et spéculatives sur lesquelles une personne peut avoir des idées bizarres et fausses, sans être pour cela hors d'état de se conduire et de gérer son patrimoine.

Comme l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire constitue un élément essentiel de la procédure en interdiction. Le tribunal ne pourrait pas prononcer l'interdiction sans l'avoir ordonné (1). Nous disons *sans l'avoir ordonné* et non *sans que l'interrogatoire ait eu lieu*, car il est bien évident que le refus du défendeur de se soumettre à l'interrogatoire ne saurait empêcher le tribunal de continuer l'instruction et de prononcer l'interdiction s'il y a lieu (2). Mais il faudra alors que le refus soit constaté par le jugement. Il ne suffirait pas que le jugement déclarât que le défendeur n'a

1) Cour de cass., 29 avril 1885, D. 85, 1, 375, S. 86, 1, 157; — 16 mars 1887, S. 88, 1, 69.

2) Cour de cass., 4 avril 1887, D. 88, 1, 292, S. 88, 1, 69; — 7 février 1893, D. 93, 1, 156.

pas comparu, attendu que la non comparution peut n'être pas volontaire, auquel cas le tribunal doit faire interroger le défendeur à domicile.

Le tribunal qui ne peut prononcer l'interdiction sans avoir au préalable ordonné l'interrogatoire, pourrait-il au contraire rejeter la demande sans recourir à cette mesure d'instruction, après avoir reçu l'avis de la famille? L'affirmative ne nous paraît point douteuse, bien qu'elle ait été contestée. Que l'interdiction ne puisse être prononcée sans que le défendeur ait été interrogé ou invité à se soumettre à l'interrogatoire, cela se comprend; car on ne saurait prendre trop de précautions lorsqu'il s'agit d'enlever à une personne sa capacité. Mais quand les magistrats sont convaincus qu'il n'y a pas lieu à interdiction, pourquoi les obliger à recourir à une mesure toujours pénible pour le défendeur et qui, dans leur opinion, est complètement inutile? — Ceux qui estiment que l'interrogatoire est nécessaire dans tous les cas invoquent les termes de l'art. 496 : « Après avoir reçu l'avis de la famille, *le tribunal interrogera le défendeur...* » Mais l'art. 494 dispose en termes non moins impératifs que le tribunal *ordonnera* la convocation du conseil de famille, et cependant tout le monde reconnaît que la demande peut être rejetée *de plano* sans avis préalable de la famille. L'art. 496, comme l'art. 494, suppose manifestement que l'instruction se poursuit jusqu'au bout et parcourt les diverses phases qu'elle doit traverser jusqu'à l'interdiction (1).

Si le tribunal ne se trouve pas suffisamment éclairé par un seul interrogatoire, il lui est loisible d'en ordonner un ou plusieurs autres. Mais comme la prolongation de l'instruction pourrait avoir pour résultat de compromettre les intérêts que l'interdiction a pour but de sauvegarder, si le défendeur était abandonné à lui-même et demeurerait jusqu'au jugement définitif à la tête de son patrimoine, la loi donne aux magistrats le moyen de parer à ce danger. « *Après le premier interrogatoire, dit l'art. 497, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.* » Les pouvoirs de cet administrateur se réduisent, ainsi que l'indique le titre même que la loi lui donne, aux mesures conservatoires et aux actes d'administration qui présentent un caractère d'urgence. Ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale établie par l'art. 2121, car il n'est pas tuteur.

On s'accorde à penser que le jugement qui nomme l'administrateur provisoire peut être rendu en chambre du conseil. En déclarant expressément dans l'art. 498 que le jugement qui statue sur l'interdiction doit être rendu en audience publique la loi donne en effet à entendre qu'il n'y a pas lieu de quitter auparavant la chambre du conseil où doit se faire, d'après l'art. 496,

1) Demolombe, t. VIII, n° 503; Demante, t. II, n° 268; Laurent, t. V, n° 268. — *Contra* : Aubry et Rau, § 125; Duranton, t. III, n° 734.

l'interrogatoire du défendeur. La loi du 30 juin 1838 confirme cette interprétation. Elle permet dans son art. 32 de nommer *en chambre du conseil* un administrateur provisoire aux biens de toute personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, en ajoutant que cela se fait ainsi *conformément à l'art. 497 du code civil*.

905. Enfin, l'art. 893 du code de procédure indique une dernière mesure d'instruction, entièrement facultative pour le tribunal. « Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, dit-il, 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. »

D'après le droit commun, les enquêtes ont lieu en présence des parties. On conçoit aisément que la loi ait dérogé ici à cette règle en permettant au tribunal d'écarter le défendeur de l'enquête. Mettre l'aliéné en présence des témoins qui viennent donner des renseignements sur son état mental, ce serait dans bien des cas l'exposer à des émotions qui aggraveraient sa position et par suite empêcher les témoins, désireux de le ménager, de dire toute la vérité.

906. L'instruction terminée, le jugement est rendu dans les formes ordinaires, c'est-à-dire en audience publique, les parties entendues ou appelées. « *Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées* », dit l'art. 498.

Le tribunal peut non seulement admettre ou rejeter purement et simplement l'interdiction, mais encore, si la raison du défendeur ne lui paraît ni assez gravement atteinte pour motiver l'interdiction ni assez saine pour qu'il soit laissé entièrement à lui-même, prendre un terme moyen consistant à lui nommer un conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne pourra faire certains actes déterminés par la loi. « *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'hypothèque, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement* » (art. 499). Cette disposition se trouve reproduite dans l'art. 513. C'est sous ce dernier article que nous l'étudierons.

907. Le jugement, quel qu'il soit, est susceptible d'appel.

Si le jugement a prononcé l'interdiction, l'appel ne peut être interjeté que par le défendeur. Il est alors dirigé contre celui qui a formé la demande en interdiction.

Si le jugement a rejeté purement et simplement la demande, l'appel

peut, aux termes de l'art. 894 du code de procédure, être formé non seulement par le *provoquant* ou demandeur en interdiction, mais encore par chacun des membres du conseil de famille. Il est dirigé contre celui dont l'interdiction a été provoquée. C'est parce que l'interdiction intéresse la famille tout entière que la loi, par dérogation au droit commun, autorise les membres du conseil de famille, bien qu'ils n'aient pas été parties dans l'instance, à former appel du jugement qui a renvoyé le défendeur des fins de la demande. Elle les met ainsi à même de sauvegarder leurs intérêts sans intenter un nouveau procès.

Enfin, si le jugement a nommé au défendeur à l'interdiction un conseil judiciaire (art. 499), l'appel peut être interjeté soit par le défendeur contre le provoquant, soit par le provoquant ou par l'un des membres du conseil de famille contre le défendeur.

« *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). L'interrogatoire, qui était obligatoire en première instance, est donc simplement facultatif en appel. La cour n'est jamais tenue de l'ordonner, alors même qu'elle croit devoir réformer le jugement (1). Outre l'interrogatoire, la cour pourrait ordonner une autre mesure d'instruction, par exemple une nouvelle enquête. Elle pourrait également nommer, s'il y avait lieu, un administrateur provisoire conformément à l'art. 497.

Aux termes de l'art. 515, « *Aucun jugement en matière d'interdiction ou de nomination de conseil ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.* »

908. Il importe que les tiers ne soient pas exposés à traiter avec un incapable dans l'ignorance de son incapacité. L'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire doit donc être rendue publique. L'ancien art. 501 contenait à ce sujet les prescriptions suivantes : « *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.* »

A l'inscription du jugement ou de l'arrêt sur les tableaux affichés dans l'auditoire ou salle d'audience et dans les études des notaires de l'arrondissement, le décret du 16 février 1807, sur le tarif des frais en matière civile, ajouta l'insertion dans un journal (art. 92). Mais ces mesures n'étaient pas suffisantes. La publicité du journal est éphémère.

1) Cour de cass., 22 avril 1891, S. 91, 1, 213; — 5 février 1895, D. 95, 1, 96; S. 95, 1, 116.

Celle des tableaux est purement locale. Il suffit à l'incapable, pour y échapper, de changer de domicile et de ne pas révéler le lieu qu'il a quitté. Dans une société comme la nôtre où les individus et les familles se déplacent incessamment, une pareille situation compromettrait gravement la sécurité des relations civiles. Une loi du 16 mars 1893 s'est efforcée d'améliorer sur ce point l'œuvre du législateur de 1804 (1). Tout en laissant subsister la disposition primitive de l'art. 501, elle l'a complétée ainsi qu'il suit : « *Un extrait sommaire du jugement ou arrêt sera en outre transmis, par l'avoué qui l'aura obtenu, au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur, dans le mois du jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée. Cet extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne pourra prendre communication et se faire délivrer copie. Le greffier, dans un nouveau délai de quinze jours, adressera à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement de la formalité. — A l'égard des individus nés à l'étranger, les décisions seront mentionnées, dans les mêmes formes et délais, sur un registre tenu au greffe du tribunal de la Seine ; ce registre mentionnera également les décisions relatives aux individus nés dans les colonies françaises, indépendamment du registre qui sera tenu au greffe de leur lieu d'origine. — Toute contravention aux dispositions ci-dessus, commise par les greffiers ou avoués, sera punie d'une amende de 50 francs, sans préjudice de tous dommages et intérêts.* »

La loi du 16 mars 1893 établit donc pour l'interdiction ou la nomination d'un conseil une publicité analogue à celle qui résulte pour les condamnations pénales de l'institution du casier judiciaire. Elle prescrit de tenir au greffe de chaque tribunal civil un registre, dont toute personne peut obtenir communication et se faire délivrer copie, sur lequel doivent être mentionnés tous les jugements ou arrêts d'interdiction ou de nomination de conseil concernant des individus nés dans l'arrondissement du tribunal. Le soin de requérir cette mention regarde l'avoué du demandeur. Dans le mois à compter du jour où la décision intervenue a acquis l'autorité de la chose jugée, cet officier ministériel doit faire parvenir au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur un extrait sommaire du jugement ou de l'arrêt. Un délai de quinze jours est accordé au greffier pour mentionner cet extrait sur le registre à ce destiné, puis, une fois la mention opérée, un

1) Cette loi est intitulée : *Loi relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire.* Cet intitulé est le résultat d'une inadvertance. La proposition originaire ne visait que les décisions portant nomination d'un conseil. Lors de l'élaboration de la loi, on se décida à lui donner une portée plus générale en l'étendant aux jugements d'interdiction. Mais on oublia de modifier son intitulé.

nouveau délai de quinze jours pour faire parvenir à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement de cette formalité.

Lorsque l'individu interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire est né en pays étranger, la mention du jugement ou de l'arrêt est faite sur un registre tenu au greffe du tribunal de la Seine. S'il est né dans une colonie française, la mention doit être faite tout à la fois au greffe du tribunal de la Seine et au greffe du tribunal de son lieu d'origine.

La loi n'a pas prévu le cas où le lieu de naissance de l'individu interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire est inconnu. Il semble bien que le jugement ou l'arrêt doit, cette fois encore, être enregistré au greffe du tribunal de la Seine. On lit en effet dans le rapport du ministre de la justice qui précède le décret réglementaire du 9 mai 1893 que le registre tenu au tribunal de la Seine *est destiné à remplir, au point de vue civil, l'office que le casier central remplit au point de vue criminel*. Or c'est précisément au casier central que sont classés les bulletins de condamnation concernant les individus d'origine inconnue (1).

Celui qui se propose de contracter avec une personne dont il ne connaît pas les antécédents a donc aujourd'hui un moyen bien simple de se renseigner sur sa capacité ; c'est d'exiger la production de son acte de naissance, afin de connaître le lieu où elle est née, puis, ce lieu une fois connu, de demander au greffe un certificat constatant s'il existe ou non contre cette personne un jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil. Toutefois il s'écoulera un certain temps avant que le but poursuivi par les auteurs de la loi du 16 mars 1893 soit complètement atteint. Le régime établi par cette loi ne s'applique en effet qu'aux jugements rendus depuis qu'elle est devenue obligatoire et non aux décisions antérieures, lesquelles demeurent sous l'empire de l'ancien art. 501.

L'inaccomplissement des mesures de publicité n'empêche point d'ailleurs le jugement ou l'arrêt portant interdiction ou nomination d'un conseil de produire son plein et entier effet du jour où il a été prononcé. La seule sanction de la loi consiste dans la responsabilité pécuniaire des personnes chargées de remplir les formalités prescrites. Les tiers qui auraient traité avec l'incapable dans l'ignorance de son incapacité ne seraient donc pas fondés à se prévaloir du défaut de publicité pour demander le maintien des actes passés à leur profit. Ils pourraient seulement réclamer des dommages-intérêts à ceux auxquels est imputable le préjudice qu'ils éprouvent, c'est-à-dire, suivant les cas, au demandeur en interdiction ou aux notaires qui n'auraient pas satisfait aux prescriptions de l'ancien art. 501, à l'avoué ou au greffier qui ne se serait pas conformé à la loi de 1893. Ces derniers sont, de plus, passibles d'une amende de cinquante francs.

1) Aubry et Rau, § 125, note 24 *quinquies*.

Outre l'addition apportée à l'art. 501 du code civil, la loi du 16 mars 1893 renferme les dispositions suivantes qui font l'objet de ses art. 2, 3 et 4 :

Art. 2. « Les art. 896 et 897 du code de procédure civile sont modifiés ainsi qu'il suit : — Art. 896. Le jugement qui prononcera défense de plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital-mobilier ou en donner décharge, aliéner ou hypothéquer sans assistance de conseil, sera affiché et inscrit au greffe dans la forme prescrite par l'art. 501 du code civil. — Art. 897. Les demandes en mainlevée d'interdiction ou de conseil judiciaire seront soumises quant à l'instruction et au jugement et quant à la publicité de la décision, aux mêmes règles que les demandes en interdiction ou nomination de conseil.

Art. 3. « La présente loi sera exécutoire deux mois après sa promulgation.

Art. 4. « Un règlement d'administration publique déterminera le mode de tenue du registre et de transmission de la décision au greffier compétent et du certificat à l'avoué. Il fixera les droits du greffier et de l'avoué. »

Le décret annoncé par ce dernier article a été rendu le 9 mai 1893 (1).

SECTION IV

DES EFFETS DE L'INTERDICTION

909. L'interdiction fait tomber celui qui en est frappé dans la classe des incapables et le soumet, comme un mineur, au régime de la tutelle.

§ 1. — *De l'incapacité de l'interdit.*

910. « *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* » (art. 502).

La première partie de cet article indique le moment à partir duquel l'interdiction produit son effet. La seconde détermine l'étendue de l'incapacité résultant de l'interdiction.

911. L'interdiction ou la nomination d'un conseil a son effet *du jour du jugement*. C'est de ce jour, et de ce jour seulement, que date l'incapacité de l'interdit ou de l'individu placé sous conseil. La loi s'écarte ici de la règle d'après laquelle les jugements rétroagissent au jour de la demande, parce que les motifs sur lesquels cette règle est fondée font alors défaut. Si les jugements rétroagissent en général, c'est qu'ils ne font que déclarer, constater les droits préexistants des parties, sans créer un état de choses nouveau. Or la décision de justice qui prononce l'interdiction ou qui pour-

1) Bull. offic. du Ministère de la Justice, 1893, p. 55. Joign. Circul. du Garde des sceaux du 6 juin 1893, p. 61.

voit le défendeur d'un conseil crée au contraire une situation nouvelle, laquelle ne saurait précéder l'acte de l'autorité judiciaire qui l'établit.

L'incapacité date du jour du jugement, alors même qu'il y a eu appel, si la cour a confirmé la sentence des premiers juges. Mais elle ne date que du jour de l'*arrêt* si, la demande ayant été rejetée par le tribunal de première instance, l'interdiction n'a été prononcée que par la cour. L'art. 502 parle seulement du jugement parce que, lors de la rédaction du code, il n'existait pas de cours d'appel mais des tribunaux d'appel dont les décisions étaient qualifiées de *jugements*.

912. Après avoir indiqué le moment à partir duquel l'interdiction produit son effet, l'art. 502 ajoute que les actes passés par l'interdit postérieurement à ce moment sont *nuls de droit*. Cette formule ne signifie point que les actes de l'interdit sont radicalement nuls ou inexistants. Ces actes sont seulement annulables. La preuve en est que l'art. 1304 les range parmi ceux contre lesquels il y a lieu d'intenter une *action en nullité*, et que l'art. 1125 réserve cette action à l'interdit lui-même et à ses représentants, en la refusant à la partie qui a traité avec lui. Au cours de l'interdiction, la nullité sera demandée par le tuteur qui a l'exercice des actions de l'interdit. Après la mainlevée de l'interdiction, elle le sera par l'interdit lui-même et, après le décès de celui-ci, par ses héritiers. L'action peut être intentée pendant dix ans à partir de la mainlevée de l'interdiction ou du décès de l'interdit. Si l'acte n'a pas été attaqué dans ce délai, il ne peut plus l'être utilement ; il est considéré comme confirmé tacitement. Rien n'empêche d'ailleurs de le confirmer expressément avant l'expiration de ce délai (art. 1338).

Mais alors en quel sens l'art. 502 déclare-t-il que les actes de l'interdit sont nuls de droit? La loi, en s'exprimant ainsi a voulu dire que la nullité de ces actes est de droit, *qu'elle doit nécessairement être prononcée*, dès qu'elle est demandée à la justice. La seule question que les juges aient à vérifier est une question de date. Dès lors qu'ils constatent que l'acte qui leur est déféré a été accompli pendant que son auteur était sous le coup de la sentence d'interdiction, ils sont tenus de l'annuler sans avoir à se préoccuper d'autre chose. Le demandeur en nullité n'a donc pas besoin d'établir qu'au moment où l'acte a été passé l'interdit était en état de démence, preuve qui serait nécessaire s'il n'y avait pas interdiction. De son côté, le défendeur ne serait pas admis à prouver qu'à ce moment l'interdit se trouvait dans un intervalle lucide. La loi présume que l'interdit est dans un état permanent d'insanité d'esprit. C'est sur le fondement de cette présomption qu'elle déclare nuls les actes faits par lui. Or, d'après l'art. 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. »

Par le même motif, la nullité des actes faits par l'interdit est indépendante de toute lésion éprouvée par lui. Sous ce rapport, la situation de l'interdit diffère de celle du mineur. Ce dernier ne peut en principe attaquer les actes qu'il a passés qu'autant qu'il a subi un préjudice (art. 1305). *Restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Cette différence s'explique aisément. L'incapacité du mineur est fondée uniquement sur son inexpérience qui peut lui faire accomplir des actes préjudiciables à ses intérêts. Il suffit dès lors pour le protéger d'annuler les actes qui lui portent préjudice. L'incapacité de l'interdit a pour cause son état de démence, état qui peut offrir des intermittences, mais que la loi présume continu par suite des difficultés et des incertitudes que présente la distinction des intervalles de folie et des intervalles de raison. Tout acte émanant d'un interdit est donc légalement réputé l'acte d'un fou, c'est-à-dire d'une personne hors d'état de consentir. Peu importe par conséquent qu'il soit ou non lésif.

Cela étant, pourquoi la loi ne prononce-t-elle pas elle-même *de plano* la nullité des actes faits par l'interdit, sans exiger à cet effet l'intervention de la justice? Parce que l'interdiction est une mesure de protection qui ne doit pas se retourner contre l'incapable. Il est possible qu'en fait l'interdit eût sa raison quand il a agi et que l'acte qu'il a passé soit avantageux pour lui. Déclarer cet acte inexistant, c'eût été dépasser le but. Le véritable moyen de garantir à tout événement les intérêts que l'interdiction doit sauvegarder était de constituer l'incapable ou ses représentants maîtres de la situation, de les laisser libres d'invoquer la nullité sans la leur imposer.

913. L'incapacité résultant de l'interdiction s'applique-t-elle sans distinction à tous les actes de la vie civile? L'interdit ne peut-il pas accomplir valablement certains d'entre eux quand il se trouve dans un intervalle lucide? La question est très controversée.

Une première opinion estime que l'incapacité de l'interdit est générale et absolue. Elle se fonde sur le texte de l'art. 502 qui déclare nuls de droit *tous* les actes postérieurs à l'interdiction, et sur l'esprit de la loi qui a voulu éviter les difficultés auxquelles donnerait lieu la nécessité de distinguer les moments de raison des moments de folie (1).

Le texte de l'art. 502 n'a point, à notre avis, la portée que cette opinion lui attribue. Ce qui le prouve, c'est qu'il ne vise pas seulement l'interdit, mais aussi la personne pourvue d'un conseil judiciaire, dont l'incapacité n'existe que pour certains actes. Son objet est uniquement d'indiquer le sort des actes faits par l'incapable nonobstant son incapacité et non de dire à quels actes l'incapacité s'applique.

1) Duranton, t. II, n^{os} 27 et suiv., et t. III, n^o 759; Marcadé sur l'art. 146; Planiol, t. I, n^o 2896 et t. III, n^o 22. — Bruxelles, 20 décembre 1893, D. 95, 2, 485, S. 95, 4, 5.

Parmi les droits civils, dit un second système, il en est qui peuvent être exercés soit par celui-là même auquel ils appartiennent, soit par une autre personne agissant pour lui et en son nom. Il en est d'autres au contraire dont l'exercice, inséparable de la jouissance, est essentiellement personnel; tels sont le droit de se marier, le droit de demander le divorce, le droit de reconnaître un enfant naturel, le droit de tester, le droit d'adopter ou d'être adopté. Les premiers seuls tombent sous le coup de l'art. 502; les seconds restent en dehors de son domaine. En d'autres termes, l'incapacité de l'interdit existe quant à tous les actes qui, n'exigeant pas nécessairement de sa part une manifestation personnelle de volonté, peuvent être faits en son nom par son tuteur; elle n'existe point quant à ceux dans lesquels son tuteur ne peut pas le représenter. L'interdit demeure capable d'accomplir valablement ces derniers actes pendant ses intervalles lucides. L'interdiction est en effet une mesure de garantie et de protection. Elle n'a pas pour but et ne doit pas avoir pour résultat d'opprimer l'interdit. Or, appliquer la nullité édictée par l'art. 502 aux actes pour lesquels la volonté de l'interdit ne peut pas être remplacée par celle de son représentant légal, ce ne serait plus le protéger, ce serait le soumettre à un régime inhumain et tyrannique, le frapper d'une véritable mort civile. On ajoute que cette solution ne présente aucun danger, car l'insanité d'esprit étant présumée être l'état habituel de l'interdit, celui qui soutient la validité de l'acte fait par lui doit prouver l'existence de l'intervalle lucide et les magistrats ne déclareront cet acte valable qu'autant qu'ils auront reconnu, par des preuves certaines, qu'il est bien l'œuvre de la volonté saine et libre de l'interdit (1).

Parmi les défenseurs de cette doctrine, il en est qui ne reconnaissent pas à l'interdit la capacité de faire une donation entre vifs pendant un intervalle lucide. D'autres au contraire ne reculent pas devant cette conséquence logique de leur principe, et décident que l'interdit ne pouvant être représenté dans un pareil acte conserve la capacité de le faire.

Enfin un troisième système distingue entre les actes pécuniaires et ceux qui présentent un caractère surtout moral. Il déclare l'interdit absolument incapable de faire les premiers et lui reconnaît au contraire la capacité d'accomplir les seconds pendant un intervalle lucide. Cette distinction résulte, dit-on, de l'objet même de l'interdiction. Elle a pour but d'empêcher l'interdit de se ruiner et de ruiner sa famille par les actes qu'il passerait et dont il serait très difficile d'obtenir l'annulation. Pour que ce but soit atteint, il faut que l'incapacité qu'elle entraîne s'applique à tous les actes de nature à produire ce résultat, c'est-à-dire à tous les actes pécuniaires, à tous les actes qui intéressent le patrimoine. Mais l'interdiction reste sans influence

1) Demolombe, t. VIII, nos 640 et suiv. Valette, Cours de code civil, p. 610; Beudant, t. II, n° 978.

sur les actes moraux, ces actes étant étrangers au but qui l'a fait établir. L'interdit demeure donc capable de les faire comme s'il n'était pas interdit, c'est-à-dire toutes les fois qu'il se trouve dans un intervalle lucide. Ainsi un interdit peut se marier, demander le divorce, reconnaître un enfant naturel, adopter ou se donner en adoption, etc. ; mais il ne saurait ni faire une donation entre vifs ni tester (1).

C'est à ce dernier système que nous croyons devoir nous rallier. La loi n'ayant indiqué nulle part les effets de l'interdiction légale, qu'elle inflige aux individus condamnés à une peine afflictive et infamante, il est naturel d'en conclure que ces effets sont les mêmes que ceux de l'interdiction judiciaire. L'objet de l'interdiction légale peut donc nous éclairer sur la portée de l'interdiction judiciaire. Or l'interdiction légale n'est pas à proprement parler une peine. En plaçant le condamné en état d'interdiction, la loi s'est proposé, d'une part, de pourvoir à l'administration de ses biens pendant la durée de sa peine, et, d'autre part, de lui enlever, pendant ce même temps, les ressources qui lui permettraient d'échapper aux rigueurs du régime auquel il est soumis et de se procurer des moyens d'évasion. L'interdiction légale est sans effet quant aux droits moraux du condamné. S'il en était autrement de l'interdiction judiciaire, le législateur n'aurait sans doute pas manqué de signaler une différence aussi considérable. — A ce premier argument on peut en joindre un second qui est spécial au mariage. Il est de principe qu'en matière de mariage il n'y a pas d'autres nullités que celles qui sont établies pour un texte formel du chapitre IV du titre *du Mariage*. Or il n'existe dans ce chapitre aucun texte qui range l'interdiction parmi les causes de nullité. Donc le mariage échappe forcément à l'application de l'art. 502 pour demeurer soumis à la règle générale de l'art. 146. Valable s'il a été contracté dans un intervalle lucide, il est inexistant dans le cas contraire. Les travaux préparatoires confirment pleinement cette interprétation. Un article du projet qui déclarait l'interdit incapable de contracter mariage fut en effet supprimé, à la demande du consul Cambacérès malgré l'opposition du Tribunat. — Mais si l'interdiction n'est pas une cause de nullité d'un mariage contracté, si elle ne constitue pas un empêchement dirimant, n'est-elle pas du moins un obstacle à la célébration d'un mariage, non encore contracté, un empêchement simplement prohibitif? L'art. 174 pourrait le faire croire. En même temps qu'il range la démence au nombre des causes d'opposition à mariage, cet article dispose que l'opposition fondée sur ce motif ne sera reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un certain délai. N'est-ce pas dire que l'interdiction prononcée aura pour conséquence le maintien de l'opposition? Non. Tout ce qui résulte de l'art. 174,

1) Laurent, t. V, nos 308 et suiv. ; Aubry et Rau, § 127.

c'est que le tribunal doit nécessairement donner mainlevée de l'opposition si la demande en interdiction n'est pas formée ou si elle est rejetée. Il ne s'ensuit nullement qu'il ait les mains liées lorsque l'interdiction est prononcée et que, malgré l'existence d'intervalles lucides, il soit tenu de maintenir l'opposition (1).

914. Le jugement d'interdiction, s'il ne rétroagit pas, exerce cependant sur le passé une certaine influence. Aux termes de l'art. 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.* » En l'absence de cette disposition, l'interdit ou ses représentants n'auraient pu faire tomber les actes antérieurs à l'interdiction qu'en prouvant l'absence de raison au moment précis de la passation de ces actes. Notre article leur permet d'en obtenir l'annulation en établissant que *la cause de l'interdiction, c'est-à-dire l'insanité d'esprit, l'état habituel de démence, était notoire à l'époque où ils ont été passés, ce qui est beaucoup plus facile que de prouver l'existence de la folie à un moment donné.* Cette dérogation au droit commun a paru nécessaire pour compléter la protection résultant de l'interdiction. La poursuite en interdiction est déterminée d'ordinaire par la manière dont l'insensé gère sa fortune, par les actes qu'il consent. Or ces actes peuvent être tellement dommageables que, s'ils étaient maintenus, l'interdiction ne serait qu'un remède tardif et inutile. Mais, tout en accordant pour les faire tomber des facilités particulières, la loi devait tenir compte des droits des tiers qui ont traité avec une personne encore en pleine possession de sa capacité. De là vient qu'à la différence de l'art. 502 qui impose aux tribunaux l'obligation d'annuler les actes postérieurs à l'interdiction, l'art. 503 se borne à dire que les actes antérieurs *pourront être annulés*, laissant ainsi aux tribunaux le soin d'apprécier, d'après les circonstances, s'il y a lieu de les maintenir ou d'en prononcer la nullité. Pour décider à cet égard, les magistrats prendront surtout en considération le caractère de la maladie mentale qui a rendu l'interdiction nécessaire, la bonne ou la mauvaise foi de ceux qui ont traité avec l'aliéné, le lieu où les actes ont été passés, leur nature, leur date plus ou moins rapprochée du jugement d'interdiction, etc. (2).

915. Comme l'art. 503, l'art. 504 déroge au droit commun, mais cette dérogation est conçue dans un tout autre esprit que la précédente. La loi s'y occupe des actes passés par une personne actuellement décédée et elle apporte des restrictions à la faculté d'attaquer ces actes pour cause de démence : « *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*

1) Demante, t. I, n° 244 bis.

2) Lyon, 18 nov. 1893, D. 99, 2, 103, S. 99, 2, 172.

été prononcée ou provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. » Lorsque le défunt a été de son vivant frappé d'interdiction, on applique aux actes faits par lui les art. 502 et 503, dont ses héritiers peuvent se prévaloir comme il aurait pu le faire lui-même. Mais s'il est mort sans avoir été interdit, les actes dont il aurait été lui-même admis à demander la nullité pour cause de démence en prouvant qu'il était, au moment précis de leur passation, privé de l'usage de ses facultés intellectuelles, ne sont plus en principe, après son décès, susceptibles d'être attaqués pour cette cause par ses héritiers ou autres intéressés. Il en est ainsi alors même que le défunt n'a pu être interdit parce que la démence n'était pas son état habituel.

Le principal motif de cette disposition paraît être l'extrême difficulté de prouver d'une façon certaine l'insanité d'esprit d'une personne qui n'est plus là pour se défendre et pour fournir des renseignements sur ses actes. « Avec la vie d'un individu » disait le tribun Tarrible, finit le moyen le plus sûr de résoudre le problème de sa capacité. Il aurait été trop dangereux de livrer à la cupidité des héritiers et à l'incertitude de quelques preuves équivoques la mémoire d'un homme qui ne peut plus la défendre et le sort des engagements qu'il a contractés. » La loi a prévenu ainsi de nombreux procès, les héritiers et autres successeurs aux biens étant très enclins à alléguer la démence de leur auteur à propos des actes qui leur sont préjudiciables.

916. L'art. 504 admet cependant deux exceptions à la règle qu'il établit :

1^o Les actes d'une personne décédée sans avoir été interdite peuvent être attaqués pour cause de démence lorsque son interdiction a été provoquée et qu'elle est morte pendant l'instance. Les demandeurs en interdiction étant la plupart du temps ceux-là même à qui les actes du défunt portent préjudice, la loi n'a pas voulu qu'ayant fait, en demandant son interdiction, ce qu'ils devaient faire pour sauvegarder ses intérêts et les leurs, ils aient à souffrir de l'événement qui a empêché leur action d'aboutir. Le fait que le défunt avait été l'objet d'une demande en interdiction donne d'ailleurs une certaine vraisemblance aux allégations de ceux qui attaquent aujourd'hui ses actes pour cause de démence. Il se peut même qu'au moment où son décès a mis fin à la procédure en interdiction, cette procédure fût assez avancée pour fournir des renseignements précis sur son état mental, par exemple s'il avait été procédé à son interrogatoire. La loi n'exige point cependant que, lors du décès, la procédure fût arrivée à une certaine phase; elle ne demande qu'une chose, c'est que l'interdiction ait été *provoquée*, c'est-à-dire que la requête par laquelle s'introduit la demande en interdiction ait été présentée au président du tribunal. Mais il faut, bien entendu, que l'action soit sérieuse et sincère, qu'elle n'ait pas été formée pour faire

fraude à la loi, en réservant au demandeur le moyen d'échapper à la règle de l'art. 504. Une demande présentée *in extremis* pour ainsi dire, à la veille d'un décès prévu et certain, sans qu'aucun fait récent explique cette soudaine et tardive démarche, serait à considérer comme non avenue (1).

Si la demande en interdiction avait été rejetée, si le demandeur s'était désisté, ou s'il avait laissé périmer l'instance, la situation serait légalement la même que si l'interdiction n'avait pas été provoquée.

Ceux qui attaquent pour cause de démence un acte émanant d'une personne décédée au cours d'une instance en interdiction doivent prouver que la démence existait au moment même où l'acte a été passé. Il ne leur suffirait pas de prouver, conformément à l'art. 503, que la démence du défunt était notoire. L'art. 503, qui se contente d'une semblable preuve, suppose que l'interdiction a été prononcée et sa disposition étant exceptionnelle ne saurait, dans le silence de la loi, être étendue au cas où l'interdiction a été seulement provoquée. Dans ce dernier cas, l'acte peut bien être annulé, comme il pourrait l'être si le défunt avait été interdit, mais la preuve de la démence doit être faite d'après le droit commun. En revanche, si cette preuve plus difficile est faite, il n'est pas nécessaire que la démence ait été notoire, la loi ne l'exigeant pas (2).

2° Il est encore permis d'attaquer pour cause de démence un acte émanant d'un individu décédé sans-êtré interdit, lorsque cet acte porte en lui-même, par l'incohérence ou la bizarrerie des dispositions qu'il contient, la preuve toute faite de l'insanité d'esprit de son auteur.

L'art. 504 régit tous les actes à titre onéreux; mais on s'accorde à penser qu'il est étranger aux actes à titre gratuit, c'est-à-dire aux donations entre vifs et aux testaments. L'art. 901 exige en effet, comme condition absolue et pour tous les cas sans distinction, que celui qui dispose à titre gratuit soit sain d'esprit. On ne rencontre dans le code aucun autre article semblable. L'art. 901 renferme donc une disposition spéciale aux actes à titre gratuit. Et ce qui indique bien la volonté du législateur de soustraire ces actes à la règle de l'art. 504, c'est qu'on retrancha, lors de la rédaction définitive de l'art. 901, un second alinéa portant que les donations entre vifs et les testaments ne pourraient être attaqués pour cause de démence que dans les cas prévus par l'art. 504. On s'explique d'ailleurs aisément la différence établie à cet égard entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Les dispositions faites à titre gratuit sont souvent faites aux approches de la mort, à un moment où les facultés intellectuelles du disposant sont affaiblies par l'âge ou la maladie. Il était donc nécessaire, dans

1) Demolombe, t. VIII, n° 670.

2) Laurent, t. V, n° 326.

l'intérêt des familles, de permettre toujours de rechercher si en fait le disposant était sain d'esprit (1).

L'art. 504 est également inapplicable aux actes émanés d'une personne qui, lors de leur passation, était retenue dans un établissement d'aliénés. Ce cas est régi par l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838.

§ 2. — *De la tutelle de l'interdit.*

917. « *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* » (art. 509).

Cet article est conçu en termes trop absolus. L'assimilation de l'interdit au mineur non émancipé n'est pas aussi complète qu'il semble le dire. L'incapacité de l'un n'est pas, nous l'avons vu, la même que celle de l'autre. D'un autre côté, il existe plusieurs différences entre la tutelle des interdits et celle des mineurs. Ces différences sont relatives :

- 1° Au mode de délation de la tutelle;
- 2° A l'emploi des revenus;
- 3° Aux pouvoirs du conseil de famille dans un cas spécial;
- 4° A la cessation de la tutelle.

918. A. Tandis que la tutelle du mineur est légale, testamentaire ou dative, la tutelle des interdits, sauf une seule exception qui fait l'objet de l'art. 506, est toujours dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. Telle est la disposition de l'art. 505 qui détermine en même temps le moment où doit avoir lieu la nomination du tuteur et du subrogé tuteur : « *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'Émancipation. L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même.* »

Pourquoi le législateur a-t-il ainsi confié, dans tous les cas, au conseil de famille la nomination du tuteur? Parce que la tutelle d'un interdit étant plus difficile à gérer que celle d'un mineur, il convenait que le tuteur fût toujours choisi en connaissance de cause. Peut-être aussi a-t-il considéré que l'insanité d'esprit étant parfois le résultat des excès, de l'inconduite de celui qui en est atteint, la tutelle, si elle avait été déférée par la loi elle-même aurait pu tomber entre les mains d'un parent mal disposé pour l'interdit et ayant contre lui des motifs de ressentiment et de haine.

1) Demolombe, t. VIII, n° 674; Aubry et Rau, § 127 et 648; Valette sur Proudhon, t. II, p. 543 et Cours de code civil, p. 616; Duranton, t. III, n° 787 et t. VIII, n° 155; Demante, t. II, n° 276 bis III; Huc, t. III, n° 522.

La nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit étant un acte d'exécution du jugement qui a prononcé l'interdiction, il y a lieu de lui appliquer les règles qui gouvernent l'exécution des jugements. Il ne peut donc y être procédé qu'après que le jugement a été signifié à l'interdit et qu'il s'est écoulé huit jours depuis sa prononciation (art. 147, 449 et 450 c. pr.) Le délai d'appel ne suspend pas par lui-même la nomination, mais si, avant qu'elle ait eu lieu, l'interdit a formé appel, il doit y être sursis jusqu'après la signification de l'arrêt confirmatif (art. 457 c. pr.). Si la tutelle se trouve déjà organisée au moment où l'appel est interjeté, les pouvoirs du tuteur et du subrogé tuteur sont provisoirement suspendus et demeurent subordonnés au résultat de l'appel.

Rien ne s'oppose à ce que la tutelle de l'interdit soit déférée à la personne qui a provoqué l'interdiction. Cette personne peut également faire partie du conseil de famille réuni pour nommer le tuteur. L'exclusion prononcée contre elle par l'art. 495 est spéciale au cas où le conseil est appelé à donner son avis sur l'état de la personne à interdire. Elle n'a plus de raison d'être une fois l'interdiction prononcée.

Aussitôt après son entrée en fonctions, le tuteur doit recevoir le compte de l'administrateur provisoire lorsque la justice en a désigné un, à moins que le conseil de famille n'ait choisi pour tuteur cet administrateur lui-même, auquel cas le compte de l'administrateur provisoire figurera dans le compte général que devra rendre le tuteur après l'expiration de ses fonctions.

§ 919. La règle que la tutelle des interdits est toujours dative reçoit, avons-nous dit, une exception formulée dans l'art. 506. Aux termes de cet article, « *Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite.* » C'est une conséquence de l'autorité maritale et du devoir de protection et d'assistance dont le mari est tenu envers sa femme. Ce devoir supposant la vie commune, on doit tenir pour certain que l'art. 506 cesse de recevoir son application lorsque la séparation de corps a brisé la communauté d'existence entre les époux et détruit les garanties d'affection et de dévouement qui résultaient du mariage.

Quant à la femme, elle n'est point investie de plein droit de la tutelle de son mari interdit, mais la loi, dérogeant à la règle que les femmes sont incapables d'être tutrices (art. 442), permet au conseil de famille de lui déférer cette tutelle. « *La femme, dit l'art. 507, pourra être nommée tutrice de son mari...* » On s'explique aisément la différence établie sous ce rapport entre les deux époux. Si l'affection, le dévouement de la femme pour son mari, l'intérêt qu'elle peut avoir à ne pas laisser à un tiers la gestion des biens de celui-ci et de sa fortune personnelle devaient faire déroger à la règle de l'art. 442, son inexpérience des affaires, le déplacement d'autorité qui résulte à son profit de l'exercice des fonctions tutélaires ne permettaient pas

de l'investir de ces fonctions *de plano*. Il convenait de laisser à la famille le soin de décider la question en connaissance de cause.

920. L'interdiction d'une personne mariée donne naissance à une situation toute particulière qu'il est nécessaire de bien préciser. Trois hypothèses doivent être distinguées : celle où le mari est tuteur de sa femme interdite ; — celle où la femme est tutrice de son mari interdit ; — celle où la tutelle de l'époux interdit a été confiée à un tiers.

a. Le mari, tuteur de sa femme interdite, conserve sur la personne et sur les biens de celle-ci tous les droits qui dérivent pour lui de la puissance maritale et de ses conventions matrimoniales. Il reste donc le chef de la communauté, et les pouvoirs dont il jouissait sur les biens personnels de sa femme ne reçoivent aucune modification. Sa qualité de tuteur n'a d'autre effet que de lui faire acquérir l'administration de ceux des biens de la femme dont la gestion appartenait à celle-ci en vertu du contrat de mariage. Il est tenu de se conformer en ce qui concerne ces biens aux règles de la tutelle, lesquelles doivent également être observées même à l'égard des biens dont ses conventions matrimoniales lui attribuent la jouissance lorsqu'il s'agit d'un acte qui dépasse ses pouvoirs comme mari.

b. Très différente est la position de la femme investie de la tutelle par le conseil de famille. Soumise auparavant à la puissance maritale, elle acquiert, sous le contrôle de la famille, la direction de la personne de son mari, avec l'autorité qui lui est nécessaire pour pouvoir s'acquitter de cette tâche. Elle prend en outre, en sa nouvelle qualité, l'administration de la communauté, celle des biens personnels du mari et celle de ses propres biens dont le mari avait précédemment la gestion. En un mot, elle exerce, quant aux biens, tous les droits qui appartiennent au mari en vertu de ses conventions matrimoniales. Exerçant ces droits comme tutrice, elle est tenue de se conformer, pour les divers actes de sa gestion, à toutes les règles de la tutelle. Mais aussi elle est soustraite pour ces mêmes actes à l'incapacité qui l'atteint comme femme mariée (1). Cette incapacité subsiste au contraire quand, au lieu d'agir en qualité de tutrice, au nom et pour le compte de son mari, elle veut exercer les droits qui lui appartiennent personnellement. Les actes pour lesquels elle aurait besoin de l'autorisation de son mari, si celui-ci n'était pas interdit, ne peuvent être faits par elle qu'avec l'autorisation de justice (art. 222).

Après avoir reconnu au conseil de famille la faculté de conférer à la femme la tutelle de son mari interdit, l'art. 507 ajoute : « *En ce cas, le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se trouverait lésée par l'arrêté de la famille.* » Bertrand de Greuille, rapporteur du Tri-

1) Bordeaux, 30 janvier 1890, D. 91, 2, 295.

bunat, explique cette disposition en disant qu'elle « est un préservatif contre l'inexpérience du sexe dans la régie des biens et dans les affaires qui en sont la suite ». Elle permet donc au conseil de famille de *restreindre* les pouvoirs qui, d'après le droit commun, devraient appartenir à la femme tutrice. C'est ainsi, par exemple, que la femme pourrait être soumise à l'obligation d'obtenir le concours du subrogé tuteur ou l'autorisation du conseil de famille dans des cas où ce concours et cette autorisation ne sont pas requis par la loi.

Il peut arriver que les restrictions ainsi apportées aux pouvoirs de la femme tutrice soient excessives, qu'elles entravent sa gestion et même qu'elles portent atteinte à ses droits, spécialement à ceux qui résultent pour elle de ses conventions matrimoniales. L'art. 507 lui réserve, en prévision de ce cas, un recours aux tribunaux, ce qui d'ailleurs allait de soi.

c. Reste enfin l'hypothèse où la tutelle du conjoint interdit a été confiée à un tiers.

Lorsque c'est le mari qui est interdit, son tuteur est chargé d'administrer non seulement ses biens personnels, mais encore les biens de la communauté et ceux des biens de la femme dont le mari avait la gestion en vertu de son contrat de mariage. Mais le tuteur n'a aucune autorité sur la *personne* de la femme; il n'exerce point la puissance maritale. C'est donc à la justice que la femme doit s'adresser dans les cas où une autorisation lui est nécessaire. Le tuteur du mari n'exerce pas non plus la puissance paternelle sur les enfants; l'exercice de cette puissance est dévolu à la mère.

Lorsque c'est la femme qui est interdite, le mari excusé ou écarté de la tutelle conserve la puissance maritale avec les droits et les obligations qui en résultent. Le rôle du tuteur consiste uniquement à gérer les biens dont la femme s'était réservé l'administration.

921. B. La deuxième différence entre la tutelle des mineurs et celle des interdits est relative à l'emploi des revenus. Tandis que les revenus d'un mineur doivent, autant que possible, être économisés en vue d'augmenter son capital (art. 454), ceux d'un interdit doivent être dépensés dans son intérêt. Il s'agit avant tout d'obtenir, si on le peut, la guérison du malade ou du moins de le soulager, de le distraire, de lui épargner des privations. La loi confie au conseil de famille le soin de prescrire, en partant de ce principe, les mesures qui lui paraîtront les plus convenables. « *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. 510). Si les revenus de l'interdit n'étaient pas suffisants pour lui assurer les soins qu'exige son état, le conseil de famille pourrait

appliquer ses capitaux à cette destination. En parlant seulement des revenus, l'art. 510 a prévu seulement le cas le plus ordinaire; il n'a pu vouloir refuser au conseil de famille de l'interdit un pouvoir qui, en cas de nécessité, appartient même au conseil de famille du mineur.

922. C. Dans un cas spécial, qui ne saurait se présenter pendant la tutelle d'un mineur, les biens d'un interdit peuvent être aliénés à titre gratuit. — « *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 réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi* » (art. 511). En principe, les représentants d'un incapable n'ont pas qualité pour faire des libéralités en son nom. Le propriétaire, ayant l'exercice de ses droits, peut seul disposer de ses biens à titre gratuit. La loi déroge ici à ce principe, parce qu'elle considère la dotation de l'enfant comme l'accomplissement d'un devoir; devoir que l'interdit aurait, selon toute vraisemblance, rempli lui-même s'il avait conservé l'usage de ses facultés. L'intervention du conseil de famille et l'homologation du tribunal accordée sur les conclusions du ministère public lui ont paru des garanties suffisantes contre tout abus.

Le mot *hoirie*, dont se sert l'art. 511, est un vieux mot français qui signifie *hérédité*. L'avancement d'hoirie est donc une avance faite à l'enfant sur la future hérédité de son père ou de sa mère. Il résulte de cette expression que l'enfant doté sera tenu, lorsqu'il viendra à la succession de l'interdit, de *rappporter* à cette succession les biens qui lui ont été constitués en dot, pour qu'ils soient compris dans le partage (art. 843). L'interdit, s'il avait été capable, aurait pu dispenser l'enfant du rapport, disposer en sa faveur par préciput, de manière que la dot formât pour lui un avantage en sus de sa part héréditaire. Le conseil de famille n'a pas ce droit. En disposant des biens de l'interdit, le conseil n'intervient en effet que par nécessité. Ses pouvoirs doivent donc être bornés à ce qui est nécessaire. Or s'il est nécessaire de doter l'enfant, il ne l'est pas de le doter par préciput et hors part.

En même temps qu'il constitue une dot à l'enfant de l'interdit, le conseil de famille règle, d'après l'art. 511, *les autres conventions matrimoniales* de l'enfant doté. Cette formule ne doit pas être prise à la lettre. C'est l'enfant lui-même qui, seul s'il est majeur, et avec l'assistance de ses ascendants ou de son propre conseil de famille s'il est mineur, règle ses conventions matrimoniales (art. 1398). Le conseil de famille de l'interdit n'a pas à y intervenir, directement du moins. Il n'y participe que d'une façon indirecte, en ce sens qu'il peut subordonner la constitution de dot à l'adoption par l'enfant de tel ou tel régime ou à l'insertion dans son contrat de mariage de telle ou telle clause déterminée.

Bien que notre article prévoie seulement l'hypothèse d'un établissement

par mariage, la jurisprudence et la majorité des auteurs reconnaissent au conseil de famille le droit de faire à l'enfant de l'interdit une donation en avancement d'hoirie en vue d'un établissement autre qu'un établissement matrimonial, par exemple pour lui permettre d'acheter soit un fonds de commerce, soit une étude de notaire ou d'avoué. Il y a en effet, dit-on, le même motif de décider dans tous les cas. Le code lui-même assimile d'ordinaire les diverses sortes d'établissement. C'est donc se conformer à son esprit que de les mettre ici sur la même ligne (1). — La solution contraire, quelque rigoureuse qu'elle soit, nous paraît cependant plus juridique. L'art. 511 renfermant une grave dérogation au droit commun, le principe que les dispositions exceptionnelles sont de stricte interprétation ne permet pas de l'appliquer à des cas qu'il n'a pas prévus (2).

Lorsque c'est la femme qui est interdite, le père, tuteur ou non, peut doter un enfant commun, avec les biens de la communauté, sans recourir aux formalités de l'art. 511 (art. 1422 et 1439). Il n'y a lieu de s'adresser au conseil de famille que si la dot est prise en tout ou en partie sur les biens propres de la femme interdite.

923. D. Le tuteur d'un mineur, à moins qu'il ne puisse invoquer une cause légale d'excuse, est tenu de conserver ses fonctions tant que dure la tutelle. Le tuteur d'un interdit, à moins qu'il ne soit l'époux, l'ascendant ou le descendant de l'incapable, peut, au bout de dix ans, exiger son remplacement. « *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* » (art. 508). La tutelle d'un interdit n'ayant pas, comme celle d'un mineur, un terme fixe et connu d'avance, la loi n'a pas voulu imposer pour un temps indéfini à une personne étrangère à la famille ou même à un parent collatéral une charge qui peut être très lourde.

Le *sūbrogé tuteur*, lorsqu'il n'est ni le conjoint, ni l'ascendant, ni le descendant de l'interdit peut, croyons-nous, comme le tuteur, demander à être relevé de ses fonctions au bout de dix ans (arg. art. 426).

924. A part les différences qui viennent d'être indiquées, la tutelle des interdits est, ainsi que le dit l'art. 509, soumise aux mêmes règles que celle des mineurs. Comme cette dernière, elle constitue une charge obligatoire; elle comporte les mêmes causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, et confère au tuteur les mêmes pouvoirs. Les règles relatives à la composition, au fonctionnement du conseil de famille et à l'effet

1) Demolombe, t. VIII, n° 588; Aubry et Rau, § 426, note 15; Valette sur Proudhon, t. II, p. 552, et Cours de code civil, p. 622; Marcadé, sur l'art. 511; Huc, t. III, n° 526.

2) Laurent, t. V, n° 299; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1373.

de ses délibérations sont également les mêmes. Par application de ce principe, les restrictions apportées aux pouvoirs des tuteurs par la loi du 27 février 1880 concernent les tuteurs des interdits aussi bien que ceux des mineurs.

SECTION V

DE LA CESSATION DE L'INTERDICTION

925. « *L'interdiction, dit l'art. 512, cesse avec les causes qui l'ont déterminée ; néanmoins, la mainlevée 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 mainlevée.* »

Cet article est rédigé d'une façon bizarre. Sa première partie fait naître dans l'esprit une idée inexacte que sa disposition finale vient ensuite rectifier. La disparition des causes qui ont amené l'interdiction ne la fait point cesser de plein droit; elle permet seulement d'en faire prononcer la mainlevée par le tribunal. Appelée à constater la maladie et à prononcer l'incapacité qui en est la conséquence, la justice intervient donc de nouveau pour constater la guérison et mettre fin à l'incapacité. Tant que la mainlevée n'est pas obtenue, l'interdit, eût-il depuis longtemps recouvré toute sa raison; demeure légalement incapable.

926. Les formalités à remplir pour obtenir la mainlevée sont, nous dit la loi, les mêmes que celles qui sont prescrites pour parvenir à l'interdiction. La demande s'introduit donc par une requête, laquelle est communiquée au ministère public et fait l'objet d'un rapport au tribunal. Si le tribunal estime qu'il y a lieu d'y donner suite, il doit provoquer l'avis du conseil de famille et interroger l'interdit. Il peut aussi procéder à une enquête (art. 896 c. pr.). Mais la demande peut être rejetée *de plano*, sans convocation préalable du conseil de famille, si des faits dès lors constants démontrent qu'il n'y a pas lieu de l'accueillir.

Le tribunal compétent est celui du domicile de l'interdit.

927. Par qui la demande en mainlevée peut-elle être formée? La loi ne le dit pas. On admet, par nécessité plutôt que par application des principes, que la demande peut émaner de l'interdit lui-même (1). L'incapacité légale dont il est frappé, dit M. Demante, ne doit pas faire obstacle à une action qui tend précisément à faire déclarer que cette incapacité n'a plus de cause. Mais l'interdit a-t-il seul qualité pour former la demande? Oui, d'après quelques auteurs. Non, suivant une autre opinion qui reconnaît également le droit d'agir en mainlevée au tuteur, au subrogé tuteur et aux diverses personnes auxquelles la loi permet de provoquer l'interdiction.

1) Aix, 31 juillet 1884, S. 86, 2, 42.

Même incertitude sur le point de savoir contre qui la demande doit être formée. On a prétendu qu'elle doit régulièrement être dirigée contre le tuteur, qui représente les intérêts que l'interdiction protège et l'état de choses auquel l'action en mainlevée tend à mettre fin (1). C'est oublier d'une part que l'interdiction a surtout pour but de protéger les intérêts de l'aliéné lui-même et, d'autre part, que la mission du tuteur est uniquement de représenter l'interdit et non ceux qui sont intéressés à ce que la demande en mainlevée soit repoussée. — En réalité il n'y a point de défendeur à l'action en mainlevée. Le défendeur est en effet celui contre lequel on demande quelque chose. Or le demandeur en mainlevée ne demande rien contre personne. Lui seul est donc partie en cause et il n'a pas besoin pour suivre sa demande de se donner un contradicteur quelconque.

Les personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction peuvent du reste, si bon leur semble, intervenir dans l'instance pour combattre la demande en mainlevée.

928. A la différence du jugement d'interdiction, le jugement de mainlevée n'a pas besoin d'être rendu public. La publicité du jugement ne faisant point partie des « *formalités prescrites pour arriver à l'interdiction* », ne se trouve point comprise dans le renvoi fait par l'art. 512 à ces formalités. Les tiers n'ont point d'ailleurs à la publication de la mainlevée le même intérêt qu'à celle de l'interdiction. Celui qui a recouvré sa capacité ne manquera pas le cas échéant, de leur donner connaissance du jugement de mainlevée, tandis que l'interdit se garderait bien de faire connaître le jugement d'interdiction.

929. Au lieu d'accorder purement et simplement la mainlevée de l'interdiction et de rendre ainsi à l'interdit une entière capacité, le tribunal pourrait lui nommer un conseil judiciaire, conformément à l'art. 499.

CHAPITRE III

DU CONSEIL JUDICIAIRE

930. Le conseil judiciaire est une personne chargée par la justice d'assister un individu dans certains actes qu'il est incapable de faire seul.

Le mot *conseil* est donc pris ici dans le sens de *conseiller* et non dans celui d'assemblée.

1) Demolombe, t. VIII, n° 679.

SECTION I

DES CAUSES QUI DONNENT LIEU A LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

931. Ces causes sont : *la faiblesse d'esprit et la prodigalité.*

Le *faible d'esprit* est celui qui, sans être atteint d'aliénation mentale, n'a pas l'intelligence assez développée ou assez lucide pour pouvoir diriger seules ses affaires. Le code ne dit point que la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peut avoir lieu sur une demande principale et directe formée dans ce but. L'art. 499 suppose cette nomination faite par le tribunal saisi d'une demande d'interdiction, lorsqu'il estime que l'interdiction constituerait une mesure excessive, eu égard à l'état mental du défendeur. Il est certain cependant qu'elle peut être demandée principalement et directement. On ne s'expliquerait pas en effet que le législateur obligeât à demander plus pour obtenir moins, c'est-à-dire à provoquer l'interdiction pour obtenir seulement la nomination d'un conseil.

Le *prodigue* est tout individu qui, par dérèglement d'esprit ou de mœurs, dissipe son patrimoine en dépenses folles ou inutiles (1). Lors de la discussion du code au Conseil d'État, quelques membres de cette assemblée contestèrent la légitimité de l'intervention du législateur en cas de prodigalité et soutinrent qu'il n'y avait pas lieu d'établir, en vue de cette hypothèse, des mesures particulières de protection. Le prodigue, disaient-ils, ne fait qu'user de son droit en dépensant son patrimoine à sa guise, puisque la propriété donne non seulement le pouvoir d'user, mais encore celui d'abuser. Empêcher un individu, d'ailleurs sain d'esprit, de dissiper ses biens, c'est porter atteinte à la liberté individuelle et au droit de propriété. Certains auteurs modernes reproduisent ces critiques en les approuvant. Elles ne sont pourtant rien moins que justifiées. « Si le prodigue seul portait la responsabilité de sa mauvaise gestion, dit M. Laurent, le législateur n'aurait pas le droit de limiter sa capacité pour l'empêcher de se ruiner. Mais sa ruine lèsera d'autres intérêts, et plus que des intérêts, des droits. Que fera le prodigue quand il aura dissipé son patrimoine? Il demandera des aliments à ceux qui sont tenus de lui en fournir. N'est-il pas de toute injustice que celui qui a dissipé sa fortune oblige ensuite sa famille à l'entretenir? S'il n'a pas d'ascendants ni de descendants, il s'adressera à la charité publique. Il est également injuste que le patrimoine des pauvres serve à nourrir un homme qui était riche et qui a trouvé bon de dissiper tout ce

1) Paris, 31 janvier 1894, D. 94, 2, 233, S. 95, 2, 84; — 25 mars 1897, D. 97, 2, 287, S. 98, 2, 49.

qu'il avait en folles dépenses. L'abus de la propriété peut et doit être limité dès qu'il compromet d'autres droits. »

Dans le présent chapitre, le législateur a spécialement en vue la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité; mais ce qu'il en dit s'applique également au cas de faiblesse d'esprit.

932. Toute personne peut être pourvue d'un conseil judiciaire. Cette mesure est applicable même à un mineur sur le point d'atteindre sa majorité ou à une femme mariée, quel que soit d'ailleurs le régime adopté par les époux (1). On conçoit aisément son utilité dans le cas où la femme est mariée sous un régime qui lui laisse l'administration de tout ou partie de sa fortune. Mais elle peut devenir nécessaire alors même que la femme n'a pas l'administration de ses biens, « pour empêcher que dans un but de dissipation commune ou par faiblesse d'esprit la femme ne contracte avec le mari des engagements ruineux » (2). Mais la nomination d'un conseil judiciaire à une femme mariée ne porte aucune atteinte aux droits du mari comme administrateur des biens de sa femme.

SECTION II

DES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR PROVOQUER LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE ET DES FORMES A SUIVRE POUR L'OBTENIR. — DE LA CESSATION DE L'INCAPACITÉ RÉSULTANT DE LA DATION D'UN CONSEIL.

933. « *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* » (art. 514).

Le droit de demander la nomination d'un conseil judiciaire appartient aux diverses personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction, c'est-à-dire au conjoint du prodigue ou du faible d'esprit, à ses parents et au ministère public. Il n'y a d'ailleurs pour ces personnes qu'une simple faculté d'agir. Le ministère public n'est jamais tenu de provoquer la nomination d'un conseil et il ne peut le faire que lorsqu'il n'existe ni conjoint, ni parents connus.

On a vu plus haut qu'une personne ne serait pas admise à provoquer sa propre interdiction. Par les mêmes motifs, une personne ne saurait demander qu'il lui soit donné un conseil judiciaire. Notre ancienne juris-

1) Cour de cass., 12 mars 1877, D. 78, 1, 184, S. 77, 1, 203; — Poitiers, 18 mai 1881, D. 82, 2, 247, S. 83, 2, 8.

2) Aubry et Rau, § 138, note 10.

prudence permettait au prodigue de faire une semblable demande et le projet de code civil contenait une disposition dans le même sens, mais cette disposition n'a pas été conservée.

934. La procédure est la même qu'en matière d'interdiction. La demande s'introduit donc par une requête présentée au tribunal dans le ressort duquel est domiciliée la personne que l'on veut faire pourvoir d'un conseil. Viennent ensuite, si le tribunal, sur le rapport qui lui est fait, estime qu'il y a lieu de donner suite à la demande, l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire du défendeur et enfin, le cas échéant, une enquête. Après le premier interrogatoire, les juges peuvent, conformément à l'art. 497, nommer au défendeur un conseil provisoire (1). Le ministère public doit donner ses conclusions (art. 515).

Comme le jugement d'interdiction, le jugement qui pourvoit un individu d'un conseil doit être rendu public dans la forme prescrite par l'art. 501 complété par la loi du 16 mars 1893.

935. Ainsi que l'indique son nom, le conseil chargé d'assister le prodigue ou le faible d'esprit est, dans tous les cas, désigné par la justice. Le rôle des magistrats est donc ici plus complet qu'en matière d'interdiction. Ils n'ont pas seulement à constater la faiblesse d'esprit ou la prodigalité du défendeur, mais encore, cette constatation faite, à nommer eux-mêmes celui qui remplira les fonctions de conseil. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas confié cette nomination au conseil de famille auquel elle remet le soin de nommer le tuteur de l'interdit? Il est assez difficile de justifier cette différence. Peut-être a-t-elle craint que la famille, si elle nommait le conseil, ne se laissât guider par un sentiment d'intérêt personnel, et qu'elle ne portât son choix sur celui des parents qui lui paraîtrait disposé à refuser obstinément son assistance pour tout acte de nature à diminuer le patrimoine de l'incapable au détriment de ses héritiers présomptifs (2).

Il n'y a pas de conseil légal. Le mari lui-même ne devient pas de plein droit le conseil de sa femme, ce qui s'explique sans peine, la dation d'un conseil judiciaire à une femme mariée pouvant être rendue nécessaire par la conduite du mari qui ne remplit pas envers elle le devoir de protection dont il est tenu.

Les magistrats jouissent d'une entière liberté dans le choix du conseil (3). Ils peuvent à leur gré désigner soit un parent, soit une personne étrangère à la famille. Toutefois une femme ne saurait être nommée conseil de son

1) Cour de cass., 29 avril 1885, D. 85, 4, 375, S. 86, 1, 157.

2) Demolombe, t. VIII, n° 708.

3) Cour de cass., 12 mars 1877, D. 78, 1, 184, S. 77, 1, 203; — Poitiers, 18 mai 1881, D. 82, 2, 247, S. 83, 2, 8.

mari. A la différence du mari interdit qui, étant privé de l'exercice de ses droits civils, peut être placé sous la tutelle de sa femme (art. 507), le mari pourvu d'un conseil judiciaire conserve en effet intact l'exercice de la puissance maritale. Une impossibilité radicale s'oppose donc à ce qu'il soit placé pour certains actes sous l'autorité de sa femme. Dans la pratique, le rôle difficile et ingrat de conseil judiciaire est ordinairement confié à un homme exercé dans les affaires, spécialement à un avocat, à un avoué ou à un notaire. Mais la personne sur laquelle s'arrête le choix de la justice n'est jamais obligée d'accepter les fonctions qui lui sont déferées et, après les avoir acceptées, elle peut toujours s'en démettre. On ne trouve dans le code aucune disposition de nature à faire croire que le législateur ait entendu rendre ces fonctions obligatoires, de facultatives qu'elles étaient dans l'ancien droit (1).

Au cas de démission ou de décès du conseil, il y a lieu d'en nommer un nouveau à la demande soit du prodigue ou du faible d'esprit lui-même, soit des personnes qui ont qualité pour le faire placer sous conseil, soit des tiers qui ont intérêt à cette nomination, par exemple d'un débiteur qui voudrait se libérer.

936. Comme l'interdiction, la défense de procéder sans l'assistance d'un conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités prescrites pour la faire prononcer. D'après l'opinion générale, ce n'est pas seulement la personne pourvue d'un conseil judiciaire qui a qualité pour agir en mainlevée, ce sont aussi tous ceux auxquels la loi reconnaît le droit de provoquer la dation d'un semblable conseil. Ainsi il a été jugé que la femme pouvait demander la mainlevée du jugement qui avait placé son mari sous conseil (2).

SECTION III

DES EFFETS DE LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE

937. La nomination d'un conseil judiciaire est une demi interdiction, une interdiction partielle. Tandis que l'interdit est frappé d'une incapacité générale, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire reste capable des actes qui ne lui sont pas défendus par la loi. Son incapacité existe seulement pour certains actes déterminés. D'un autre côté, l'incapacité qui le frappe en ce qui concerne ces actes ne lui enlève pas le droit de les accomplir personnellement. Elle consiste simplement en ce qu'il ne peut les accomplir qu'avec l'assis-

1) Demolombe, t. VIII, n° 710; Aubry et Rau, § 139, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1387; Huc, t. III, n° 543. — *Contra* : Laurent, t. V, n° 350.

2) Rennes, 16 août 1838, D. Rép. v° *Interdiction*.

tance de son conseil. Le rôle du conseil judiciaire diffère donc essentiellement de celui du tuteur d'un interdit. Le tuteur remplace et représente l'interdit dans les actes de la vie civile. Le conseil judiciaire ne représente point le prodigue ou le faible d'esprit; il se borne à l'assister dans les actes pour lesquels son intervention est exigée. La situation de l'individu placé sous conseil présente ainsi une certaine analogie avec celle d'un mineur émancipé. Elle en diffère toutefois en ce que l'assistance du conseil est toujours suffisante, tandis que le mineur émancipé a quelquefois besoin de l'autorisation de son conseil de famille et même de l'homologation du tribunal.

938. Les actes pour lesquels l'assistance du conseil est nécessaire, déjà énumérés dans l'art. 499, le sont de nouveau dans l'art. 513 ainsi conçu : « *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.* »

Que la dation d'un conseil judiciaire ait pour cause la faiblesse d'esprit ou la prodigalité, elle produit donc les mêmes effets, l'énumération de l'art. 499 et celle de l'art. 513 étant identiques. Cette énumération s'impose aux tribunaux et ne peut pas être modifiée par eux. Il ne leur est permis ni d'étendre l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit à des actes autres que ceux qui sont prévus par la loi, ni de la restreindre à quelques-uns seulement des actes compris dans l'énumération légale. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit. Les magistrats pouvaient alors, suivant les caractères de l'infirmité morale à laquelle ils étaient appelés à remédier, déterminer discrétionnairement les actes qui nécessiteraient l'intervention du conseil. Quelques auteurs ont soutenu que le législateur moderne avait conservé sur ce point la règle ancienne, en ce sens que les art. 499 et 513 fixent seulement une limite que les magistrats ne peuvent pas dépasser, mais en deçà de laquelle il leur est loisible de s'arrêter, en restreignant l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit à tels ou tels des actes indiqués dans ces articles. — Il suffit de se reporter au texte de la loi pour se convaincre qu'il ne se prête nullement à cette interprétation, laquelle ne trouve non plus aucun appui dans les travaux préparatoires. Le pouvoir discrétionnaire dont les magistrats jouissaient jadis en cette matière pouvait avoir des avantages, mais, par suite de la diversité qu'il introduisait dans la situation des personnes placées sous conseil, il était de nature à compromettre les intérêts des tiers exposés à se méprendre sur l'étendue de l'incapacité de celui avec lequel ils traitaient. C'était un très grave inconvénient pratique, que les rédacteurs du code ont sans doute voulu éviter en soumettant tous les individus pourvus d'un conseil à un régime uniforme et invariable.

Cela posé, envisageons successivement les divers actes juridiques pour lesquels l'assistance du conseil judiciaire est exigée. Nous aurons ensuite à rechercher comment l'assistance doit être fournie et quelles sont les conséquences du défaut d'assistance.

939. La loi défend d'abord à la personne placée sous conseil de *plaider* sans l'assistance de son conseil. Cette prohibition est absolue. Elle s'étend à la défense comme à la demande (1), ainsi qu'à l'exercice des voies de recours telles que l'appel, l'opposition ou le pourvoi en cassation. D'un autre côté, elle reçoit son application quelle que soit la nature de la contestation dont il s'agit. L'assistance du conseil est nécessaire pour les procès relatifs à la personne de l'incapable, par exemple pour une instance en séparation de corps, pour une demande en mainlevée de l'opposition faite à son mariage, aussi bien que pour les procès relatifs à son patrimoine (2), pour les actions mobilières comme pour les actions immobilières. En un mot, toute instance judiciaire, alors même qu'elle est relative à un acte que le prodigue ou le faible d'esprit a le droit de faire seul, nécessite l'intervention du conseil. Sous ce rapport, la capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est donc plus restreinte que celle du mineur émancipé. — La défense de plaider entraîne celle d'acquiescer ou de se désister sans l'assistance du conseil.

La défense de *transiger* est également absolue et doit être observée quelle que soit la nature des objets ou des droits sur lesquels porterait la transaction. Elle emporte virtuellement celle de compromettre (arg. art. 1989, c. c. et 1003, c. pr.).

Les personnes placées sous conseil ne peuvent *emprunter* sans l'assistance de leur conseil. L'emprunt est un des actes les plus dangereux pour les faibles d'esprit et surtout pour les prodigues, et c'est aussi l'un de ceux pour lesquels ils cherchent le plus fréquemment à échapper par des moyens indirects à l'incapacité dont ils sont frappés. La justice est souvent appelée à annuler des actes qui, sous l'apparence d'un contrat permis à l'individu placé sous conseil, renferment en réalité un emprunt déguisé.

Bien que la loi ne le dise pas textuellement, l'assistance que doit prêter le conseil judiciaire pour *la réception d'un capital mobilier* lui donne le droit d'exiger et de surveiller l'emploi du capital reçu. Sans cela en effet son intervention à la réception de ce capital serait une formalité inutile, le prodigue ou le faible d'esprit demeurant libre de le dissiper à son gré (3).

La prohibition d'*aliéner* porte non seulement sur les immeubles, mais

1) Rennes, 3 janvier 1880, D. 80, 2, 54. — Nancy, 24 février 1892, D. 92, 2, 293.

2) Toulouse, 11 août 1884, S. 85, 2, 78.

3) Paris, 31 janvier 1876, D. 77, 2, 48, S. 77, 2, 149.

encore sur les meubles tant corporels qu'incorporels, et elle s'applique à toute espèce d'aliénation soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Mais le testament demeure permis à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, sauf l'application de l'art. 901. Le testateur en effet n'aliène pas; il dispose pour le temps où il ne sera plus, et il lui est toujours loisible de révoquer ses dispositions. D'ailleurs le testament est par essence l'œuvre exclusivement personnelle du testateur; il ne comporte l'intervention d'aucune volonté étrangère.

La prohibition d'aliéner les immeubles comprend celle de les grever d'un droit réel, par exemple d'un usufruit ou d'une servitude, la constitution d'un droit réel étant une aliénation partielle.

Elle comprend par là même celle *d'hypothéquer* que la loi a cru devoir formuler textuellement.

940. Pour tous les actes non compris dans l'énumération donnée par les art. 499 et 513, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire conserve une entière capacité. Il peut donc sans l'assistance de son conseil :

Donner ses biens à bail, mais seulement, d'après l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, pour une durée qui n'excède pas neuf ans, les baux de plus de neuf ans étant regardés par la loi comme des actes de disposition;

Recevoir ses revenus au fur et à mesure de leur échéance, en donner quittance et les employer comme bon lui semble;

Prendre à bail une maison, un appartement, un domaine rural, louer des domestiques, faire les achats nécessaires pour l'entretien de sa maison;

Vendre ses fruits et récoltes, cette aliénation d'objets destinés à être vendus étant en réalité un acte d'administration;

Traiter pour les réparations à faire à ses biens, etc.

L'individu placé sous conseil conserve également le droit de faire librement tous les actes qui concernent directement sa personne. Il peut donc, sans l'assistance de son conseil, se marier, reconnaître un enfant naturel, adopter ou se donner en adoption, embrasser telle profession qu'il juge convenable.

Mais s'il n'a pas besoin d'être assisté pour contracter mariage, ne doit-il pas l'être pour faire ses conventions matrimoniales? La difficulté vient de ce que les régimes matrimoniaux entraînent pour la plupart une aliénation plus ou moins considérable. Elle ne pourra être utilement examinée qu'au titre *du Contrat de Mariage*. Bornons-nous à constater pour le moment que la personne pourvue d'un conseil ne saurait, sans l'assistance de celui-ci, faire par contrat de mariage une donation à son futur conjoint.

Les engagements contractés par un individu placé sous conseil dans les limites de sa capacité sont pleinement valables, comme s'ils émanaient d'une

personne ayant le libre exercice de ses droits, et peuvent par conséquent être exécutés sur tous ses biens conformément à l'art. 2092. A cette règle, la jurisprudence apporte cependant une restriction. Elle étend aux engagements contractés par le prodigue ou le faible d'esprit la disposition de l'art. 484 qui permet aux tribunaux de réduire les obligations contractées par un mineur émancipé par voie d'achat ou autrement lorsqu'elles sont excessives (1). Le législateur aurait dû sans doute prendre cette précaution pour sauvegarder complètement les intérêts des personnes placées sous conseil ; mais il n'appartient pas à l'interprète de suppléer à son silence en étendant une disposition exceptionnelle à un cas autre que celui en vue duquel elle a été édictée.

941. Régulièrement, l'assistance du conseil judiciaire doit consister dans sa participation personnelle et directe aux actes ou aux procédures pour lesquels la loi exige son intervention. Assister une personne, c'est, d'après l'étymologie même du mot, se tenir près d'elle, *ad sistere*, quand elle agit, coopérer aux actes qu'elle accomplit, agir de concert avec elle. Mais, en pratique, cette règle n'est rigoureusement observée que pour les procès (2). Quand il s'agit d'un acte extra-judiciaire, le conseil n'y intervient point ; il se borne, en général, à exprimer dans un écrit séparé son consentement à l'acte que le prodigue ou le faible d'esprit se propose de faire. La jurisprudence estime que le vœu de la loi se trouve ainsi suffisamment rempli dès lors que le conseil précise exactement les clauses et conditions de l'acte auquel il donne son approbation. Mais, en admettant qu'une semblable autorisation équivaille à une véritable assistance, il est certain qu'elle doit être *antérieure* à l'acte auquel elle s'applique ; il faut en outre qu'elle soit *spéciale*, c'est-à-dire qu'elle soit donnée en vue d'un acte déterminé.

L'autorisation doit être antérieure à l'acte. Un consentement donné après coup n'enlèverait pas à l'incapable le droit né à son profit de faire annuler l'acte qu'il a accompli sans assistance (3). Il faudrait, pour que cet acte fût validé, qu'un nouveau consentement exprimé par l'incapable vînt se joindre à celui de son conseil.

L'autorisation doit être spéciale. Une autorisation s'appliquant en bloc à une série d'actes successifs, à un ensemble d'opérations distinctes, serait à considérer comme non avenue. Un individu placé sous conseil ne saurait donc être commerçant, puisqu'il ne peut être habilité par une autorisation

1) Cour de cass., 2 décembre 1885, D. 86, 1, 128, S. 86, 120 ; — Paris, 16 janvier 1890, D. 92, 2, 209.

2) Cour de cass., 1^{er} février 1876, D. 76, 1, 80, S. 76, 1, 153 ; — Nancy, 24 février 1892, D. 92, 2, 293 ; — Bourges, 30 juillet 1894, D. 95, 2, 409.

3) Rennes, 19 février 1879, D. 79, 2, 65.

générale à faire des actes de commerce et qu'il est matériellement impossible que son conseil intervienne pour chaque emprunt, pour chaque aliénation, pour chaque réception d'un capital, ces actes se renouvelant incessamment dans la vie commerciale (1).

942. Lorsque le conseil judiciaire refuse d'assister le prodigue ou le faible d'esprit, celui-ci a-t-il un recours contre ce refus qui peut être abusif? On décide généralement que l'incapable est fondé en pareil cas à s'adresser au tribunal qui, s'il estime le refus mal fondé, enjoindra au conseil de prêter son assistance et pourra même le remplacer soit définitivement, soit seulement pour l'acte dont il s'agit par un nouveau conseil. Mais l'assistance du conseil ne saurait être remplacée par une autorisation de justice (2).

Il y aurait lieu également de recourir au tribunal afin d'obtenir la nomination d'un conseil *ad hoc* dans le cas où les intérêts du conseil judiciaire viendraient à se trouver en opposition avec ceux du prodigue ou du faible d'esprit.

943. Les actes pour lesquels l'assistance du conseil est exigée sont, suivant l'expression de l'art. 502, *nuls de droit* lorsqu'ils ont été faits sans cette assistance, c'est-à-dire qu'ils doivent nécessairement être annulés, dès lors que leur annulation est demandée. Mais il s'agit d'une nullité purement relative, qui ne peut être invoquée que par la personne pourvue du conseil ou en son nom, et dont celui qui a traité avec elle n'est pas admis à se prévaloir (art. 1125); d'un autre côté, elle est susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite (art. 1304 et 1338) (3).

A la différence du tuteur de l'interdit, le conseil judiciaire n'a point qualité pour attaquer seul les actes faits par l'incapable sans son assistance, lorsque celui-ci refuse d'en poursuivre l'annulation. Son rôle consiste à assister le prodigue ou le faible d'esprit quand il veut agir et non à agir pour lui; il n'a aucune initiative. Sous ce rapport la prévoyance du législateur est encore une fois en défaut. Il dépend entièrement de l'incapable de rendre illusoire la protection résultant de la nomination d'un conseil en n'attaquant point les actes qu'il a faits sans être assisté. En présence de ce résultat, la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître au conseil le droit d'agir en nullité (4). Mais ce n'est plus là appliquer la loi; c'est la compléter et la corriger.

1) Demolombe, t. VIII, n° 761; — Cour de cass. de Belgique, 17 octobre 1889, D. 91, 2, 355, S. 90; — Gand, 20 mars 1890, D. 91, 2, 356.

2) Douai, 7 mars 1881, D. 81, 2, 208, S. 81, 2, 137; — Paris, 31 janvier 1888, S. 88, 2, 191; Nancy, 24 février 1892, D. 92, 2, 293; — Cour de cass., 10 novembre 1897, D. 98, 1, 310; — 16 mai 1899, D. 99, 1, 399.

3) Cour de cass., 21 mai 1900, D. 1900, 1, 422.

4) Lyon, 9 mai 1882, D. 83, 2, 21; — Paris, 7 mars 1895, D. 95, 2, 425; —

944. Les actes antérieurs à l'interdiction peuvent, aux termes de l'art. 503, être annulés lorsque la cause de l'interdiction existait notoirement au moment où ils ont été passés. Il n'en est pas de même des actes faits par le prodigue ou le faible d'esprit avant le jugement qui l'a pourvu d'un conseil. Cela résulte manifestement du rapprochement des art. 502 et 503. Tandis que l'art. 502 déclare nuls de droit les actes postérieurs au jugement qui nomme le conseil aussi bien que les actes postérieurs au jugement d'interdiction, l'art. 503 ne parle en effet que des actes antérieurs à l'interdiction. Cette différence, introduite sur la demande du Tribunat, tient à ce que la faiblesse d'esprit ou la prodigalité n'ayant point d'ordinaire la même notoriété que l'imbécillité, la démence ou la fureur et ne se révélant pas aussi clairement, la nullité rétroactive aurait été très dangereuse pour les tiers.

L'art. 503 est inapplicable même aux actes faits au cours de l'instance en dation de conseil judiciaire avec une personne ayant connaissance de cette instance. Toutefois, une jurisprudence constante admet une exception à cette règle lorsqu'il s'agit d'actes passés de mauvaise foi dans le but de faire échec à la loi en paralysant par avance l'effet du jugement à intervenir (1).

CHAPITRE IV

DÉS PERSONNES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

945. Le code civil n'avait pas établi, pour les aliénés, d'autre mesure de protection légale que l'interdiction. Mais, outre que cette mesure n'est applicable qu'à ceux dont l'état de démence est habituel, les formes dont elle est entourée sont longues, coûteuses et compliquées. L'interrogatoire peut surexciter l'esprit du malade et aggraver sa position. Enfin, la publicité du jugement effraye les familles auxquelles il répugne de divulguer une infirmité souvent héréditaire. Dans ces conditions, il arrivait fréquemment qu'au lieu de recourir à l'interdiction, on se bornait à faire enfermer l'aliéné dans une maison de santé. Mais cet internement forcé, qui s'opé-

22 mars 1895, D. 96, 2, 261; — Cour de cass., 29 juin 1881, D. 82, 1, 33, S. 82, 1, 125; — 24 juin 1896, D. 97, 1, 404, S. 97, 1, 113; — Cour de cass. de Belgique, 7 mai 1896, S. 97, 4, 6.

1) Paris, 5 avril 1887, D. 88, 2, 220; — Cour de cass., 25 et 26 juin 1888, D. 89, 1, 59, S. 88, 1, 469; — 5 nov. 1889, D. 90, 1, 379, S. 91, 1, 407; — Paris, 26 mai 1894, D. 94, 2, 590, S. 95, 2, 46; — 7 mars 1895, D. 95, 2, 425; — 22 mars 1895, D. 96, 2, 261; — Cour de cass., 24 juin 1896, D. 97, 1, 404, S. 97, 1, 113.

rait sans avoir été autorisé par la loi, et en dehors de toute intervention de l'autorité publique, pouvait aisément donner lieu à des abus. La loi du 30 juin 1838 s'est efforcée de combler la lacune que présentait sur ce point notre législation. Elle renferme deux ordres de dispositions distinctes. Les unes ont pour but de garantir la sécurité publique, tout en protégeant la liberté individuelle. Elles appartiennent au droit public et administratif. Les autres pourvoient aux intérêts privés de l'aliéné, au soin de sa personne et à la gestion de son patrimoine. Elles appartiennent au droit privé. Tout en insistant particulièrement sur ces dernières, qui forment le complément du code civil, nous serons forcément amenés à donner un aperçu général des premières. Nous traiterons successivement :

1° Des règles relatives à l'admission dans les établissements destinés aux aliénés;

2° De la situation juridique des personnes qui y sont retenues;

3° De la sortie de ces établissements.

SECTION I

DES RÈGLES RELATIVES A L'ADMISSION DANS LES ÉTABLISSEMENTS D'ALIÉNÉS.

946. La loi du 30 juin 1838 reconnaît deux sortes d'établissements d'aliénés : les établissements publics et les établissements privés.

« Chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et à soigner les aliénés, ou de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département, soit d'un autre département... » (art. 1).

« Les établissements publics consacrés aux aliénés sont placés sous la direction de l'autorité publique » (art. 2).

Les établissements privés sont ceux qui appartiennent à des particuliers. Ils ne peuvent être fondés qu'avec l'autorisation du gouvernement et sont placés sous la surveillance de l'autorité publique (art. 3 et 5).

« Le préfet et les personnes spécialement déléguées à cet effet par lui ou par le ministre de l'Intérieur, le président du tribunal, le procureur du Roi, le juge de paix, le maire de la commune, sont chargés de visiter les établissements publics ou privés consacrés aux aliénés. — Ils recevront les réclamations des personnes qui y seront placées, et prendront, à leur égard, tous renseignements propres à faire connaître leur position. — Les établissements privés seront visités, à des jours indéterminés, une fois au moins chaque trimestre, par le procureur du Roi de l'arrondissement. Les établissements publics le seront de la même manière, une fois au moins par semestre » (art. 4).

947. Le placement d'un individu dans un établissement d'aliénés peut,

suivant les cas, être ordonné d'office par l'autorité publique, ou avoir lieu à la requête de simples particuliers.

Les placements ordonnés par l'autorité publique ou placements *forcés*, s'appliquent aux aliénés dont l'état est de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes. Ils font l'objet des art. 18 et 19 ainsi conçus :

« A Paris, le préfet de police, et, dans les départements, les préfets ordonneront d'office le placement, dans un établissement d'aliénés, de toute personne, interdite ou non interdite, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes. Les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires... » (art. 18).

« En cas de danger imminent, attesté par le certificat d'un médecin ou par la notoriété publique, les commissaires de police à Paris, et les maires dans les autres communes, ordonneront à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale, toutes les mesures provisoires nécessaires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet, qui statuera sans délai » (art. 19).

A la différence des placements forcés, les placements effectués à la requête des particuliers, ou placements *volontaires*, s'appliquent aux aliénés dont la folie n'est pas dangereuse, aussi bien qu'à ceux dont l'état mental est de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes.

Tout en rendant ces placements très faciles, la loi s'est efforcée de prévenir les séquestrations arbitraires opérées sous prétexte d'insanité d'esprit. Les précautions qu'elle prend dans ce but font l'objet des art. 8 et suivants.

Aux termes de l'art. 8, « Les chefs ou préposés responsables des établissements publics et les directeurs des établissements privés consacrés aux aliénés ne pourront recevoir une personne atteinte d'aliénation mentale, s'il ne leur est remis : 1° Une demande d'admission contenant les noms, profession, âge et domicile, tant de la personne qui la formera que de celle dont le placement sera réclamé, et l'indication du degré de parenté ou, à défaut, de la nature des relations qui existent entre elles. — La demande sera écrite et signée par celui qui la formera, et, s'il ne sait pas écrire, elle sera reçue par le maire ou le commissaire de police, qui en donnera acte. — Les chefs, préposés ou directeurs, devront s'assurer, sous leur responsabilité, de l'individualité de la personne qui aura formé la demande, lorsque cette demande n'aura pas été reçue par le maire ou le commissaire de police. — Si la demande d'admission est formée par le tuteur d'un interdit, il devra fournir, à l'appui, un extrait du jugement d'interdiction. — 2° Un certificat de médecin, constatant l'état mental de la personne à placer, et indiquant les particularités de sa maladie et la nécessité de faire traiter la personne désignée dans un établissement d'aliénés, et de l'y tenir renfermée.

— Ce certificat ne pourra être admis, s'il a été délivré plus de quinze jours avant sa remise au chef ou directeur; s'il est signé d'un médecin attaché à l'établissement, ou si le médecin signataire est parent ou allié au second degré inclusivement des chefs ou propriétaires de l'établissement, ou de la personne qui fera effectuer le placement. — En cas d'urgence, les chefs des établissements publics pourront se dispenser d'exiger le certificat du médecin. — 3° Le passe-port ou toute autre pièce propre à constater l'individualité de la personne à placer. — Il sera fait mention de toutes les pièces produites dans un bulletin d'entrée, qui sera renvoyé, dans les vingt-quatre heures, avec un certificat du médecin de l'établissement et la copie de celui ci-dessus mentionné, au préfet de police à Paris, au préfet ou au sous-préfet dans les communes chefs-lieux de département ou d'arrondissement, et aux maires dans les autres communes. Le sous-préfet, ou le maire, en fera immédiatement l'envoi au préfet. »

La loi n'ayant pas restreint à certaines personnes déterminées le droit de demander l'admission d'un individu dans un établissement d'aliénés, cette demande peut être formée non seulement par un parent ou un allié, de quelque degré qu'il soit, mais encore par un ami, par un voisin, en un mot par le premier venu, dès lors qu'il est porteur des pièces exigées et qu'il fait connaître la nature des relations qui existent entre l'aliéné et lui. Le législateur de 1838 eût été mieux inspiré, nous semble-t-il, en n'accordant le droit de faire interner un aliéné qu'à ceux qui ont qualité pour provoquer l'interdiction.

« Si le placement est fait dans un établissement privé, le préfet, dans les trois jours de la réception du bulletin, chargera un ou plusieurs hommes de l'art de visiter la personne désignée dans ce bulletin, à l'effet de constater son état mental et d'en faire un rapport sur-le-champ. Il pourra leur adjoindre telle autre personne qu'il désignera » (art. 9).

« Dans le même délai, le préfet notifiera administrativement les noms, profession et domicile, tant de la personne placée que de celle qui aura demandé le placement, et les causes du placement : 1° au procureur du Roi de l'arrondissement du domicile de la personne placée; 2° au procureur du Roi de la situation de l'établissement. Ces dispositions seront communes aux établissements publics et privés » (art. 10).

« Quinze jours après le placement d'une personne dans un établissement public ou privé, il sera adressé au préfet, conformément au dernier paragraphe de l'art. 8, un nouveau certificat du médecin de l'établissement; ce certificat confirmera ou rectifiera, s'il y a lieu, les observations contenues dans le premier certificat, en indiquant le retour plus ou moins fréquent des accès ou des actes de démence » (art. 11).

« Il y aura, dans chaque établissement, un registre coté et paraphé par le maire, sur lequel seront immédiatement inscrits les noms, profession, âge

et domicile des personnes placées dans les établissements, la mention du jugement d'interdiction, si elle a été prononcée, et le nom de leur tuteur; la date de leur placement, les noms, profession et demeure de la personne, parente ou non parente, qui l'aura demandé. Seront également transcrits sur ce registre : 1° le certificat du médecin joint à la demande d'admission; 2° ceux que le médecin de l'établissement devra adresser à l'autorité, conformément aux art. 8 et 11. — Le médecin sera tenu de consigner sur ce registre, au moins tous les mois, les changements survenus dans l'état mental de chaque malade. Ce registre constatera également les sorties et les décès. — Ce registre sera soumis aux personnes qui, d'après l'art. 4, auront le droit de visiter l'établissement, lorsqu'elles se présenteront pour en faire la visite; après l'avoir terminée, elles apposeront sur le registre leur visa, leur signature et leurs observations, s'il y a lieu » (art. 12).

Les dépenses résultant du placement d'une personne dans un établissement public d'aliénés sont supportées d'abord par cette personne, dans l'intérêt de laquelle elles sont faites. Si l'aliéné n'a pas de ressources, elles sont à la charge de ceux auxquels il peut être demandé des aliments en vertu des art. 205 et suiv. du code civil. A défaut ou en cas d'insuffisance des ressources de l'aliéné ou de sa famille, ces dépenses sont supportées par le département et par la commune du domicile de l'aliéné (art. 27, 28 et 29).

SECTION II

DE LA SITUATION JURIDIQUE DES PERSONNES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

948. Cette matière forme l'objet des art. 31 à 40 de la loi de 1838.

Avant tout, il importe de remarquer que ces articles sont inapplicables aux personnes interdites renfermées dans un établissement d'aliénés, les mesures qu'ils édictent n'ayant pas alors de raison d'être, puisque l'interdiction continue de produire ses effets. Par le même motif, ils sont sans application aux mineurs soumis au régime de la tutelle ou à la puissance paternelle. Les règles que nous allons étudier concernent donc exclusivement les majeurs ou les mineurs émancipés *non interdits*. Elles sont relatives :

1° A l'administration des biens et aux soins à prendre de la personne de l'aliéné;

2° Au sort des actes faits par l'aliéné pendant son séjour dans l'établissement.

§ 1. — *De l'administration des biens de l'aliéné et des soins à prendre de sa personne.*

949. L'administration du patrimoine de l'aliéné est confiée à un *administrateur provisoire*, auquel peut être adjoint, le cas échéant, un mandataire *ad litem*.

La désignation de l'administrateur provisoire est faite tantôt par la loi elle-même et tantôt par la justice.

Cette désignation est légale en principe quand l'aliéné est placé dans un établissement public. L'administration provisoire appartient alors à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement, laquelle charge un de ses membres de remplir cette fonction. « Les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés exerceront, à l'égard des personnes non interdites qui y seront placées, les fonctions d'administrateurs provisoires. Elles désigneront un de leurs membres pour les remplir. — L'administrateur ainsi désigné procédera 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 excéder trois ans, et pourra même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil, faire vendre le mobilier. — Les sommes provenant, soit de la vente, soit des autres recouvrements, seront versées directement dans la caisse de l'établissement, et seront employées, s'il y a lieu, au profit de la personne placée dans l'établissement. — Le cautionnement du receveur sera affecté à la garantie desdits deniers, par privilège aux créances de toute autre nature... » (art. 31).

Toutefois, il est loisible aux commissions administratives ou de surveillance de demander au tribunal du domicile de l'aliéné la nomination d'un administrateur provisoire pris hors de leur sein. La même faculté appartient au conjoint et aux parents de l'aliéné, ainsi qu'au ministère public. Lorsque cette demande, dont l'admission ou le rejet dépend de l'appréciation du tribunal, est accueillie, l'administration provisoire, de légale qu'elle était, devient judiciaire (art. 31 *in fine*) (1).

Pour les aliénés placés dans un établissement privé, l'administration provisoire est toujours judiciaire. Le droit de provoquer dans leur intérêt la nomination d'un administrateur provisoire appartient, comme précé-

1) A Paris, la loi du 3 mai 1849, art. 3 et 4, avait placé l'administration provisoire des biens des aliénés dans les attributions du Directeur de l'Assistance publique. Mais depuis le décret du 16 août 1874, cette administration a été transportée à la commission de surveillance instituée par l'art. 3 dudit décret pour les asiles départementaux de Sainte-Anne, de Ville-Évrard et de Vaucluse, commission dont les pouvoirs ont été étendus aux aliénés renfermés dans les asiles de Bicêtre et de la Salpêtrière.

demment, à leur conjoint, à leurs parents et au ministère public. Cette fois encore la nomination n'est du reste que facultative pour le tribunal. Un individu placé dans un établissement privé d'aliénés peut donc se trouver sans administrateur provisoire, soit que la nomination d'un semblable administrateur n'ait pas été demandée, soit que le tribunal saisi d'une telle demande ait refusé de l'accueillir. Il est possible en effet que cette nomination ne soit point nécessaire, par exemple si l'aliéné est indigent, s'il y a lieu d'espérer sa guérison prochaine, ou si la gestion de son patrimoine se trouve déjà assurée (1).

Dans tous les cas où les tribunaux sont saisis d'une demande en nomination d'un administrateur provisoire, cette nomination est faite en chambre du conseil, après délibération du conseil de famille et sur les conclusions du ministère public. Le jugement de nomination n'est pas susceptible d'appel (art. 32).

La loi laisse au tribunal la plus grande latitude dans le choix de la personne qui sera investie des fonctions d'administrateur provisoire. Mais il est naturel qu'il choisisse un parent de l'aliéné, parce que c'est là une charge de famille, et même de préférence un héritier présomptif comme étant plus intéressé au bon entretien et à la conservation des biens de l'aliéné (2).

950. Les fonctions d'administrateur provisoire sont, comme celles de tuteur, obligatoires et gratuites. Les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution sont les mêmes qu'en matière de tutelle. — Sur la demande des parties intéressées ou du ministère public, le tribunal peut, en nommant l'administrateur provisoire, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le jugement. Le procureur de la république doit, dans le délai de quinzaine, faire inscrire cette hypothèque qui ne date que du jour de son inscription (art. 34).

951. Légale ou judiciaire, l'administration provisoire cesse de plein droit dès que la personne placée dans un établissement d'aliénés n'y est plus retenue. Les pouvoirs de l'administrateur provisoire nommé par le tribunal peuvent cesser auparavant. Ils prennent fin de plein droit à l'expiration d'un délai de trois ans. Mais, dans ce dernier cas, ils peuvent être renouvelés (art. 37).

952. Comme son nom même l'indique, l'administrateur provisoire ne doit faire que les actes de simple administration, spécialement ceux qui présentent un caractère d'urgence et de nécessité. L'art. 31 de la loi de 1838 indique certains des actes que peut et doit faire l'administrateur

1) Aubry et Rau, § 127 bis, texte et note 6; Demolombe, t. VIII, n° 815.

2) Demolombe, t. VIII, n° 821.

désigné par la commission administrative ou de surveillance d'un établissement public d'aliénés : procéder au recouvrement des sommes dues à l'aliéné, payer ses dettes, passer des baux qui n'excèdent pas trois ans, faire vendre le mobilier de l'aliéné en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal. L'administrateur nommé par la justice a évidemment les mêmes droits et les mêmes devoirs, puisqu'il exerce les mêmes fonctions.

L'administrateur provisoire est spécialement chargé de représenter l'aliéné aux inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels celui-ci se trouve intéressé. S'il n'y a pas d'administrateur provisoire, l'aliéné est représenté dans ces opérations par un notaire commis à cet effet par le président du tribunal (art. 36).

Les dispositions de la loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur, sont, aux termes de l'art. 8 de cette loi, applicables aux valeurs mobilières appartenant aux personnes placées dans un établissement d'aliénés. Lorsque l'administration provisoire est légale, les fonctions confiées au conseil de famille par la loi de 1880 sont remplies par la commission administrative. Lorsqu'il y a un administrateur provisoire nommé par le tribunal, le conseil de famille exerce lui-même ces fonctions, comme s'il y avait tutelle.

En dehors des attributions qui lui sont expressément conférées par la loi et des pouvoirs généraux qui résultent de sa qualité même, l'administrateur provisoire est dépourvu de tout mandat et la justice ne pourrait pas l'autoriser à agir. Si donc il y a lieu de faire un acte qui excède les limites de l'administration : accepter ou répudier une succession, aliéner un immeuble, emprunter, hypothéquer, etc., et que l'aliéné n'ait pas d'intervalles lucides pendant lesquels il puisse accomplir lui-même cet acte, il faudra bien en arriver à l'interdiction. C'est ce qui fut formellement déclaré lors de la discussion de la loi de 1838. « En organisant un système dont l'objet est d'éviter aux familles les inconvénients et les frais qu'entraîne l'interdiction judiciaire, le législateur ne devait pas cependant y substituer une interdiction administrative dont les dangers eussent été beaucoup plus graves. Aussi s'est-il borné à pourvoir provisoirement et dans l'espoir d'une prochaine guérison, aux intérêts que la séquestration de l'aliéné laisserait en souffrance. Il a été entendu que, si l'état d'aliénation mentale se prolongeait, et que, si les mesures provisoires autorisées par la loi devenaient insuffisantes, le seul remède à cette situation serait l'interdiction » (1).

953 L'administrateur provisoire n'a point qualité pour représenter en justice celui dont il est chargé de gérer les biens. Cette mission est confiée,

1) Aubry et Rau, § 127 bis, note 16.

s'il y a lieu, à un mandataire *ad litem*, désigné spécialement pour chaque procès par le tribunal du domicile de l'aliéné, qui peut du reste porter son choix sur l'administrateur provisoire lui-même. « Le tribunal, sur la demande de l'administrateur provisoire, ou à la diligence du procureur du Roi, désignera un mandataire spécial à l'effet de représenter en justice tout individu non interdit et placé dans un établissement d'aliénés, qui serait engagé dans une contestation judiciaire au moment du placement, ou contre lequel une action serait intentée postérieurement. — Le tribunal pourra aussi, dans le cas d'urgence, désigner un mandataire spécial à l'effet d'intenter, au nom des mêmes individus, une action mobilière ou immobilière. — L'administrateur provisoire pourra, dans les deux cas, être désigné pour mandataire spécial » (art. 33).

954. Après avoir prescrit des mesures relatives au patrimoine de l'aliéné interné, la loi de 1838 s'est préoccupée de lui donner un protecteur spécialement chargé de prendre soin de sa personne. Aux termes de l'art. 38, « Sur la demande de l'intéressé, de l'un de ses parents, de l'époux ou de l'épouse, d'un ami, ou sur la provocation d'office du procureur du Roi, le tribunal pourra nommer, en chambre du conseil, par jugement non susceptible d'appel, en outre de l'administrateur provisoire, un *curateur à la personne* de tout individu non interdit placé dans un établissement d'aliénés, lequel devra veiller : 1° A ce que ses revenus soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ; 2° A ce que ledit individu soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra. — Ce curateur ne pourra pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne placée dans un établissement d'aliénés. »

Si le curateur à la personne pouvait être choisi parmi les héritiers présomptifs de l'aliéné, il se trouverait placé entre son devoir et son intérêt. Tenu par la nature de ses fonctions de veiller, d'une part, à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison, d'autre part, à ce que l'aliéné soit rendu à la liberté dès que sa guérison sera obtenue, il aurait en même temps intérêt à réaliser des économies sur les revenus et à laisser son parent enfermé pendant toute sa vie. Il convenait donc d'exclure des ces fonctions les héritiers présomptifs. Il avait été question, lors de la discussion de la loi, d'établir une exception en faveur des ascendants et des descendants de l'aliéné. Mais l'exception fut finalement repoussée.

§ 2. — *Du sort des actes faits par l'aliéné pendant son séjour dans l'établissement.*

955. Ce point fait l'objet de l'art. 39 ainsi conçu : « 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 ni prononcée,

ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'art. 1304 du code civil. — Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue qui aura 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 aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé de courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. »

Si la loi de 1838 ne s'était pas occupée des actes faits par une personne non interdite pendant son séjour dans un établissement d'aliénés, ces actes, demeurant sous l'empire du droit commun, seraient valables, quand ils auraient été passés dans un moment de raison, pendant un intervalle lucide ; ils seraient inexistantes dans le cas contraire. Toute personne intéressée pourrait donc, en rapportant la preuve de la démence, se prévaloir de leur inexistence, et cela à toute époque, sans avoir à craindre aucune prescription. La loi de 1838 déroge à ces principes, sans que les explications données par les orateurs qui ont pris part à sa discussion permettent de saisir bien nettement la raison d'être de cette dérogation. Peut-être provient-elle uniquement de ce que les auteurs de la loi ignoraient la différence qui sépare les actes inexistantes de actes simplement annulables. Quoi qu'il en soit, l'art. 39 reconnaît le droit d'invoquer la nullité des actes faits par un individu enfermé dans un établissement d'aliénés non à tous ceux qui y ont intérêt, mais seulement à l'interné lui-même et à ses représentants, et il limite à dix années la durée de l'action en nullité (art. 1304), ce qui implique que ces actes sont simplement annulables dans l'intérêt de l'aliéné.

Sous ce rapport, la situation de la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés est la même que celle de l'interdit. Mais elle en diffère à un double point de vue.

Tandis que les actes passés par un interdit doivent nécessairement être annulés dès lors que leur annulation est demandée par une personne ayant qualité à cet effet (art. 502), les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet de rechercher si l'individu interné était ou non sain d'esprit au moment où il a agi.

D'un autre côté, le point de départ du délai de dix ans par lequel se prescrit l'action en nullité n'est pas le même qu'au cas d'interdiction. Dans ce dernier cas, les dix ans courent du jour de la mainlevée de l'interdiction (art. 1304) et si l'interdit est mort étant encore en état d'interdiction, du jour de son décès. A l'égard des personnes retenues dans un établissement d'aliénés, le délai de dix ans ne commence à courir que du jour où l'acte fait par l'aliéné a été signifié soit à lui-même après sa sortie définitive de

l'établissement, soit à ses héritiers, s'il est décédé, à moins que les intéressés n'en aient eu connaissance autrement. La loi a pensé que l'aliéné, une fois revenu à la raison, n'aura souvent gardé aucun souvenir des actes faits par lui pendant qu'il était interné, que ses héritiers en ignoreront complètement l'existence, et qu'il était juste dès lors de ne faire commencer le délai après lequel ils ne seront plus recevables à les attaquer qu'au jour où ils les auront connus. Mais il en résulte cette singularité que la personne non interdite retenue dans un établissement d'aliénés se trouve mieux traitée que l'interdit.

Remarquons enfin que l'art. 39 de la loi de 1838 déroge à l'art. 504 du code civil. Contrairement à la disposition de ce dernier article, les actes faits par une personne retenue dans un établissement d'aliénés peuvent, après sa mort, être annulés pour cause de démence, lors même que son interdiction n'a été ni prononcée, ni provoquée, et que la preuve de la démence ne résulte pas de l'acte attaqué. Le législateur de 1838 a considéré le fait de l'internement comme équivalant à une demande d'interdiction.

SECTION III

DE LA SORTIE DES PERSONNES RETENUES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS

956. La loi a investi deux autorités, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, du droit d'ordonner la sortie d'une personne placée dans une maison d'aliénés.

La sortie peut également avoir lieu sur la demande de certains particuliers.

957. Le préfet peut toujours ordonner la sortie immédiate des personnes retenues dans les établissements d'aliénés, soit que le placement ait eu lieu sur son ordre, soit qu'il ait été demandé par des particuliers (art. 16). Pour lui faciliter l'exercice de ce droit, la loi, nous l'avons vu, veut qu'il soit averti sur-le-champ de tout placement non ordonné d'office dans un établissement d'aliénés (art. 9 et 10). Le chef de chaque établissement, doit en outre lui faire parvenir, à certaines époques, le rapport des médecins constatant l'état de santé de toutes les personnes qui y sont retenues. « Les chefs, directeurs ou préposés responsables des établissements, seront tenus d'adresser aux préfets, dans le premier mois de chaque semestre, un rapport rédigé par le médecin de l'établissement sur l'état de chaque personne qui y sera retenue, sur la nature de sa maladie et les résultats du traitement. — Le préfet prononcera sur chacune individuellement, ordonnera sa maintenue dans l'établissement ou sa sortie » (art. 20).

958. Le droit d'ordonner la sortie d'une personne placée dans un établissement d'aliénés appartient en second lieu à l'autorité judiciaire. C'est

une application du principe de notre droit public qui place la liberté individuelle sous la protection des tribunaux. « Toute personne placée ou détenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur, si elle est mineure, son curateur, tout parent ou ami, pourront, à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate. — Les personnes qui auront demandé le placement et le procureur du Roi, d'office, pourront se pourvoir aux mêmes fins. — Dans le cas d'interdiction, cette demande ne pourra être formée que par le tuteur de l'interdit. — La décision sera rendue sur simple requête, en chambre du conseil et sans délai; elle ne sera point motivée..... » (art. 29).

959. Enfin, la faculté accordée à certains particuliers de faire sortir une personne d'un établissement d'aliénés est régie par les art. 13 et 14.

« Toute personne placée dans un établissement d'aliénés, dit l'art. 13, cessera d'y être retenue aussitôt que les médecins de l'établissement auront déclaré, sur le registre énoncé en l'article précédent, que la guérison est obtenue. — S'il s'agit d'un mineur ou d'un interdit, il sera donné immédiatement avis de la déclaration des médecins aux personnes auxquelles il devra être remis et au procureur du Roi. »

Aux termes de l'art. 14, « Avant même que les médecins aient déclaré la guérison, toute personne placée dans un établissement d'aliénés cessera également d'y être retenue, dès que la sortie sera requise par l'une des personnes ci-après désignées, savoir : 1° Le curateur nommé en exécution de l'art. 38 de la présente loi; — 2° L'époux ou l'épouse; — 3° S'il n'y a pas d'époux ou d'épouse, les ascendants; — 4° S'il n'y a pas d'ascendants, les descendants; — 5° La personne qui aura signé la demande d'admission, à moins qu'un parent n'ait déclaré s'opposer à ce qu'elle use de cette faculté sans l'assentiment du conseil de famille; — 6° Toute personne à ce autorisée par le conseil de famille. — S'il résulte d'une opposition notifiée au chef de l'établissement par un ayant-droit qu'il y a dissentiment, soit entre les ascendants, soit entre les descendants, le conseil de famille prononcera. — Néanmoins, si le médecin de l'établissement est d'avis que l'état mental du malade pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, il en sera donné préalablement connaissance au maire, qui pourra ordonner immédiatement un sursis provisoire à la sortie, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet. Ce sursis provisoire cessera de plein droit à l'expiration de la quinzaine, si le préfet n'a pas, dans ce délai, donné d'ordres contraires, conformément à l'art. 21 ci-après. L'ordre du maire sera transcrit sur le registre tenu en exécution de l'art. 12. — En cas de minorité ou d'interdiction, le tuteur pourra seul requérir la sortie. »

Il va sans dire que les diverses personnes énumérées dans cet article ne

sont autorisées à requérir la sortie de l'aliéné qu'autant qu'il a été l'objet d'un placement volontaire. Un simple particulier ne pourrait pas faire sortir un aliéné de l'établissement dans lequel il a été placé par ordre de l'autorité publique.

Cela posé, deux hypothèses sont prévues et réglées différemment par la loi : celle où l'aliéné interné est un majeur non interdit et celle où c'est un mineur ou un interdit.

Dans la première hypothèse, la sortie peut être requise : par le curateur à la personne; — par l'époux ou l'épouse; — à défaut d'époux ou d'épouse, par un ascendant; — à défaut d'ascendant, par un descendant; — par la personne qui a signé la demande d'admission; — par toute personne à ce autorisée par le conseil de famille.

Dans cette énumération ne figurent pas les frères et sœurs. Le frère ou la sœur de l'aliéné ne pourrait donc requérir sa sortie qu'autant qu'il aurait demandé l'admission, ou qu'il y serait autorisé par le conseil de famille.

La demande d'un ascendant peut être paralysée par l'opposition d'un autre ascendant; celle d'un descendant par l'opposition d'un autre descendant; celle de la personne qui a requis l'admission par l'opposition d'un parent quelconque. Dans ces trois cas, c'est au conseil de famille qu'il appartient de statuer sur l'opposition, de la maintenir ou de la lever. En établissant ce droit d'opposition, la loi a voulu donner à la famille le moyen de déjouer les calculs de certaines personnes qui demanderaient la sortie de l'aliéné, non dans l'intérêt de sa santé et de sa guérison, mais uniquement pour se concilier ses bonnes grâces et surprendre ensuite à sa faiblesse des actes qui lui seraient préjudiciables. Mais aucun particulier ne peut former opposition quand le curateur à la personne, le conjoint ou le conseil de famille demande la sortie.

Quand l'aliéné est mineur ou interdit, les diverses personnes énumérées dans la première partie de l'art. 14 n'ont pas le droit de requérir sa sortie. Ce droit n'appartient qu'à son tuteur, et l'art. 17 ajoute : « En aucun cas, l'interdit ne pourra être remis qu'à son tuteur et le mineur qu'à ceux sous l'autorité desquels il est placé par la loi. »

Lorsqu'il s'agit d'un interdit, le tuteur ne peut du reste demander sa sortie de l'établissement dans lequel il est placé qu'avec l'assentiment du conseil de famille. C'est en effet à la famille que l'art. 510 du code civil confie le soin de décider si l'interdit sera traité à domicile ou s'il sera placé dans une maison de santé, et rien n'autorise à penser que le législateur de 1838 ait entendu déroger à cette règle (1).

Dans le cas où l'aliéné mineur aurait encore ses père et mère, et par

1) Demolombe, t. VIII, n° 872.

suite ne serait pas en tutelle, cas que la loi n'a pas prévu textuellement, le droit de requérir sa sortie appartiendrait exclusivement à son père en vertu de la puissance paternelle (arg. art. 372 c. c. et art. 17 de la loi de 1838) (1).

1) Depuis 1869, plusieurs tentatives ont été faites pour modifier le régime établi par la loi du 30 juin 1838. Actuellement encore les Chambres sont saisies d'un projet sur cet objet. Le but visé est surtout de protéger plus efficacement la personne et les biens des aliénés placés dans les établissements privés.

LIVRE II

DÈS BIENS

ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

960. Après avoir traité dans le premier livre des *personnes*, c'est-à-dire des êtres susceptibles d'avoir des droits, le législateur s'occupe dans le deuxième et dans le troisième livre du code des droits que les personnes peuvent avoir sur les choses.

Ces droits, à raison desquels les choses constituent des *biens* dans le sens juridique de ce mot, se divisent en deux grandes classes : les droits *réels* et les droits *personnels*.

Le droit *réel*, *jus in re*, est la faculté appartenant à une personne de s'attribuer, à l'exclusion de tout autre, l'utilité totale ou partielle d'une chose déterminée. Entre le titulaire d'un droit réel et la chose qui est l'objet de ce droit il n'y a pas d'intermédiaire. La chose est soumise directement et immédiatement à l'action de celui auquel le droit appartient.

Le droit *personnel* est la faculté appartenant à une personne d'exiger d'une autre personne déterminée soit la prestation d'une chose, soit l'accomplissement ou l'abstention d'un fait. Pour arriver à la chose, objet de son droit, le titulaire d'un droit personnel doit nécessairement s'adresser à une autre personne qui est *obligée* envers lui à raison de cette chose. Il n'est pas en rapport direct et immédiat avec la chose ; il y a entre elle et lui un intermédiaire. Son droit n'est plus un droit dans la chose, *jus in re*, c'est un droit à la chose, *jus ad rem*.

Au lieu de comporter, comme le droit réel, seulement deux éléments : *la personne*, sujet du droit, et *la chose*, objet du droit, le droit personnel en comporte donc trois : une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, une autre personne, sujet passif du droit, enfin la chose, objet du droit.

Le droit personnel porte aussi le nom de *droit de créance*. Le titulaire du droit est le *créancier* ; celui contre lequel le droit existe est le *débiteur*. La

qualification de droit de créance a sur celle de droit personnel l'avantage d'éviter l'équivoque que peut soulever parfois cette dernière expression, à raison des acceptions diverses qu'elle présente. Ainsi on dit qu'un droit est *personnel* pour indiquer qu'il s'éteint par la mort de celui auquel il appartient et ne se transmet pas à ses héritiers. Un droit réel peut être, en ce sens, un droit personnel (art. 617). On dit encore qu'un droit est *personnel* lorsqu'il est attaché exclusivement à la personne du titulaire et n'est pas susceptible d'être exercé en son nom par ses créanciers (art. 1166, 1446, etc.).

Lorsque le droit de créance a pour objet la prestation d'une chose, il est souvent le préliminaire d'un droit réel. Ainsi une personne m'a promis de me rendre propriétaire d'une chose qui ne lui appartient pas encore, mais qu'elle se propose d'acquérir pour me la transmettre. J'ai contre cette personne un droit de créance. J'aurai un droit réel quand elle aura accompli l'obligation dont elle est tenue envers moi. D'autres fois au contraire le droit personnel, bien qu'il ait pour objet une chose, n'est point un acheminement vers le droit réel. Ainsi le locataire, l'emprunteur à usage, n'acquiescent aucun droit réel sur la chose qui leur est remise par le bailleur ou le prêteur.

Il existe de nombreuses différences entre le droit réel et le droit personnel ou droit de créance :

1° Tandis que le droit réel a nécessairement pour objet une chose, le droit personnel peut avoir pour objet soit une chose, soit un fait, soit une abstention. Un domestique, un ouvrier louent leurs services à un maître ou à un patron. Ils sont tenus l'un et l'autre d'une obligation de faire. — Une personne, en vendant un fonds de commerce, s'engage à ne pas ouvrir dans le voisinage un commerce de même nature. Elle est tenue d'une abstention, d'une obligation de ne pas faire.

2° Le droit réel ne peut porter que sur une chose actuellement existante et déterminée dans son individualité. Un droit dans la chose ne se conçoit en effet qu'autant que le titulaire peut dire : « Voilà la chose sur laquelle porte mon droit. » Le droit personnel peut s'appliquer à une chose déterminée seulement quant à son espèce (art. 1129) et même à une chose qui n'existe pas encore (art. 1130). — Vous m'avez vendu une barrique de vin à prendre parmi celles qui sont dans votre cave. Tant que nous n'aurons pas déterminé la barrique qui m'appartiendra, je n'aurai aucun droit réel. Mais j'ai acquis dès à présent contre vous un droit personnel qui me permet d'exiger de vous la livraison d'une des barriques de vin renfermées dans votre cave. Voilà encore un cas dans lequel le droit personnel est un acheminement vers le droit réel.

3° Le droit réel emporte, du moins en général, un *droit de suite*, c'est-à-dire que celui auquel il appartient peut s'en prévaloir à l'encontre de

tout possesseur ou détenteur de la chose. Le titulaire d'un droit personnel ne peut au contraire l'exercer que contre le débiteur lui-même et ceux qui sont tenus de ses obligations.

4° Le droit réel emporte un *droit de préférence*, c'est-à-dire que si plusieurs personnes ont, à des dates différentes, acquis sur une chose soit le même droit réel, soit des droits réels différents, qui se trouvent en conflit l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte en principe sur le droit acquis plus tard. Le droit réel affectant en effet la chose même sur laquelle il porte, cette chose ne peut plus être l'objet de nouveaux droits que sous la réserve de ceux dont elle est déjà grevée. Le droit personnel au contraire n'entraîne aucune préférence. En cas de collision de divers droits personnels contre un même débiteur, aucun des créanciers n'est préféré aux autres; ils sont tous placés sur le pied d'égalité, sans qu'il y ait à tenir compte de la date de leurs créances (art. 2093).

On peut indiquer d'une manière plus concise ces deux dernières différences entre le droit réel et le droit personnel en disant que le droit réel est un droit *absolu*, opposable à tout le monde, tandis que le droit personnel est un droit *relatif* existant seulement à l'égard d'une ou plusieurs personnes limitativement déterminées.

5° Les droits réels, ou du moins certains d'entre eux, peuvent s'acquérir par prescription. Les droits personnels ne sont pas susceptibles de s'acquérir de cette manière.

961. Les droits réels se divisent en droits réels *principaux* et en droits réels *accessoires*.

Les droits réels principaux sont ceux qui existent par eux-mêmes, qui ont une existence propre et indépendante.

Les droits réels accessoires sont ceux dont l'existence est liée à celle d'un autre droit, d'un droit de créance, sans lequel ils ne sauraient subsister et auquel ils servent de garantie. Tels sont le *gage*, le *privilege*, l'*hypothèque*. Le code ne s'en occupe que dans le livre III qui renferme également la théorie générale des droits personnels.

Les droits réels principaux sont énumérés dans l'art. 543 aux termes duquel « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.* » Par l'expression *droit de jouissance* la loi entend les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. Les droits réels principaux sont donc, d'après l'art. 543 :

1° Le droit de propriété dont les autres droits réels ne sont que des démembrements;

2° L'usufruit, l'usage et l'habitation;

3° Les servitudes ou services fonciers.

Il faut ajouter à cette énumération le droit de *superficie* qui n'est autre chose que le droit de propriété portant sur les constructions, arbres ou

plantes adhérant à la surface d'un fonds (édifices et superficies) dont le dessous (tréfonds) appartient à une autre personne (1). La preuve de l'existence de ce droit résulte notamment de l'art. 553 d'après lequel une personne non propriétaire du sol peut acquérir la propriété de tout ou partie d'une construction.

Le *domaine congéable* ou *convenant*, pratiqué de temps immémorial en Basse-Bretagne dans les pays qui forment aujourd'hui les départements du Finistère, des Côtes-du-Nord et du Morbihan, est une variété du droit de superficie. Longtemps oublié du législateur, qui ne s'en était pas préoccupé depuis la loi des 7 juin-6 août 1791, il a été récemment réglementé par une loi du 6 février 1897.

A l'énumération des droits réels principaux contenue dans l'art. 543 ne faut-il pas joindre également l'*emphytéose*? On appelait ainsi autrefois le droit conféré à une personne de jouir d'un immeuble moyennant une redevance périodique et de lui faire subir des transformations en vue de l'améliorer et de le rendre plus productif. Très usitée dans notre ancien droit, l'emphytéose était souvent consentie à perpétuité. Les emphytéoses perpétuelles furent abolies par la loi des 18-29 décembre 1790; mais cette loi laissa subsister les emphytéoses temporaires et elle permit même d'en créer à l'avenir, pourvu qu'elles n'excédassent pas quatre-vingt-dix-neuf ans. Les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII, en rangeant l'emphytéose temporaire parmi les biens susceptibles d'hypothèque, reconnurent par là même qu'elle conférait à l'emphytéote un droit réel. La jurisprudence et un grand nombre d'auteurs admettent qu'elle existe avec le même caractère sous l'empire du code civil (2). Nous ne saurions partager cette manière de voir. Le code garde un silence absolu en ce qui concerne l'emphytéose; il ne la réglemente point et ne la mentionne pas une seule fois. Aurait-il agi de cette façon s'il avait entendu conserver une institution qui avait joué autrefois un rôle considérable? L'art. 2118 prouve d'ailleurs aussi clairement que possible que l'emphytéose n'engendre plus un droit réel. Cet article, qui emprunte à l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, la liste des biens susceptibles d'hypothèque, a soin en effet d'en retrancher l'emphytéose. Aux yeux du législateur moderne, l'emphytéose n'est autre chose qu'un bail à long terme, conférant au preneur, comme les baux ordinaires, un simple droit personnel de jouissance (3).

1) Aubry et Rau, § 223.

2) Demante, t. II, n° 378 bis, IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 70; Marcadé, sur l'art. 526; Durantou, t. IV, n° 80 et t. XIX, n° 268; Duvergier, *Du louage*, t. I, nos 142 et suiv.; Troplong, *Du louage*, t. I, n° 50. — Cour de cass., 22 juin 1885, D. 86, 1, 269, S. 88, 1, 131.

3) Demolombe, t. IX, n° 491; Aubry et Rau, § 224; Huc, t. IV, n° 73; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *des Biens*, n° 189.

962. Les particuliers peuvent-ils, par leurs conventions ou leurs dispositions, créer d'autres droits réels que ceux qui ont été établis et organisés par le code? Tout le monde reconnaît qu'ils ne peuvent pas faire revivre ceux des droits réels existant autrefois qui se rattachaient au système féodal. Mais, s'il fallait en croire une opinion assez répandue, il leur serait permis, cette réserve faite, de créer autant de droits réels, autant de démembrements et de fractionnements du droit de propriété que bon leur semble, dès lors que les combinaisons adoptées par eux n'ont rien de contraire à l'ordre public. On dit en ce sens que les termes de l'art. 543 n'ont rien de prohibitif et que tout ce qui n'est pas défendu est permis (art. 1134) (1). Nous ne croyons pas que cette doctrine soit fondée. Si l'art. 543 n'est pas restrictif dans la forme, il l'est certainement quant au fond, autrement il n'aurait aucune raison d'être. La liberté des propriétés, leur affranchissement de toutes charges de nature à entraver leur exploitation et leur transmission, était un des principes dominants de la législation intermédiaire. Le même principe a constamment guidé les rédacteurs du code, ainsi que le prouve la disposition de l'art. 530. C'est là pour eux une règle d'intérêt général et par conséquent d'ordre public. Les particuliers ne pouvant pas déroger aux lois d'ordre public, ne sauraient dès lors créer des droits réels autres que ceux qui sont prévus par la loi. La liberté des conventions et des dispositions est renfermée à cet égard dans les limites tracées par l'art. 543 (2).

Quant aux droits de créance, leur nombre est illimité.

963. Droits réels et droits personnels présentent ce caractère commun qu'ils sont appréciables en argent, qu'ils ont une valeur pécuniaire. Ils forment par leur réunion le *patrimoine* de la personne à laquelle ils appartiennent. De là vient qu'on les désigne assez fréquemment sous la qualification générique de *droits du patrimoine* ou *droits patrimoniaux*.

TITRE I

De la distinction des biens

964. Le code ne contient pas une classification méthodique et complète des *biens*. Il se borne à indiquer leur division en meubles et en immeubles. « Tous les biens soit meubles ou immeubles, » dit l'art. 516. Cette division n'est cependant pas la seule. Il en existe plusieurs autres que le code, s'il ne les mentionne pas textuellement, reconnaît du moins et suppose

1) Toullier, t. III, n° 93; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 69.

2) Demolombe, t. IX, n°s 515 et suiv.

connues, car il s'y réfère en diverses circonstances. Il suffira de signaler les plus importantes. Les biens sont :

- 1° Corporels ou incorporels ;
- 2° Consomptibles ou non consomptibles ;
- 3° Fongibles ou non fongibles ;
- 4° Particuliers ou formant une universalité.

965. A. Les biens corporels sont ceux qui tombent sous les sens, qui ont une existence matérielle, comme une maison, un champ, un cheval.

Les biens incorporels sont ceux qui, n'ayant pas d'existence matérielle, ne peuvent être perçus que par l'intelligence, comme une rente, un droit d'usufruit, de servitude, d'hypothèque et d'une façon générale tous les droits patrimoniaux.

La division des biens en corporels et incorporels consiste donc à placer d'un côté les choses qui peuvent être utiles à l'homme, les biens en nature, et de l'autre les droits que l'homme peut avoir sur ces biens, c'est-à-dire à distinguer les droits des objets sur lesquels ils portent.

Logiquement, le droit de propriété devrait figurer, avec les autres droits dans la classe des biens incorporels. Telle n'est point cependant la décision du législateur. A l'exemple du droit romain et de notre ancienne législation, il considère la propriété comme un bien corporel (art. 526 et 529). Voici quel est le motif de cette décision. Le droit de propriété, le plus complet, le plus absolu de tous les droits que l'homme peut avoir sur une chose, assujettit si étroitement la chose sur laquelle il porte à la personne au profit de laquelle il existe que l'esprit en fait abstraction pour aller tout droit à la chose. Le propriétaire ne dit pas : « *J'ai un droit de propriété sur telle chose* » ; il dit : « *J'ai telle chose* » ou « *Telle chose est à moi ; c'est ma chose* ». En un mot, il se borne, pour exprimer son droit, à indiquer la chose qui y est soumise. Le droit de propriété s'identifiant ainsi en quelque sorte avec son objet, on en est arrivé à les confondre et à regarder le droit lui-même comme un bien corporel. Une pareille confusion n'est plus possible quand il s'agit d'un droit autre que la propriété. Le droit n'absorbant pas alors toute l'utilité de la chose, il ne suffit plus, pour le faire connaître, d'indiquer la chose elle-même ; il faut, de toute nécessité, indiquer spécialement et directement l'utilité particulière et limitée à laquelle on prétend sur cette chose.

En résumé, la classe des biens corporels se compose donc du droit de propriété, ou si l'on veut des choses qui sont l'objet du droit de propriété, et celle des biens incorporels, de tous les droits autres que le droit de propriété.

966. B. Les biens consomptibles, ou biens qui se consomment par le premier usage, sont ceux qu'on ne peut employer à l'usage auquel ils sont naturellement destinés sans les détruire matériellement, comme le vin, le blé, l'huile, le charbon, le bois à brûler, etc., ou sans les faire sortir du pa-

trimoine de celui auquel ils appartiennent, comme l'argent monnayé.

Les biens non consommibles, ou biens qui ne se consomment pas par le premier usage, sont ceux qui résistent à un usage répété, comme une maison, une table, un vêtement.

Cette division des biens présente surtout de l'importance en matière d'usufruit. Les choses qui se consomment par le premier usage ne peuvent être l'objet d'un véritable usufruit, mais seulement d'un quasi-usufruit (art. 587).

967. C. Les choses fongibles sont celles qui peuvent être remplacées par d'autres choses semblables, *quarum una alterius vice fungitur*.

Les choses non fongibles sont celles qui ne sont pas susceptibles d'être ainsi remplacées.

Il ne faut point confondre, comme l'a fait le code lui-même dans les art. 1874, 1875 et 1892, les choses fongibles avec les choses qui se consomment par le premier usage, et les choses non fongibles avec les choses qui ne se consomment pas par le premier usage. Tandis que la consommibilité tient à la nature même de la chose, la fongibilité dépend du rôle, de la fonction que la chose est appelée à remplir dans l'acte juridique dont elle est l'objet et par conséquent de l'intention des parties entre lesquelles cet acte intervient. Une personne remet un certain nombre de pièces rares, par exemple des pièces d'or de cent francs, à un changeur, lequel s'engage à les rendre après les avoir exposées pendant quelque temps dans sa vitrine. L'argent, chose consommible de sa nature, sera, dans l'hypothèse, une chose non fongible, les pièces reçues ne devant pas être remplacées par d'autres représentant une somme équivalente. — Un libraire auquel on vient demander un ouvrage qu'il n'a pas actuellement en magasin, l'envoie chercher chez un de ses confrères auquel il remettra ensuite un autre exemplaire de la même édition. Bien qu'un livre soit une chose qui ne se consume pas par le premier usage, c'est ici une chose fongible, l'exemplaire fourni devant être remplacé par un exemplaire semblable. Ce qui explique la confusion que nous venons de signaler, c'est que les choses consommibles sont généralement, dans les relations juridiques, considérées comme fongibles et que les choses non consommibles y sont d'ordinaire considérées comme non fongibles; mais les exemples ci-dessus montrent qu'il peut en être autrement.

La division des choses en fongibles et non fongibles présente de l'intérêt :

1° *En matière de prêt.* Lorsque les choses prêtées sont non fongibles, le contrat est un *prêt à usage* (art. 1875). C'est un *prêt de consommation* dans l'hypothèse inverse (art. 1892).

2° *En matière de dépôt.* Le dépôt d'une chose non fongible constitue seul un dépôt proprement dit. Le dépôt d'une chose fongible est un dépôt irrégulier.

3° *En matière de compensation.* Les choses fongibles sont seules susceptibles d'être l'objet d'une compensation (art. 1291).

4° Enfin, le débiteur d'une chose non fongible est libéré par la perte fortuite de cette chose. Il en est autrement du débiteur d'une chose fongible.

968. D. On appelle *biens particuliers* ceux qui sont considérés en eux-mêmes, séparément et individuellement, sans relation avec d'autres biens.

Une *universalité* est une masse de biens unis entre eux par un lien juridique et formant aux yeux de la loi un ensemble distinct des objets individuels qui le composent. Cette masse a beau varier dans ses éléments, recevoir des augmentations ou subir des diminutions, elle conserve son caractère et reste juridiquement la même. Ainsi le patrimoine, l'hérédité d'une personne, sont des universalités.

Le principal intérêt de cette distinction existe en matière de succession et de dispositions testamentaires (art. 870, 871, 1009, 1024, etc.).

Les universalités juridiques dont nous venons de parler ne doivent pas être confondues avec certaines collections ou agrégations de biens réunis par leur propriétaire pour servir à une destination commune, comme une bibliothèque, un troupeau, une galerie de tableaux, etc. Ces collections, qu'on appelle des *universalités de fait*, n'ont pas à proprement parler d'existence juridique et ne sont point, comme les universalités de droit, soumises à des règles spéciales. N'existant que par la volonté du propriétaire, c'est à cette volonté qu'il faut s'attacher pour apprécier, le cas échéant, leur étendue et leurs conséquences (1).

969. Ces diverses divisions étant connues, revenons à celle que le code a mise spécialement en lumière, la division des biens en meubles et en immeubles.

Les immeubles sont les biens qui ne peuvent pas être transportés d'un lieu dans un autre sans altération de leur substance, *bona quæ moveri non possunt*.

Les meubles sont les biens qui peuvent être déplacés, soit par leur propre force, soit par l'effet d'une force extérieure, *bona quæ moveri possunt*.

Telle est l'idée générale qui résulte de l'étymologie même des mots. Mais nous verrons la loi attribuer fictivement le caractère d'immeubles à des biens susceptibles de déplacement. Nous la verrons également ranger dans la classe des meubles ou dans celle des immeubles des biens incorporels, pour lesquels il ne saurait être question, soit de possibilité, soit d'impossibilité de déplacement, puisqu'ils n'ont pas d'existence matérielle et n'occupent aucun point dans l'espace.

La distinction des biens en meubles et en immeubles domine tout notre droit civil. Elle présente notamment de l'importance aux points de vue suivants :

1) Demolombe, t. IX, n° 66.

1° Les immeubles possédés en France par des étrangers sont régis par la loi française (art. 3). Il n'en est pas toujours ainsi des meubles.

2° Les servitudes ne peuvent exister que sur les immeubles.

3° La propriété des immeubles ne se transmet pas à l'égard des tiers de la même manière que celle des meubles (art. 939, 1141 et loi du 23 mars 1855).

4° Lorsque deux personnes sont mariées sous le régime de la communauté légale, leurs meubles, présents et futurs tombent en principe dans la communauté, tandis que leurs immeubles leur demeurent propres (art. 1401 et 1404).

5° Les ventes d'immeubles sont rescindables pour cause de lésion (art. 1674). Il n'en est pas de même des ventes mobilières.

6° Les immeubles sont susceptibles d'hypothèque (art. 2118 et 2119). Les meubles, à l'exception toutefois des navires (lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885), ne peuvent pas être hypothéqués.

7° Les immeubles ne peuvent s'acquérir par prescription qu'autant qu'ils ont été possédés pendant un certain temps (art. 2262 et 2265). Pour les meubles corporels aucun laps de temps n'est exigé quand le possesseur est de bonne foi (art. 2279).

8° Les procès relatifs à un immeuble doivent être portés devant le tribunal de la situation de cet immeuble ; ceux relatifs à un meuble devant le tribunal du domicile du défendeur (art. 59. c. pr.).

9° La saisie des immeubles n'est pas soumise aux mêmes règles que celle des choses mobilières (art. 557 et suiv., 673 et suiv. c. pr.).

10° Les droits fiscaux auxquels donne lieu l'aliénation des immeubles sont plus élevés que ceux qu'entraîne l'aliénation des meubles.

A l'exemple de notre ancienne législation coutumière, qui regardait les meubles comme des biens de peu de valeur et voyait dans les immeubles les biens par excellence, l'élément vraiment solide, stable et précieux du patrimoine, les rédacteurs du code ont négligé la fortune mobilière ; ils l'ont laissée sans protection suffisante, réservant toute leur sollicitude pour la fortune immobilière. Nous sommes cependant bien loin du temps où l'on pouvait dire, sans aller contre la vérité : *Vilis mobiliaum possessio ; res mobilis res vilis*. En même temps qu'elles considéraient les meubles comme une portion accessoire et secondaire des patrimoines, nos coutumes avaient en effet pris le soin, que le code n'a pas eu, d'immobiliser, c'est-à-dire d'assimiler fictivement à des immeubles, les meubles les plus importants. D'un autre côté, la fortune mobilière a pris, depuis un siècle, un accroissement considérable par suite du développement du commerce et des progrès de l'industrie, et elle est arrivée à égaler à peu près la richesse immobilière. L'esprit du code ne se trouve donc pas, sous ce rapport, en harmonie avec l'état économique de la société. Diverses lois ont, sur des

points particuliers, amélioré l'œuvre du législateur de 1804. La plus importante est la loi du 27 février 1880 relative aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits. Mais il y aurait encore beaucoup à faire pour réaliser une réforme complète.

CHAPITRE PREMIER

DES IMMEUBLES

970. « *Les biens, dit l'art. 517, sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.* »

Il y a donc, d'après le code, trois classes d'immeubles :

- 1° Les immeubles par leur nature ;
- 2° Les immeubles par destination ;
- 3° Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

Mais cette énumération doit être complétée. Il faut y ajouter :

- 4° Les immeubles par la détermination de la loi.

SECTION I

DES IMMEUBLES PAR LEUR NATURE

971. Ces immeubles sont énumérés dans les art. 518, 519, 520, 521 et 523. Il résulte de ces articles que les immeubles par nature sont :

- 1° Les fonds de terre ;
- 2° Les bâtiments ;
- 3° Les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment ;
- 4° Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis ;
- 5° Les bois, taillis ou futaies, tant qu'ils sont encore sur pied ;
- 6° Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage.

972. A. « *Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature* » (art. 518).

Les *fonds de terre* sont les seuls biens véritablement immeubles par leur nature originelle et permanente. Les autres biens que la loi range dans la même classe ne doivent leur caractère immobilier qu'à leur union, à leur incorporation au sol qui leur confère sa propre nature.

Les fonds de terre sont, bien entendu, immeubles dans toutes leurs parties, dans tous leurs éléments constitutifs quels qu'ils soient, intérieurs

ou extérieurs. Mentionnons à ce propos une particularité résultant de la loi du 21 avril 1810. Lorsqu'un fonds de terre renferme une mine et que cette mine est l'objet d'un acte de concession, conformément à l'art. 5 de cette loi, elle forme une propriété immobilière distincte du fonds dans lequel elle se trouve et qui peut être cédée ou hypothéquée séparément.

973. B. Les *bâtiments*, que l'art. 518 mentionne à côté des fonds de terre, sont toutes les constructions faisant corps avec le sol, quelles qu'en soient la matière, la forme et la destination : maisons d'habitation, murs de clôture, granges, caves, magasins, puits, etc. Meubles au moment où ils sont employés, les matériaux avec lesquels on bâtit perdent, au fur et à mesure de leur incorporation au sol et par l'effet de cette incorporation, leur individualité propre ; ils cessent d'exister comme êtres distincts du sol avec lequel ils se confondent et dont ils font désormais partie intégrante.

Il n'y a pas à rechercher par qui, aux frais de qui le bâtiment a été construit (1). La circonstance qu'un bâtiment a été construit par une personne sur le sol d'autrui, ou qu'il a été construit par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, n'enlève pas à ce bâtiment son caractère immobilier et soulève seulement une question d'indemnité (art. 554 et 555).

Quant aux constructions qui ne sont pas incorporées au sol, comme les édifices légers élevés sans fondements ni pilotis pour une foire, un marché, une cérémonie publique, ce ne sont point des immeubles par nature. Les matériaux qui les composent ne faisant pas partie intégrante du sol conservent leur nature mobilière.

L'immobilisation des bâtiments résultant de leur incorporation au sol prend fin lorsque cette incorporation vient à cesser par suite de la démolition de l'édifice. En reprenant leur individualité les matériaux recouvrent leur nature propre et distincte (art. 532). Il suit de là que la vente d'un bâtiment à démolir est une vente mobilière, cette vente ayant pour objet non le bâtiment lui-même dans son état actuel, mais les matériaux qui proviendront de la démolition (2).

974. C. « *Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature* » (art. 519). Pour qu'un moulin à vent ou à eau constitue un immeuble, il n'est point nécessaire tout à la fois qu'il soit fixe sur piliers et qu'il fasse partie du bâtiment, ainsi que les termes de notre article pourraient le faire croire. L'une ou l'autre de ces circonstances suffit, l'incorporation au sol, qui est la raison d'être de l'immobilisation, existant dans l'un comme dans l'autre cas. La conjonctive *et* doit être remplacée dans l'art. 519 par la disjonctive *ou*.

1) Paris, 4 novembre 1886, D. 88, 2, 4; S. 88, 2, 126; — Cour de cass. 19 juin 1895, D. 96, 1, 502, S. 96, 1, 295.

2) Cour de cass., 25 janv. 1886, D. 86, 5, 39, S. 86, 1, 269.

C'est du reste ce qui résulte clairement de l'art. 531 lequel ne considère les usines en général comme des biens meubles qu'autant que les circonstances mentionnées dans l'art. 519 font *toutes les deux* défaut.

975. D. « *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).

Les fruits et récoltes pendants par branches ou par racines doivent leur qualité d'immeubles à leur union avec le sol. Cette qualité doit donc disparaître aussitôt qu'ils sont séparés du sol. La chose est tellement évidente qu'on peut s'étonner au premier abord que le législateur ait pris soin de l'exprimer textuellement. Pour s'expliquer l'utilité de sa décision, il faut se reporter à l'ancien droit. Certaines coutumes considéraient les fruits et récoltes comme meubles dès avant leur séparation du sol, lorsqu'ils avaient atteint leur maturité, et même quelquefois à partir d'une époque fixe, antérieure à celle de la maturité. Ainsi, dans quelques pays, les foins étaient réputés meubles dès le 15 mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. Les deux derniers alinéas de l'art. 520 ont pour but d'abroger ces règles diverses et de les remplacer par une règle uniforme et plus rationnelle. Aujourd'hui, les récoltes et fruits quels qu'ils soient sont immeubles tant qu'ils adhèrent au sol qui les alimente; ils deviennent meubles seulement quand ils en sont détachés et au fur et à mesure qu'ils en sont détachés.

Tel est le principe; mais il comporte quelques exceptions. Les fruits sont parfois considérés comme des immeubles même après leur séparation du sol. D'autres fois au contraire ils sont regardés comme des meubles même avant leur séparation.

Ils sont réputés immeubles même après avoir été séparés du sol, lorsque le fonds qui les a produits a été l'objet d'une saisie, s'ils sont recueillis postérieurement à la transcription de cette saisie. Ils sont alors immobilisés, dit l'art. 682 du code de procédure, et distribués, par ordre d'hypothèque, avec le prix de l'immeuble lui-même entre les différents créanciers.

Ils sont réputés meubles même avant d'être séparés du sol, lorsqu'ils sont envisagés non dans leur état présent, dans leur union actuelle avec le sol, mais dans l'état futur et l'individualité distincte que leur donnera la séparation. C'est ce qui a lieu dans les cas suivants :

1° *En cas de saisie-brandon.* Au lieu de saisir l'immeuble lui-même, les créanciers du propriétaire peuvent, dans les six semaines qui précèdent la maturité, saisir les fruits et récoltes séparément (art. 626 à 635 c. pr.). Cette saisie est mobilière. Son nom vient de ce qu'on plantait autrefois dans les champs dont les fruits étaient saisis des poteaux auxquels étaient sus-

pendus des *brandons*, c'est-à-dire des faisceaux de paille, des branches d'arbre, ou bien encore des morceaux de linge ou de drap, pour faire connaître l'existence de la saisie.

2° Les fruits pendants par branches ou par racines sont réputés meubles à l'égard du fermier du fonds. Le droit du fermier consistant en effet à percevoir les fruits, ceux-ci sont, à son égard, considérés non comme faisant corps avec le sol, mais comme devant en être détachés.

3° La vente d'une récolte à faire est une vente mobilière (1).

976. E. « *Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus* » (art. 521).

La même règle s'applique aux futaies non mises en coupes réglées. En parlant spécialement des taillis et des futaies mises en coupes réglées, la loi a encore eu pour but d'abroger une règle, admise autrefois dans quelques provinces, d'après laquelle la seule arrivée de l'époque fixée pour la coupe d'un bois taillis ou d'une futaie aménagée suffisait pour mobiliser la portion de bois qui devait être coupée.

Sont également immeubles les arbres isolés, les arbustes, les plantes, les fleurs, les arbres des pépinières. Toutefois, les plantes, fleurs et arbustes ne présentent ce caractère qu'autant qu'ils adhèrent directement au sol. Lorsqu'au lieu d'être en pleine terre ils sont cultivés dans des caisses ou dans des vases, ils sont meubles, et cela alors même que les vases ou les caisses qui les contiennent seraient, comme il arrive souvent, placés dans la terre. De même, les arbres des pépinières ne sont immeubles qu'autant qu'ils tiennent encore à la terre qui les a produits, ou qu'ils ont été plantés dans un autre terrain pour y croître et s'y fortifier. Ils sont meubles quand ils ont été déposés dans un terrain non pour y prendre racine et s'y développer, mais momentanément, en attendant qu'on les vende ou qu'on en dispose autrement (2).

Les taillis et les arbres de haute futaie restent immeubles même après leur séparation du sol dans le cas prévu par l'art. 682 du code de procédure. Ils sont au contraire réputés meubles même avant d'avoir été abattus : en cas de saisie-brandon, à l'égard du fermier du fonds, et à l'égard de l'acheteur d'une coupe à faire. Il convient toutefois de remarquer, d'une part, que la saisie-brandon ne s'appliquant qu'aux fruits n'est pas possible à l'égard des futaies *non mises en coupes réglées*, lesquelles n'ont point le caractère de fruits (art. 591 et 592), et, d'autre part, que, par le même motif, ces arbres ne sont point réputés meubles à l'égard du fermier du fonds.

977. F. « *Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison*

1) Cour de cass., 14 février 1899, D. 99, 1, 246, S. 1900, 1, 398.

2) Demolombe, t. IX, nos 144 et suiv.; Aubry et Rau, § 164.

ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés » (art. 523). Par la place qu'il occupe cet article semblerait ranger les tuyaux dont il parle parmi les immeubles par destination. Il est certain cependant que ce sont des immeubles par nature, car ils font partie intégrante du fonds dans lequel ils sont placés. L'*Exposé des motifs* de Treilhارد est d'ailleurs formel en ce sens (1).

SECTION II

DES IMMEUBLES PAR DESTINATION

978. Les immeubles par destination sont des objets mobiliers que la loi répute immeubles à raison de l'usage auquel ils sont affectés par le propriétaire d'un fonds de terre ou d'un bâtiment.

L'immobilisation par destination est régie par les art. 524 et 525.

L'art. 524 est ainsi conçu : « *Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination. — Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds : — Les animaux attachés à la culture ; — Les ustensiles aratoires ; — Les semences données aux fermiers ou colons partiaires ; — Les pigeons des colombiers ; — Les lapins des garennes ; — Les ruches à miel ; — Les poissons des étangs ; — Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ; — Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ; — Les pailles et engrais. — Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* » (art. 524).

Le propriétaire seul peut créer des immeubles par destination. C'est en effet seulement lorsque le fonds et les meubles qui le garnissent appartiennent à la même personne qu'il est possible de considérer les meubles comme des accessoires, des dépendances de l'immeuble et de leur imprimer fictivement et par extension la nature de celui-ci. Tout autre que le propriétaire d'un fonds peut bien, en incorporant à ce fonds tel ou tel objet mobilier, faire de cet objet, devenue partie intégrante du fonds, un immeuble par nature, mais il ne peut pas créer des immeubles par destination. Il n'est point nécessaire d'ailleurs, pour que l'immobilisation ait lieu, que le propriétaire agisse lui-même et personnellement. Le fait d'où résulte l'immobilisation peut être accompli par son représentant, par son manda-

1) Demolombe, t. IX, n° 149; Aubry et Rau, § 164; Laurent, t. V, n° 409, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 54; Huc, t. IV, n° 18. — Cour de cass., 18 juin 1891, S. 91, 1, 488.

taire légal ou conventionnel. Ainsi il n'est point douteux que les meubles affectés par un tuteur, agissant comme tel, à l'usage d'un immeuble appartenant à son pupille seront immobilisés. Il en serait de même des meubles affectés par un mari à l'usage d'un immeuble propre de sa femme, et même de ceux qui seraient placés sur le fonds par un locataire ou fermier s'ils devaient, en vertu des clauses du bail, devenir la propriété du bailleur (1). Enfin on doit assimiler au propriétaire le simple possesseur d'un immeuble lorsqu'il possède *animo domini*, à titre de propriétaire, sans qu'il y ait à distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi (2).

979. La loi range les immeubles par destination en deux classes. La première comprend les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés *pour le service et l'exploitation de ce fonds*; la seconde les objets que le propriétaire a attachés au fonds *à perpétuelle demeure*.

1^o Des objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds.

980. C'est dans l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie que la loi attribue à ces biens le caractère immobilier. Son but est d'empêcher qu'ils ne soient séparés du fonds auquel ils sont attachés, parce que cette séparation aurait pour résultat d'entraver l'exploitation de celui-ci. S'ils restaient meubles, les créanciers du propriétaire pourraient en effet les saisir séparément du fonds, et ils seraient souvent portés à agir ainsi, la saisie mobilière étant plus simple et plus facile que la saisie immobilière. L'immobilisation rend cette saisie impossible; les meubles immobilisés ne peuvent être saisis qu'avec le fonds lui-même (art. 592 al. 1 c. pr.). En réalité les créanciers n'y perdent rien, attendu qu'ils n'ont pas d'intérêt à mettre leur débiteur hors d'état de faire valoir son bien. La séparation que la loi a voulu éviter aurait pu se produire également *en cas de partage*, les meubles et le fonds étant placés dans des lots différents, et *en cas de mariage* du propriétaire, le fonds lui demeurant propre (art. 1404) tandis que les meubles qui le garnissent tomberaient dans la communauté (art. 1401 al. 1).

981. Après avoir posé la règle de l'immobilisation, l'art. 524 énumère les principaux objets auxquels elle s'applique. Ce sont :

1^o *Les animaux attachés à la culture*. On doit, croyons-nous, entendre par là non seulement les animaux qui tirent la charrue, comme les chevaux et les bœufs, mais tous ceux qui sont nécessaires à une exploitation rurale, vaches, moutons, porcs, etc. Quant à ceux qui servent non à l'ex-

1) Cour de cass., 13 nov. 1878, D. 79, 1, 447.

2) Demolombe, t. IX, nos 205 et suiv.; Aubry et Rau, § 164; Laurent, t. V, n° 435; Huc, t. IV, n° 19; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 59; Planiol, t. I, n° 821.

ploitation mais à la personne, comme les chevaux de luxe, ils restent meubles.

Il importe peu du reste que le fonds soit exploité par le propriétaire lui-même ou que les animaux aient été livrés par lui à son fermier ou métayer. « *Les animaux que le propriétaire d'un fonds livre au fermier ou métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention* », dit l'art. 522 al. 1. On appelle *fermier* le locataire d'un domaine rural qui exploite moyennant une redevance fixe, consistant le plus souvent en argent, et *métayer* ou *colon partiaire* celui qui exploite à la charge de réserver au propriétaire une quote-part des fruits. Cette part est généralement de moitié; d'où, pour le colon, le nom de *métayer* et, pour le fonds lui-même le nom de *métairie*.

A l'exemple de notre ancien droit, le code admet, dans certains cas, que l'estimation d'objets mobiliers *vaut vente*, c'est-à-dire que le propriétaire de semblables objets qui les livre à une autre personne, après les avoir fait estimer, en consent implicitement l'aliénation moyennant le prix d'estimation. Si cette règle avait été appliquée ici, les animaux livrés sur estimation au fermier ou métayer ne seraient pas des immeubles par destination, puisqu'ils n'appartiendraient plus au propriétaire du fonds. C'est pour en écarter l'application que les auteurs du code ont inséré dans l'art. 522 les mots *estimés ou non*. L'estimation des animaux est réputée avoir été faite dans le but de déterminer la valeur que reçoit le fermier ou métayer et dont il devient responsable vis à vis du bailleur.

Aux termes de l'art. 522 al. 2, « *Ceux (les animaux) qu'il (le propriétaire) donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou au métayer sont meubles.* » On appelle bail à cheptel la convention par laquelle une personne livre à une autre un ou plusieurs animaux pour les garder et les nourrir, moyennant partage des profits et pertes (art. 1800 à 1830). Les animaux qu'une personne donne à cheptel à un autre qu'à son fermier ou métayer ne sauraient devenir immeubles par destination, puisqu'ils ne sont pas placés sur le fonds par le propriétaire de ce fonds.

2° *Les ustensiles aratoires*. Ces mots doivent être entendus dans l'acception la plus large. Ils comprennent tout ce qui sert à la culture, non seulement les instruments de labourage, mais aussi tous ceux qui servent à effectuer la récolte.

3° *Les semences données par le propriétaire au fermier au colon partiaire tant qu'elles n'ont pas été employées*. Celles qui sont déjà jetées en terre sont immeubles par nature.

4° *Les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les poissons des étangs*. Ces animaux conservent leur caractère de meubles lorsqu'ils sont placés dans une volière, dans un clapier ou dans un réservoir.

5° *Les ruches à miel.*

6° *Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes* servant à convertir en vin, cidre ou eau-de-vie les produits du fonds et à les conserver. — Les barriques qui doivent être vendues avec le liquide qu'elles renferment sont meubles.

7° *Les pailles et engrais.* Lorsque les pailles et engrais sont destinés non à être employés sur le fonds, mais à être vendus, ils restent meubles.

8° *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines.*

Tandis que les objets compris sous les numéros précédents doivent leur immobilisation à leur destination agricole, ceux-ci sont immobilisés à raison de leur destination industrielle.

Le mot *usine* est employé par l'art. 524 dans un sens large. Il désigne tout établissement industriel, de quelque nature qu'il soit, installé dans un bâtiment spécialement construit ou aménagé pour le recevoir. Mais les simples ateliers installés dans un bâtiment ou appartement ordinaire destiné à l'habitation ne constituent pas des usines, et par suite les outils et ustensiles qui s'y trouvent n'ont pas le caractère d'immeubles. De même que l'immobilisation par destination agricole suppose un fonds de terre, un immeuble rural, au service duquel sont affectés les objets nécessaires à son exploitation, de même l'immobilisation par destination industrielle suppose un établissement industriel auquel les machines, ustensiles et outils viennent s'adjoindre en qualité d'accessoires. A défaut d'un immeuble spécialement aménagé en vue de l'exercice d'une industrie, les objets dont il s'agit n'étant pas employés au service d'un immeuble, mais à l'usage de la personne, conservent leur caractère mobilier, à moins qu'ils ne se trouvent dans les conditions voulues pour être immobilisés par perpétuelle demeure (1).

L'énumération des immeubles par destination donnée par l'art. 524 n'est point limitative (2). Cela résulte du texte même de cet article qui, après avoir posé le principe, ajoute : *Ainsi* sont immeubles par destination, etc., formule indiquant que l'énumération qui suit contient des applications du principe, c'est-à-dire seulement des exemples. « Ces exemples, disait, dans son rapport, le tribun Goupil-Préfeln, serviront au juge de direction et de points de comparaison dans tous les cas non prévus. »

L'immobilisation par destination agricole ou industrielle cesse avec la cause qui l'a produite, c'est-à-dire lorsque le propriétaire sépare les meubles

1) Toulouse, 4 août 1883, S. 84, 2, 8; — Cour de cass., 2 août 1886, D. 87, 1, 293, S. 86, 1, 417; — Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205; — Lyon, 10 août 1888, S. 88, 2, 113.

2) Besançon, 13 avril 1892, D. 92, 2, 551.

immobilisés de l'immeuble au service duquel ils étaient affectés, soit qu'il les emploie à un autre usage, soit qu'il aliène les meubles sans le fonds ou le fonds sans les meubles. La vente que le propriétaire du fonds ferait séparément des meubles immobilisés par destination serait donc une vente mobilière. La mobilisation résulterait également d'un testament dans lequel le propriétaire léguerait les meubles sans le fonds ou le fonds sans les meubles; avec cette différence toutefois que la mobilisation, au lieu d'être immédiate, s'opérerait seulement au moment du décès du testateur (1).

2° Des objets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.

982. L'immobilisation par destination agricole ou industrielle n'exige pas que le propriétaire ait agi dans un esprit de perpétuité. Les objets affectés par lui au service et à l'exploitation de son fonds acquièrent par là même le caractère d'immeubles, qu'ils aient ou non été placés sur le fonds à perpétuelle demeure. Mais la loi reconnaît en outre au propriétaire, en dehors de tout intérêt agricole ou industriel, le droit de conférer à des objets mobiliers le caractère d'immeubles en les attachant à son fonds dans une intention de perpétuité. La volonté du propriétaire ne suffit point toutefois à elle seule pour réaliser l'immobilisation; il faut qu'elle soit manifestée par des signes extérieurs, et le législateur a pris soin d'indiquer lui-même les signes auxquels on doit avoir égard. « *Le propriétaire, dit l'art. 525, est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre, à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. — 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. — 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 fracture ou détérioration.* »

La loi, dans cet article, commence par poser une règle générale. Elle donne ensuite des décisions particulières relatives aux glaces, tableaux et statues.

La règle générale est que la preuve du placement à perpétuelle demeure résulte de l'une de ces deux circonstances :

Ou bien que les objets mobiliers sont attachés au fonds par un travail de maçonnerie, en plâtre, à chaux, ou à ciment;

1) Cour de cass., 20 déc. 1875, D. 76, 1, 343; — 5 juillet 1880, D. 80, 1, 321, S. 81, 1, 105; — 27 juin 1882, D. 83, 1, 169; — 21 nov. 1894, D. 95, 1, 277; — Douai, 16 déc. 1886, D. 88, 2, 44, S. 88, 2, 115.

Ou bien qu'ils ne peuvent être détachés sans fracture ni détérioration soit du fonds, soit des effets mobiliers eux-mêmes.

Les glaces d'un appartement sont censées avoir été mises à perpétuelle demeure lorsque le cadre dans lequel elles sont placées fait corps avec la boiserie, de telle sorte qu'on ne pourrait les enlever sans faire apparaître un mur nu ou des planches non travaillées qui feraient tache dans la décoration de l'appartement. — Il en est de même des tableaux et autres ornements analogues qu'il était d'usage autrefois de placer au-dessus des portes et des cheminées.

Les statues sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, alors même qu'elles n'y sont ni fixées ni scellées. Elles sont en effet le complément naturel et nécessaire de la niche qui n'a de raison d'être que par elles.

983. On décide en général que l'art. 525 n'est point limitatif et que les dispositions matérielles qu'il indique ne sont pas les seules au moyen desquelles l'immobilisation peut se réaliser (1). Cette solution est exacte en ce qui concerne la règle générale formulée dans la première partie de l'article. Les termes dans lesquels cette règle est conçue n'ont rien de restrictif, et ils impliquent même un pouvoir d'appréciation laissé aux magistrats. Mais il paraît difficile de ne pas considérer comme restrictive la règle spéciale aux glaces, tableaux et statues qui fait l'objet de la deuxième partie de l'art. 525. Voici en effet comment s'exprimait l'*Exposé des motifs* : « Les tribunaux retentissaient de démêlés sur les questions de savoir si des tableaux, des glaces, des statues avaient été placés ou non à perpétuelle demeure, parce que les lois n'établissaient pas de règles précises pour juger cette question de fait. Nous proposons de prévenir à cet égard toute difficulté dans la suite, en fixant les signes caractéristiques d'une intention de placer des meubles à perpétuelle demeure. Ainsi se trouvera tarie la source abondante de procès entre les citoyens. » C'était bien dire que l'on formulait une règle restrictive. Autrement en effet les difficultés qu'il s'agissait de prévenir se seraient présentées à nouveau ; le but de la loi n'aurait pas été atteint. — La doctrine et la jurisprudence ont été entraînées vers la solution contraire par une considération de fait. Depuis l'époque de la confection du code, la décoration intérieure des maisons a changé. Il n'est plus d'usage d'entourer les appartements d'une boiserie. Par suite les glaces et tableaux n'offrent plus le signe matériel auquel la loi subordonne leur immobilisation. L'intention du propriétaire pouvant être néanmoins de les attacher à son immeuble à perpétuelle demeure, on a été amené à chercher dans d'autres circonstances la preuve de cette intention. Mais il n'est pas au pouvoir de l'interprète de modifier ainsi la loi pour l'accom-

1) Cour de cass., 19 octobre 1896, D. 97, 1, 15, S. 97, 1, 128.

moder aux changements survenus dans les habitudes sociales (1).

984. L'immobilisation par perpétuelle demeure soulève une autre question très délicate. Comment distinguer, dans un bâtiment, les parties qui sont immeubles par leur nature de celles qui sont immeubles par destination? On doit, croyons-nous, s'attacher à cet effet au principe suivant : Sont immeubles par nature tous les objets qui font partie intégrante et constitutive du bâtiment et sans lesquels ce bâtiment ne serait pas complet. Sont immeubles par destination les objets qui ne font pas partie intégrante et nécessaire du bâtiment et ne sont que de simples accessoires servant à le rendre plus utile ou plus agréable. Les premiers ont perdu, par l'emploi qui en a été fait, leur individualité propre. Confondus dans le bâtiment, ils ne forment plus avec lui qu'un seul et même être, un seul et même tout. Les seconds conservent au contraire, malgré leur union avec le bâtiment, une existence individuelle et distincte. Associés à l'immeuble, ils le servent sans être absorbés par lui.

D'après ce principe, on considérera comme immeubles par nature non seulement les murs et la toiture, mais encore les portes, les fenêtres, les volets ou contrevents, fussent ils mobiles comme ceux d'une boutique, les escaliers, les planchers, les boiseries, les chambranles des cheminées, les cloisons, les placards, les serrures et les clefs, etc. On rangera au contraire parmi les immeubles par destination les paratonnerres, les auvents et marquises simplement fixés au-dessus des portes d'entrée ou des boutiques, les fourneaux scellés dans les murs, etc.

Le principal intérêt qu'il peut y avoir à distinguer ainsi les immeubles par nature des immeubles par destination consiste en ce que le propriétaire seul peut créer des immeubles par destination, tandis que tout détenteur d'un fonds peut, en y construisant, créer des immeubles par nature.

Cette distinction présente également son utilité au point de vue de l'application des art. 554 et 555, lesquels ne concernent que les immeubles par nature.

985. Comme l'immobilisation par destination agricole ou industrielle, l'immobilisation par perpétuelle demeure, dérivant de la volonté du propriétaire, cesse par la manifestation d'une volonté contraire. Les meubles immobilisés recouvrent leur nature mobilière dès que le propriétaire met fin à leur destination en les détachant de l'immeuble auquel ils étaient attachés.

1) Laurent, t. V, nos 469 et 470. — *Contra* : Demolombe, t. IX, nos 309 et suiv.; Aubry et Rau, § 164; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 27; Demante, t. II, n° 347 bis, IV; Huc, t. IV, n° 36; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 89. — Cour de cass., 13 février 1878, D. 78, 1, 166, S. 78, 1, 355; — Limoges, 29 juin 1888, S. 88, 2, 205; — Douai, 1^{er} février 1900, D. 1900, 2, 447.

SECTION III

DES IMMEUBLES PAR L'OBJET AUQUEL ILS S'APPLIQUENT

986. Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont des droits, des biens incorporels.

Par eux-mêmes, par leur nature propre, les droits ne sont sans doute ni meubles ni immeubles, puisqu'ils n'ont pas d'existence matérielle; mais comme ils portent nécessairement sur un objet extérieur, le législateur, leur appliquant la nature de leur objet, les a rangés parmi les immeubles ou parmi les meubles, suivant qu'ils portent sur une chose immobilière ou sur une chose mobilière.

Aux termes de l'art. 526, « *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.* »

A l'usufruit des choses immobilières, il faut ajouter les droits d'usage et d'habitation qui, étant des diminutifs de l'usufruit, se trouvent virtuellement compris sous la dénomination générique d'usufruit dont se sert la loi.

Les servitudes ou services fonciers ne peuvent être établis que sur des immeubles. Ce sont donc toujours des immeubles, tandis que l'usufruit et l'usage pouvant avoir pour objet soit une chose mobilière, soit une chose immobilière sont tantôt meubles, tantôt immeubles.

On appelle *action* la réclamation en justice d'un droit contesté. L'action n'est pas un droit distinct de celui qu'elle tend à faire reconnaître et constater. C'est le droit lui-même porté devant les tribunaux, le droit à l'état de lutte judiciaire, au lieu d'être à l'état de repos. L'action s'identifiant ainsi avec le droit qu'elle a pour but de faire valoir, le code la déclare immobilière quand ce droit est immobilier.

Les actions sont *réelles* ou *personnelles*. Les premières sont celles par lesquelles on réclame sur une chose un droit réel. Les secondes celles par lesquelles une personne soutient que telle autre personne est obligée envers elle. A ne consulter que le texte de l'art. 526, on pourrait croire qu'il ne considère comme immobilières les actions relatives à un immeuble qu'autant qu'elles sont réelles, car c'est seulement aux actions réelles que s'applique dans son sens technique le mot *revendiquer*. Mais ce mot n'est pas employé ici dans son acception scientifique. Les auteurs du code ont simplement voulu traduire l'ancien adage : *Actio quæ tendit ad quid immobile est immobilis*. L'art. 526 vise toutes les actions tant personnelles que réelles qui ont pour objet un immeuble.

Au nombre des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'art. 526 ne mentionne pas le droit de propriété portant sur un immeuble. Nous en connaissons le motif. Le législateur confondant le droit de propriété avec

son objet, le considère non comme un bien incorporel, un droit immobilier lorsqu'il a pour objet un immeuble, mais comme un immeuble par nature.

SECTION IV

DES IMMEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI

987. On désigne sous ce nom certains biens, mobiliers d'après l'art. 529, auxquels des actes législatifs postérieurs au code civil ont conféré ou permis de conférer fictivement la qualité d'immeubles.

1° Quand une mine est concédée à un autre qu'au propriétaire du sol, le concessionnaire est tenu de payer au propriétaire une *redevance en argent*. Cette redevance est réputée immeuble par la loi tant qu'elle demeure attachée à la propriété de la surface (loi du 21 avril 1810, art. 18 et 19).

2° L'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 permet d'immobiliser les actions de la Banque de France. « Les actionnaires qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles, dit cet article, en auront la faculté; et dans ce cas ils en feront la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. » L'immobilisation peut cesser au gré de celui de qui elle émane (loi du 17 mai 1834, art. 5).

La faculté accordée par l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 avait été étendue par le décret du 16 mars 1810 (art. 13) aux actions des canaux d'Orléans et du Loing et aux actions du canal du Midi. Mais cette disposition se trouve aujourd'hui sans objet par suite du rachat de ces actions par l'État.

3° L'ordonnance du 2 avril 1817 (art. 1 et 6) dispose que les rentes sur l'État et sur les villes doivent être immobilisées quand elles sont acquises par les communes ou les établissements publics en emploi de biens immobiliers donnés ou légués.

4° Le décret du 1^{er} mars 1808 avait également autorisé l'immobilisation des rentes sur l'État pour la fondation des majorats. Mais cette cause d'immobilisation a cessé d'exister, la loi du 12 mai 1835 ayant interdit pour l'avenir toute constitution de majorats (Joign. la loi du 7 mai 1849).

CHAPITRE II

DES MEUBLES

988. Les meubles se divisent en deux classes : les meubles par leur nature et les meubles par la détermination de la loi. « *Les biens sont*

meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi », dit l'art. 527. Il n'y a pas de meubles par destination. Qu'un objet mobilier soit réputé immeuble à titre d'accessoire d'un immeuble, cela se conçoit; mais l'esprit se refuse à admettre qu'un immeuble devienne l'accessoire d'un meuble et soit comme tel réputé meuble.

SECTION I

DES BIENS MEUBLES PAR LEUR NATURE

989. « *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 jurisconsultes et praticiens désignaient sous le nom de meubles *vifs* ceux qui peuvent se déplacer par leur propre force, et sous le nom de meubles *morts* ceux qui ne peuvent être transportés d'un lieu dans un autre que par l'impulsion d'une force étrangère. Mais cette différence naturelle ne présente aucune importance juridique.

De la généralité des termes de l'art. 528 il résulte qu'une chose est mobilière dès lors qu'elle peut se déplacer, n'importe par quel moyen, sans altération de sa substance, quelles que soient d'ailleurs sa forme et sa dimension, et alors même qu'elle ne change pas ordinairement de place, à moins qu'elle n'ait perdu cette qualité par incorporation à un immeuble ou par destination. Les art. 531 et 532 présentent des applications de ce principe :

« *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* » (art. 531).

Les règles spéciales auxquelles certains de ces objets sont soumis au point de vue de la saisie et de la vente judiciaire sont indiquées dans l'art. 620 du code de procédure. D'autre part, les moulins et bains sur bateaux, les bacs, les bateaux-lavoirs et autres objets semblables, alors même qu'ils sont simplement retenus par des amarres, sans être fixés par des piliers ou pilotis, sont soumis à l'impôt foncier (loi de finances du 18 juillet 1836, art. 2). Enfin nous savons que les navires sont susceptibles d'hypothèque (lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885).

« *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). C'est donc seulement l'emploi effectué et toujours subsistant qui peut changer la nature

mobilière des matériaux. Ils restent meubles tant qu'ils ne sont pas employés, fussent-ils amenés à pied-d'œuvre et déjà façonnés; ils redeviennent meubles dès qu'ils sont séparés de l'immeuble, alors même que le propriétaire aurait l'intention de reconstruire immédiatement un autre édifice avec les mêmes matériaux. On s'accorde toutefois à décider que si, au lieu d'une *démolition* de l'édifice, il y a simplement, soit dans un but de réparation, soit par suite d'un accident, séparation momentanée de quelques matériaux, ces matériaux, destinés à être remplacés, ne perdent pas leur qualité d'immeubles (1).

SECTION II

DES MEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI

990. Les meubles par la détermination de la loi correspondent exactement aux immémbrables par l'objet auquel ils s'appliquent. Ce sont les meubles incorporels, les droits mobiliers. Il est fâcheux que le législateur ait employé des expressions différentes pour exprimer des idées identiques.

L'art. 529 énumère les droits mobiliers; mais son énumération n'est pas complète. « *Sont meubles par la détermination de la loi, dit-il, 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 dépendants 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'État, soit sur des particuliers.* »

991. A. Notre article mentionne en première ligne *les obligations ou actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers*. — L'obligation est un lien de droit qui astreint une personne envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'obligation a pour corrélatif la *créance*, qui est le droit d'exiger l'acquittement de l'obligation. Le législateur se proposant dans le présent titre de donner une classification des biens, le terme propre aurait donc été le mot *créance*. Il arrive cependant quelquefois que le mot obligation, au lieu d'être employé passivement pour exprimer le devoir du débiteur est, comme ici, employé activement pour désigner le droit du créancier (art. 1567). C'est dans le même sens que l'on distingue aussi parfois la *dette active* d'avec la *dette passive*, sui-

1) Demolombe, t. IX, nos 105 et suiv. et 400; Aubry et Rau, § 164, texte et note 19; Hue, t. IV, n° 40; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 122. — *Comp.* Cour de cass., 5 février 1878, D. 78, 1, 156, S. 78, 1, 353.

vant qu'on envisage l'obligation du côté du créancier ou du côté du débiteur.

L'action, nous le savons, n'est autre chose que le droit lui-même déduit en justice, débattu devant les tribunaux. De même que les actions dont l'objet est immobilier sont rangées parmi les immeubles, de même celles dont l'objet est mobilier sont considérées comme des meubles.

On appelle ordinairement *somme exigible* celle dont le paiement peut être actuellement exigé. Telle n'est point évidemment l'acceptation de cette expression dans l'art. 529 ; car une somme d'argent est une chose mobilière quelle que soit l'époque de son exigibilité. La loi, en employant cette expression, a voulu opposer les créances ayant pour objet des sommes dont le paiement peut être actuellement, ou pourra être exigé à un moment donné, aux *rentes*, dont il est question dans la partie finale de l'art. 529, et dont le capital est perpétuellement inexigible.

En résumé, toute créance ayant pour objet un meuble est meuble. Il en est ainsi alors même qu'elle est garantie par une hypothèque ou par un privilège sur un immeuble. Le privilège et l'hypothèque sont des droits accessoires qui ne sauraient modifier la nature juridique du droit principal qu'ils garantissent.

992. B. L'art. 529 mentionne en second lieu *les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie*.

Le mot *action* est pris cette fois dans un sens tout différent de celui que nous lui avons assigné jusqu'à présent. Il désigne le droit de prendre part aux bénéfices d'une société tant qu'elle dure, et de venir, lors de sa dissolution, au partage du fonds social.

L'*intérêt* confère en principe les mêmes droits que l'*action*, et les deux expressions sont assez souvent employées l'une pour l'autre. Elles correspondent cependant à deux situations qui ne sont pas absolument identiques. Parmi les sociétés, il en est qui sont formées en considération de la personne même des associés, *intuitu personæ*, d'autres en vue seulement des capitaux que chaque associé promet d'apporter, *intuitu pecuniæ*. Les premières se nomment *sociétés de personnes*, les secondes *sociétés de capitaux*. L'*intérêt* est la part d'un associé dans une société de personnes, et l'*action* une part d'associé dans une société de capitaux. De là entre l'*intérêt* et l'*action* certaines différences sur lesquelles les jurisconsultes ne sont point d'ailleurs entièrement d'accord, et dont l'examen détaillé rentre dans le droit commercial. Au point de vue de la classification des biens, seule question qui doive nous occuper en ce moment, ces différences n'ont aucune importance. L'art 529 assimile complètement l'*action* et l'*intérêt* en les rangeant l'une et l'autre dans la classe des meubles.

On désigne spécialement sous le nom de *compagnies* les grandes sociétés, celle dont les membres sont nombreux et dont les entreprises ont une

grande extension. Ce n'est pas avec ce sens restreint que le mot *compagnie* est employé ici, mais comme synonyme du mot *société*.

Les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie sont déclarées meubles par la loi, *encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies*. Ceci paraît inexplicable au premier abord. En pareil cas, l'action ou l'intérêt devrait, semble-t-il, être immeuble en tant que s'appliquant aux immeubles sociaux. La décision donnée par la loi repose sur une fiction. Le législateur considère la société comme un être de raison, une personne civile distincte de la personne de chacun des associés. C'est à cet être de raison qu'appartiennent les biens, meubles ou immeubles, dont se compose le fonds social. Tant que dure la société, le droit de chaque associé consiste simplement à obtenir, sous forme de *dividendes*, sa part dans les bénéfices réalisés, c'est-à-dire de l'argent, chose essentiellement mobilière. Ce droit est donc mobilier, bien que le fonds social comprenne des immeubles. Mais il n'en est ainsi qu'autant que la société subsiste. Une fois qu'elle est dissoute, le fonds social ne peut plus appartenir à une personne civile qui a cessé d'exister. Le droit des associés s'appliquant alors directement aux objets qui forment ce fonds, est mobilier ou immobilier, suivant qu'il porte sur des meubles ou sur des immeubles. Le partage qui interviendra entre eux fixera définitivement la nature du droit de chacun d'eux.

De ce qui précède, il résulte que la décision de l'art. 529 ne peut s'appliquer qu'aux sociétés qui constituent des personnes civiles. Quand une société n'a pas le caractère de la personnalité, les biens qui composent le fonds social appartenant aux associés eux-mêmes, la nature de leur droit est déterminé par la nature des choses sur lesquelles il porte; il est mobilier ou immobilier, suivant la nature mobilière ou immobilière des biens sociaux.

Nous examinerons au titre *Du contrat de Société* la question de savoir quelles sont les sociétés qui constituent des personnes civiles.

C'est à l'égard de chaque associé seulement que les actions ou intérêts sont réputés meubles: La loi a voulu dire par là que les immeubles qui appartiennent à la société conservent vis-à-vis d'elle et vis-à-vis des tiers qui se trouvent en rapport avec elle leur caractère immobilier, et sont régis par les principes qui gouvernent les immeubles. Mais il faut se garder d'attribuer à cette formule une portée plus étendue. A l'égard de tous ceux qui se trouvent en rapport non avec la société elle-même, mais avec tel ou tel associé individuellement, l'action ou l'intérêt appartenant à cet associé présente un caractère purement mobilier, puisque c'est avec ce caractère qu'il figure dans son patrimoine.

993. C. Enfin, l'art. 529 déclare meubles par la détermination de la loi *les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'État, soit sur des particuliers*.

Une *rente* est le droit d'exiger à perpétuité ou pendant un certain temps des prestations périodiques en argent ou en denrées, sans que celui auquel ce droit appartient puisse à aucune époque demander le remboursement du capital moyennant lequel il a été établi. Je vous ai remis une somme de 20.000 francs, dont je vous ai fait l'abandon définitif et, moyennant cet abandon, vous vous êtes engagé à me payer chaque année, en une seule fois ou en plusieurs termes, 1.500 francs tant que je vivrai. Nous avons ainsi constitué à mon profit une rente dont vous êtes débiteur envers moi.

On appelle *crérentier* celui au profit duquel la rente est établie et *débirentier* celui à la charge duquel elle existe. Les prestations périodiques que celui-ci est tenu d'acquitter se nomment *arrérages*. C'est donc s'exprimer d'une façon inexacte que de donner à ces prestations le nom de *rentes*, ainsi qu'on le fait quelquefois. Les arrérages sont les produits de la rente et non la rente elle-même. Ce sont les revenus d'un capital inexigible, de même que les *intérêts* sont les revenus d'un capital dont le créancier pourra exiger le remboursement à un moment donné.

Les rentes sont *perpétuelles* ou *temporaires*.

Les rentes perpétuelles sont celles qui doivent durer indéfiniment. Le débirentier, et après lui ses représentants, devront servir les arrérages à perpétuité au crérentier ou à ses ayant-cause. Toutefois, il est loisible au débirentier de se soustraire au paiement des arrérages en restituant au crérentier le capital de la rente. Le crérentier, qui ne peut exiger du débirentier de la rente le remboursement du capital, peut donc au contraire être contraint par celui-ci de le recevoir. C'est ce que l'on exprime en disant que la rente perpétuelle est *rachetable* (art. 1911). La loi a considéré comme contraire au principe de la liberté naturelle et au crédit public qu'une personne restât indéfiniment obligée, sans pouvoir s'affranchir de son obligation.

Les rentes temporaires sont celles qui ne doivent durer que pendant un certain temps. On les nomme rentes *viagères* lorsqu'elles ont pour limite la vie d'une personne déterminée, qui est le plus ordinairement le crérentier lui-même.

Qu'elles soient perpétuelles ou temporaires, les rentes peuvent être établies comme prix de l'aliénation d'un immeuble ou comme prix de l'aliénation d'une somme d'argent ou d'un capital mobilier quelconque. Dans le premier cas, elles se nomment *rentes foncières*, dans le second *rentes constituées*.

L'art. 529 distingue encore les *rentes sur l'État* et les *rentes sur particuliers*.

La constitution de rentes est un des moyens auxquels l'État a recours pour faire face à ses besoins financiers. C'est sous cette forme qu'il emprunte. Moyennant l'abandon qui lui est fait d'un capital, il s'engage à

payer à perpétuité aux bailleurs de fonds des arrérages, à raison de tant pour cent. Quand un des créanciers de l'État a besoin de son capital, comme il ne peut pas demander son remboursement, il cède à une autre personne son droit aux arrérages moyennant le paiement immédiat d'un capital représentatif de la valeur de ce droit. Cette cession s'opère à des conditions plus ou moins avantageuses suivant le *cours de la Bourse*, lequel dépend lui-même des événements politiques, des chances de paix ou de guerre, etc.

Perpétuelles ou temporaires, foncières ou constituées, sur l'État ou sur particuliers, les rentes ayant pour objet une chose mobilière, puisque leurs arrérages consistent en argent ou en denrées, sont toujours meubles.

Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit. Les rentes foncières partout et les rentes constituées dans la plupart des coutumes étaient immeubles.

Pour la rente foncière c'était une conséquence logique des principes alors admis. Elle était en effet considérée non comme le prix de l'immeuble aliéné à charge de rente, mais comme un droit réel, un démembrement du droit de propriété, que l'aliénateur se réservait sur cet immeuble. Aussi n'était-elle point rachetable, attendu que le rachat forcé d'un droit retenu dans l'immeuble eût constitué une véritable expropriation. Quant aux rentes constituées, elles auraient dû logiquement être meubles. Si la règle contraire avait généralement prévalu, cela tenait sans doute à ce que ces rentes formant la majeure partie du patrimoine ou même tout le patrimoine d'un grand nombre de personnes, on avait voulu les placer sous l'empire des lois protectrices de la fortune immobilière.

Les rentes, et spécialement les rentes constituées ont joué dans notre ancien droit un rôle considérable. Le prêt à intérêt étant alors interdit en principe, la constitution de rente était le moyen normal à l'aide duquel on pouvait se procurer l'argent dont on avait besoin, ou rendre productif celui que l'on possédait. Cette opération était en effet considérée non comme un prêt, mais comme une vente. Le crédentier achetait, moyennant le capital qu'il abandonnait au débirentier, le droit de se faire payer par celui-ci des arrérages. De là le nom de *rachat* employé pour désigner la libération que le débiteur d'une rente constituée en perpétuel pouvait obtenir en remboursant le capital qui lui avait été versé.

La législation révolutionnaire diminua l'importance des rentes constituées en autorisant le prêt à intérêt (loi des 3-12 octobre 1789). Les rentes foncières furent déclarées rachetables (4 août 1789), et la loi des 18-29 décembre 1790 régla les formes et les conditions du rachat. Ces rentes conservèrent néanmoins leur caractère immobilier. Enfin la loi du 11 brumaire an VII mobilisa implicitement toutes les rentes en disposant qu'à l'avenir elles ne seraient plus susceptibles d'être hypothéquées. Le code civil n'a fait que consacrer expressément cette transformation.

L'art. 530 s'occupe spécialement des rentes foncières. Son but est de maintenir la faculté accordée par la législation révolutionnaire de racheter ces rentes : « *Toute vente-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 immobilier, 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 stipulation contraire est nulle* » (1).

Aujourd'hui donc il n'existe plus de rentes *foncières* dans l'ancienne acception du mot. Celui qui acquiert un immeuble à charge de rente en devient plein et entier propriétaire et l'aliénateur n'a contre lui qu'une créance dont le débirentier peut se libérer, lorsque la rente est établie à perpétuité, par le paiement d'un capital en argent.

Il n'y a pas cependant une similitude complète entre les rentes que l'on continue d'appeler rentes foncières, malgré le changement apporté à leur nature ancienne, et les rentes constituées par l'aliénation d'un capital mobilier. Les différences qui subsistent entre ces deux sortes de rentes sont indiquées dans les art. 1909 et suivants au titre *du Prêt*. Il suffira de mentionner ici les deux suivantes auxquelles l'art. 530 fait allusion :

1° En cas de rente foncière, les parties sont libres de fixer à leur gré les clauses et conditions du rachat. Rien ne les empêche de convenir par exemple qu'une rente de 3.000 francs ne sera rachetable que par 100.000 francs. La somme à payer par le débirentier est en effet le prix d'un immeuble et, dans le contrat de vente, les parties peuvent fixer le prix à tel chiffre que bon leur semble. En cas de rente constituée, il n'est pas permis de convenir que le débirentier ne pourra se libérer qu'en payant une somme supérieure à celle qu'il a reçue. Une pareille convention serait usuraire, la rente constituée étant considérée par la loi comme une variété du prêt à intérêt.

2° En cas de rente foncière, le crédientier peut stipuler que le rachat n'aura pas lieu pendant trente ans. En cas de rente constituée, cette clause n'est valable que pour dix ans (art. 1911).

Les deux clauses de rentes étant soumises à des règles différentes, l'art. 530 s'est attaché à préciser les cas dans lesquels il y a rente foncière. Cette rente peut, dit-il, être établie de trois manières :

1) Cet article est le dernier qui ait été inscrit dans le Code. Il n'y fut ajouté que par la loi du 30 ventôse an XII, après qu'on eut vivement discuté au Conseil d'État la question de savoir si l'on rétablirait ou non les anciennes rentes foncières.

1° Pour le prix de la vente d'un immeuble. Ex. Je vous vends ma maison, moyennant une rente de 2.000 francs.

2° Comme condition de la cession d'un immeuble à titre onéreux. Tel est le cas où, dans un échange de deux immeubles d'inégale valeur, la différence est compensée par une rente à la charge de celui des coéchangistes qui reçoit l'immeuble le plus considérable.

3° Enfin comme condition de la cession d'un immeuble à titre gratuit. Ainsi le donataire d'un immeuble peut être chargé d'une rente au profit du donateur ou d'un tiers.

994. A l'énumération donnée par l'art. 529 des biens meubles par la détermination de la loi, énumération qui comprend seulement des droits personnels ou de créance, il faut ajouter :

1° Les droits réels mobiliers, le droit d'usufruit et le droit d'usage portant sur une chose mobilière, et, parmi les droits réels accessoires, le gage et les privilèges sur les meubles.

2° Certains droits d'un caractère tout spécial qui « ne peuvent être rangés d'une façon exacte ni dans la catégorie des droits réels ni dans celle des droits personnels » (1). Ce sont :

Les offices ministériels ;

Les fonds de commerce ;

La propriété littéraire, artistique ou scientifique.

Il y avait, avant la révolution, un grand nombre de charges ou offices vénaux que leurs titulaires pouvaient céder moyennant finances et que la royauté elle-même conférait à prix d'argent. Comme ces offices formaient une part considérable de la fortune des particuliers, les coutumes et les ordonnances royales les avaient rangés parmi les immeubles afin de les placer sous la protection des règles qui gouvernaient la fortune immobilière (2). La législation révolutionnaire proscrivit d'une manière absolue toute vénalité des charges et offices. Elle décida que les fonctions publiques non électives seraient conférées gratuitement par le gouvernement, sans que le titulaire pût jamais en disposer. Cet état de choses subsista sous l'Empire. Mais les guerres perpétuelles de cette époque ayant épuisé le trésor public, le gouvernement de la Restauration dut recourir à divers moyens pour combler le déficit. L'un de ces moyens consista à élever le chiffre du cautionnement des officiers ministériels. Comme compensation, la loi du 28 avril 1816, sans rétablir à proprement parler la vénalité des offices et sans reconnaître à leurs titulaires un véritable droit de propriété, conféra aux avocats à la cour de cassation, aux notaires, aux avoués, aux greffiers,

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 165.

2) Coutumes de Paris, art. 95, d'Orléans, art. 485; édit de mars 1683.

aux huissiers, aux agents de change, aux courtiers et aux commissaires-priseurs le droit de présenter un successeur à l'agrément du chef de l'État, autorisant par là même implicitement ces officiers ministériels à stipuler un prix pour la cession de leurs charges. Ce *droit de présentation* aboutissant ainsi à une somme d'argent, constitue un droit mobilier.

Un fonds de commerce est un ensemble de biens comprenant non seulement les marchandises du magasin, mais encore l'enseigne, l'achalandage ou clientèle, et parfois le droit au bail. Ces divers éléments aboutissant tous à des bénéfices, c'est-à-dire à de l'argent, chose mobilière, les fonds de commerce rentrent par là même dans la classe des meubles (1).

C'est le même motif qui doit faire attribuer un caractère mobilier à la propriété littéraire, artistique ou scientifique. La création d'une œuvre de l'intelligence telle qu'une statue, un tableau, un livre, une pièce de théâtre, une composition musicale, une découverte scientifique, etc., confère à son auteur un double droit : l'un portant sur l'objet même de son travail, l'autre consistant dans la faculté d'en tirer profit en le faisant reproduire par l'impression, la gravure, la lithographie, ou tout autre mode de publication. Ce droit de reproduction et d'exploitation, droit essentiellement pécuniaire, est celui que l'on désigne plus spécialement sous le nom de propriété littéraire ou artistique. La loi qui régit actuellement cette matière est la loi du 14 juillet 1866. Elle réserve à l'auteur pendant toute sa vie le droit exclusif d'exploiter son œuvre. Ce monopole persiste pendant cinquante ans après son décès, quelle que soit la qualité de ceux qui lui succèdent. Mais, après ce délai, l'œuvre tombe dans le domaine public. La propriété littéraire, artistique ou scientifique a donc une durée limitée; c'est une propriété temporaire. L'impossibilité d'assurer pratiquement sa perpétuité et certaines considérations d'intérêt public ont fait adopter cette règle qui se retrouve dans toutes les législations européennes. La limite fixée par la loi de 1866 est du reste suffisamment large pour permettre aux héritiers et successeurs de retirer du travail de leur auteur, dans la plupart des cas, tout ce qu'il est susceptible de produire, commercialement parlant.

Les brevets d'invention sont soumis à une législation moins avantageuse. La propriété de ces brevets est limitée pour les inventeurs eux-mêmes à une durée de cinq, dix ou quinze ans; la loi ayant craint d'entraver, en accordant un privilège plus étendu, le développement et les progrès du génie industriel (lois du 5 juillet 1844, art. 4, et du 25 mai 1868).

La violation des droits d'auteur porte le nom de *contrefaçon*. Elle peut donner lieu, indépendamment de dommages-intérêts, à l'application de peines correctionnelles (art. 425 à 429 c. p.). Un décret-loi du 28 mars 1852 a étendu les peines édictées par ces articles à la contrefaçon sur le territoire

1) Cour de cass., 13 mars 1888, D. 88, 1, 351.

français des ouvrages publiés en pays étranger. Il a été suivi de plusieurs conventions diplomatiques entre la France et les puissances voisines pour assurer, par une juste réciprocité, la répression à l'étranger de la contrefaçon des ouvrages publiés en France.

SECTION III

DE LA TERMINOLOGIE EN MATIÈRE DE MEUBLES

995. Des controverses s'étant élevées dans l'ancien droit sur la signification des mots *meubles*, *meubles meublants*, *biens meubles*, *meublier*, *effets mobiliers*, *maison meublée*, *maison avec tout ce qui s'y trouve*, les auteurs du code ont cherché à prévenir le retour de ces difficultés en donnant une définition légale de ces diverses expressions. Tel est l'objet des art. 533 à 536.

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 médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; 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 meublants.* »

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.* »

Le législateur n'a pas atteint le but qu'il se proposait en donnant ces définitions. Les difficultés auxquelles il espérait mettre fin ont persisté, ainsi qu'en témoignent les nombreuses décisions judiciaires intervenues sur la matière. Il ne pouvait en être autrement, ces difficultés n'étant point susceptibles d'être résolues *a priori* au moyen de définitions légales. Qu'il s'a-

gisse d'une convention, d'une disposition de l'homme ou d'une disposition de la loi, le sens des termes employés dépend en effet des circonstances, et varie dès lors d'un cas à l'autre. En appliquant les art. 533 à 536, on irait bien souvent contre l'intention certaine des parties contractantes ou du disposant et du législateur lui-même qui s'est maintes fois écarté de ses propres définitions. Ces articles ne sauraient recevoir leur application que dans les cas, nécessairement très rares, où il n'est pas possible de découvrir par les modes ordinaires d'interprétation le véritable sens des termes employés.

CHAPITRE III

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT

996. Dans l'intitulé de ce chapitre, le mot *posséder* est employé comme synonyme d'*être propriétaire*. Les biens vont donc être envisagés dans leurs rapports avec ceux qui en sont propriétaires.

En se plaçant à ce point de vue, le code divise les biens en deux classes :

1° Ceux qui appartiennent à des particuliers ;

2° Ceux qui n'appartiennent pas à des particuliers.

Cette division est formulée dans les termes suivants par l'art. 537 :
 « *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.* »

Les biens qui appartiennent à des particuliers sont ceux qui appartiennent à une personne privée, que cette personne soit une personne physique ou une personne civile.

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont ceux qui appartiennent à une personne civile *publique*, c'est-à-dire à une personne civile dont l'existence se lie à l'organisation administrative du pays. Ce sont les biens de l'État, les biens des départements, les biens des communes et ceux des établissements publics.

Seuls, les biens des particuliers sont entièrement régis par le droit privé. Ils sont à la libre disposition de leur propriétaire, sauf les restrictions établies par la loi. Les autres sont du ressort des lois administratives et soumis, pour leur administration et leur aliénation, à des règles particulières.

Le code se borne à énumérer les biens de l'État et à mentionner en passant les biens des communes. Il ne parle point des biens des établissements publics, ni des biens des départements lesquels, lors de sa rédaction, ne

constituaient pas des personnes morales. La personnalité des départements a été reconnue par le décret du 9 avril 1811 et par les lois du 16 juin 1824 (art. 7), et du 20 mai 1838 (art. 10).

SECTION I

DES BIENS DE L'ÉTAT

997. Les biens de l'État ou biens du *domaine national* sont ceux qui appartiennent à la nation tout entière, personnifiée dans l'État.

Ils se divisent en deux classes : les biens du *domaine public* et ceux du *domaine privé*.

Les biens du domaine *public* sont ceux qui sont affectés d'une manière spéciale et permanente à un usage ou à un service public. On appelle biens du domaine *privé* ceux qui ne sont affectés à aucun service de ce genre.

Les premiers, tant qu'ils conservent leur affectation, sont hors de commerce ; ils sont inaliénables et imprescriptibles. Les seconds sont au contraire susceptibles d'aliénation et de prescription.

Dans les art. 538 à 541, le législateur n'a point tenu compte de cette distinction. Il s'est borné à donner une énumération, d'ailleurs purement énonciative, des biens de l'État, en les qualifiant tous de biens du domaine public, expression qui, dans sa pensée, est un terme générique comprenant indistinctement tous les biens du domaine national.

Art. 538. « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, 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. 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.* »

Art. 540. « *Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du 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 été prescrite contre lui.* »

D'après ces articles le domaine de l'État comprend donc :

1° *Les chemins, routes et rues à la charge de l'État*, c'est-à-dire les routes nationales et les rues qui en sont la continuation dans la traverse des villes.

Les chemins de fer d'intérêt général, qu'ils soient construits et exploités

par l'État ou par des compagnies concessionnaires, font également partie du domaine public national (loi du 15 juillet 1845). Les compagnies concessionnaires de lignes ferrées ne sont, quant à l'établissement de ces lignes, que les entrepreneurs d'un travail public et, quant à leur exploitation, que les entrepreneurs d'un service public. La concession, dont la durée est généralement de quatre-vingt-dix-neuf ans, a seulement pour effet d'attribuer aux compagnies, sous certaines charges et conditions, les bénéfices de l'exploitation.

2° *Les fleuves ou rivières navigables ou flottables.* Un cours d'eau est navigable quand il peut porter bateau, soit naturellement, soit à l'aide d'ouvrages d'art, tels que des écluses ou des barrages. Il est flottable, lorsqu'il peut servir au transport des bois par flottage ou flottaison. Le flottage a lieu de deux manières différentes : au moyen de *trains de bois* ou *radeaux* que l'on dirige comme des barques, ou *à bûches perdues*, c'est-à-dire en abandonnant pêle-mêle au courant des morceaux de bois isolés et non reliés les uns aux autres. Les cours d'eau flottables à bûches perdues ne font pas partie du domaine public. Ce caractère n'appartient qu'à ceux qui sont flottables avec trains de bois (lois du 15 avril 1829, art. 2 et du 8 avril 1898, art. 30).

L'ordonnance du 10 juillet 1835, modifiée ou complétée par divers actes postérieurs, a donné pour toute la France la nomenclature des cours d'eau navigables ou flottables, en précisant le point où commence pour chacun d'eux la navigabilité ou la flottabilité. Cette nomenclature n'est point limitative. Pour les cours d'eau qui n'y sont pas compris, la question de navigabilité doit être décidée en fait, dans chaque cas, par la constatation de l'aptitude du cours d'eau à la navigation ou à la flottaison. L'autorité administrative a seule qualité pour procéder à cette constatation. Si donc, à l'occasion d'un litige porté devant les tribunaux civils la question se présente de savoir si un cours d'eau est navigable ou flottable, l'autorité judiciaire doit surseoir jusqu'à ce que l'administration ait statué sur ce point.

Les cours d'eau navigables ou flottables faisant partie du domaine public, il importe de déterminer exactement la ligne qui sépare le lit de ces cours d'eau de la rive où commencent les propriétés privées. A défaut de texte, la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation suivait à cet égard la règle du droit romain : *Ripa ea putatur esse quæ plenissimum flumen continet*. Elle décidait en conséquence que le lit comprend tout le terrain qu'atteignent et couvrent, dans les habitudes de leur cours et *sans débordement*, les eaux parvenues à leur plus haut point d'élévation, quelle que soit la cause de cette élévation. Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux dont l'art. 36 est ainsi conçu : « Des arrêtés préfectoraux, rendus après enquête, sous l'approba-

tion du ministre des travaux publics, fixeront les limites des fleuves et rivières navigables et flottables, ces limites étant déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords, avant de déborder. »

Aux termes de l'art. 34 de la même loi, quand un cours d'eau fait partie du domaine public, ses dépendances y sont également comprises, savoir : 1° Les *bras*, même non navigables et non flottables, lorsqu'ils prennent naissance au-dessous du point où le fleuve ou la rivière commence à devenir navigable ou flottable ; 2° Les *noues* et *boires* tirant leurs eaux du fleuve ou de la rivière. Mais les dérivations ou prises d'eau artificielles établies dans des propriétés particulières ne font pas partie du domaine public, à moins qu'elles n'aient été pratiquées par l'État dans l'intérêt de la navigation ou du flottage (art. 35).

Les digues construites le long d'un cours d'eau navigable ou flottable en étant des dépendances nécessaires sont, comme telles, comprises dans le domaine public.

3° *Les rivages de la mer, les ports, les havres et les rades.* L'étendue des rivages de la mer se détermine d'une manière différente suivant qu'il s'agit de l'Océan ou de la Méditerranée. Pour l'Océan, on suit la règle tracée par l'ordonnance de 1681 sur la marine : « Est réputé bord ou rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le plus grand flot de mars se peut étendre sur les grèves » (Livre IV, titre VII, art. 1^{er}). Pour la Méditerranée, où le phénomène des marées est à peu près insensible, on applique la règle du droit romain : le rivage de la mer est le terrain baigné par le flot d'hiver qui s'avance le plus loin. *Est littus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit* (Instit. de Justinien, liv. II, tit. I, De divis. rerum, § 3) (1).

Les *ports* sont des portions de la mer elle-même ou du rivage de la mer appropriées par des travaux d'art aux besoins de la navigation. Les *havres* sont des ports naturels et les *rades* des endroits abrités où les navires mouillent momentanément en attendant qu'ils puissent entrer au port.

Les ports sont soumis à un régime différent suivant qu'ils sont des ports militaires ou des ports de commerce.

4° *Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses.* Ces ouvrages font partie du domaine public avec toutes leurs dépendances telles qu'elles sont énumérées dans la loi des 8-10 juillet 1791, titre I, art. 13. (Joign. les lois du 17 juillet 1819 et du 10 juillet 1851.)

5° *Toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.* Tels sont notamment les canaux de navigation, les ponts établis sur le parcours d'une route nationale, les palais nationaux, les églises cathédrales et métropolitaines, les hospices et hôpitaux nationaux, les arsenaux, les casernes, les bibliothèques et musées nationaux, etc.

6° *Les lais et relais de la mer,* c'est-à-dire les alluvions que la mer

forme sur la limite des propriétés riveraines, et les portions de terrain qu'elle abandonne insensiblement et délaisse d'une façon permanente et définitive. A la différence des rivages de la mer, les lais et relais n'étant affectés à aucun usage public font partie non du domaine public, mais du domaine privé de l'Etat. La loi du 16 septembre 1807 (art 41) permet au gouvernement de les aliéner.

7° *Les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées.* Comme les lais et relais de la mer, et par le même motif, ces biens font partie non point du domaine public dans le sens technique de cette expression, mais du domaine privé de l'Etat.

Quoique l'art. 539 parle d'une façon générale des biens sans maître, sans faire aucune distinction entre les meubles et les immeubles, sa disposition est surtout applicable aux immeubles; elle ne s'applique aux meubles que sauf la part à faire au droit d'occupation (art. 713 et suiv.)

8° *Les terrains, les fortifications et les remparts des places qui ne sont plus places de guerre.* En cessant d'être affectés à un service public, ces biens cessent de faire partie du domaine public, pour tomber dans le domaine privé de l'Etat. De là vient qu'après avoir dit qu'ils appartiennent à l'Etat, l'art. 541 ajoute : *s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a été prescrite*, les biens du domaine privé, à la différence de ceux du domaine public, étant aliénables et prescriptibles.

Ce que nous venons de dire des terrains, fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre est également vrai de tous les biens qui, après avoir été affectés à un service public, ont perdu cette affectation.

Lorsque l'affectation résulte d'un acte administratif, un nouvel acte de l'autorité administrative est nécessaire pour opérer la désaffectation. En ce qui concerne spécialement les places de guerre et les routes, l'affectation et la désaffectation reçoivent le nom de *classement* et de *déclassement*. Depuis 1789, le classement et le déclassement des places de guerre se sont opérés tantôt par une loi, tantôt par un acte du chef de l'Etat.

9° Enfin l'Etat peut, bien entendu, acquérir des biens par les modes ordinaires du droit civil, par achat, par donation entre-vifs, par testament, par prescription, etc.

SECTION II

DES BIENS DES COMMUNES

998. Comme l'Etat, les communes ont leur domaine public comprenant tous les biens affectés à un usage ou à un service public, rues, places, che-

mins vicinaux et ruraux, maison commune, cimetièrre, fontaines, aqueducs et canaux communaux, etc., et leur domaine privé comprenant les biens qui n'ont pas une semblable destination et qui appartiennent à la commune comme ils pourraient appartenir à un simple particulier. Les premiers sont, à raison même de leur destination, et tant qu'elle dure, inaliénables et imprescriptibles. Les seconds sont dans le commerce; ils sont aliénables, suivant les conditions déterminées par les lois administratives, et prescriptibles.

Les biens composant le domaine privé communal se subdivisent en deux catégories. Les uns sont exploités ou donnés à bail au profit de la caisse communale. On les appelle *biens patrimoniaux* de la commune. Les autres, dont la jouissance est laissée en nature aux habitants, constituent les *biens communaux* proprement dits. Tels sont les pâturages dans lesquels les habitants de la commune peuvent envoyer leurs bestiaux, les bois dont chaque habitant reçoit sa part d'*affouage*, c'est-à-dire une certaine quantité de bois à brûler (*ad focum*). C'est sans doute à cette dernière catégorie de biens que se réfère l'art. 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.* » Mais cette formule est incorrecte. Les biens communaux, de même que tous les autres biens composant le domaine public ou privé de la commune, appartiennent à la commune elle-même considérée comme personne morale, et non à ses habitants considérés ensemble ou individuellement, ainsi que notre article paraît le supposer.

TITRE II

De la propriété

999. « *La propriété, dit l'art. 544, est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* »

Cette définition indique très clairement les caractères essentiels du droit de propriété.

La propriété est le droit le plus complet que l'homme puisse avoir sur une chose. C'est le droit réel dans toute sa plénitude, *Plena in re potestas*. Le propriétaire peut retirer de sa chose tous les émoluments, tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer. Il a le droit de s'en servir, c'est-à-dire de l'employer à un usage qui peut se renouveler (*jus utendi*). Il a le droit d'en jouir, c'est-à-dire d'en percevoir tous les fruits, tous les revenus (*jus fruendi*). Il a le droit d'en disposer (*jus abutendi*), c'est-à-dire

d'en faire tout ce que bon lui semble, de la transformer, d'en changer la destination, de la transmettre à un autre et même de la détruire, à la seule condition de ne pas blesser par là le droit d'autrui.

Droit absolu, la propriété est par là même un droit *exclusif*, c'est-à-dire que le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre que lui retire de sa chose un avantage, une utilité quelconque, alors même qu'il n'en résulterait pour lui aucun préjudice.

1000. Le droit de propriété dérive de la nature même de l'homme. Les choses du monde extérieur ont été créées pour l'homme. Ce sont des moyens que Dieu a mis à sa disposition pour lui permettre d'atteindre sa fin, le but de sa destinée. Parmi ces choses, il en est qui échappent à toute appropriation et demeurent nécessairement communes à tous, comme l'air, la lumière, la mer. L'appropriation est, en ce qui les concerne, aussi impossible qu'elle serait inutile. Tous en jouissent en même temps, sans que la jouissance de l'un entrave ou diminue en rien la jouissance de l'autre. Il en est d'autres au contraire dont l'homme ne peut retirer toute l'utilité dont elles sont susceptibles qu'à la condition de les soumettre à sa puissance exclusive. En s'appropriant ces choses, l'homme agit donc conformément au dessein du Créateur; il accomplit un acte licite et légitime. On lit dans la Genèse ces paroles adressées par Dieu aux premiers hommes : « *Crescite et multiplicamini. Replete terram et subjicite eam, et dominamini piscibus maris et volatilibus cœli et universis animantibus quæ moventur super terram.* » Voilà le titre de propriété du genre humain, le titre en vertu duquel chaque homme a le droit de s'approprier les choses créées. Le monde a été livré par Dieu à l'homme pour qu'il s'en rende maître et le fasse servir à la satisfaction de ses besoins, à son développement physique, intellectuel et moral. Lorsque l'homme, usant de cette faculté innée, a soumis une chose à son empire, cette chose, marquée de son empreinte, devient en quelque sorte la continuation, le prolongement de sa personne, elle est *sa chose*, et nul ne peut, sans injustice, l'usurper à son préjudice.

L'appropriation se réalise, pour les choses non encore appropriées ou qui ont cessé de l'être, par l'appréhension réelle dont elles sont l'objet de la part d'une personne qui entend se les réserver comme propres, et, pour les choses qui ont déjà un maître, par la transmission que celui-ci en fait à une autre personne soit à titre gratuit, soit en échange d'une autre chose dont l'acquéreur était lui-même propriétaire. On appelle *occupation* l'acte par lequel l'homme appréhende une chose qui n'appartient à personne. En général l'occupation ne consiste pas simplement à mettre la main sur une *res nullius*. Elle nécessite presque toujours une certaine somme d'efforts, un certain travail, soit pour découvrir la chose sur laquelle elle s'exercera, ou pour s'en emparer, soit pour la transformer à l'effet d'en retirer les services auxquels elle ne se prête pas dans son état naturel. Le travail se

trouve ainsi, dans une mesure plus ou moins large, à l'origine de toute propriété. Dans l'état social actuel, où la plupart des choses sont déjà appropriées, c'est ordinairement par transmission que s'opère l'acquisition de la propriété. L'occupation ne joue qu'un rôle assez restreint.

Droit naturel, la propriété s'impose par là même au respect du législateur qui ne l'ayant pas créée ne saurait y porter atteinte. C'est ce qu'ont reconnu plusieurs de nos constitutions, en proclamant expressément l'inviolabilité du droit de propriété (1). En supposant qu'elle fût réalisable, la suppression de la propriété, rêvée par quelques sophistes insensés, aurait d'ailleurs pour conséquence la destruction de la société tout entière et le retour de l'humanité à la barbarie et à l'état sauvage.

1001. Mais si le législateur doit reconnaître et protéger le droit de propriété, il lui appartient aussi de l'organiser et de lui imposer les restrictions commandées par les nécessités de la vie sociale. L'art. 544, dans sa disposition finale, fait allusion à ces restrictions. Mais ses termes seraient de nature à faire supposer que le propriétaire peut seulement être astreint à *ne pas faire* certains usages de son droit, tandis qu'il peut aussi être contraint *de faire* tel ou tel acte. L'art. 537 exprime la même pensée d'une manière plus exacte lorsqu'il dit : « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.* »

1002. Les restrictions légales imposées au droit de propriété sont de deux sortes. Les unes sont fondées sur l'intérêt public; les autres sur l'intérêt réciproque des particuliers.

Les premières rentrant dans le domaine du droit administratif, nous nous bornerons à signaler les plus importantes :

1° Au premier rang se place celle que prévoit l'art. 545 : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.* » Un propriétaire est donc obligé de subir, sauf indemnité, la cession de son droit lorsque l'utilité publique exige ce sacrifice. Sans cela les grands travaux publics, routes, rues, chemins de fer, canaux, fortifications, etc., nécessaires à la prospérité, à la salubrité, à la défense du pays pourraient être entravés par l'obstination de quelques particuliers. Aussi cette restriction a-t-elle toujours été admise. Les constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III n'autorisaient l'expropriation que pour cause de *nécessité publique*. L'expression plus large d'*utilité publique*, employée dans l'art. 545 et re-

1) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen placée en tête de la Constitution des 3-14 septembre 1791, art. 17; — Déclaration des droits du 24 juin 1793, art. 19; — Constitution du 5 fructidor an III, art. 358; — Charte de 1814, art. 10; — Charte de 1830, art. 9.

produite dans la constitution de 1848 et dans les lois qui ont successivement régi la matière, a paru mieux répondre à la diversité des besoins sociaux.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est régie aujourd'hui par les lois du 3 mai 1841 et du 27 juillet 1870. Ces lois concernent exclusivement les immeubles. Le principe de l'expropriation s'applique cependant aux meubles aussi bien qu'aux immeubles; mais il n'existe pas de loi établissant un système général d'expropriation des meubles. Les divers cas d'expropriation mobilière sont prévus par des lois spéciales, parmi lesquelles il convient de mentionner notamment les lois du 3 juillet 1877, du 5 mai 1890 et du 17 juillet 1898, sur le droit de réquisition militaire, et la loi du 21 juin 1898 dont les art. 29 à 54, relatifs à la police sanitaire des animaux, autorisent l'administration à faire abattre et enfouir les animaux atteints d'une maladie contagieuse.

2° La loi du 21 avril 1810, sur laquelle nous aurons à revenir, permet au gouvernement de concéder l'exploitation des mines à un autre qu'au propriétaire du sol dans lequel elles se trouvent.

3° Les marais peuvent être desséchés contre le gré de leur propriétaire (loi du 16 septembre 1807).

4° Les propriétaires peuvent être contraints de démolir ou de réparer les édifices menaçant ruine (lois du 5 avril 1884, art. 97, et du 21 juin 1898, art. 3 à 6).

5° L'autorité administrative peut ordonner l'assainissement des logements insalubres et en interdire la location (lois du 13 avril 1850 et du 25 mai 1864).

6° L'établissement des manufactures, usines et ateliers insalubres, dangereux ou incommodes ne peut avoir lieu sans autorisation (décret du 15 oct. 1810, ordonn. du 14 janvier 1815, décrets du 3 mai 1886, du 17 août 1897 et du 19 juillet 1899, etc.).

7° Les propriétaires dont les fonds bordent la voie publique doivent se conformer aux prohibitions et obligations établies par les lois et règlements de voirie relatifs à l'alignement et à la hauteur des constructions (lois du 16 sept. 1807 et du 4 mai 1864, décret du 23 juillet 1884, etc.).

8° Nul ne peut, sans autorisation, élever une construction ou creuser un puits dans un certain rayon autour des cimetières placés hors des villes, bourgs et villages (décret du 7 mars 1808).

9° Les propriétaires de terrains situés dans le voisinage d'une place forte sont soumis, dans l'intérêt de la défense du territoire, à diverses prohibitions désignées sous le nom de servitudes militaires (lois des 8-10 juillet 1791, 17 juillet 1819, 15 mars 1850, 23 juin et 10 juillet 1851, 22 juin 1854, 27 mars 1874).

10° Il est interdit de faire des fouilles ou des sondages dans le périmètre

de protection d'une source d'eau minérale déclarée d'utilité publique (loi du 14 juillet 1856).

11° Dans le but de prévenir ou d'atténuer les ravages résultant des inondations, la loi du 4 avril 1882 permet d'imposer aux propriétaires de terrains en montagne certaines mesures de restauration et de conservation.

12° Les propriétaires de dunes peuvent être contraints d'effectuer les plantations nécessaires pour les fixer (décret du 14 déc. 1810).

13° Les propriétaires de bois et forêts ne peuvent les défricher qu'après une déclaration faite à la sous-préfecture, et l'administration a le droit de s'opposer au défrichement lorsque la conservation des bois est reconnue nécessaire : 1° Au maintien des terres sur les montagnes et sur les pentes; 2° A la défense du sol contre les érosions et les envahissements des fleuves, rivières ou torrents; 3° A l'existence des sources et cours d'eau; 4° A la protection des dunes et des côtes; 5° A la défense du territoire dans la zone frontière; 6° A la salubrité publique (loi du 18 juin 1859).

14° Les propriétés privées peuvent être occupées momentanément pour l'exécution des grandes manœuvres prescrites par la loi du 24 juillet 1873, sur l'organisation générale de l'armée, sauf indemnité à raison des dommages qui y seraient causés. La loi du 3 juillet 1877 (art. 54) trace les règles d'après lesquelles doivent s'opérer l'évaluation des dommages et la fixation des indemnités.

15° La loi du 28 juillet 1885 confère à l'État le droit de placer, pour l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques, des supports à l'extérieur des murs ou façades donnant sur la voie publique et même sur les toits et terrasses des bâtiments, à la condition qu'on puisse y accéder par l'extérieur. Elle lui permet également d'établir des conduits ou supports sur le sol ou sous le sol des propriétés bâties qui ne sont pas fermées de murs ou autre clôture équivalente (art. 3). Mais la loi ajoute ensuite : « Dans tous les cas qui viennent d'être prévus, l'établissement des conduits et supports n'entraîne aucune dépossession. La pose d'appuis sur les murs de façade ou sur le toit des bâtiments ne peut faire obstacle au droit du propriétaire de démolir, réparer ou surélever. La pose des conduits dans un terrain ouvert ne fait pas non plus obstacle au droit du propriétaire de se clore. Mais le propriétaire devra, un mois avant d'entreprendre les travaux de démolition, réparation, surélévation ou clôture, prévenir l'administration par lettre chargée adressée au directeur des postes et télégraphes du département » (art. 4); etc.

1003. Parmi les restrictions au droit de propriété fondées sur l'intérêt réciproque des particuliers figurent tout d'abord celles qui font l'objet des art. 640 à 686 et que le législateur considère à tort comme des servitudes, mais il en est d'autres que la loi n'a pas formulées textuellement. « Vivant avec nos semblables, disait Portalis dans l'*Exposé des motifs*,

nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons donc pas nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser le droit d'un voisin ou de tout autre. » C'est dire que le droit de chaque propriétaire est nécessairement limité par le droit égal des propriétaires voisins et que l'exercice des facultés naturellement inhérentes à la propriété n'est légitime qu'autant qu'il ne porte pas atteinte au droit d'autrui. Ainsi le propriétaire d'un fonds ne peut ni y faire des fouilles ni y creuser des fossés dont l'exécution ou l'établissement aurait pour effet d'entraîner la ruine de bâtiments ou de plantations existant sur le fonds voisin, ou d'y produire des éboulements de terre. Il ne peut pas non plus envoyer sur les fonds voisins, de la fumée ou de la poussière en quantité dommageable, ou effectuer sur son terrain des dépôts de matières répandant une odeur fétide ou insalubre. Le propriétaire d'une manufacture ou d'une usine porterait atteinte au droit d'autrui en transmettant aux propriétés voisines des gaz délétères de nature à nuire à la santé ou à la végétation. Il en serait de même si le bruit causé par son établissement était tel qu'il rendait les maisons voisines inhabitables ou difficilement habitables et entraînait ainsi une diminution notable de leur valeur.

Dans ces divers cas, et autres analogues, les propriétaires lésés sont fondés à réclamer une indemnité, à raison du dommage qu'ils ont déjà éprouvé, et à demander la suppression ou le changement de l'état de choses qui leur cause préjudice. Mais lorsque l'ouvrage ou l'établissement qui leur nuit a été autorisé par l'administration en vertu de son pouvoir réglementaire, c'est à l'autorité administrative qu'ils doivent s'adresser pour en obtenir la suppression ou la modification. Les tribunaux judiciaires ne pouvant s'immiscer dans la connaissance des actes administratifs pour en arrêter ou en modifier l'exécution, sont par là même incompétents pour statuer à cet égard; ils peuvent seulement allouer des dommages-intérêts, tant pour le préjudice causé dans le passé que pour celui qui doit se produire dans l'avenir aussi longtemps que les choses resteront dans le même état.

Il importe d'ailleurs de remarquer que les actes accomplis par un propriétaire sur son propre fonds ne donnent lieu à réclamation de la part des voisins qu'autant que la lésion éprouvée par ceux-ci présente une certaine gravité. Ces actes ne sauraient être considérés comme constituant un exercice abusif de la propriété lorsqu'ils ne causent aux voisins qu'une légère incommodité. Tout voisinage entraîne nécessairement des inconvénients réciproques que chacun doit supporter, dès lors qu'ils ne dépassent pas certaines limites. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, d'après les circonstances, si le préjudice dont on se plaint excède ou non la mesure normale et habituelle des incommodités inséparables du voisinage.

D'un autre côté, il ne faut pas confondre avec les actes qui portent at-

teinte au droit de propriété des voisins ceux qui ont simplement pour résultat de les priver de tel ou tel avantage dont ils avaient joui jusqu'alors. Ces derniers ne sauraient motiver de leur part aucune réclamation. Ainsi les constructions élevées par un propriétaire sur son fonds n'autorisent pas le voisin, dont elles obstruent la vue, à former, pour ce motif, une action en dommages-intérêts. De même, un propriétaire peut, sans que son voisin soit fondé à lui demander une indemnité, démolir un mur privatif qui, de fait seulement, et sans qu'aucune servitude ait été stipulée, supporte un bâtiment appartenant à ce dernier.

1004. Les auteurs du code n'ont point donné dans le présent titre une théorie complète du droit de propriété. Ils se sont bornés à traiter de l'*accession*, que l'art. 712 range parmi les modes d'acquisition de la propriété. Aux termes de l'art. 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.* »

Viennent ensuite deux chapitres intitulés :

1^o Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose;

2^o Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.

L'*accession*, de *accedere* s'ajouter, consiste dans l'attribution au propriétaire d'une chose, réputée principale, de la propriété d'une autre chose regardée comme une dépendance et un accessoire de la première. *Accessorium sequitur principale.*

Appliqué aux produits de la chose, l'*accession* ne constitue pas un véritable mode d'acquisition. Tant qu'ils ne sont pas détachés, les produits font corps avec la chose productive. Il n'y a pas alors deux choses, l'une principale, l'autre accessoire; il n'y en a qu'une seule. Il ne peut donc être question d'acquisition par *accession*. Serait-ce au moment de leur séparation que les produits deviendraient, par *accession*, la propriété du maître de la chose productive? C'est impossible. Les produits détachés n'accèdent pas à la chose productive; ils en *procèdent*. Ils ont acquis, par le fait même de leur séparation, une existence distincte et indépendante. Le propriétaire ne les acquiert pas en vertu d'un droit nouveau; il les conserve en vertu de son droit de propriété et spécialement du droit de jouir, qui en est un des attributs.

Appliquée aux choses qui viennent s'unir accessoirement à une autre chose sans être produites par elle, l'*accession* ne constitue pas non plus un véritable mode d'acquisition de la propriété. Sans doute le propriétaire dont la chose est augmentée et accrue se trouve avoir dans son patrimoine une valeur qui n'y existait pas auparavant; mais en droit il n'a pas acquis une chose nouvelle, car la chose qui est venue se joindre à la sienne a juridiquement cessé d'exister. Elle n'est pas devenue seulement l'accessoire de cette

chose, elle s'y est absorbée et anéantie; elle en est devenue une qualité et une manière d'être. Ainsi quand des constructions ou des plantations ont été faites sur un terrain appartenant à une personne, avec les matériaux ou les arbres d'une autre personne, il n'y a pas deux choses, l'une principale, l'autre accessoire : le sol et des matériaux, des pierres ou des arbres. Il n'y a qu'un sol bâti ou planté. De même quand des feuilles d'or ont été appliquées à la tranche de mon livre, je n'ai pas d'une part un livre, d'autre part des feuilles d'or; j'ai simplement un livre à tranche dorée. Quand une couche de peinture a été donnée à ma bibliothèque, je n'ai pas une bibliothèque et de la peinture, j'ai une bibliothèque peinte. L'accession est donc la conséquence, le développement du droit de propriété, plutôt qu'un véritable mode d'acquisition. En lui attribuant ce dernier caractère, les rédacteurs du code se sont placés au point de vue du fait plutôt qu'au point de vue de la réalité juridique. C'est peut-être pour ce motif qu'ils en ont traité dans le titre même *de la Propriété* et non dans le Livre III consacré aux *différentes manières dont on acquiert la propriété*.

CHAPITRE PREMIER

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

1005. « *Les fruits naturels ou industriels de la terre, — Les fruits civils, — Le croît des animaux, — Appartiennent au propriétaire par droit d'accession.* » (art. 547).

On appelle *fruits* les produits réguliers et ordinaires d'une chose, c'est-à-dire tout ce qu'une chose produit et reproduit périodiquement sans altération de sa substance : *Quidquid ex re nasci et renasci solet*.

A raison de leur caractère régulier et périodique, les fruits sont également désignés sous le nom de *revenus, reditus*.

Quant aux objets provenant d'une chose, mais qu'elle n'est pas destinée à procurer régulièrement et périodiquement, on les nomme *produits extraordinaires* ou simplement *produits*.

La distinction entre les fruits et les produits présente une grande importance en matière d'usufruit (art. 582) et en matière de louage (art. 1709). Elle n'a pas d'intérêt en ce qui concerne le propriétaire, lequel a droit, en sa qualité même, à tout ce qui est produit par sa chose. Certains produits peuvent du reste, par la volonté du propriétaire, passer dans la catégorie des fruits, en cessant d'être perçus extraordinairement pour devenir l'objet d'une perception régulière et périodique. Ainsi les bois de haute futaie, qui ne donnent que des produits extraordinaires tant qu'ils n'ont pas été

aménagés, sont considérés comme rapportant de véritables fruits lorsque leur propriétaire les a mis en coupes réglées (art. 591 et 592).

L'art. 547 distingue trois sortes de fruits : les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils.

Les fruits naturels sont ceux que la chose produit spontanément, sans le secours de l'homme, comme l'herbe des prairies naturelles, les fruits des arbres, les roseaux d'un marais.

Les fruits industriels sont ceux que la chose ne produit que grâce au travail de l'homme, comme les céréales, les légumes (art. 583).

La distinction faite par la loi entre ces deux classes de fruits ne présente aucun intérêt pratique, les fruits naturels et les fruits industriels étant régis par les mêmes principes.

Les fruits civils sont ceux qui ne proviennent pas de la chose elle-même, mais qui sont perçus à son occasion, par suite d'un contrat dont elle a été l'objet. Ils sont ainsi nommés parce que c'est seulement en vertu de la loi qu'ils revêtent le caractère de fruits. Ce ne sont pas des fruits véritables et proprement dits, mais des fruits fictifs et légaux. Tels sont les loyers des maisons, les fermages des biens ruraux, les intérêts des capitaux, les arrérages des rentes (art. 584).

Quant au croît des animaux, dont l'art. 547 semble faire une clause à part, il rentre évidemment dans la catégorie des fruits naturels ou dans celle des fruits industriels. Il en est de même de la laine, du lait, du miel, etc.

Les fruits appartiennent au propriétaire de la chose qui les a produits, alors même qu'ils sont le résultat de travaux faits par une autre personne. Mais, conformément au principe d'équité que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, le propriétaire qui profite d'une récolte préparée par les soins d'un autre est tenu de rembourser à celui-ci les frais auxquels elle a donné lieu. « *Les fruits produits par la chose, dit l'art. 548, n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers.* » Par le mot *tiers* le législateur entend ici toute personne qui possédait la chose sans droit, et à laquelle le propriétaire est venu en demander la restitution avant la récolte. Cette expression n'est point du reste d'une exactitude rigoureuse. Elle désigne en effet une troisième (tierce) personne, et suppose par conséquent deux autres personnes déjà en rapport l'une avec l'autre. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'y a en tout que deux personnes en présence : le propriétaire, et le possesseur qui a fait des dépenses sur la chose comme si elle lui avait réellement appartenu.

Pour l'application de l'art. 548, il n'y a pas à distinguer entre le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi. Tout possesseur qui succombe sur l'action en revendication dirigée contre lui par le proprié-

taire a droit au remboursement des impenses qu'il a faites pour préparer la récolte dont le propriétaire va profiter.

1006. La règle que les fruits appartiennent au propriétaire de la chose frugifère reçoit exception dans les cas suivants :

1° Lorsque la chose est grevée d'un droit d'usufruit, ou lorsqu'elle a été donnée à bail ou à antichrèse. Le droit de percevoir les fruits appartient alors à l'usufruitier, au fermier ou au créancier antichrésiste.

2° Aux termes de l'art. 673, modifié par la loi du 20 août 1881, celui sur le terrain duquel s'étendent les branches d'un arbre planté sur le fonds voisin a droit aux fruits qui tombent naturellement de ces branches.

3° Enfin le possesseur de bonne foi de la chose d'autrui acquiert les fruits qu'il a recueillis pendant la durée de sa bonne foi.

1007. La possession, dont le code ne s'est occupé spécialement que dans le titre *de la Prescription* (art. 2228 et suiv.), consiste à avoir une chose sous la main, avec l'intention d'exercer sur cette chose un droit de propriété ou un autre droit réel. La possession se compose donc de deux éléments : un élément matériel, le fait d'avoir une chose entre les mains, à sa disposition ; c'est ce qu'on appelle le *corpus* ou encore la *détention* ; et un élément intellectuel, la volonté du possesseur d'exercer à son profit un droit sur la chose, *animus rem sibi habendi*.

L'acquisition de la possession s'opère par le concours des deux éléments qui la constituent. On appelle *appréhension* le fait par lequel une personne obtient la possibilité d'agir matériellement sur une chose. Quand l'appréhension a lieu par un acte unilatéral du nouveau possesseur, elle reçoit le nom d'*occupation*. Quand elle s'accomplit avec l'intervention de l'ancien possesseur qui abandonne sa possession, on la nomme *tradition* ou *délivrance*.

Il n'est point nécessaire d'ailleurs à l'acquisition ou à la conservation de la possession que le *corpus* et l'*animus* se rencontrent dans la même personne. La détention peut se produire par l'intermédiaire d'autrui. C'est ainsi que l'on possède par l'entremise d'un fermier, d'un locataire, d'un dépositaire, d'un emprunteur. Ces personnes ont le *corpus*, la détention matérielle de la chose louée, déposée ou prêtée ; mais elles n'ont pas l'*animus*. Elles détiennent au nom et pour le compte du bailleur, du déposant ou du prêteur chez lesquels l'*animus* existe.

En général, c'est le propriétaire qui possède soit par lui-même, soit par autrui. En pareil cas tout est dans l'ordre, le fait étant d'accord avec le droit. Mais il peut en être autrement. Ainsi une personne s'empare d'un champ qui ne lui appartient pas ; elle le cultive, en perçoit les fruits et se comporte en tout comme si elle en était propriétaire. Ou bien une personne vend un immeuble appartenant à autrui et l'acquéreur, ignorant qu'il a acheté *a non domino*, s'installe sur l'immeuble et s'y comporte en

maître. La propriété et la possession se trouveront alors séparées.

Bien qu'elle ne constitue qu'un état de fait, la possession produit des effets juridiques importants :

1° Quand un procès s'élève sur la propriété d'une chose dont l'un des plaideurs est en possession, ce dernier joue dans l'instance le rôle de défendeur. C'est donc à son adversaire qu'incombe le fardeau de la preuve : *Actori incumbit probatio*. Par suite, le possesseur obtiendra gain de cause et devra être maintenu en possession si le demandeur ne parvient pas à faire la preuve de son droit.

2° La possession est protégée, dans les conditions déterminées par l'art. 23 du code de procédure, par les actions *possessoires*. Le possesseur, troublé dans sa possession a, pour faire cesser ce trouble, une action appelée *complainte*, et, s'il a été dépouillé violemment, une action en *réintégration* pour se faire remettre en possession.

3° La possession, en se prolongeant, conduit à l'acquisition de la propriété ou du droit possédé. C'est le cas de la prescription *acquisitive* ou usucapion.

4° Enfin, la possession fait acquérir les fruits au possesseur quand il est de bonne foi.

Nous n'avons à nous occuper pour le moment que de ce dernier effet de la possession.

1008. L'art. 549 pose le principe en ces termes : « *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 propriétaire qui la revendique.* » Tandis que le possesseur de mauvaise foi, actionné en revendication par le propriétaire, est tenu de restituer en même temps que la chose elle-même tous les fruits qu'il en a retirés, le possesseur de bonne foi est dispensé de restituer au revendiquant les fruits qu'il a recueillis.

Le possesseur est de bonne foi quand il croit être le véritable propriétaire de la chose, le véritable titulaire du droit dont sa possession est l'exercice. La bonne foi du possesseur repose donc sur une erreur ; il se considère comme propriétaire, alors qu'en réalité il ne l'est point. Toutefois une bonne foi quelconque ne suffit pas pour faire acquérir les fruits au possesseur ; il faut que son erreur soit excusable, et elle n'est telle aux yeux de la loi qu'autant qu'elle est appuyée sur un juste titre. « *Le possesseur est de bonne foi, dit l'art. 550, quand il possède comme propriétaire, 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.* »

Deux conditions sont donc nécessaires pour que le possesseur soit légalement réputé de bonne foi et pour qu'il gagne les fruits. Il faut : 1° qu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété ; 2° qu'il ignore les vices dont ce titre est atteint.

Il faut d'abord que le possesseur ait la chose entre les mains en vertu d'un titre translatif de propriété. Par le mot *titre* on doit entendre ici la cause légale en vertu de laquelle le possesseur a reçu la chose, et non l'écrit dressé pour constater cette cause. En d'autres termes, il suffit qu'il existe au profit du possesseur une cause légale, translatrice de propriété, reconnue ou susceptible d'être prouvée conformément au droit commun; il n'est point nécessaire que le possesseur établisse l'existence de cette cause, au moyen d'un acte écrit. Le titre est translatif de propriété lorsqu'il est d'une nature telle qu'il aurait eu pour effet de rendre le possesseur propriétaire, s'il n'avait été entaché d'un ou plusieurs vices qui l'ont empêché de produire ce résultat. Ainsi la vente, la donation, le legs, sont des titres translatifs de propriété. Il en est autrement du louage, du dépôt ou du mandat.

Il faut en second lieu que le possesseur ignore les vices dont son titre est entaché, c'est-à-dire qu'il ne connaisse pas les motifs qui ont empêché son titre de lui transférer effectivement la propriété de la chose. Ces motifs peuvent être soit le défaut de propriété ou l'incapacité d'aliéner chez celui de qui le possesseur a reçu la chose, soit un vice de forme, soit l'inaliénabilité de la chose, etc. Si le titre est entaché de plusieurs vices, le possesseur doit les ignorer tous; autrement il n'est pas de bonne foi. Peu importe d'ailleurs que l'ignorance du possesseur soit le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit; la loi ne distingue pas. Ainsi, par exemple, une personne a acheté un immeuble d'une femme mariée agissant sans l'autorisation de son mari ou de justice. Si elle a ignoré que cette femme était mariée, elle a commis une erreur de fait. Si, sachant que sa venderesse était mariée, elle a ignoré que l'autorisation du mari ou de justice lui était nécessaire pour l'habiliter à aliéner, elle a commis une erreur de droit. Dans un cas comme dans l'autre elle sera de bonne foi. Tout en admettant en principe la solution qui précède, la cour de cassation y apporte cependant une restriction. Elle décide qu'une erreur de droit ne peut fonder la bonne foi lorsque le vice du titre consiste dans une infraction à une loi d'ordre public (1).

Il peut se faire qu'il n'existe aucun titre, mais que le possesseur croie qu'il en existe un. Tel serait le cas où une personne aurait obtenu la délivrance d'un legs dont elle ignorait la révocation par un testament postérieur. Le possesseur acquerra-t-il alors les fruits? En d'autres termes, le *titre putatif*, qui n'existe que dans l'opinion erronée du possesseur, équivaut-il à un titre réellement existant? L'affirmative est généralement admise. L'existence d'un titre n'est pas, d'après les termes de l'art. 550, une condition distincte de la bonne foi du possesseur, mais seulement un des éléments

1) Cour de cass., 11 janvier 1887, S. 87, 1, 225, D. 88, 5, 268.

qui la constituent. On ne voit pas dès lors pourquoi la croyance du possesseur à l'existence d'un titre, lorsqu'elle est excusable et plausible, ne tiendrait pas lieu du titre lui-même. « Lors même qu'il existe un titre, dit très bien M. Demolombe, le possesseur n'en a pas au fond plus de droit sur la chose, puisque ce titre vicieux ne lui a pas transféré la propriété; il suffit donc véritablement que sa bonne foi soit irréprochable. Or celui qui, par suite d'une bonne foi irréprochable, croit posséder en vertu d'un titre translatif de propriété est évidemment, sous ce rapport, quoique le titre n'existe pas, dans la même position que si le titre existait. Donc la loi doit le traiter, dans les deux cas, de la même manière » (1).

1009. Le possesseur de bonne foi acquiert tous les fruits, les fruits civils aussi bien que les fruits naturels ou industriels. Mais il n'a aucun droit aux produits qui n'ont pas le caractère de fruits et il est tenu de les restituer au propriétaire.

1010. L'attribution des fruits au possesseur de bonne foi est fondée sur une considération d'équité. Se croyant propriétaire, il a probablement employé les fruits suivant leur destination naturelle, c'est-à-dire qu'il les a dépensés au fur et à mesure de ses besoins. L'obliger à en opérer la restitution ce serait donc le plus souvent le mettre dans la nécessité de prendre à cet effet sur son capital, et peut-être le ruiner si sa possession remonte à un certain nombre d'années. Il est vrai qu'en lui attribuant les fruits, la loi inflige par là même une perte au véritable propriétaire; mais celui-ci ne saurait se plaindre d'une situation due en définitive à la négligence qu'il a mise à réclamer son bien. On pourrait être tenté de conclure de là que le possesseur n'est autorisé à conserver que les fruits qu'il a consommés et que le propriétaire peut exiger la restitution de ceux qui existent encore entre ses mains. Telle était en effet la solution du droit romain; mais le code ne l'a pas admise. Aujourd'hui comme dans notre ancien droit, l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi a lieu au moment même de leur perception. Dès qu'ils sont perçus ils lui appartiennent définitivement. On évite ainsi les graves difficultés pratiques auxquelles donnait lieu en droit romain la question de savoir si le possesseur avait ou non consommé les fruits.

La règle que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens *par la perception* s'applique sans difficulté aux fruits naturels et aux fruits industriels. Mais s'applique-t-elle également aux fruits civils? La question est très controversée. Pour soutenir que la perception n'est pas alors nécessaire, on invoque l'art. 586 aux termes duquel les fruits civils sont réputés s'ac-

1) Demolombe, t. IX, n° 602; Aubry et Rau, § 206, texte et note 15; Demante, t. II, n° 385 bis, IV; Huc, t. IV, n° 120; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 313. — *Contra* : Laurent, t. VI, n° 208.

quérir jour par jour. Il n'y a pas dans le code un seul autre article qui s'occupe de l'acquisition des fruits civils. Il faut donc l'appliquer dans tous les cas où cette question se présente, de même qu'on applique dans tous les cas les définitions que les art. 583 et 584 donnent des fruits naturels, des fruits industriels et des fruits civils (1).

Nous adopterions de préférence l'opinion contraire. L'art. 586 nous paraît devoir être écarté en ce qui concerne le possesseur de bonne foi dont la situation est réglée par un texte spécial. L'art. 549 le dispense de rendre les fruits au propriétaire qui revendique sa chose. La faveur qu'il lui accorde consiste donc uniquement dans une dispense de *restitution*, ce qui suppose des fruits réellement perçus. L'art. 138, qui contient une application de la règle posée dans l'art. 549, n'attribue également les fruits au possesseur que lorsqu'il les a *perçus* et la même idée ressort des art. 127, 155 al. 3 du code civil et 129 du code de procédure. Aucun de ces articles ne distingue entre les fruits civils et les fruits naturels ou industriels. Que l'usufruitier gagne les fruits civils proportionnellement à la durée de son usufruit et indépendamment du fait de la perception cela se conçoit, car il a le droit de jouir de la chose. Mais le possesseur de bonne foi n'a aucun droit sur la chose. Au moment où se présente la question des fruits, il est établi que rigoureusement les fruits ne devraient pas lui appartenir, et c'est uniquement pour lui épargner un préjudice que la loi les lui attribue. On s'explique dès lors très bien que cette attribution soit limitée à ceux qui sont réellement entrés dans ses mains, car c'est pour ceux-là seulement qu'elle a sa raison d'être (2).

1011. Le possesseur doit être de bonne foi lors de chaque perception de fruits. Il cesse d'être de bonne foi du moment où, par une voie quelconque, il a connaissance du vice dont son titre est entaché. A partir de ce moment il devient comptable des fruits envers le propriétaire. Il devra lui restituer non seulement ceux qu'il a perçus depuis que sa bonne foi a pris fin, mais encore ceux qu'il a omis de percevoir et que le propriétaire aurait perçus s'il n'en avait été empêché par le fait même de la possession (3).

Dans tous les cas, le possesseur doit être condamné à restituer tous les fruits qu'il a perçus postérieurement à la demande en justice formée contre lui par le véritable maître. La raison en est non point, comme on le dit quelquefois, qu'il doit être réputé avoir connu le vice de son titre à partir du jour de la demande. Il est très possible en effet que l'action du propriétaire n'altère en rien sa confiance dans la légitimité de sa possession. Le

1) Laurent, t. VI, n° 206; Huc, t. IV, n° 123.

2) Demolombe, t. IX, n° 628; Aubry et Rau, § 206, texte et note 29; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 319.

3) Cour de cass., 2 avril 1878, S. 79, 1, 261.

véritable motif de décider est que le juge doit, lorsqu'il rend sa sentence, se reporter à l'état de choses existant lors de la demande et placer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées s'il avait pu statuer immédiatement, le demandeur ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice (1).

Le propriétaire qui obtient la restitution des fruits à partir du jour où le possesseur a cessé d'être de bonne foi, ou à partir du jour de sa demande, n'y a droit que sous déduction des frais que le possesseur a dû faire pour les obtenir et des charges qu'il a été obligé d'acquitter, telles que les contributions et les réparations d'entretien. Autrement en effet il s'enrichirait aux dépens du possesseur. *Non sunt fructus nisi deductis impensis.*

Le propriétaire doit également, en vertu de l'art. 548, indemniser le possesseur, même de mauvaise foi, des frais faits par lui pour préparer la récolte non encore perçue lors de la restitution de la chose. La manière dont s'opèrent la liquidation et la restitution des fruits est déterminée par les art. 129, 526 et suiv. du code de procédure.

CHAPITRE II

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

1012. Le principe général du sujet est ainsi formulé par l'art. 551 :
« *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.* »

Le code applique ensuite le principe, d'abord aux choses immobilières, puis aux choses mobilières.

SECTION I

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSSES IMMOBILIÈRES

1013. En matière immobilière, le principe de l'accession reçoit son application :

1° Aux constructions, plantations et autres ouvrages qui peuvent être faits au-dessus ou au-dessous du sol ;

2° Aux accroissements résultant du voisinage des fleuves et rivières ;

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 324. — Cour de cass., 4 juillet 1882, D. 82, 1, 353, S. 83, 1, 105.

3° A certains animaux qui, en s'établissant sur un fonds, en deviennent les accessoires.

§ 1. — *Du droit d'accession relativement aux constructions, plantations et ouvrages faits au-dessus ou au-dessous du sol.*

1014. « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. — Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les constructions et plantations qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des Servitudes ou services fonciers. — Il 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.* »
Ainsi s'exprime l'art. 552.

Étranger à toute idée d'accession, cet article détermine l'étendue du droit de propriété appliqué aux immeubles. Mais la règle qu'il énonce constitue la base et la raison d'être de toutes les décisions relatives à l'accession contenues dans les articles suivants.

La propriété du sol comprend, nous dit la loi, non seulement celle de la surface, mais encore celle du *dessus*, c'est-à-dire de l'espace aérien qui se trouve au-dessus du sol, et celle du *dessous*, c'est-à-dire de la partie souterraine, à une profondeur indéfinie. *Qui dominus est soli, dominus est cœli et inferorum*, disaient nos anciens auteurs.

Maître de la région supérieure aussi bien que de la surface même du sol, le propriétaire peut faire sur son terrain telles constructions, telles plantations, tels travaux qu'il lui convient et, par voie de conséquence, interdire aux propriétaires voisins tout ouvrage qui ferait saillie sur son fonds et empiéterait à une hauteur quelconque sur son domaine aérien. En consacrant le droit du propriétaire, l'art. 552 annonce cependant que ce droit comporte des restrictions établies au titre des *Servitudes ou services fonciers*. Ainsi un propriétaire ne peut planter des arbres qu'à une certaine distance de la propriété voisine (art. 671), et pratiquer des ouvertures dans un mur qu'autant qu'il existe un intervalle déterminé entre ce mur et le fonds voisin (art. 678 et 679), etc. A ces restrictions il faut ajouter celles qui résultent des lois et règlements de police. Ces lois et règlements, dont notre article parle seulement à propos des travaux à faire à l'intérieur du sol, s'appliquent en effet également aux travaux exécutés sur le sol. Ainsi nous avons vu que l'administration peut, dans l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publiques, limiter la hauteur des édifices.

Maître de la partie souterraine de son fonds, le propriétaire peut également y effectuer tous les travaux qu'il juge à propos, et retirer du sol toutes les substances qui s'y trouvent renfermées, sauf les restrictions

apportées à ce droit par les lois et règlements de police et par la législation sur les *mines*.

1015. Dans l'ancien droit, les mines ne pouvaient être ouvertes qu'avec l'autorisation du gouvernement, lequel était libre de conférer le droit de les exploiter à un autre qu'au propriétaire du sol (Ordon. de 1413, 1471, édits de juin 1601 et de mai 1680). Quelques coutumes exigeaient en outre pour la mise en exploitation le consentement du seigneur.

La loi des 12-28 juillet 1791 déclara que les mines étaient à la disposition de la nation, en ce sens seulement qu'elles ne pouvaient être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance. Elle reconnut d'autre part le droit du propriétaire de la surface, en lui permettant d'exploiter, sans concession préalable du gouvernement, les mines renfermées dans son fonds, lorsque l'exploitation pouvait avoir lieu à tranchée ouverte, ou même avec fosse et lumière jusqu'à cent pieds de profondeur, et en lui réservant de préférence à tous autres la concession des mines situées à une plus grande profondeur. La durée des concessions était limitée à cinquante ans.

Les imperfections de cette loi ne tardèrent pas à se faire sentir. L'intérêt général exige que les mines, qui forment une partie importante de la richesse nationale, soient convenablement exploitées. Or ce résultat ne peut être atteint qu'autant que la durée de la concession donne au concessionnaire l'assurance qu'il sera rémunéré des sacrifices et des avances de fonds qu'il est obligé de faire. Il faut en outre, pour réussir, des talents et des ressources qui peuvent faire défaut au propriétaire du fonds. Le dépérissement des mines ne tarda pas à démontrer la nécessité d'une réforme. Cette réforme fut accomplie par la loi du 21 avril 1810, encore en vigueur aujourd'hui, sauf quelques modifications ou additions introduites par des lois postérieures, notamment par la loi du 27 juillet 1880.

L'art. 1^{er} de la loi de 1810 divise les masses minérales ou fossiles renfermées dans le sein de la terre ou existant à sa surface en trois classes au point de vue de leur mode d'exploitation : les mines, les minières et les carrières. L'art. 2 définit les mines, l'art. 3 les minières, l'art. 4 les carrières.

« Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en Conseil d'État (art. 5). Cette règle est absolue et s'applique au propriétaire du sol comme à tout autre.

Toute concession est nécessairement précédée de travaux de recherches destinés à constater d'une façon certaine l'existence de la mine. Le propriétaire du sol peut se livrer, dans l'étendue de sa propriété, à des travaux de ce genre sans avoir à remplir aucune formalité préalable. Son droit n'est limité que par les concessions déjà faites et par les lois de police. Mais nul ne peut faire des recherches sur un terrain qui ne lui appar-

tient pas sans le consentement du propriétaire ou sans l'autorisation du gouvernement, à la charge, dans ce dernier cas, d'une préalable indemnité envers le propriétaire, et après qu'il aura été entendu (art. 10, 11 et 12).

Le gouvernement est entièrement libre de choisir, pour la concession à accorder, entre le propriétaire du sol, l'inventeur, ou toute autre personne paraissant présenter des garanties de bonne exploitation.

Quel que soit le concessionnaire, le décret de concession a pour effet immédiat de séparer juridiquement du sol le tréfonds minier compris dans la concession et d'en faire une propriété distincte. « Il donne la propriété *perpétuelle* de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous autres biens, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés... » (art. 7 al. 1). — « Du moment où une mine sera concédée, même au propriétaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface, et désormais considérée comme propriété nouvelle, sur laquelle de nouvelles hypothèques pourront être assises... » (art. 19).

Toutefois, cette propriété est soumise, dans l'intérêt général, à certaines restrictions que ne comporte pas le droit de propriété ordinaire. Elle ne peut être vendue par lots ou partagée, sans une autorisation du gouvernement, donnée dans les mêmes formes que la concession (art. 7 *in fine*). D'un autre côté, la concession peut être retirée pour insuffisance d'exploitation (art. 49).

Lorsque la concession n'a pas lieu au profit du propriétaire du sol, celui-ci se trouvant par là même exproprié, a droit à une indemnité. A la différence de celle qui est accordée en cas d'expropriation ordinaire, cette indemnité n'est pas préalable comme l'exige l'art. 545. Elle consiste dans une redevance annuelle dite *tréfoncière*, que le concessionnaire est tenu de payer au propriétaire du sol. Entre les mains de celui-ci, cette redevance constitue, comme accessoire de la surface, un droit immobilier, susceptible d'être hypothéqué en même temps que la surface elle-même.

L'aliénation consentie par le propriétaire entraîne celle du droit à la redevance. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le droit à la redevance soit cédé sans le fonds lui-même; mais alors ce droit étant détaché du fonds perd son caractère immobilier (1).

Indépendamment de la redevance annuelle, le propriétaire du sol est fondé à réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice résultant soit de l'établissement des travaux nécessaires à l'exploitation de la mine, soit du fait même de l'exploitation souterraine (art. 43 et 44 modifiés par la loi du 27 juillet 1880).

1) Cour de cass., 27 octobre 1885, D. 86, 1, 134, S. 87, 1, 252.

Celui qui ayant découvert une mine n'en a pas obtenu la concession a également droit à une indemnité de la part du concessionnaire. Cette indemnité représente le prix de son travail et le remboursement de ses dépenses.

En principe les *minières* sont exploitées par le propriétaire du sol. Si leur exploitation doit avoir lieu à ciel ouvert, le propriétaire est tenu, avant de commencer à exploiter, d'en faire la déclaration au préfet. Il est donné acte de cette déclaration et l'exploitation peut avoir lieu sans autre formalité. Si l'exploitation doit être souterraine, elle ne peut avoir lieu qu'avec la *permission* du préfet. La permission détermine les conditions spéciales auxquelles l'exploitant est tenu de se conformer.

Par exception, les minières peuvent, dans certains cas, devenir concessibles. Elles rentrent alors dans la catégorie des mines (art. 57 et suiv. modifiés par les lois du 9 mai 1866 et du 27 juillet 1880).

L'exploitation des *carrières* à ciel ouvert a lieu en vertu d'une simple déclaration faite au maire et transmise au préfet, sous la surveillance de l'administration et conformément aux règlements. Quand l'exploitation a lieu par galeries souterraines, elle est soumise à la surveillance des ingénieurs des mines (art. 81 et 82 modifiés par la loi du 27 juillet 1880). En exécution de cette dernière loi, il a été fait pour chaque département un règlement local sous forme de décret rendu en Conseil d'État.

1016. Avec l'art. 553 nous abordons l'examen des applications du droit d'accession relativement aux immeubles : « *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.* »

La loi, dans cet article, établit une double présomption.

1° Toutes constructions, plantations et ouvrages quelconques qui existent sur un terrain ou dans son intérieur sont présumés appartenir au propriétaire de ce terrain ;

2° Ces constructions, plantations et ouvrages sont présumés avoir été faits par le propriétaire du terrain et à ses frais.

Cette double présomption n'est point du reste irréfragable ; elle peut être combattue et détruite par la preuve contraire. La propriété du sol proprement dit pouvant être détachée soit de la propriété superficielle, du *dessus*, soit de la propriété souterraine, du *dessous*, il peut être établi que les ouvrages superficiels ou souterrains appartiennent non au propriétaire du sol, mais à une autre personne qui les a acquis par titre ou par prescription. Il peut également être établi soit que les matériaux employés par le maître du terrain ou les arbres qu'il a plantés ne lui appartenaient pas, soit que

les constructions ou plantations ont été faites par une personne autre que le maître du sol et aux frais de cette personne.

Ces deux dernières hypothèses font l'objet des art. 554 et 555 que nous allons examiner successivement.

1017. 1^{re} HYPOTHÈSE. — Il est établi que le propriétaire du sol a fait des constructions, plantations ou autres ouvrages avec des matériaux ou des arbres qui ne lui appartenaient pas. — « *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-intérêts, s'il y a lieu; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever* » (art. 554).

Les matériaux d'autrui que le propriétaire du sol a employés soit par erreur, soit sciemment, ayant perdu, par suite de leur incorporation au sol, leur individualité propre, ne peuvent plus être revendiqués et enlevés par leur propriétaire. Ils sont devenus la propriété du maître du sol, désormais propriétaire d'un sol bâti ou planté. Celui auquel ils appartenaient auparavant peut seulement se faire tenir compte de leur valeur et obtenir des dommages-intérêts, *s'il y a lieu*, c'est-à-dire s'il a éprouvé un préjudice supérieur à cette valeur, par exemple s'il a été obligé d'acheter d'autres matériaux à un prix plus élevé, ou s'il est résulté pour lui de l'usurpation de ses matériaux un retard dommageable dans l'exécution de l'ouvrage auquel il les destinait. Le propriétaire du sol pourrait en outre, suivant les circonstances, être poursuivi comme coupable de vol ou d'abus de confiance (art. 379 et 408 c. p.).

L'idée d'accession n'est pas la seule raison d'être de la disposition de l'art. 554. Cet article repose en outre sur une considération d'utilité pratique et d'équité. Autoriser le propriétaire des matériaux employés à les revendiquer contre le propriétaire du sol et à en exiger la restitution en nature, c'eût été aboutir à la destruction d'une valeur sans profit pour personne. « Enlever les arbres, disait le tribun Faure, serait souvent les détruire, enlever les matériaux serait dégrader les constructions. L'équité ne permet pas de rendre le mal pour le mal, et souvent le résultat serait très stérile pour celui qui se serait ainsi vengé. »

Le maître du terrain, devenu propriétaire des matériaux ou des arbres, ne cesserait pas de l'être si la construction venait à être démolie ou si les arbres étaient arrachés avant que celui auquel ils appartenaient eût été indemnisé. C'est à titre définitif qu'il en a acquis la propriété et qu'il est devenu débiteur de leur valeur. Il faudrait un texte pour faire revivre le droit de propriété de l'ancien maître et l'autoriser à agir en revendication (1).

1) Laurent, t. VI, n° 260; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 353. — *Comp.* Demolombe, t. IX, n° 661; Aubry et Rau, § 204, note 4; Demante, t. II, n° 391 bis, II et III.

L'art. 554 reçoit surtout son application dans le cas où le propriétaire du sol est de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, cet article n'est applicable qu'autant que les matériaux ou les arbres par lui employés sont sortis des mains de leur maître par suite d'une perte ou d'un vol (art. 2279 al. 2 et 2280). Lorsqu'en effet ils n'ont été ni perdus ni volés, le propriétaire du sol qui les a reçus de bonne foi en a acquis la propriété au moment même où ils sont tombés en sa possession, conformément à la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279 al. 1). Il ne peut donc être question pour lui de les acquérir par accession. Le propriétaire a alors incorporé à son fonds des objets qui lui appartenaient déjà et qui auraient continué de lui appartenir, alors même qu'il ne les aurait pas ainsi employés.

Enfin l'art. 554 suppose que les matériaux d'autrui sont devenus immeubles par leur *nature* à raison de leur incorporation au sol. Le propriétaire d'un fonds qui aurait placé sur ce fonds des objets mobiliers appartenant à autrui dans l'intention d'en faire des immeubles par destination n'en acquerrait pas la propriété par accession. Ces objets n'ayant point perdu leur individualité et pouvant être aisément séparés du fonds, leur propriétaire serait fondé à agir en revendication, sauf à se voir opposer, le cas échéant, l'art. 2279 al. 1.

1018. 2^e HYPOTHÈSE. — Il est établi que les constructions, plantations ou autres ouvrages ont été faits par une personne qui n'était pas le propriétaire du terrain et avec ses matériaux. — L'art. 555 qui régit cette seconde hypothèse est ainsi conçu : « *Lorsque les constructions, plantations et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a 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 constructions, plantations 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.* »

La loi suppose que les ouvrages ont été faits par un tiers, c'est-à-dire par un autre que le propriétaire du fonds, avec ses matériaux. Mais la solution serait évidemment la même s'ils avaient été faits avec des matériaux appar-

tenant à une autre personne sauf, dans ce dernier cas, à régler, d'après les principes exposés ci-dessus, la situation respective du constructeur ou du planteur et de celui dont il a employé les matériaux.

Les relations du propriétaire avec celui qui a construit ou planté sur son fonds diffèrent suivant que ce dernier a été de bonne ou de mauvaise foi.

Lorsque le constructeur a agi de mauvaise foi, sachant que le sol ne lui appartenait pas, le propriétaire a le choix : — ou de le contraindre à enlever ses ouvrages à ses frais, sans indemnité, et en obtenant même de lui des dommages-intérêts s'il éprouve quelque préjudice ; — ou de conserver les ouvrages en remboursant au constructeur le montant de ses dépenses, c'est-à-dire le prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

Lorsque le constructeur a agi de bonne foi, c'est-à-dire lorsqu'il possédait l'immeuble dans les conditions déterminées par l'art. 550, croyant en être devenu propriétaire en vertu d'un juste titre d'acquisition dont il ignorait les vices (argument des mots « qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi »), le propriétaire ne peut jamais le contraindre à enlever ses ouvrages, mais il peut, à son choix, lui rembourser soit le montant de la plus-value que les travaux ont donnée à l'immeuble, soit le prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

Cette distinction entre le constructeur de bonne foi et le constructeur de mauvaise foi est exprimée par la loi d'une façon bizarre et peu logique. La première partie de l'art. 555 n'y fait aucune allusion ; elle est conçue au contraire dans les termes les plus absolus. Une phrase rejetée à la fin de l'article vient ensuite modifier entièrement la portée des alinéas précédents en restreignant leur application au possesseur de mauvaise foi. Ce vice de rédaction tient à ce que l'art. 555 n'a pas été fait d'un seul jet. Son texte primitif, sans tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, reconnaissait dans tous les cas au propriétaire le droit d'exiger la suppression des ouvrages ou de les conserver en payant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. Le Tribunal ayant réclamé contre cette disposition, qui lui paraissait *trop dure à l'égard d'un possesseur de bonne foi*, le Conseil d'État voulut lui donner satisfaction ; mais au lieu de procéder à une refonte complète de l'article, il se borna à ajouter au texte primitif la phrase finale : Néanmoins, etc.

L'art. 555 a donné lieu à une autre critique. On lui a reproché de faire au possesseur de bonne foi une situation qui, dans certains cas, peut être moins bonne que celle du possesseur de mauvaise foi. Une construction élevée sur le terrain d'autrui a coûté 100.000 francs et la plus-value qui en résulte pour l'immeuble est de 80.000 francs seulement. Si le constructeur est un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire devra, *pour garder cette construction*, lui rembourser le montant intégral de sa dépense, c'est-

à-dire 100.000 francs. S'il est de bonne foi, le propriétaire sera quitte en lui versant 80.000 francs, la loi lui donnant alors le choix entre le remboursement de la dépense et le paiement de la plus-value. Cette différence dans le règlement de l'indemnité n'est, dit-on, ni juste, ni rationnelle. Le possesseur de mauvaise foi ne doit en aucun cas être mieux traité que le possesseur de bonne foi.

La critique ne nous paraît pas fondée. La loi a fait la part de la faveur due au possesseur de bonne foi en ne permettant pas au propriétaire du sol de le contraindre à enlever les ouvrages par lui faits. Tenu de conserver des travaux qui peuvent ne pas lui convenir, et qu'il n'aurait peut-être pas fait exécuter lui-même, le propriétaire ne saurait équitablement être obligé de payer une somme supérieure à la plus-value qui en résulte pour son immeuble, c'est-à-dire au profit qu'il en retire. Le propriétaire qui conserve les travaux faits par un possesseur de mauvaise foi agit au contraire librement, de son plein gré, puisque la loi lui permet d'exiger, s'il le préfère, leur suppression et le rétablissement de l'état de choses antérieur. Il est dès lors tout naturel que, pour les garder, il rembourse ce qu'ils ont coûté. On doit le considérer comme les prenant à son compte, dès lors qu'il n'exige pas leur suppression. Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que la situation du possesseur de mauvaise foi soit aussi bonne qu'on veut bien le dire. Par cela même qu'il a le droit de le contraindre à enlever ses travaux, le propriétaire le tient en effet à sa discrétion. Il peut, en le menaçant d'user de ce droit, l'amener à transiger et à se contenter d'une somme bien inférieure au montant de ses dépenses et même à la plus-value.

§ 2. — *De l'accession résultant du voisinage des fleuves et rivières.*

1019. Les cours d'eau exercent sur le sol une action incessante qui peut avoir pour résultat de modifier, dans une mesure plus ou moins large, la condition des propriétés riveraines. Telle est la situation que les art. 556 à 563 ont pour objet de régler. Ils traitent successivement :

- 1° De l'alluvion et des relais ;
- 2° De l'avulsion ;
- 3° Des îles et îlots ;
- 4° Du lit abandonné.

1° De l'alluvion et des relais.

1020. L'art. 556 al. 1 définit ainsi l'alluvion : « *Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent alluvion.* »

Ce qui caractérise l'alluvion, c'est donc qu'elle est formée peu à peu et insensiblement par le dépôt le long de la rive des matières transportées par

les eaux. *Alluvio*, disait la loi romaine, *est incrementum latens quod ita paulatim agro adjicitur ut intelligere non possis quantum quoque momento temporis adjiciatur* (1).

L'alluvion est aussi quelquefois appelée *lai*, les parcelles de terre dont elle est formée ayant été *laissées* par l'eau sur la rive.

Nul ne pouvant justifier d'un droit de propriété sur des matières que le courant a tirées on ne sait d'où pour les ajouter au rivage par une action occulte et insaisissable, la loi attribue l'alluvion par droit d'accession au propriétaire du fonds auquel elle est jointe et dont elle fait désormais partie intégrante. L'avantage qu'en retire ce propriétaire est d'ailleurs une juste compensation des pertes que le cours d'eau a pu lui faire subir déjà et auxquelles il se trouve constamment exposé. « *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 marche-pied ou chemin de halage, conformément aux règlements.* » (art. 556 al. 2). L'alluvion profite au propriétaire riverain sans qu'il y ait à distinguer si le cours d'eau est ou non navigable ou flottable, les raisons qui la lui ont fait attribuer existant dans l'un comme dans l'autre cas. Mais, quand le cours d'eau est navigable ou flottable, le riverain dont le domaine se trouve accru par l'effet de l'alluvion demeure tenu de laisser sur son fonds le *chemin de halage* ou le *marchepied*. On appelle ainsi des voies établies sur les rives des cours d'eau, pour les besoins de la navigation ou du flottage et dont la loi fixe elle-même la largeur. Le terrain affecté à ces voies ne cesse point d'appartenir aux propriétaires riverains ; il est seulement grevé d'une servitude légale. Le législateur aurait pu se dispenser de dire que, malgré l'alluvion, cette servitude continue d'exister, la chose allant de soi. Mais, si la servitude subsiste, son assiette peut se trouver modifiée par l'alluvion. En se reportant sur la partie ajoutée au fonds, elle cesse en effet par là même de grever une portion égale du terrain qu'elle atteignait auparavant.

L'alluvion ne profite qu'au propriétaire riverain. Lors donc qu'un fonds est séparé d'un cours d'eau par un chemin public, l'alluvion appartient non au propriétaire de ce fonds, mais au propriétaire du chemin bordant le cours d'eau, c'est-à-dire, suivant les cas, à l'État, au département ou à la commune.

On donne le nom de *relai* à la portion de lit qu'un cours d'eau abandonne insensiblement et laisse à découvert le long de ses bords, soit parce qu'il se porte d'une rive sur l'autre, soit par suite de la diminution du volume de l'eau. Le code applique au relai la même règle qu'à l'alluvion proprement dite et l'attribue par accession au propriétaire riverain. « *Il en est de même, dit l'art. 557, des relais que forme l'eau courante qui*

1) Instit., De rer. div., § 20.

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. » En refusant aux propriétaires voisins les lais et relais qui se forment sur le rivage de la mer, la disposition finale de cet article consacre une nouvelle application du principe de l'accession. Le rivage de la mer appartient à l'État. C'est donc à l'État que doivent profiter les lais et relais qui s'y forment. Les propriétaires voisins ne sauraient y prétendre, car ils sont, suivant l'expression de M. Baudry-Lacantinerie, les riverains du rivage de la mer et non de la mer elle-même.

« *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). On appelle *lac* une vaste étendue d'eau se conservant naturellement par la disposition même des lieux. Un *étang* est un amas d'eau réunie et retenue au moyen d'ouvrages faits de main d'homme. Ces ouvrages se composent de digues ou de chaussées, d'un déversoir dont la hauteur et la largeur sont calculées sur le volume d'eau que l'étang peut recevoir sans que les fonds voisins soient inondés, et enfin d'une ou plusieurs bondes pratiquées aux points les plus bas et servant à mettre l'étang à sec.

Chacun est libre de faire sur son terrain des retenues d'eau pour former un étang, à la condition d'exécuter les travaux nécessaires, d'après les règles de l'art, pour que les propriétés riveraines ou inférieures n'en souffrent pas, et sauf le droit pour l'administration d'ordonner la suppression de l'étang en cas de danger ou d'insalubrité (lois du 11 septembre 1792 et du 21 juin 1898, art. 21).

L'eau des lacs et étangs est stagnante. Par suite elle n'est susceptible ni de charrier des terres, ni de se porter d'une rive sur l'autre. Il ne peut donc alors être question ni d'alluvion ni de relai. Quels que soient les changements qui peuvent se produire dans le volume de ses eaux, les limites d'un lac ou d'un étang demeurent fixes et invariables. En l'absence de preuve contraire, il est présumé s'étendre jusqu'au point extrême que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge.

20 De l'avulsion.

1021. Il y a *avulsion* quand un cours d'eau détache subitement et entraîne une portion notable et reconnaissable d'un terrain. L'art. 559, qui prévoit cette situation s'exprime ainsi : « *Si un fleuve ou une rivière, na-*

vigable 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 n'y 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. »

En disant que le propriétaire de la partie enlevée peut *réclamer* sa propriété, la loi n'entend point dire que ce propriétaire a le droit de la conserver là où elle se trouve actuellement. L'union de cette portion de terrain à un autre fonds riverain peut en effet s'opérer de deux manières différentes : par *juxtaposition* ou par *superposition*. Il y a juxtaposition lorsque le terrain arraché, sans sortir du lit du cours d'eau, vient simplement se fixer le long de la rive, là où il rencontre un point d'arrêt. Il y a superposition quand ce terrain est entraîné hors du lit du cours d'eau et porté dans l'intérieur d'un fonds, où l'eau débordée l'abandonne en se retirant. Dans un cas comme dans l'autre, la loi, en autorisant son propriétaire à le conserver là où il est fixé, aurait porté atteinte au droit de propriété de celui au fonds duquel il est venu s'unir, puisqu'elle l'aurait privé en tout ou en partie du voisinage de l'eau ou mis dans l'impossibilité de jouir désormais librement de son fonds. L'art. 559 ne reconnaît au propriétaire dépossédé d'autre droit que de venir chercher et reprendre pour l'emporter le terrain qui lui a été enlevé. L'action qui lui appartient à cet effet est donc une action mobilière. C'est du reste une faculté que la loi lui accorde et non une obligation qu'elle lui impose. Si donc il préfère abandonner le terrain déplacé, le propriétaire du fonds sur lequel ou contre lequel ce terrain a été porté par le courant n'a pas d'action soit pour le contraindre à l'enlever, soit pour obtenir des dommages intérêts. Il s'agit d'un cas de force majeure dont les riverains ne sont point garants les uns envers les autres (1).

Lorsque le propriétaire de la partie enlevée veut la reprendre, il doit former sa réclamation dans l'année de l'enlèvement. Ce délai expiré, il est réputé avoir renoncé à son droit. Toutefois il est admis à agir utilement, même après l'expiration de l'année, si le propriétaire du fonds auquel son terrain a été uni n'en a pas encore pris possession. A défaut de réclamation en temps utile, la partie enlevée est acquise au propriétaire de ce fonds, sans aucune obligation pour celui-ci de payer un prix ou une indemnité quelconque.

3° Des îles ou îlots.

1022. Une île peut se former de trois manières différentes. Tantôt un

1) Demolombe, t. X, n° 103.

cours d'eau coupe et entoure un terrain riverain en se formant un bras nouveau. Tantôt, par suite de l'abaissement du niveau de l'eau, il laisse à découvert une portion de son lit, tout en continuant de couler autour de l'endroit desséché. Tantôt enfin, il forme avec les terres et débris qu'il charrie une éminence qui s'augmente peu à peu par alluvion de parcelles nouvelles.

La première de ces hypothèses est prévue par l'art. 562 qui décide que le propriétaire du terrain devenu une île conserve sa propriété. « *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, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable.* »

Lorsqu'une île s'est formée par dessèchement ou par exhaussement du sol, la loi règle différemment son attribution, suivant que le cours d'eau dans lequel elle existe est navigable, flottable ou non.

L'île formée dans un cours d'eau navigable ou flottable, appartient à l'État. « *Les îles, îlots, atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves, ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire* » (art. 560). Ces derniers mots : *s'il n'y a titre ou prescription contraire*, ont pour but d'indiquer que les îles, n'ayant pas la même destination que le cours d'eau lui-même, ne font point, comme lui, partie du domaine public et sont susceptibles de propriété privée. Un particulier peut les acquérir soit en traitant avec l'État, soit en les possédant pendant le temps requis pour la prescription.

Quant aux îles formées dans les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, l'art. 561 les attribue aux propriétaires riverains et il détermine de quelle manière doit s'opérer cette attribution. Il suppose une ligne tracée au milieu du cours d'eau, et qui le sépare dans sa largeur en deux moitiés. Si l'île se trouve tout entière d'un côté de cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté desquels elle est située. Si elle est traversée par la ligne médiane, elle doit être partagée entre les propriétaires des deux rives. La partie qui se trouve à droite de la ligne appartient aux riverains du côté droit ; celle qui se trouve à gauche aux riverains du côté gauche. La part des riverains du même côté, quand il y en a plusieurs en face de l'île, se détermine en abaissant du point de séparation des divers immeubles des perpendiculaires sur la ligne médiane. « *Les îles et atterrissements 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).

En attribuant ainsi aux riverains les îles formées par exhaussement ou

dessèchement du lit des cours d'eau non navigables ni flottables, cet article donnait par là même à entendre qu'aux yeux du législateur le lit de ces cours d'eau appartenait aux riverains. Cependant cette solution n'était pas unanimement admise. Certains auteurs étaient d'avis que le lit des petits cours d'eau appartenait à l'État, comme celui des rivières navigables ou flottables. D'autres le considéraient comme une *res nullius*. La raison de douter était qu'il existait dans le code un autre texte, l'art. 563, qui semblait supposer au contraire que le lit des petits cours d'eau n'appartenait pas aux riverains. Prévoyant le cas où un cours d'eau venait à changer de lit, l'art. 563 attribuait en effet à titre d'indemnité le lit abandonné aux propriétaires des fonds aux dépens desquels le nouveau lit était formé, alors même qu'il s'agissait d'une rivière non navigable et non flottable; décision incompatible avec le droit de propriété des riverains, la loi ne pouvant indemniser les uns avec le bien des autres.

La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (1) a mis fin à toute difficulté à cet égard en déclarant formellement que le lit des petits cours d'eau est la propriété des riverains et en modifiant en ce sens la disposition primitive de l'art. 563. Aux termes de l'art. 3 de cette loi : « *Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives. — Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau, sauf titre ou prescription contraire. — Chaque riverain a le droit de prendre, dans la partie du lit qui lui appartient, tous les produits naturels et d'en extraire de la vase, du sable et des pierres, à la condition de ne pas modifier le régime des eaux et d'en exécuter le curage conformément aux règles établies par le chapitre III du présent titre. — Sont et demeurent réservés les droits acquis par les riverains ou autres intéressés sur les parties des cours d'eau qui servent de voie d'exploitation pour la desserte de leurs fonds.* »

4^o Du lit abandonné.

1023. L'art. 563 était primitivement ainsi conçu : « *Si un fleuve ou*

1) Cette loi, destinée à former le livre II du code rural, comprend quatre titres : Titre I, Eaux pluviales et sources; Titre II, Cours d'eau non navigables et non flottables; Titre III, Des rivières flottables à bûches perdues; Titre IV, Des fleuves et rivières navigables ou flottables. Deux autres titres consacrés l'un aux *Eaux utiles*, l'autre aux *Eaux nuisibles* n'ont pas encore été votés. La plupart de ses dispositions appartiennent au droit administratif; quelques-unes seulement au droit civil. Votée à la hâte, à la veille de l'expiration des pouvoirs d'une assemblée législative, cette loi, bien qu'elle ait opéré d'importantes réformes, est loin d'avoir réalisé toutes les espérances qu'on était en droit d'attendre d'une œuvre commencée en 1854.

une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé. » Des critiques très fondées avaient été dirigées contre cette disposition. « C'est un singulier mode d'indemnité, disait M. Demolombe, que celui qui consiste à attribuer aux propriétaires des fonds nouvellement occupés l'ancien lit de la rivière, c'est à-dire un sol dépouillé de terre végétale, séparé toujours par une certaine distance de leur propre fonds, et pour l'accès duquel ils devront payer des indemnités de passage qui en absorberont presque toujours la valeur, surtout s'il faut, comme il arrivera le plus ordinairement, subdiviser ce terrain en petites parcelles entre un grand nombre d'ayant-droit. — Il est clair que cet ancien lit ne pourrait recevoir quelque valeur que par son raccordement avec les propriétés riveraines. Nous croyons que l'on aurait dû permettre aux propriétaires riverains de le soumissionner de préférence à tous autres; on aurait ensuite distribué le prix de cette soumission aux propriétaires des fonds nouvellement occupés » (1). La loi du 8 avril 1898 (art. 37), consacrant la solution proposée par M. Demolombe, a remplacé l'ancien art. 563 par la disposition suivante : « *Si un fleuve ou une rivière navigable ou flottable se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit soi, jusqu'à une ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière. Le prix de l'ancien lit est fixé par des experts nommés par le président du tribunal de la situation des lieux; à la requête du préfet-du département. — A défaut par les propriétaires riverains de déclarer, dans les trois mois de la notification qui leur sera faite par le préfet, l'intention de faire l'acquisition aux prix fixés par les experts, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit selon les règles qui président aux aliénations des domaines de l'État. — Le prix provenant de la vente est distribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours, à titre d'indemnité, dans la proportion de la valeur du terrain enlevée à chacun d'eux.* »

A la différence de l'ancien art. 563 qui parlait d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non, le nouveau texte suppose que le fleuve ou la rivière qui a abandonné son lit est un cours d'eau navigable ou flottable. La raison de ce changement est, nous le savons, que la loi du 8 avril 1898, tranchant la controverse qui existait depuis la confection du code, attribue formellement aux riverains la propriété du lit des cours d'eau non navigables et non flottables. Vendre le lit abandonné par un semblable cours d'eau pour en répartir la valeur entre les propriétaires aux dépens

1) Demolombe, t. X, n° 163.

desquels le nouveau lit a été formé, ce serait indemniser ceux-ci avec le bien d'autrui. C'est seulement lorsqu'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable que le législateur, libre de disposer d'un bien qui fait partie du domaine privé de l'État, peut en faire profiter les victimes du changement de lit.

Le droit de préemption que le nouvel art. 563 reconnaît aux riverains du lit abandonné se justifie de lui-même, les riverains étant la plupart du temps les seules personnes pour lesquelles ce terrain présente quelque utilité. Le même droit leur appartient, en vertu de l'art. 38 de la loi de 1898, dans le cas où au lieu de résulter d'un événement naturel le changement de lit d'un cours d'eau navigable ou flottable est la suite de travaux légalement exécutés. Mais le prix d'acquisition reste alors à l'État. Il ne saurait être question de l'attribuer aux propriétaires des fonds sur lesquels le nouveau lit a été creusé, ceux-ci ayant reçu une indemnité d'expropriation.

La loi de 1898 s'est également occupée de l'hypothèse où le cours d'eau qui a changé de lit n'est ni navigable ni flottable. Après avoir déclaré textuellement que les riverains du lit abandonné en reprennent la libre disposition et que si le changement de cours est dû à une cause naturelle les propriétaires des fonds envahis n'ont droit à aucune indemnité, elle autorise ces derniers, ainsi que les riverains du lit abandonné auxquels le changement de cours est souvent plus nuisible qu'utile, à exécuter dans l'année les travaux nécessaires pour ramener les eaux à leur cours primitif. Les art 4 et 5 de cette loi sont ainsi conçus :

Art. 4. « Lorsque le lit d'un cours d'eau est abandonné, soit naturellement, soit par suite de travaux légalement exécutés, chaque riverain en reprend la libre disposition suivant les limites déterminées par l'article précédent. »

Art. 5. « Lorsqu'un cours d'eau non navigable et non flottable abandonne naturellement son lit, les propriétaires des fonds sur lesquels le nouveau lit s'établit sont tenus de souffrir le passage des eaux sans indemnité ; mais ils peuvent, dans l'année qui suit le changement de lit, prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'ancien cours des eaux. — Les propriétaires riverains du lit abandonné jouissent de la même faculté et peuvent, dans l'année, poursuivre l'exécution des travaux nécessaires au rétablissement du cours primitif. »

L'art. 6 ajoute : « Lorsque, par suite de travaux légalement ordonnés, il y a lieu d'élargir le lit ou d'en ouvrir un nouveau, les propriétaires des terrains occupés ont droit à une indemnité à titre de servitude de passage. — Pour la fixation de cette indemnité, il sera tenu compte de la situation respective de chacun des riverains par rapport à l'axe du nouveau lit, la limite des héritages demeurant fixée conformément aux dispositions du

paragraphe 2 de l'art. 3 ci-dessus, à moins de stipulations contraires. — Les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations sont exempts de la servitude de passage. — Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'application du paragraphe 2 du présent article et le règlement des indemnités sont jugées en premier ressort par le juge de paix du canton. — S'il y a lieu à expertise, il peut, dans tous les cas, n'être nommé qu'un seul expert. »

Cet article formule une conséquence du principe qui reconnaît aux riverains la propriété du lit des petits cours d'eau. Le terrain affecté à l'élargissement ou à la régularisation du lit ne cessant point de leur appartenir malgré sa nouvelle destination, il n'y a pas lieu de recourir à une expropriation. Ce terrain se trouve seulement grevé, pour le passage des eaux, d'une servitude, à raison de laquelle les propriétaires sont fondés à obtenir une indemnité. L'expropriation ne deviendrait nécessaire que s'il s'agissait de terrains affranchis de cette servitude, c'est-à-dire de bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations, au cas où le propriétaire se refuserait à un arrangement amiable (art. 26).

Les riverains sont également tenus de contribuer aux frais de curage (art. 18 à 25) et de souffrir le passage sur leurs fonds pour l'exécution de tous les travaux légalement entrepris (art. 27).

§ 3. — *De l'accession relative aux animaux qui en s'établissant sur un fonds en deviennent une dépendance.*

1024. Les animaux peuvent être divisés au point de vue juridique en trois classes :

1° Les *animaux sauvages* qui, n'ayant pas de maître, deviennent la propriété du premier occupant (art. 715) et cessent de lui appartenir s'ils viennent à s'échapper ;

2° Les *animaux domestiques* qui ont un maître auquel ils continuent d'appartenir encore qu'ils ne soient plus directement sous sa main ;

3° Enfin les *animaux qui ne sont ni entièrement sauvages, ni entièrement domestiques*, comme les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs. Ces animaux, que l'art. 524 déclare immeubles par destination, ne sauraient, tant qu'ils conservent leur liberté naturelle, être l'objet direct et immédiat de la propriété de l'homme ; mais ils appartiennent comme accessoires au propriétaire du fonds sur lequel ils se sont établis et avec lequel ils ne font qu'un seul et même tout. Comme le disait Pothier, « Le propriétaire d'un étang où il y a des poissons, d'une garenne où il y a des lapins, d'un colombier où il y a des pigeons, est propriétaire d'un étang empoissonné, d'une garenne peuplée de lapins, d'un colombier peuplé de pigeons, plutôt qu'il ne l'est des poissons, des lapins et

des pigeons qui y sont » (1). N'appartenant ainsi au propriétaire du fonds sur lequel ils sont établis que parce qu'ils font partie de ce fonds, s'ils viennent à le quitter pour aller se fixer sur un autre, ils deviennent, par accession, la propriété du maître de ce nouveau fonds. C'est ce que déclare expressément l'art. 564 : « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice.* » Par la manière dont il s'exprime, cet article semble limiter les effets de l'accession au cas où les pigeons, lapins et poissons n'ont pas été attirés d'un fonds dans un autre par des moyens frauduleux. L'expression *pourvu que* marque en effet une condition et indique par suite qu'en cas de fraude l'accession ne se réalise pas, de telle sorte que le propriétaire dépouillé est fondé à revendiquer les animaux qui lui ont été enlevés. Le rapporteur du Tribunat expliqua également la loi en ce sens. « Si, disait-il, les animaux sont passés d'un fonds à l'autre par fraude, l'ancien propriétaire n'aura point perdu ses droits sur eux. L'improbité ne peut être un moyen d'acquérir. » Telle n'était point autrefois la solution de Pothier. Il enseignait que les animaux appartenaient au propriétaire du fonds sur lequel ils étaient établis, alors même qu'ils y avaient été frauduleusement attirés, mais que ce propriétaire devait indemniser leur ancien maître du préjudice qu'il lui avait causé en dépeuplant son fonds en tout ou en partie (2). Cette décision était certainement plus logique que celle de l'art. 564. La circonstance que les animaux ont été attirés sur un fonds n'empêche pas en effet qu'ils ne fassent désormais partie de ce fonds. La revendication autorisée par notre article ne pourra d'ailleurs, la plupart du temps, être utilement exercée par suite de l'impossibilité d'appréhender les animaux fugitifs et même de les reconnaître et de constater leur individualité, confondus qu'ils sont avec d'autres.

La loi du 4 avril 1889 (code rural) contient, en ce qui concerne les pigeons des colombiers, les dispositions suivantes :

Art. 6. « *Les préfets, après avis des conseils généraux, déterminent chaque année, pour tout le département, ou séparément pour chaque commune, s'il y a lieu, l'époque de l'ouverture et de la clôture des colombiers.* »

Art. 7 « *Pendant le temps de la clôture des colombiers, les propriétaires et les fermiers peuvent tuer et s'approprier les pigeons qui seront trouvés sur leurs fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines de police encourues par les propriétaires des pigeons. — En tout autre temps, les propriétaires et fermiers peuvent exercer, à l'occasion des pigeons trouvés sur leurs fonds, les droits déterminés par l'art. 4.* »

1) Traité de la Communauté, n° 41.

2) Traité du Domaine de propriété, n° 167.

Cet art. 4 de la loi de 1889 est relatif aux animaux de basse-cour, c'est-à-dire à des animaux domestiques. Nous en reproduisons le texte, ainsi que celui de l'art. 5 de la même loi, ces deux articles complétant à certains égards les dispositions du code civil.

Art. 4 « *Celui dont les volailles passent sur la propriété voisine et y causent des dommages, est tenu de réparer ces dommages. Celui qui les a soufferts peut même tuer les volailles, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât, et sans pouvoir se les approprier.* »

La loi du 21 juin 1898 (art. 15) accorde au propriétaire des volailles tuées un délai de vingt-quatre heures pour les réclamer et les enlever. Ce délai expiré, le propriétaire ou fermier du champ sur lequel elles ont été tuées est tenu de les enfouir sur place.

Art. 5. « *Les volailles et autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les propriétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur maître quoiqu'il les ait perdus de vue. — Néanmoins, celui-ci ne pourra plus les réclamer un mois après la déclaration qui devra être faite à la mairie par les personnes chez lesquelles ces animaux se seront enfuis.* » Si cette déclaration n'est pas faite, la réclamation du propriétaire des animaux demeure possible tant que leur détenteur n'est pas en mesure d'invoquer la prescription.

La loi du 4 avril 1889 n'est pas applicable aux pigeons voyageurs pour lesquels il existe une législation spéciale (lois du 22 juillet 1896 et du 4 mars 1898).

Mentionnons enfin l'art. 9 de la loi du 4 avril 1889 relatif aux essaims d'abeilles : « *Le propriétaire d'un essaim a le droit de le réclamer et de s'en ressaisir, tant qu'il n'a point cessé de le suivre; autrement l'essaim appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé.* »

SECTION II

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSSES MOBILIÈRES

1025. Cette matière qui avait spécialement attiré l'attention des jurisconsultes romains et suscité entre eux de longues discussions, ne présente aujourd'hui que très peu d'importance pratique. La raison en est qu'à la différence du droit romain, notre législation n'autorise que rarement la revendication des choses mobilières. L'art. 2279 al. 1 ayant consacré le principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre, la question de propriété des meubles se trouve tranchée le plus souvent par ce principe, indépendamment des dispositions relatives à l'accession. Ces dispositions ne reçoivent leur application que dans les hypothèses exceptionnelles où l'art. 2279 al. 1, n'est pas applicable.

Aux termes de l'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.* » En écrivant cet article, les rédacteurs du code comptaient certainement se borner à tracer ensuite un petit nombre de règles générales destinées à guider les juges dans la solution des questions particulières qui viendraient à se présenter. Mais peu à peu ils ont été amenés à prévoir et à régler presque tous les cas d'accession mobilière. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux magistrats par l'art. 565 trouve donc difficilement l'occasion de s'exercer.

Le code distingue trois sortes d'accession mobilière : 1° L'adjonction ; 2° La spécification ; 3° Le mélange.

Avant d'aborder l'examen des règles qui les gouvernent, il y a lieu de remarquer qu'elles ne sont applicables qu'autant que les propriétaires des meubles à l'égard desquels le fait de l'accession vient à se produire n'ont pas consenti à ce fait. Dans le cas contraire, il faut, pour déterminer ses conséquences, s'attacher à la volonté commune des parties.

§ 1. — *De l'adjonction.*

1026. Il y a adjonction quand deux choses mobilières, appartenant à des propriétaires différents, ont été réunies en un seul tout dont chacune forme cependant une partie distincte et reconnaissable. Le tout appartient par accession au propriétaire de la chose principale, alors même que les deux choses seraient séparables, à la charge par lui de payer la valeur de la chose accessoire. « *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. 566). Cet article est mal rédigé. Les mots *sont néanmoins séparables* semblent indiquer une condition ; de sorte que le sens de la loi serait celui-ci : *Pour qu'il y ait accession, il faut que les deux choses unies soient séparables* ; ce qui serait absurde. C'est tout le contraire que le législateur a voulu dire. Il y a lieu à accession, alors même que les choses sont séparables (1).

Par exception, la séparation des deux choses peut être demandée dans un cas : « *Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue,*

1) Laurent, t. VI, n° 314.

même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe » (art. 568).

Mais comment déterminer, entre les deux choses unies, celle qui est la principale et celle qui est l'accessoire? La loi a tracé à cet égard les trois règles suivantes :

1^o « 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. 567). Ainsi, par exemple, le cadre est l'accessoire du tableau, quand même il serait d'un prix plus grand, car le cadre est fait pour le tableau et non le tableau pour le cadre. La broderie est l'accessoire du vêtement auquel elle a été jointe.

2^o Lorsque le premier signe de distinction fait défaut, c'est la chose qui a le plus de valeur qui est réputée principale.

3^o Si les deux choses sont de même valeur, la principale est la plus volumineuse.

Ces deux dernières règles sont formulées dans l'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. »

Lorsque les règles ci-dessus posées ne permettent pas de déterminer quelle est la chose principale, on doit nécessairement reconnaître qu'il n'y a pas accession.

Si donc les deux choses sont séparables, celui à l'insu duquel elles ont été réunies peut demander la séparation et se faire restituer celle qui lui appartient. Si la séparation n'est pas possible, il y a copropriété comme dans le cas de l'art. 573.

§. 2. — De la spécification.

1027. Il y a spécification quand une personne emploie une matière qui ne lui appartient pas à former une chose d'une nouvelle espèce. Ainsi la transformation d'un bloc de marbre en une statue, d'une pièce de bois en une table est une spécification. Le débat s'élève donc alors non plus, comme au cas d'adjonction, entre deux choses mobilières, mais entre la matière mobilière appartenant à une personne et l'industrie, le travail d'une autre personne.

En principe, la matière l'emporte sur le travail, sans qu'il y ait à distinguer si elle peut ou non reprendre sa première forme. En conséquence, le nouvel objet appartient par accession au propriétaire de la matière, à la charge de rembourser au spécificateur le prix de sa main-d'œuvre. « Si un artisan ou une personne quelconque, a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le proprié-

taire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre » (art. 570).

Le principe reçoit exception lorsque la main-d'œuvre est d'une importance telle qu'elle dépasse de beaucoup la valeur de la matière. « *Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie 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. 571).*

L'art. 572 suppose que le spécificateur a employé, pour former la chose nouvelle, sa matière en même temps que celle d'autrui. Mais il ne prévoit pas les diverses situations qui peuvent alors se présenter. Il faut distinguer trois cas :

1° Si l'importance de la main-d'œuvre dépasse de beaucoup la valeur des matières employées, c'est le spécificateur qui est propriétaire de la nouvelle espèce (arg. *a fortiori* de l'art. 571).

2° Si la matière qui n'appartient pas à l'ouvrier est supérieure à la fois à la matière qui lui appartient et à sa main-d'œuvre, c'est le propriétaire de la matière la plus importante qui est propriétaire du nouvel objet (arg. art. 574).

3° Enfin, s'il est impossible de distinguer le principal de l'accessoire, il n'y a pas accession. De deux choses l'une : Ou bien les deux matières peuvent être séparées sans inconvénient, et alors le propriétaire à l'insu duquel le travail a eu lieu est fondé à demander la séparation et la restitution de la matière qui lui appartient; ou bien elles ne sont pas séparables, et alors la nouvelle espèce est commune aux deux propriétaires. C'est de ce dernier cas seulement que s'occupe l'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 commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait et du prix de sa main-d'œuvre. »*

§ 3. — Du mélange.

1028. Il y a mélange ou confusion lorsque des choses sont unies d'une façon tellement étroite qu'il n'est plus possible de les distinguer les unes des autres, sans que d'ailleurs cette union soit le résultat d'un fait industriel proprement dit exigeant un travail de l'intelligence. Ainsi la réunion de deux tas de blé, de deux barriques de vin, ou de deux lingots de métal est un mélange.

Lorsque des matières appartenant à des propriétaires différents ont été

mélangées, la loi distingue suivant que l'une des matières employées est de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, ou qu'elles sont à peu près d'égale quantité et valeur. Dans le premier cas, le mélange appartient par droit d'accession au propriétaire de la chose principale, à la charge de rembourser à l'autre propriétaire la valeur de sa matière. « *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. 574). Dans le second cas, il faut voir si les matières peuvent ou non être séparées sans inconvénient, Si elles peuvent l'être, celui à l'insu duquel le mélange a eu lieu peut réclamer la division et revendiquer sa matière. Si la séparation n'est pas possible, la chose formée par le mélange est commune aux deux propriétaires eu égard à l'importance des droits de chacun. « *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 séparées 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. 573).

§ 4. — Règles communes à l'adjonction, à la spécification et au mélange.

1029. Les art. 575, 576 et 577 contiennent trois règles communes aux divers cas d'accession mobilière qui viennent d'être étudiés.

1^o Aux termes de l'art 575, « *Lorsque la chose reste en commun entre les propriétaires des matières dont elle est formée, elle doit être licitée au profit commun.* » Nul en effet n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815). Mais on peut sortir de l'indivision de deux manières : par un partage-en nature, ou par une *licitation*, c'est-à-dire par la vente aux enchères de la chose indivise dont le prix est ensuite partagé entre les copropriétaires, proportionnellement à la part que chacun d'eux avait dans la chose. L'art. 575 ne parle que de ce dernier moyen, par la raison toute simple qu'il ne saurait être question dans la circonstance d'un partage en nature, les choses réunies ne devenant communes que lorsqu'elles ne peuvent pas être séparées sans inconvénient (art. 572 et 573).

Il va sans dire d'ailleurs que si les parties sont d'accord, majeures et capables, il leur est loisible de vendre la chose de gré à gré au lieu de la liciter (art. 985. c. pr.).

2^o « *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 réclamer la pro-*

priété 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. 576). Cela revient à dire que l'acquisition par accession mobilière, n'est pas nécessaire et forcée, mais facultative et volontaire. Rien de plus juste. Il serait souvent onéreux pour celui des propriétaires à l'insu duquel l'adjonction, la spécification ou le mélange a eu lieu de recevoir la chose nouvelle, dont il n'a peut-être que faire, et de payer à celui par le fait duquel l'accession s'est produite la valeur de sa matière ou de son travail. L'équité veut que ce dernier subisse les conséquences de l'acte qu'il a accompli et que le propriétaire dont il a employé la chose soit, s'il le préfère, remis dans la même situation que si cet emploi n'avait pas eu lieu.

3° « *Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échet »* (art. 577). L'expression *poursuites par voie extraordinaire* désigne les poursuites criminelles et correctionnelles. C'est une locution empruntée à l'ancien droit et que le législateur aurait dû éviter, attendu qu'elle n'a plus de raison d'être aujourd'hui.

TITRE III

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation

1030. Ce titre et le suivant sont consacrés aux droits réels qui peuvent être démembrés du droit de propriété.

Ces droits sont de deux sortes. Les uns existent sur une chose au profit d'une personne déterminée. Les autres existent sur une chose au profit d'une autre chose. Les uns et les autres plaçant la chose sur laquelle ils sont établis dans un état de dépendance, d'assujettissement, en privant le propriétaire de cette chose de certains des avantages qui dérivent du droit de propriété, étaient autrefois qualifiés de *servitudes*. On appelait *servitudes personnelles* ceux qui existaient au profit d'une personne et *servitudes réelles* ceux qui existaient au profit d'une chose. Les rédacteurs du code ont conservé à ces derniers le nom qu'ils portaient autrefois, mais, par un scrupule quelque peu excessif, ils ont répudié la dénomination de *servitudes personnelles* dans la crainte de réveiller le souvenir des services personnels du régime féodal.

Les droits qu'on appelait autrefois *servitudes personnelles* sont : l'usufruit, l'usage et l'habitation dont il est question dans le présent titre.

Les *servitudes réelles* ou *services fonciers* font l'objet du titre IV.

CHAPITRE PREMIER

DE L'USUFRUIT

1031. L'art. 578 donne de l'usufruit la définition suivante : « *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.* »

L'usufruit est le droit de jouir. Le mot *jouir* est ici, comme dans l'art. 544, une expression générique comprenant à la fois le droit de se servir de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en percevoir les fruits, *jus fruendi*. C'est du reste ce qu'indique très clairement le terme même d'*usufruit*.

Des choses dont un autre a la propriété. Le droit d'user et de jouir d'une chose dont on est propriétaire n'est pas un usufruit, mais une conséquence, un attribut du droit de propriété. Quelques-uns de nos anciens jurisconsultes qualifiaient cependant d'usufruit le droit de jouissance du propriétaire sur sa propre chose, et, pour distinguer cet usufruit improprement dit du véritable usufruit portant sur la chose d'autrui, ils appelaient le premier *usufruit causal* : *Causalis quia causæ suæ, id est dominio junctus est*; et le second *usufruit formel* : *Formalis quia propriam formam habet*. Cette distinction subtile, contraire aux vrais principes, est depuis longtemps abandonnée.

Privé du droit d'user et de jouir, dont l'usufruitier est investi, le propriétaire de la chose grevée d'usufruit n'a plus que le droit de disposer, *jus abutendi*. Encore ce droit lui-même se trouve-t-il atteint dans une certaine mesure par l'interdiction de faire aucun acte de nature à nuire à l'usufruitier (art. 599) et par les difficultés que présente en fait l'aliénation d'une chose improductive. Pour exprimer la situation de ce propriétaire, on dit qu'il n'a qu'une *nue propriété*, qu'il est *nu propriétaire*.

L'usufruit est le droit de jouir *comme le propriétaire lui-même*. Cette formule est équivoque et pourrait induire en erreur sur l'étendue des droits de l'usufruitier. Elle ne signifie point que le propriétaire et l'usufruitier sont placés exactement sur le même pied quant au droit de jouissance. Celui qui jouit d'une chose en qualité de propriétaire en jouit comme bon lui semble, parce qu'il a le *jus abutendi* en même temps que le *jus utendi-fruendi*; son droit n'est soumis à aucune condition rigoureuse, à aucune limite précise. Il peut faire subir à sa chose toutes les modifications, toutes les transformations imaginables, et remplacer, si bon lui semble, un mode de jouissance par un autre. L'usufruitier, au contraire, ayant seulement le *jus utendi-fruendi*, est tenu de conserver la

chose telle qu'il l'a reçue, en se conformant au mode de jouissance existant lors de l'ouverture de l'usufruit. Son droit consiste donc non pas à jouir comme le propriétaire lui-même pourrait le faire si l'usufruit n'existait pas, mais à jouir *comme jouissait le propriétaire*, en supposant bien entendu que celui-ci agit en bon père de famille; car, s'il commettait des abus de jouissance, l'usufruitier ne pourrait pas l'imiter sous ce rapport. « Il ne suffit pas, disait le tribun Gary, que l'usufruit jouisse en bon père de famille, il faut encore qu'il suive dans sa jouissance la destination du père de famille. Celui qui a constitué l'usufruit est censé, à moins de stipulation contraire, avoir voulu que l'usufruitier jouisse comme lui et ses auteurs ont joui; et ceci nous fait rentrer dans la définition de l'usufruit, qui est le droit de jouir comme le propriétaire. » C'est du reste ce qui résulte des derniers mots de notre article : *à la charge de conserver la substance*. Dans le langage du droit la substance d'une chose est la manière d'être qui la rend propre à un usage déterminé, la forme qu'elle revêt et à raison de laquelle elle est désignée par un substantif qui la distingue des autres choses. Dire que l'usufruitier doit conserver la substance de la chose, c'est donc dire qu'il n'a pas le droit de la transformer, de changer sa destination. Ainsi l'usufruitier d'un bâtiment ne pourrait pas le démolir pour jouir autrement du sol et des matériaux, pas plus que l'usufruitier d'un bois ou d'une prairie ne pourrait faire de ce bois une terre labourable ou de cette prairie un étang. Mais, s'il est tenu de conserver la substance, l'usufruitier peut du moins faire certaines innovations, certains changements qui, tout en respectant la forme propre de la chose, tendent seulement à l'améliorer, à en rendre la jouissance plus commode ou plus avantageuse, sans causer aucun préjudice à un propriétaire (arg. art. 599). Il y a là une question de fait et d'équité à résoudre par les tribunaux suivant les circonstances.

L'art. 578, dans la définition qu'il nous donne, omet l'un des caractères essentiels de l'usufruit, son caractère temporaire et viager. L'usufruit ne peut pas durer au-delà de la vie de l'usufruitier; il ne se transmet pas à ses héritiers (art. 617). La raison en est que l'usufruit rendant la propriété inutile ou à peu près au nu propriétaire et faisant obstacle à l'amélioration et à la circulation des biens, deviendrait, s'il pouvait se prolonger indéfiniment, préjudiciable à l'intérêt général.

1032. Les art. 579 et 580 sont relatifs aux *différentes manières de constituer l'usufruit* et aux *modalités* dont il est susceptible.

Aux termes de l'art. 579, « *L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme.* »

L'usufruit est établi par la loi dans les cas suivants :

1° L'art. 384 accorde au père pendant le mariage et, après la dissolution du mariage au survivant des père et mère la jouissance des biens de leurs

enfants mineurs de dix-huit ans. Mais cette jouissance diffère sous plusieurs rapports de l'usufruit ordinaire.

2° L'art. 754 confère au père ou à la mère qui succède à son enfant en concours avec des collatéraux autres que des frères ou sœurs ou descendants d'eux l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

3° L'art. 767, modifié par la loi du 9 mars 1891, attribue à l'époux survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée un droit d'usufruit sur la succession de son conjoint décédé, quand il ne succède pas à celui-ci en pleine propriété.

4° En vertu de la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et ayant-cause des auteurs d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, le conjoint survivant, indépendamment des avantages qui peuvent résulter en sa faveur du régime de communauté, a la jouissance des droits dont l'auteur décédé n'a pas disposé par acte entre-vifs ou par testament.

5° Enfin, la loi du 25 mars 1873, sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie, donne à la veuve du déporté qui habitait avec son mari, en cas d'existence d'enfants ou de descendants légitimes, le tiers en usufruit tant de la concession obtenue par le déporté que des autres biens qu'il aurait acquis dans la colonie (art. 13)

La loi du 9 mars 1891 n'a point abrogé cette disposition, non plus que celle de la loi du 14 juillet 1866.

L'usufruit peut également être établi par la volonté de l'homme. Tout propriétaire, capable de disposer, est par là même capable de constituer un usufruit, soit par acte entre-vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, soit par acte de dernière volonté. Les formes et les conditions de la constitution sont exactement les mêmes que pour la transmission de la propriété.

Ajoutons que l'usufruit peut aussi s'acquérir par la prescription laquelle, dans le silence du code, demeure entièrement soumise aux règles du droit commun.

En droit romain, l'usufruit pouvait être constitué par jugement. Le juge saisi d'une action en partage pouvait, lorsqu'un fonds n'était pas susceptible d'être partagé sans détérioration, adjuger l'usufruit à l'un des copartageants et la nue propriété à l'autre. Rien n'empêche des copartageants, maîtres de leurs droits, d'adopter un arrangement semblable; il y aura alors constitution d'usufruit par la volonté de l'homme. Mais ce parti ne saurait aujourd'hui leur être imposé par la justice. En traçant au juge la voie à suivre quand un bien n'est pas commodément partageable (art. 827 et 833), le code lui interdit par là même, avec grande raison d'ailleurs, de recourir au procédé usité en droit romain.

Outre une action personnelle en *délivrance* contre le constituant ou ses héritiers, lorsque l'usufruit est établi par contrat ou par testament, l'usu-

fruitier jouit dans tous les cas d'une action *réelle* par laquelle il peut exiger de tout possesseur quel qu'il soit la remise de la chose grevée d'usufruit. Cette action, analogue à la revendication qui naît du droit de propriété, se nomme *action confessoire d'usufruit*.

« *L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition* » (art. 580).

L'usufruit est établi *purement*, quand il est constitué sans aucune modalité. Le droit de l'usufruitier s'ouvre alors immédiatement, si l'usufruit est constitué entre vifs, et dès l'instant de la mort du constituant, s'il est établi par testament, sauf, dans ce dernier cas, l'application des règles relatives à la délivrance des legs.

L'usufruit est établi *à certain jour*, c'est-à-dire *à terme*, quand il est constitué soit pour ne commencer qu'à partir d'une certaine époque, *ex die*, soit pour ne durer au contraire que jusqu'à une certaine époque, *ad diem*. Ex. Je vous donne l'usufruit de tel immeuble *à partir du 1^{er} janvier prochain*. — Je vous donne l'usufruit de tel immeuble *pour cinq années*.

Enfin l'usufruit peut être établi *sous condition*. La condition est un événement *futur et incertain* duquel dépend l'existence ou la résolution d'un droit (art. 1168). Il y a donc deux sortes de conditions : la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. La condition suspensive affecte l'existence même du droit. Ex. Je vous donne l'usufruit de tel immeuble si vous vous mariez. Tant que vous ne serez pas marié, l'usufruit ne s'ouvrira pas. La condition résolutoire affecte non l'existence du droit, mais son extinction. Ex. Je vous donne l'usufruit de tel immeuble, mais cet usufruit cessera si mon fils qui est absent vient à reparaître ou à donner de ses nouvelles. L'usufruit s'ouvre alors immédiatement, sauf à prendre fin si la condition s'accomplit.

Il y a lieu de remarquer que tout usufruit constitué à terme, *ex die*, est par là même conditionnel. Il est en effet incertain si l'usufruitier, qui seul peut profiter de l'échéance du terme puisque l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers, sera encore vivant lors de cette échéance. L'usufruit établi *ex die* est donc en même temps subordonné à la condition suivante : Si l'usufruitier est vivant à l'arrivée du terme fixé.

1033. L'art. 581 indique en ces termes les biens qui sont susceptibles d'usufruit : « *Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles.* »

Toute chose, pourvu qu'elle soit dans le commerce, peut donc être l'objet d'un usufruit. Ainsi ce droit peut porter :

Sur les choses incorporelles aussi bien que sur les choses corporelles, par exemple sur une créance, ou sur une rente perpétuelle ou viagère, et même sur un autre droit d'usufruit ;

Sur les choses non frugifères comme sur les choses frugifères ;

Sur des universalités de fait ou de droit, aussi bien que sur des objets envisagés individuellement;

Sur les choses qui se détériorent par l'usage comme sur celles qui y résistent.

A la rigueur, et d'après sa définition même, l'usufruit ne saurait avoir pour objet des choses qui se consomment par le premier usage, puisqu'il n'est pas possible de jouir de ces choses sans les détruire et que l'usufruitier n'a le droit de jouir qu'à la charge de conserver la substance. Cependant, à l'exemple de la législation romaine, notre code admet que les choses de cette espèce peuvent être soumises à un droit analogue à l'usufruit et que l'on appelle *quasi-usufruit* (art. 587).

L'usufruit ne peut pas être établi sur une servitude réelle séparée du fonds auquel elle appartient, une pareille servitude n'ayant d'existence que par le fonds et avec le fonds dont elle constitue un attribut et une qualité. Mais si ce fonds est grevé d'usufruit, l'usufruitier profitera de la servitude.

Après avoir formulé ces principes généraux, le code traite successivement dans trois sections des *droits* de l'usufruitier, de ses *obligations* et de *l'extinction* de l'usufruit.

SECTION I

DES DROITS DE L'USUFRUITIER

1034. Les dispositions légales qui déterminent les droits de l'usufruitier reçoivent leur application dans le cas où l'usufruit a été constitué par la volonté de l'homme, aussi bien que dans celui où il est établi par la loi. Mais il y a cette différence entre les deux cas que, dans le premier, les règles tracées par le code peuvent recevoir du titre constitutif des modifications plus ou moins étendues. Lors donc qu'il s'agit d'un usufruit établi par convention ou par testament, il faut avant tout, pour connaître les droits de l'usufruitier, consulter le titre constitutif, et c'est seulement dans le silence du titre qu'il y a lieu de recourir aux dispositions du code.

1035. Les règles tracées par la loi sont les unes générales, les autres spéciales aux différentes espèces de biens sur lesquels l'usufruit peut être établi.

§ 1. — *Des droits généraux de l'usufruitier.*

1036. Ces droits sont :

- 1° Le droit de jouissance;
- 2° Le droit d'administration;
- 3° Le droit de disposition.

1° Du droit de jouissance.

1037. Ce droit comprend, on le sait, le droit d'user de la chose, d'en retirer tous les services qu'elle peut rendre, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*.

En ce qui concerne le *jus fruendi*, l'art. 582 s'exprime de la façon suivante : « *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.* »

Cette formule n'est pas exacte. Ce n'est pas des fruits que l'usufruitier a le droit de jouir, c'est de la chose elle-même, et, en vertu de son droit de jouissance sur la chose, il acquiert la propriété de tous les fruits qu'elle peut donner.

On appelle *fruit* tout ce qu'une chose est destinée à produire et à reproduire périodiquement, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. Tels sont les grains, le foin, les coupes d'un bois taillis, le croît des animaux, etc. Les objets provenant d'une chose, mais qu'elle n'est pas destinée à produire et à reproduire d'une façon régulière et périodique constituent non des fruits, mais des *produits extraordinaires* ou plus simplement des *produits*. Ce sont des portions de la substance même de la chose qui s'en trouvent détachées. Tels sont les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, les arbres abattus dans un bois de haute futaie non aménagé, les pierres extraites d'une carrière qui n'est pas en exploitation.

L'usufruitier a droit à tous les fruits; mais il n'a aucun droit aux produits.

Le code distingue trois classes de fruits : les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils. Les art. 583 et 584 définissent ainsi ces diverses sortes de fruits :

Art. 583. « *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. — Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture* ».

Art. 584. « *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* ».

A la différence des fruits naturels et des fruits industriels, les fruits civils ne sont pas produits par la chose elle-même; ils sont perçus à l'occasion de la chose par suite d'un contrat dont elle a été l'objet. Ce sont des fruits légaux et fictifs. Ainsi une maison ne produit pas par elle-même des loyers. Mais les loyers sont dus et payés par suite du contrat de bail dont la maison a été l'objet, comme prix de la jouissance concédée au locataire; ils représentent pour le bailleur la jouissance de la maison et sont, à ce titre, assimilés à des fruits.

Il en est de même des intérêts des capitaux et des arrérages des rentes perpétuelles ou viagères. Les sommes *exigibles* dont parle l'art. 584 sont celles dont le créancier peut immédiatement ou pourra à un moment donné demander le paiement, par opposition aux *rentes* dont le capital ne peut jamais être exigé (V. art. 529).

La distinction des fruits naturels et industriels, d'une part, et des fruits civils, d'autre part, présente surtout de l'importance en ce qui concerne la manière dont l'usufruitier acquiert les uns et les autres.

1038. Aux termes de l'art. 585, « *Les fruits naturels et industriels pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier. — Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, 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.* » En disant que les fruits pendants par branches ou par racines au moment de l'ouverture de l'usufruit appartiennent à l'usufruitier, la loi s'exprime d'une façon qui n'est pas rigoureusement exacte. L'usufruitier n'acquiert les fruits que par la perception qu'il en fait pendant la durée de son droit. Les fruits pendants lors de l'ouverture de l'usufruit ne lui appartiennent donc pas encore, mais il pourra les acquérir en les percevant. S'il ne les perçoit pas, ils appartiendront, lors de l'extinction de l'usufruit, au propriétaire du fonds, ainsi que le déclare expressément le deuxième alinéa de notre article. Le législateur, en s'exprimant comme il l'a fait, a statué en vue de l'hypothèse la plus ordinaire, celle où l'usufruit dure assez de temps pour que l'usufruitier puisse percevoir les fruits pendants au moment où son droit s'est ouvert.

Il y a perception dès que les fruits sont séparés de la chose qui les a produits, n'importe par quelle cause. Un fait purement accidentel, par exemple la violence du vent qui fait tomber les fruits, en opère l'attribution à l'usufruitier. Tenu de jouir en bon père de famille (art. 601), l'usufruitier doit d'ailleurs attendre pour effectuer lui-même la récolte que les fruits soient parvenus à leur maturité, sauf exception pour ceux qu'il est d'usage, à raison de leur destination, de cueillir avant qu'ils soient entièrement mûrs comme les olives. L'usufruitier qui devancerait l'époque normale de la perception engagerait sa responsabilité envers le propriétaire, lequel serait fondé à exiger de lui une indemnité au cas où l'usufruit viendrait à s'éteindre avant le moment où la récolte aurait dû régulièrement être faite.

Les fruits non encore perçus au moment de l'extinction de l'usufruit, fussent-ils parvenus à maturité, appartiennent, avons-nous dit, au propriétaire. Il en est ainsi alors même que le défaut de perception provient d'un

événement indépendant de la volonté de l'usufruitier, à moins toutefois qu'il ne résulte du fait du propriétaire lui-même, celui-ci ne devant pas empêcher l'usufruitier de jouir. Au cas où l'obstacle apporté sans droit à la jouissance de l'usufruitier émanerait non du propriétaire mais d'un tiers, l'usufruitier serait fondé à obtenir de ce tiers une indemnité égale à la valeur de la récolte dont il se trouve privé et dont profite le propriétaire (1).

La règle que l'usufruitier acquiert les fruits naturels ou industriels par la perception peut conduire en pratique à des résultats que repoussent à la fois le bon sens et l'équité. Si l'usufruit s'ouvre après que la récolte est faite et cesse avant la récolte suivante, l'usufruitier aura joui pendant dix ou onze mois sans aucun fruit. Par contre, si l'usufruit commence au moment où la récolte est sur le point de se faire et s'éteint aussitôt après la récolte suivante, l'usufruitier aura deux récoltes entières, c'est-à-dire le revenu de deux années pour une jouissance d'une année et quelques jours. Supposez un usufruit portant sur un fonds dont les fruits ne se perçoivent qu'à de longs intervalles, par exemple sur un bois taillis qui se coupe tous les dix ans, les résultats seront encore plus choquants. Il pourra alors arriver que, pendant une jouissance de quelques mois, l'usufruitier fasse une coupe qui représente le revenu de dix années, comme aussi il pourra se faire que sa jouissance se prolonge pendant neuf ans et plus sans qu'il voie arriver le moment de la récolte. Ce système de chances qui peuvent tourner pour ou contre l'usufruitier est manifestement défectueux.

La loi aggrave la situation, en décidant que l'usufruitier qui profite d'une récolte préparée par le nu propriétaire ne doit aucune indemnité à celui-ci à raison de ses frais de labour et de semences, et que le nu propriétaire qui perçoit, après l'extinction de l'usufruit, une récolte due aux soins de l'usufruitier n'est pas non plus tenu de l'indemniser. — Que l'usufruitier qui perçoit, au début de l'usufruit, une récolte préparée par le propriétaire ne lui doive aucune indemnité, cela se comprend. Il ne s'enrichit pas alors aux dépens du propriétaire, car si l'usufruit a été constitué à titre gratuit, la volonté du disposant a été qu'il reçût la chose dans l'état où elle se trouve au jour de l'ouverture de l'usufruit, et, si la constitution a eu lieu à titre onéreux, la valeur de la récolte pendante a dû être prise en considération pour la fixation du prix. Mais le propriétaire qui profite, sans bourse délier, d'une récolte préparée par l'usufruitier s'enrichit sans cause aux dépens de celui-ci. En établissant une dispense réciproque d'indemnité, le législateur a cru maintenir la balance égale entre le propriétaire et l'usufruitier, et il a vu dans cette combinaison un moyen d'éviter les difficultés et les contestations qu'un règlement de compte aurait pu en-

1) Laurent, t. VI, n° 393; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 497.

traîner. Il n'a point remarqué qu'il assimilait ainsi deux situations entièrement différentes (1).

La dispense de toute indemnité pour frais de labour et de semences existe seulement dans les rapports respectifs du propriétaire et de l'usufruitier (arg. des mots : sans récompense *de part ni d'autre*). Les règles du droit commun demeureront donc applicables dans le cas où les frais de la récolte auraient été faits par un tiers. Ainsi l'usufruitier qui trouverait lors de l'ouverture de l'usufruit, une récolte préparée par les soins d'un tiers possesseur de bonne ou de mauvaise foi, devrait lui rembourser le montant de ses dépenses (art. 548).

1039. En même temps qu'il attribue à l'usufruitier les fruits pendants lors de l'ouverture de l'usufruit, et au nu propriétaire ceux qui ne sont pas encore recueillis au moment où l'usufruit s'éteint, l'art. 585 prend soin de réserver la portion de fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire à l'une ou à l'autre de ces deux époques. Cette restriction allait de soi. L'usufruitier au commencement de l'usufruit, le propriétaire quand l'usufruit prend fin, n'a droit à tous les fruits qu'autant que le propriétaire dans le premier cas, et l'usufruitier dans le second, cultivait lui-même le fonds. Si, lors de l'ouverture de l'usufruit, le fonds est exploité par un métayer ou colon partiaire, c'est-à-dire par un individu cultivant en vertu d'un bail sous la condition de partager les fruits avec le bailleur par moitié, par tiers ou dans toute autre proportion, l'usufruitier, obligé de respecter le bail passé par le propriétaire, n'aura droit qu'à la portion de fruits qui n'appartient pas au colon. De même, s'il y a un colon lors de l'extinction de l'usufruit, le propriétaire, tenu de maintenir le bail consenti par l'usufruitier, ne pourra réclamer que la part de fruits non attribuée au colon.

1040. Au lieu de percevoir lui-même les fruits, l'usufruitier peut les vendre, alors qu'ils sont encore pendants par branches ou par racines. Si les fruits sont recueillis par l'acheteur pendant la durée de l'usufruit, la vente est valable et produit les effets d'une vente ordinaire. Mais si l'usufruit vient à s'éteindre avant que la récolte ait eu lieu, la vente sera-t-elle opposable au nu propriétaire? La négative nous paraît certaine. L'usufruit n'acquiert les fruits que par leur perception. Lors donc qu'il vend des fruits non recueillis, il vend des choses qui ne lui appartiennent pas encore. Comme toute vente de choses futures, cette vente est conditionnelle; elle est subordonnée à la condition que les fruits qui en sont l'objet deviendront la propriété du vendeur par la perception qui en sera faite avant l'extinction de son droit. Cette condition venant à faire défaut, la vente doit être considérée comme non avenue. — Mais, dit-on, l'usufruitier est autorisé

1) Pothier, *du Douaire*, nos 201 et 272, et *Introduction au titre XII de la Coutume d'Orléans*, n° 43; Demolombe, t. X, n° 371; Laurent, t. VI, n° 383.

par l'art. 595 à consentir des baux qui seront obligatoires pour le propriétaire après la cessation de l'usufruit, c'est-à-dire à conférer à un tiers le droit de faire plusieurs récoltes successives. A plus forte raison doit-il pouvoir conférer le droit de faire une récolte unique, le prix stipulé de l'acheteur devant, bien entendu, être payé par celui-ci au propriétaire si l'usufruit vient à s'éteindre avant que la récolte ait été faite. — Nous répondons qu'en donnant effet vis à vis du propriétaire aux baux passés par l'usufruitier, l'art. 595 déroge au principe qui ne permet pas de transmettre à un autre plus de droit qu'on n'en a soi-même, et que cette exception, fondée sur des motifs particuliers, ne saurait, dans le silence de la loi, être étendue à la vente d'une récolte sur pied (1).

1041. L'art. 586 détermine comme il suit la manière dont s'opère au profit de l'usufruitier l'acquisition des fruits civils : « *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 au prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils.* » L'acquisition de ces fruits est donc entièrement indépendante du fait de leur perception. Ils appartiennent à l'usufruitier dans la proportion de la durée de sa jouissance et ne lui appartiennent que dans cette mesure. En d'autres termes, les fruits afférents à chaque année de jouissance sont divisés par la loi en trois cent soixante-cinq parts et l'usufruitier a droit, pour chaque année, à autant de parts que son usufruit a duré de jours. Soit un usufruit portant sur une maison louée 365 francs par an. L'usufruitier aura droit à 100 francs, si son usufruit dure cent jours, à 250 francs s'il dure deux cent cinquante jours, à 365 francs s'il dure exactement une année.

Remarquons la formule dont se sert l'art. 586. Il ne dit point que les fruits civils *s'acquièrent* jour par jour, mais qu'ils sont *réputés s'acquérir* jour par jour. Il est bien clair en effet que l'usufruitier ne reçoit pas chaque jour la fraction des fruits civils correspondant à la journée qui vient de s'écouler. Mais les choses se passent pour lui comme s'il les recevait de cette façon, en ce sens que, quelle que soit l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité des fruits, la quotité à laquelle il a droit est exactement proportionnée à la durée de sa jouissance. Si donc, lors de l'extinction de l'usufruit, l'époque de l'échéance n'est pas encore arrivée, le nu propriétaire, touchant la totalité du terme échu, devra en verser une portion à l'usufruitier, ou à ses héritiers; de même que, réciproquement, l'usufruitier devrait restituer au nu propriétaire une partie des

1) Laurent, t. VI, n° 478; Marcadé sur l'art. 585; Proudhon, t. II, nos 991 et 995; Demolombe, t. X, n° 358. — *Contra* : Duranton, t. IV, n° 554; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 181; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 508; Demante, t. II, n° 434 bis IV; Aubry et Rau, § 230. — Cour de cass., 9 août 1881, D. 82, 1, 365, S. 82, 1, 369.

fruits par lui touchés, s'il les avait reçus par anticipation et que son droit vint à s'éteindre avant l'expiration de la période pour laquelle ils ont été payés.

L'art. 584 avait dit déjà que les prix des baux à ferme constituent des fruits civils. Le législateur a cru devoir le déclarer de nouveau dans l'art. 586 parce qu'il s'agit d'une innovation. A Rome et dans notre ancien droit, les fermages des biens ruraux, quoiqu'ils fussent rangés dans la classe des fruits civils, étaient régis, quant à leur acquisition, par le même principe que les fruits naturels ou industriels, c'est-à-dire que l'usufruitier les acquérait seulement au fur et à mesure que le fermier percevait les fruits du fonds, parce qu'on les considérait comme l'équivalent et la représentation de ces fruits. La règle de l'acquisition jour par jour s'applique aujourd'hui au fermage des biens ruraux comme à tous les autres fruits civils. L'usufruitier y a droit en proportion de la durée de sa jouissance, sans qu'il y ait à se préoccuper des perceptions opérées par le fermier pendant cette jouissance.

Il y a bail à ferme produisant des fruits civils non seulement quand le prix à payer par le preneur consiste en argent, mais encore quand il consiste en denrées, si d'ailleurs son chiffre est fixe et invariable. Mais si le preneur cultive à la condition de partager la récolte avec le bailleur dans une proportion déterminée, le contrat intervenu n'est plus un bail à ferme, mais un bail à colonage partiaire. En pareil cas, il n'y a pas de fermage, pas de fruits civils; les fruits dus par le colon partiaire sont des fruits naturels ou industriels. L'usufruitier n'y aura donc droit qu'autant que le colon les aura perçus. Si l'usufruit s'éteint à un moment où les fruits sont encore pendants, la quotité réservée au bailleur appartiendra non à l'usufruitier, mais au propriétaire.

1042. Au lieu de se borner à assimiler les fermages aux autres fruits civils au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier, les rédacteurs du code auraient été mieux inspirés en supprimant toute distinction entre les fruits naturels ou industriels et les fruits civils et en leur appliquant à tous la même règle, celle de l'art. 586, cette règle étant plus rationnelle et plus équitable que celle de l'art. 585. Quelle que soit la nature des fruits à percevoir, le droit de l'usufruitier est toujours le même. Il s'agit de l'acquisition d'un droit de propriété mobilière qui se réalise effectivement pour les fruits civils par leur paiement et pour les fruits naturels par leur perception à l'époque de la maturité. « Jusque-là le droit de jouissance, le droit aux fruits a pour objet soit l'argent à recevoir, soit les fruits à recueillir; c'est en quelque sorte un droit à terme dont la valeur augmente à mesure qu'on se rapproche de l'échéance ou de la maturité. Si la jouissance des fruits civils a lieu chaque jour, en ce sens que l'époque du paiement est moins lointaine et que la somme due s'augmente avec le temps, la

jouissance des fruits naturels suit la même progression, puisque les récoltes et les fruits croissent chaque jour et s'acheminent peu à peu vers leur maturité. L'époque du paiement et celle de la maturité marquent le dernier terme de ce développement continu, de cette jouissance successive et chaque jour accumulée. Si la perception des fruits civils comporte des degrés, des échelons, pourquoi ne trouverait-on pas les mêmes étapes dans la perception des fruits naturels? Pourquoi, dans ce dernier cas, le droit de l'usufruitier passerait-il, sans transition, d'une valeur nulle avant la récolte, à sa valeur intégrale au moment de la perception? » (1). Que l'usufruitier ait droit à une récolte qui vaut 1000 francs ou à des intérêts, loyers ou fermages s'élevant à la même somme, il escompte d'avance la réalisation effective de son droit, il calcule ses dépenses sur cette future recette. Son émolument devrait donc, dans tous les cas, être déterminé de la même façon et concorder exactement quant à son étendue avec la durée de l'usufruit.

1043. Aux termes de l'art. 596 : « *L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.* » Cette disposition n'est-elle qu'une application du principe de l'accession et doit-elle être étendue à tous les accroissements que la chose grevée d'usufruit vient à recevoir? Ou bien est-ce une décision spéciale et restrictive qui ne doit pas être étendue à d'autres cas? Une opinion très répandue considère l'art. 596 comme restrictif. L'alluvion est, d'après elle, le seul accroissement dont l'usufruitier ait droit de jouir; il n'a aucun droit à l'île qui viendrait à se former dans un cours d'eau non navigable bordant ou traversant le fonds soumis à l'usufruit, ni à la portion de terrain que le courant aurait transportée et réunie à ce fonds. L'île et les terres d'avulsion appartiennent en pleine propriété au nu propriétaire du fonds. Telle était, dit-on, la règle du droit romain et le code en s'occupant spécialement de l'alluvion, sans parler des autres accroissements que le fonds peut recevoir par suite d'accession, manifeste clairement son intention de la conserver (2). — Cet argument n'est pas absolument concluant. Est-il donc impossible que le code ait emprunté un exemple au droit romain, sans entendre pour cela suivre par ailleurs sa doctrine? S'il l'a suivie, on ne peut que le regretter, car elle n'est pas logique. Que celui qui a la pleine propriété d'un fonds acquière la pleine propriété des accroissements que reçoit ce fonds, rien de mieux. Mais qu'il en soit de même de celui qui n'a que la nue propriété, cela ne s'explique plus. La propriété étant démembrée et les éléments dont

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 511.

2) Aubry et Rau, § 230, texte et notes 39 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 596; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 524; Huc, t. IV, n° 194. — *Comp.* Demolombe, t. X, n° 333.

elle se compose répartie entre deux personnes, la logique exige que chacune de ces personnes acquière sur les accroissements le droit qu'elle a sur le fonds lui-même (1).

« 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). Les servitudes étant des qualités du fonds pour l'avantage duquel elles sont établies doivent par là même profiter à celui qui a la jouissance de ce fonds. La règle s'applique aux servitudes que le propriétaire viendrait à acquérir pendant la durée de l'usufruit, aussi bien qu'à celles qui existaient déjà au moment de son ouverture. Ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier d'exercer les servitudes attachées au fonds, c'est une *obligation*. Tenu de veiller à la conservation de la chose et au maintien des droits du propriétaire (art. 614), il serait responsable envers celui-ci s'il les laissait s'éteindre par le non-usage (art. 706).

Il résulte également de l'art. 597, lequel n'est d'ailleurs qu'une conséquence de l'art. 578, que l'usufruitier jouit seul du droit de chasse et du droit de pêche, à l'exclusion du propriétaire lui-même.

2° Du droit d'administration.

1044. Le droit de jouissance qui appartient à l'usufruitier implique nécessairement le droit d'administration, sans lequel le droit de jouissance ne saurait s'exercer. La loi ne formule pas textuellement une règle qui allait de soi. Mais elle indique, dans l'art. 595, une de ses principales applications en reconnaissant à l'usufruitier le droit de consentir des baux: « *L'usufruitier, dit cet article, 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.* »

On appelle *bail à ferme* le louage des biens ruraux et *bail à loyer* le louage des maisons et autres bâtiments (art. 1711). Bien que l'art. 595 ne parle que des baux à ferme, il est certain que l'usufruitier peut également consentir des baux à loyer. Il doit en effet jouir des choses soumises à son droit suivant leur destination; or la destination des maisons et des bâtiments en général est d'être loués lorsque celui auquel ils appartiennent ne peut pas ou ne veut pas les habiter ou les occuper lui-même. Les art. 1429 et 1430, au titre du *Contrat de Mariage*, auxquels renvoie l'art. 595 *in fine*, traitent d'ailleurs des baux de maisons aussi bien que des baux d'immeu-

1) Laurent, t. VI, n° 373; Duranton, t. IV, nos 421 et 580; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 184; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 520.

bles ruraux. Ici, comme dans les art. 450 et 602, l'expression donner à ferme est donc employée non dans son sens technique, mais dans un sens large, comme synonyme de *donner à bail*.

Dans notre ancien droit, les baux consentis par l'usufruitier prenaient fin en même temps que son usufruit. Le locataire ou fermier pouvait seulement exiger qu'on le laissât achever l'année courante et le propriétaire pouvait de son côté le contraindre à l'achever (1). C'était une application rigoureuse des principes. L'usufruitier n'a qu'un droit temporaire; son droit cessant, la délégation qu'il en a faite doit cesser aussi, nul ne pouvant conférer des droits plus étendus que ceux qui lui appartiennent. Mais la stricte application des principes présente ici des inconvénients qui ont déterminé le législateur moderne à s'en écarter, en permettant à l'usufruitier de consentir des baux qui sont opposables au propriétaire après la cessation de l'usufruit. Un fermier ou locataire qui n'est pas assuré d'achever son bail ne traite en effet que dans des conditions désavantageuses pour le bailleur. Au cas de bail à ferme, le preneur n'entreprend point de travaux d'amélioration. Enfin le défaut de sécurité, en écartant tout preneur sérieux, peut contraindre le bailleur à accepter le premier venu. Il est donc de l'intérêt commun du propriétaire et de l'usufruitier que les baux faits par celui-ci ne cessent pas par l'extinction de son droit.

Mais, sous peine de porter atteinte au droit de jouissance et de disposition du propriétaire, la loi devait déterminer la durée des baux que l'usufruitier est autorisé à consentir et l'époque à laquelle il peut les renouveler. L'art. 595 lui déclare applicables sous ce rapport les règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme au titre du *Contrat de mariage* (art. 1429 et 1430). De là résultent les deux propositions suivantes :

1° L'usufruitier ne peut pas consentir des baux de plus de neuf ans. Mais cette restriction, établie uniquement dans l'intérêt du propriétaire, est étrangère aux rapports de l'usufruitier avec le locataire ou fermier. Elle ne produit effet qu'à l'extinction de l'usufruit. Tant que l'usufruit subsiste, les baux passés par l'usufruitier doivent, quelle que soit leur durée, être exécutés jusqu'au bout. Mais, quand l'usufruit prend fin, ceux qui ont été faits pour plus de neuf ans ne sont opposables au propriétaire que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve à ce moment. Supposons un bail consenti par l'usufruitier pour vingt-cinq ans. Si l'usufruit prend fin cinq ans après l'entrée en jouissance du preneur, le nu propriétaire devra respecter le bail pendant quatre ans. Il sera tenu de le subir pendant sept ans si, lors de l'extinction de l'usufruit, le bail est en cours d'exécution depuis onze ans (2).

1) Pothier, *du Douaire*, n° 270 et *du Louage*, nos 312 et 315.

2) Cour de cass., 13 avril 1897, D. 98, 1, 76.

2° L'usufruitier ne peut pas renouveler les baux de biens ruraux plus de trois ans avant leur expiration et les baux de maisons plus de deux ans avant la même époque. Ceux qui auraient été renouvelés plus longtemps à l'avance demeureraient sans effet à l'égard du propriétaire, à moins que leur exécution n'eût commencé avant la fin de l'usufruit, auquel cas on retomberait dans la règle précédente.

Un propriétaire ne peut donc pas se trouver lié pendant plus de onze ou douze ans, suivant les cas, par un bail consenti par l'usufruitier. Encore faut-il supposer, pour que cette limite extrême soit atteinte, que l'usufruit vient à s'éteindre aussitôt après le renouvellement.

Les restrictions imposées au droit de l'usufruitier en ce qui concerne la durée des baux et l'époque de leur renouvellement étant établies dans l'intérêt du nu propriétaire, lui seul a qualité pour s'en prévaloir. Si donc, après l'extinction de l'usufruit, il convenait au propriétaire de maintenir le bail qui dépasse les limites tracées par la loi, le preneur serait obligé de l'exécuter jusqu'au bout. Telle est la situation du preneur qui a traité avec le mari relativement aux biens de la femme en dehors des conditions prescrites par les art. 1429 et 1430 ; la nullité du bail qui lui a été consenti peut être invoquée contre lui et ne peut pas l'être par lui. Il en doit être de même du preneur auquel l'usufruitier a consenti un bail à long terme. Le renvoi pur et simple fait par l'art. 595 aux règles établies dans le titre du *Contrat de mariage* semble bien indiquer de la part du législateur la volonté d'assimiler complètement les deux hypothèses (1).

Par exception aux principes qui viennent d'être exposés, le nu propriétaire serait fondé à demander, lors de l'expiration de l'usufruit, la nullité d'un bail consenti par l'usufruitier dans les limites légales, si ce bail avait été fait de mauvaise foi, dans le but de faire fraude à ses droits ; par exemple s'il avait été passé à la veille de l'extinction de l'usufruit et pour un prix vil. Il pourrait même agir au cours de l'usufruit si les clauses du bail lui causaient un préjudice actuel et constituaient un abus de jouissance de la part de l'usufruitier (art. 618) (2).

Il est d'usage dans certains pays que le fermier remette au bailleur, lors de la passation du bail, une somme d'argent désignée sous le nom de *pot-de-vin*, *épingles*, *denier d'entrée*, etc. Cette somme étant fixée d'après la durée du bail, si l'usufruit vient à s'éteindre avant que le bail ait pris fin, l'usufruitier ne peut la conserver que dans la proportion de la durée de sa jouissance ; il doit restituer le surplus au propriétaire.

1) Demolombe, t. X, n° 356 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 180 ; Aubry et Rau, § 230, texte et note 49 ; Huc, t. IV, n° 205 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 530. — *Contra* : Duranton, t. IV, n° 587 ; Laurent, t. VI, n° 462.

2) Poitiers, 22 mars 1881, D. 81, 2, 150.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des baux d'immeubles. L'usufruitier ne peut-il pas également louer les meubles soumis à son droit? Non, en principe, les meubles n'étant pas en général destinés à être loués. Il y a cependant certains objets mobiliers qui comportent cette destination exceptionnelle, soit à raison de leur nature, soit à raison de l'affectation qu'ils avaient précédemment reçue. Tels sont les livres d'un cabinet de lecture, les chevaux et voitures d'une entreprise de transport. L'usufruitier est alors investi du droit de location; mais les baux par lui faits ne sauraient être opposés au nu propriétaire après l'extinction de l'usufruit. Par ses termes et par son esprit, l'art. 595 est inapplicable à cette hypothèse qui reste dès lors sous l'empire des principes généraux.

3° Du droit de disposition.

1045. L'art. 595, en même temps qu'il autorise l'usufruitier à donner à bail les biens soumis à l'usufruit, lui reconnaît la faculté de céder son droit à titre onéreux ou à titre gratuit.

Par cela même qu'il est susceptible de cession, l'usufruit peut être hypothéqué lorsqu'il porte sur un immeuble (art. 2118). Il peut également être saisi par les créanciers de l'usufruitier et vendu à leur requête.

Ce que l'usufruitier peut céder, ce n'est pas seulement, comme on l'a prétendu, l'*exercice* de son droit, c'est-à-dire l'émolument de son usufruit, c'est son droit lui-même. Par l'effet de la cession, le droit réel d'usufruit sort du patrimoine du cédant, pour entrer dans celui du cessionnaire, lequel devient usufruitier au lieu et place du cédant. Mais, en passant au cessionnaire, le droit d'usufruit reste ce qu'il était auparavant dans la personne du cédant, en ce sens spécialement que sa durée est celle qu'il aurait eue s'il avait continué d'appartenir à celui-ci. Il s'éteindra donc, non point par la mort du cessionnaire, mais par celle du cédant et se transmettra par conséquent aux héritiers du cessionnaire, si ce dernier vient à mourir avant le cédant.

Le cessionnaire acquérant l'usufruit lui-même peut le céder à son tour à une autre personne, il peut l'hypothéquer lorsqu'il est immobilier, ses créanciers peuvent le saisir; ce qui n'aurait pas lieu si la cession ne lui faisait acquérir que l'exercice du droit.

D'après l'opinion générale, l'usufruitier qui a cédé son droit demeure tenu envers le nu propriétaire de toutes les obligations résultant de l'usufruit; il répond notamment des abus de jouissance du cessionnaire, sauf son recours contre celui-ci (1). Cette solution ne nous paraît pas exacte. L'usufruitier n'est tenu envers le nu propriétaire qu'à raison de son droit d'usufruit, en sa qualité même d'usufruitier. Cessant d'être usufruitier

1) Demolombe, t. X, n° 363; Aubry et Rau, § 230; Proudhon, t. II, n° 896; Durantou, t. IV, n° 585; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 541.

en cédant son droit, il cesse par là même d'être tenu comme tel et c'est le cessionnaire, investi de cette qualité, en son lieu et place, qui seul est tenu désormais des obligations qui y sont attachées (1).

§ 2. — *Des droits de l'usufruitier envisagés spécialement quant à certaines catégories de biens.*

1046. Sous cette rubrique, nous allons étudier les dispositions des art. 587 à 594, 598 et 599. Dans ces articles, le législateur s'occupe successivement :

- 1° De l'usufruit des biens qui se consomment par le premier usage ;
- 2° De l'usufruit des biens qui se détériorent peu à peu par l'usage ;
- 3° De l'usufruit d'une rente viagère ;
- 4° De l'usufruit des bois et des arbres ;
- 5° De l'usufruit des mines, carrières et tourbières.

1° De l'usufruit des choses qui se consomment par le premier usage.

1047. « 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 pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit » (art. 587).

On a vu plus haut que les choses qui se consomment par le premier usage ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit, leur nature ne permettant pas de séparer le *jus utendi-fruendi* du *jus abutendi*. Mais, à l'exemple du droit romain, les rédacteurs du code ont admis la possibilité d'établir sur ces sortes de choses un droit analogue à l'usufruit que l'on désigne sous le nom de *quasi-usufruit*.

Tandis que l'usufruitier ordinaire est investi seulement d'un démembrement de la propriété et qu'il est tenu de conserver la substance de la chose, afin de la rendre en nature à la fin de l'usufruit, le quasi-usufruitier devient propriétaire de la chose dont il a la jouissance ; il a le droit de la détruire en la consommant, ce droit lui étant nécessaire pour lui permettre d'en jouir, et il doit, à l'extinction de l'usufruit, restituer non la chose elle-même, laquelle ordinairement n'existe plus, mais un équivalent.

En quoi consiste cet équivalent que le quasi-usufruitier doit restituer ? L'art. 587 répond qu'il doit rendre des choses *de même quantité, qualité et valeur, ou leur estimation*. La formule est loin d'être claire. L'usufruitier peut-il, à son choix, rendre soit des choses de même quantité et qualité, soit leur estimation ? D'un autre côté, de quelle estimation s'agit-il ? Est-ce d'une estimation faite au commencement de l'usufruit ou lors de son extinction ?

Suivant un premier système, le quasi-usufruitier peut rendre à son

1) Laurent, t. VI, n° 476 ; Huc, t. IV, n° 208.

choix des choses de même nature, quantité et qualité que celles qu'il a reçues, ou le montant de leur valeur estimative au moment de l'ouverture de l'usufruit (1). — Cette opinion conduit à des conséquences inadmissibles. Il en résulte en effet que toutes les bonnes chances sont pour l'usufruitier et les mauvaises pour le propriétaire. Si le prix des choses sur lesquelles porte l'usufruit est plus élevé lors de son extinction qu'au moment de son ouverture, le quasi usufruitier rendra l'estimation et bénéficiera ainsi de la différence entre la valeur ancienne et la valeur actuelle. Si au contraire leur prix a baissé, il opérera la restitution en nature.

Une autre opinion accorde encore au quasi usufruitier le choix entre une restitution en nature et une restitution en argent; mais elle estime que, dans ce dernier cas, la restitution doit être faite d'après la valeur des objets à restituer au moment de l'extinction de l'usufruit. Quel que soit le parti auquel s'arrête l'usufruitier, c'est donc toujours la même valeur qu'il doit rendre (2). — Ce système est certainement plus équitable que le premier; mais ce n'est pas non plus, croyons-nous, celui de la loi. L'art. 587 ne confère aucune option au quasi usufruitier. Il prévoit deux hypothèses distinctes : celle où les objets soumis à l'usufruit n'ont pas été estimés avant d'être remis à l'usufruitier et celle où ils lui ont été livrés sur estimation. Dans la première l'usufruitier doit restituer des objets de même nature, quantité et qualité. La loi dit : « de pareille quantité, qualité *et valeur* ». Ce dernier mot est de trop. La valeur des denrées étant essentiellement variable, il n'arrivera guère que les objets à rendre aient à la fin de l'usufruit la même valeur qu'au moment de son ouverture. Si, comme on l'a dit, le mot *valeur* est employé ici comme synonyme de *bonté*, il fait double emploi avec le mot *qualité*. Dans la seconde hypothèse, l'usufruitier est tenu de rendre le montant de l'estimation faite au commencement de l'usufruit. Telle était la solution admise en droit romain et dans notre ancien droit, et rien n'autorise à penser que les rédacteurs du code aient voulu s'en écarter (3).

Il est rare que des choses qui se consomment par le premier usage, à l'exception toutefois de l'argent, soient l'objet principal et direct d'une constitution d'usufruit; mais il arrive assez fréquemment que des choses de cette espèce se trouvent comprises dans une universalité de biens soumis à un droit d'usufruit. Les termes de l'art. 587 montrent que c'est cette

1) Toullier, t. II, n° 398; Proudhon, t. V, nos 26 et suiv.

2) Aubry et Rau, § 236, texte et note 3.

3) Demolombe, t. X, n° 293; Durantou, t. IV, n° 577; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 168; Demante, t. II, n° 126 bis, I; Marcadé, sur l'art. 587; Laurent, t. IV, n° 408; Huc, t. IV, n° 182; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 577; Planiol, t. I, n° 1789.

dernière hypothèse que le législateur a eue spécialement en vue : « Si l'usufruit, dit-il, *comprend* des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer... »

Les choses qui, d'après leur nature, se consomment par le premier usage, ne sont pas les seules qui tombent sous l'application de l'art. 587. Il faut y joindre celles qui, n'ayant pas ce caractère, ont été considérées par les parties ou par le constituant comme *fongibles*, c'est-à-dire comme susceptibles d'être remplacées par d'autres. Ainsi une personne lègue l'usufruit d'un cheval, en autorisant l'usufruitier à disposer de ce cheval, sauf à en restituer un semblable à la fin de l'usufruit, il y aura quasi-usufruit. Au lieu de dire que le quasi-usufruit est celui qui porte sur des choses consommables, on en donnerait donc une idée plus exacte en disant que c'est celui qui est établi sur des choses *fongibles*, sauf à remarquer que l'usufruit établi sur des choses naturellement consommables est toujours un quasi-usufruit, tandis que celui qui porte sur des choses non consommables peut être, suivant la volonté des parties ou du constituant, soit un usufruit proprement dit, soit un quasi-usufruit.

2^e De l'usufruit portant sur des choses qui se détériorent peu à peu par l'usage.

1048. « 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. » (art. 589.)

A moins d'une volonté contraire clairement manifestée, l'usufruit établi sur de semblables objets est donc un usufruit véritable et non un quasi-usufruit. L'usufruitier devra, lors de l'extinction de son droit, rendre les choses mêmes qu'il a reçues, et, pourvu qu'il en ait fait un usage raisonnable, conforme à leur nature, à leur destination et à l'intention du constituant, il ne sera pas responsable de leur état de dégradation ou de dépréciation. Sa responsabilité ne serait engagée que s'il avait mésusé.

La rédaction primitive de l'art. 589 renfermait un deuxième alinéa ainsi conçu : « Si quelqu'une de ces choses se trouve entièrement consommée par l'usage, aussi sans dol et sans faute de la part de l'usufruitier, il est dispensé de la représenter à la fin de l'usufruit. » Cette disposition fut retranchée sur l'observation de Tronchet « qu'il est difficile que les objets soumis à l'usufruit soient tellement consommés qu'il n'en reste absolument rien ; que cependant on donnerait à l'usufruitier la facilité des les soustraire à son profit, si on ne l'obligeait pas à représenter ce qui en reste » (1).

1) Séance du Conseil d'État du 27 vendémiaire an XII.

L'usufruitier ne peut donc se dispenser de représenter à la fin de l'usufruit les choses dont il a eu la jouissance, en alléguant que l'usage prolongé et réitéré auquel elles ont été soumises a fini par amener leur destruction. Si elles sont hors de service et qu'il n'en reste plus que des débris, il devra présenter ces débris. Cette obligation prévient toute fraude de sa part et permet au propriétaire de constater par l'examen des débris s'il n'y a pas eu abus de jouissance. Mais ce n'est pas à dire que l'usufruitier sera toujours et nécessairement responsable envers le propriétaire des objets qu'il ne pourrait pas représenter. Il est en effet débiteur d'un ou plusieurs corps certains et déterminés et le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de cet objet, lorsqu'elle ne lui est pas imputable (art. 1302). Il sera donc admis à prouver que la perte a eu lieu sans sa faute, et que, cette perte étant totale, il ne peut rien représenter. Mais il faudra qu'il fasse cette preuve, car étant obligé de restituer ce qui reste entre ses mains, c'est à lui d'établir pourquoi il ne satisfait pas à cette obligation.

3^o De l'usufruit d'une rente viagère.

1049. Avant d'aborder l'examen de cette hypothèse qui fait l'objet de l'art. 588, il convient d'en envisager deux autres non prévues par la loi : l'hypothèse d'un usufruit établi sur une créance et celle d'un usufruit portant sur une rente perpétuelle.

L'usufruitier d'une créance a le droit de percevoir les intérêts, qui sont les fruits civils de la créance (art. 584), et nous savons qu'il les acquiert jour par jour (art. 586). Mais peut-il également, quand arrive l'époque de l'exigibilité, recevoir le remboursement du capital afin d'en opérer de nouveau le placement? Il faut distinguer. De deux choses l'une, ou bien son usufruit porte sur une universalité de biens dans laquelle se trouve une créance, ou bien il est constitué à titre particulier, sur une créance déterminée. Dans le premier cas, l'usufruitier a certainement le droit de recevoir le remboursement, la généralité de son titre l'appelant à jouir des deniers remboursés, aussi bien que de la créance elle-même, tant qu'elle subsiste. L'usufruitier est même tenu, en sa qualité d'administrateur des biens soumis à l'usufruit, d'exiger, quand l'échéance est arrivée, le remboursement de la créance. Il serait responsable envers le nu propriétaire si, faute de poursuites exercées en temps utile, la créance devenait irrecevable, par suite de l'insolvabilité du débiteur. Dans le second cas au contraire, on doit, croyons-nous, poser en principe que l'usufruitier n'a pas le droit de demander ni de recevoir le paiement du capital, lequel doit être versé entre les mains du titulaire de la créance. Ainsi lorsqu'un testateur a dit : « *Je lègue à Paul l'usufruit de la créance de 10.000 francs que j'ai contre Pierre* », le sens naturel de cette disposition est que le constituant a entendu limiter la durée de l'usufruit au temps pendant lequel subsistera la

créance contre Pierre. Autoriser l'usufruitier à recevoir, lors de l'échéance, le capital de la créance et à continuer d'en jouir, ce serait donc lui reconnaître un droit différent de celui que le constituant a eu en vue, un droit d'usufruit portant non plus seulement sur la créance elle-même, mais sur la somme due, sur la somme à provenir de la créance, c'est-à-dire un quasi usufruit.

Les mêmes principes sont applicables à l'usufruit d'une rente perpétuelle. Lorsque cette rente fait partie d'une universalité soumise à l'usufruit, l'usufruitier a non seulement le droit d'en percevoir les arrérages, mais encore celui de recevoir le remboursement offert par le débiteur. Il n'a droit au contraire qu'aux arrérages si son usufruit est constitué principalement et directement sur la rente.

Bien différente de la rente perpétuelle dont les arrérages n'altèrent en rien la substance, la rente viagère s'analyse en une série de prestations périodiques qui usent et diminuent peu à peu le capital, lequel finira par être complètement anéanti. En touchant à chaque terme les arrérages de la rente, le créancier reçoit donc une fraction du capital de la rente; il mange son fonds en même temps que son revenu. Ainsi, quand une personne a stipulé, moyennant l'abandon d'un capital de 20.000 francs, qu'on lui servira chaque année, jusqu'à son décès, 1.500 francs d'arrérages, on peut dire que les 500 francs qui lui sont versés en sus du taux normal de l'argent forment une fraction du capital et représentent par conséquent une partie du fonds et de la substance même de la rente. Cela étant, comment constituer un droit d'usufruit sur une rente viagère, alors qu'il est de règle que l'usufruitier est tenu de conserver la substance de la chose et ne peut réclamer que les fruits? La question avait donné lieu dans l'ancien droit à divers systèmes. Certains auteurs attribuaient définitivement à l'usufruitier la portion des arrérages qui représentait les intérêts du capital de la rente et l'obligeaient à restituer le surplus au nu propriétaire à la fin de l'usufruit. D'autres attribuaient tous les arrérages au titulaire de la rente, sauf à celui-ci à en servir les intérêts à l'usufruitier. Enfin d'après Pothier, il fallait distinguer suivant que la rente était constituée sur la tête de l'usufruitier ou sur la tête d'une autre personne. Dans ce dernier cas, comme il était possible que la rente durât plus longtemps que l'usufruit et que cette possibilité suffisait pour établir une ligne de démarcation entre l'usufruit et la propriété, il attribuait tous les arrérages à l'usufruitier. Dans le premier, l'usufruit étant en fait l'équivalent de la propriété même, puisque la rente devait cesser avec lui, il considérait celle-ci comme une chose se consommant par la perception, non susceptible dès lors d'un véritable usufruit, mais seulement d'un quasi usufruit. Il décidait en conséquence qu'après avoir perçu les arrérages échus pendant son usufruit, l'usufruitier devait restituer ce que valait la rente viagère au moment où son usufruit

avait commencé d'après une estimation à faire par experts (1). Les rédacteurs du code n'ont admis aucun de ces systèmes. Ils considèrent dans tous les cas les arrérages des rentes viagères comme des fruits et ils les attribuent en totalité à l'usufruitier. « *L'usufruit d'une rente viagère, dit l'art. 588, donne aussi à l'usufruitier pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution.* »

La même décision doit être appliquée par analogie à l'usufruit portant sur un autre usufruit. Le sous-usufruitier perçoit et conserve pour lui tous les fruits. Sa situation est donc sous ce rapport la même que celle d'un cessionnaire de l'usufruit; mais elle en diffère en ce que son droit étant lui-même un usufruit, finit nécessairement avec lui, tandis que le droit du cessionnaire est transmissible aux héritiers de celui-ci.

Le cas d'un usufruit portant sur une rente viagère ou sur un autre usufruit ne se présente guère en pratique que par suite de l'adoption de certains régimes matrimoniaux (communauté, régime sans communauté, régime dotal), et par suite de l'application de l'art. 384.

4° De l'usufruit des bois et des arbres.

1050. Les règles tracées par les art. 590 à 594 se réfèrent aux bois taillis, aux arbres des pépinières, aux bois et aux arbres de haute futaie, aux arbres fruitiers.

« *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).

Les bois *taillis*, *silvæ cæduæ*, sont ceux qui poussent par cépées et qui sont destinés à être coupés à des époques *régulières et périodiques* plus ou moins rapprochées. Les coupes constituant de véritables fruits, appartiennent à l'usufruitier, sans qu'il y ait à distinguer si les taillis étaient ou non aménagés lors de l'ouverture de l'usufruit.

On appelle *aménagement* le règlement de l'ordre, de l'âge et de l'étendue des coupes. Si, lors de l'ouverture de l'usufruit, il existe un aménagement régulier, l'usufruitier doit s'y conformer. Ainsi quand un bois a été divisé par son propriétaire en dix portions dont chacune est exploitée tous les dix ou quinze ans, l'usufruitier est tenu d'observer ce mode d'exploitation. S'il n'existe point d'aménagement régulier, soit que le bois, nouvellement planté, n'ait pu encore être exploité, soit que le propriétaire, prodigue ou

1) *Du contrat de constitution de rente, n° 242.*

mauvais administrateur, ait joui d'une façon abusive ou désordonnée, ce qu'il pouvait se permettre en vertu de son droit absolu de disposition, l'usufruitier doit se conformer, pour l'exploitation, à l'usage général des propriétaires possédant des bois de même nature.

Quand on coupe un bois taillis, on réserve d'ordinaire un certain nombre de jeunes pieds d'une belle venue pour les laisser croître. On appelle ces jeunes arbres des *baliveaux*. Après la seconde coupe, ils prennent le nom de *modernes*; après la troisième, celui d'*anciens* ou de *jeunes futaies*; après la quatrième, celui de *hautes futaies*. L'usufruitier est tenu de maintenir les arbres ainsi réservés par le propriétaire et d'en réserver lui-même dans la même proportion lors de chaque coupe qu'il fait. Mais aussi il a le droit, si le propriétaire était dans l'usage d'abattre à chaque coupe un certain nombre d'arbres de haute futaie, d'agir de la même manière.

L'usufruitier ne peut, nous dit la loi, réclamer aucune indemnité pour les coupes qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. C'est une application pure et simple du principe que l'usufruitier n'acquiert les fruits naturels que par la perception.

Aux termes de l'art. 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.* » Les pépinières sont établies tantôt pour l'entretien du fonds dont elles sont une dépendance, tantôt pour produire un revenu annuel par la vente des jeunes arbres arrivés à un état suffisant de développement. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'usufruitier peut en user suivant leur destination. Mais, afin de conserver la substance de la chose, il est tenu de remplacer les arbres qu'il enlève chaque année par des semis ou par un nombre égal de jeunes plants, en se conformant à cet égard au mode de procéder du propriétaire ou à l'usage du pays.

A la différence des taillis, les bois de *haute futaie* ne sont pas considérés par la loi comme des fruits, mais comme un capital mis en réserve pour l'avenir. L'usufruitier ne peut donc pas les couper.

La règle reçoit exception lorsque les futaies ont été aménagées ou mises en coupes réglées avant l'ouverture de l'usufruit, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier les trouve, lors de son entrée en jouissance, soumises à une exploitation régulière et périodique. A raison de sa périodicité, le produit des coupes est alors considéré comme un fruit dont l'usufruitier peut faire son profit en continuant l'exploitation commencée. « *L'usufruitier, dit l'art. 591, 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.* »

L'aménagement antérieur à l'ouverture de l'usufruit qui sert seulement, quand il s'agit de bois taillis, à déterminer le mode de jouissance de l'usufruitier, est donc, pour les bois de haute futaie, la condition nécessaire et *sine qua non* du droit de l'usufruitier de les exploiter, parce que c'est lui qui confère aux coupes de ces bois le caractère de fruits. Bien que l'art. 591 parle de l'usage *des anciens propriétaires*, il est d'ailleurs certain que l'usufruitier aurait le droit d'exploiter les futaies alors même que l'aménagement existant au moment de l'ouverture de l'usufruit n'aurait été établi que par le dernier propriétaire.

Quant au point de savoir si les coupes opérées par le propriétaire constituent, à raison de leur régularité et de leur périodicité, un véritable aménagement, impliquant de sa part l'intention de considérer la futaie comme une source de revenus, ou si elles sont des actes de disposition d'une partie du capital réservé, ayant simplement pour objet de faire face à des besoins accidentels ou d'empêcher certains arbres de dépérir, c'est une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de résoudre en cas de contestation.

Les art. 592 et 593 déterminent les droits très restreints qui appartiennent à l'usufruitier sur les futaies non aménagées :

Art. 592. « *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. 593. « *Il peut prendre dans les bois des échaldas pour les vignes; il peut aussi prendre, sur les arbres, des produits annuels ou périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires.* »

L'usufruitier ne peut donc s'approprier aucun arbre des futaies non aménagées, pas même ceux qui se trouvent arrachés ou brisés accidentellement ou qui meurent sur pied. Tous appartiennent au propriétaire.

La règle s'applique aux arbres isolés aussi bien qu'à ceux qui font partie d'un bois. Le mot *arbres* a été, sur la demande du Tribunat, substitué au mot *bois* dans le but de prévenir toute difficulté à cet égard.

Quelques-uns de nos anciens jurisconsultes reconnaissaient à l'usufruitier le droit d'employer à son chauffage les arbres brisés ou arrachés, et même d'en faire abattre pour cet objet. Le code n'a pas reproduit cette concession qui pouvait engendrer beaucoup d'abus. Mais comme l'usage constant des propriétaires est de prendre sur leurs propriétés le bois nécessaire aux réparations plutôt que d'en acheter, et que c'est là un acte de bonne administration, la loi permet à l'usufruitier d'agir de même, en limitant toutefois cette autorisation au cas où il s'agit de réparations dont l'usufrui-

tier est tenu, c'est-à-dire de réparations d'entretien (1). Elle exige en outre qu'il avise préalablement le propriétaire, afin que celui-ci puisse constater la nécessité des réparations et surveiller l'abattage.

Par un motif analogue, l'usufruitier peut prendre dans les bois des échelas pour les vignes dépendant du domaine soumis à l'usufruit.

Quant au droit que lui reconnaît l'art. 593 *in fine* de prendre sur les arbres les produits annuels ou périodiques, comme les noix, les amandes, les châtaignes, les fâines, les pommes, la tonte des osiers, des saules, des aulnes, etc., c'est une application pure et simple des principes ordinaires de l'usufruit, puisque ce sont là de véritables fruits. L'usufruitier peut donc en disposer comme bon lui semble.

Si l'usufruitier ne peut en principe couper les arbres de haute futaie non aménagés, le nu propriétaire n'a pas non plus le droit de les abattre pendant la durée de l'usufruit, la loi lui interdisant tout acte de nature à porter atteinte à la jouissance de l'usufruitier. On s'accorde toutefois à décider que cette règle comporte deux exceptions. Le propriétaire peut abattre des arbres :

1° Lorsqu'ils sont arrivés au terme de leur croissance et qu'ils dépérissent, la loi n'ayant pu vouloir que l'usufruit devînt pour le propriétaire la source d'un préjudice ;

2° Lorsque le propriétaire veut effectuer de grosses réparations (arg. art. 592).

Mais le propriétaire ne pourrait pas, sans l'assentiment de l'usufruitier, couper des arbres isolés par le motif qu'ils nuisent aux récoltes (2).

L'art 594 s'occupe des arbres fruitiers. « *Les arbres fruitiers qui meurent, dit-il, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres.* » Il s'agit dans cet article seulement des arbres fruitiers plantés par la main de l'homme, et non de ceux qui croissent spontanément dans les bois et produisent des fruits sauvages.

Par eux-mêmes, les arbres fruitiers ne sont pas des fruits, pas plus que les arbres de haute futaie non aménagés. Pourquoi donc la loi donne t-elle, en ce qui concerne ces deux sortes d'arbres, des solutions différentes? Elle a sans doute considéré qu'en attribuant à l'usufruitier les arbres fruitiers morts ou brisés par accident elle ne causait aucun préjudice au propriétaire, le bois de ces arbres ayant très peu de valeur, et qu'il était même avantageux à celui-ci d'avoir un arbre jeune au lieu et place de l'ancien. L'usufruitier ayant d'ailleurs tout intérêt à conserver les arbres fruitiers, il n'y

1) Paris, 27 mai 1878, D. 78, 1, 362; — Toulouse, 23 mai 1881, D. 82, 2, 178, S. 81, 2, 141.

2) Demolombe, t. X, n° 418; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 620.

a pas à redouter qu'il les fasse périr à dessein en vue de se les approprier, tandis qu'un pareil calcul n'aurait pas été impossible pour les arbres de haute futaie.

5° De l'usufruit des mines, carrières et tourbières.

1051. Bien que les substances extraites des mines, carrières et tourbières ne soient pas de véritables fruits, puisqu'elles ne se renouvellent point, nous savons déjà que la loi leur assigne ce caractère, lorsque le fonds soumis à l'usufruit a été destiné par le propriétaire à les procurer.

L'art. 598 reconnaît en conséquence à l'usufruitier le droit d'exploiter les mines, carrières et tourbières déjà ouvertes au moment où son usufruit s'établit, mais il lui refuse le droit d'en ouvrir lui-même : « *Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, 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 carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.* »

La règle s'applique sans difficulté aux carrières et aux tourbières ; mais, à l'égard des mines, elle doit être combinée avec la législation spéciale qui les régit et qui n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était en 1804.

Lors de la rédaction du code, la loi des 12-28 juillet 1791 autorisait le propriétaire à exploiter, sans concession du gouvernement, les mines renfermées dans son terrain, lorsque l'exploitation avait lieu à tranchée ouverte, ou même avec fosse et lumière, mais alors seulement jusqu'à cent pieds de profondeur. Aude là de cette limite, la mine ne pouvait être exploitée qu'en vertu d'une concession accordée soit au propriétaire lui-même, soit à une autre personne. La concession obtenue était personnelle ; les héritiers ou ayant-cause du concessionnaire ne pouvaient continuer l'exploitation de leur auteur qu'en vertu d'une autorisation nouvelle (arrêté du 3 nivôse an VI). Lors donc que le propriétaire avait commencé l'exploitation, l'usufruitier avait le droit de la continuer jusqu'à la profondeur de cent pieds ; mais il ne pouvait la poursuivre au delà qu'en vertu d'une concession, et même, dans le cas d'une concession antérieure accordée au propriétaire, il devait se faire autoriser à continuer l'exploitation. C'est à cette législation que se réfèrent ces mots de l'art. 598 : « 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. » Mais ce régime a été changé par la loi du 21 avril 1810, actuellement en vigueur. Aucune exploitation ne peut aujourd'hui être entreprise, qu'en vertu d'une concession. Cette concession peut, comme autrefois, être faite soit au pro-

priétaire du terrain dans lequel se trouve la mine, soit à toute autre personne offrant des garanties de bonne exploitation, mais elle n'est plus purement personnelle. Elle confère à celui qui l'obtient la propriété de la mine, considérée comme un immeuble nouveau, distinct du sol qui la renferme, et cette propriété est transmissible aux héritiers ou ayant-cause du concessionnaire, conformément aux règles du droit commun (loi du 21 avril 1810, art. 5, 7 et 16). Diverses hypothèses peuvent, dès lors se présenter.

1^{re} HYPOTHÈSE. *La mine était en exploitation au moment de l'ouverture de l'usufruit et elle était exploitée par le propriétaire du fonds dans lequel elle se trouve.* L'usufruitier peut alors continuer l'exploitation sans avoir besoin d'une nouvelle autorisation. Le concessionnaire d'une mine pouvant en transmettre la pleine propriété sans autorisation, peut à plus forte raison en transmettre l'usufruit. La disposition de l'art. 598 qui exigeait dans ce cas l'autorisation gouvernementale est désormais sans objet.

2^e HYPOTHÈSE. *La mine était en exploitation au moment où l'usufruit a commencé, mais elle était exploitée par un autre que le propriétaire de la surface.* Il est clair que l'usufruitier n'acquiert pas le droit d'exploiter la mine, puisque le propriétaire du fonds ne l'avait pas lui-même. Seul, le concessionnaire pourrait conférer l'usufruit de la mine. L'usufruitier de la surface reçoit seulement, pendant la durée de son usufruit, la redevance annuelle que la loi du 21 avril 1810 met à la charge du concessionnaire.

3^e HYPOTHÈSE. *La concession de la mine a lieu pendant la durée de l'usufruit.* Quelle que soit la personne à laquelle la concession est faite, l'usufruit ne peut en profiter comme tel, l'art. 598, auquel il n'est pas dérogé sous ce rapport par la loi du 21 avril 1810, lui refusant tout droit aux mines non exploitées lors de l'ouverture de l'usufruit.

Si donc c'est lui qui obtient la concession, sa situation sera la même que celle de tout autre concessionnaire. Il devra par suite payer la redevance au propriétaire de la surface.

Si la concession est faite à un tiers, c'est également au nu propriétaire et non à l'usufruitier que la redevance doit être payée.

Enfin le nu propriétaire, s'il devient lui-même concessionnaire, n'a aucune redevance à payer.

Le seul droit de l'usufruitier non concessionnaire serait d'obtenir une indemnité à raison de la diminution de jouissance résultant des travaux de recherche ou d'exploitation de la mine.

Après avoir dit que l'usufruit n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'était pas encore commencée lors de son entrée en jouissance, l'art. 598 ajoute : *ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.* Cette disposition est assez peu utile, le trésor n'étant pas un fruit. Mais si l'usufruitier n'a, en cette qualité, aucun droit au trésor, il peut du moins réclamer,

lorsque c'est lui qui l'a trouvé, la moitié que l'art. 716 attribue à l'inventeur.

SECTION II

DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER

1052. Les obligations de l'usufruitier doivent être envisagées à trois époques : 1° Au moment de l'ouverture de l'usufruit; 2° Pendant sa durée; 3° Au moment de son extinction.

§ 1. — *Des obligations de l'usufruitier au moment de l'ouverture de l'usufruit.*

1053. « *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).

La loi déclare tout d'abord que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont au moment de l'ouverture de son droit. C'est là en réalité la négation d'un droit plutôt qu'une obligation proprement dite imposée à l'usufruitier. Le législateur a voulu dire qu'il ne peut pas contraindre le nu propriétaire à lui livrer les choses en bon état. A ce point de vue la situation de l'usufruitier diffère de celle du locataire ou fermier. Ce dernier peut en effet exiger que la chose louée lui soit délivrée en bon état et dans les conditions voulues pour qu'il puisse en jouir (art. 1720). La raison de cette différence est que le locataire ou fermier est investi d'un droit *personnel* de jouissance, en vertu duquel il peut exiger que le bailleur le *fasse jouir* de la chose louée, tandis que l'usufruitier est titulaire d'un droit *réel* qui lui permet bien d'exiger qu'on le *laisse jouir* de la chose, sans pouvoir obliger qui que ce soit à l'en faire jouir.

Toutefois ce principe, qui résulte de la nature même de l'usufruit, peut, bien entendu, être modifié par le titre constitutif. Lorsque l'usufruit est établi par testament, le testateur peut ajouter à son legs la charge imposée à l'héritier de délivrer les choses grevées d'usufruit en bon état de réparations. Celui-ci sera alors tenu d'accomplir cette charge non comme nu propriétaire, mais comme héritier. De même, quand l'usufruit est établi par vente, le constituant peut, comme vendeur, prendre envers l'usufruitier l'engagement de lui remettre la chose en bon état.

Avant d'entrer en possession des biens grevés d'usufruit, l'usufruitier est tenu de remplir deux obligations :

1° Il doit faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles.

2° Il doit donner caution.

1° De l'inventaire des meubles et de l'état des immeubles.

1054. L'usufruitier devant, à l'expiration de l'usufruit, restituer au nu propriétaire tout ce qu'il a reçu, dans l'état où il l'a reçu, il importe que ce qu'il reçoit soit exactement constaté. Tel est le but de l'inventaire des meubles et de l'état des immeubles.

L'inventaire et l'état doivent être faits en présence du nu propriétaire, afin qu'il puisse en contrôler l'exactitude. Mais, comme il ne saurait dépendre de lui d'empêcher, en refusant de se présenter, l'entrée en jouissance de l'usufruitier, la loi permet de passer outre dès qu'il a été *dûment appelé*. S'il n'avait pas été appelé, l'opération ne lui serait pas opposable. Les frais de l'inventaire ou de l'état sont à la charge de l'usufruitier. Quand la loi a voulu que les frais d'inventaire fussent prélevés sur les biens inventoriés, elle a eu soin de s'en expliquer (art. 126, 810, 1034, 1059).

Le code ne dit pas dans quelle forme l'inventaire et l'état doivent être dressés. Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient faits par acte sous seing privé. Cependant l'opinion générale exige un acte notarié dans le cas où l'une des parties est mineure ou incapable (1). Cette décision nous paraît très contestable, les incapables ayant des représentants légaux investis de pouvoirs suffisants pour concourir en leur nom à la rédaction d'un inventaire ou d'un état sous signature privée (2).

Quelle est la sanction du défaut d'inventaire ou d'état? Les avis sont partagés sur ce point. Suivant quelques auteurs, l'usufruitier, tant qu'il n'a pas satisfait à l'obligation dont il est tenu, n'a aucun droit aux fruits, lesquels appartiennent alors au propriétaire. L'art. 600 dispose en effet que l'usufruitier ne peut *entrer en jouissance* qu'après avoir fait dresser l'inventaire et l'état, ce qui signifie littéralement que sa jouissance ne commence, c'est-à-dire qu'il ne gagne les fruits, qu'autant que cette formalité a été remplie (3). — D'après une autre opinion, qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, le mot *jouissance* n'est pas employé par l'art. 600 dans son sens technique. La loi a simplement voulu dire que le nu propriétaire est fondé à s'opposer à ce que l'usufruitier *prenne possession* des biens sujets à l'usufruit tant que l'inventaire ou l'état n'a pas été dressé. Mais cette suspension de l'entrée en possession ne prive pas l'usufruitier de son droit aux fruits. Le propriétaire, s'il les perçoit, doit les mettre de côté pour les lui délivrer lorsque les formalités légales auront été remplies. Telle est la décision donnée par l'art. 604 pour le cas où l'usufruitier est en retard de donner caution, et on ne voit pas pourquoi le législateur se serait montré plus sévère au cas de retard dans la confection de l'inventaire et de l'état.

1) Aubry et Rau, § 229; Demolombe, t. X, n° 465; Marcadé, sur l'art. 600.

2) Laurent, t. IV, n° 493; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 641, note 1.

3) Laurent, t. VI, n° 501; Proudhon, t. II, nos 793 et suiv.

Sans doute il est souvent plus difficile à l'usufruitier de trouver une caution que de faire dresser l'inventaire des meubles et l'état des immeubles ; mais cette dernière opération peut cependant, à raison de la nature ou de l'étendue des biens soumis à l'usufruit, exiger un temps assez long ; il peut se faire également qu'elle soit retardée par des circonstances indépendantes de la volonté de l'usufruitier. Il serait manifestement injuste de lui enlever les fruits alors qu'il n'a aucune négligence à se reprocher (1).

Si, en fait, l'usufruitier avait pris possession des meubles sujets à l'usufruit sans inventaire préalable, le propriétaire serait admis à prouver contre lui la consistance du mobilier non inventorié par tous les moyens possibles, même, d'après l'opinion générale, par la commune renommée (arg. des art. 1415 et 1504) (2). Mais, en dehors du cas prévu par l'art. 1442 dont la disposition, à raison de son caractère pénal, ne doit pas être étendue, l'absence d'inventaire n'entraîne pas pour l'usufruitier la déchéance de son droit d'usufruit. Tout le monde est d'accord à cet égard.

Quant à l'état des immeubles, on enseigne généralement que son omission a pour conséquence d'élever contre l'usufruitier la présomption qu'il les a reçus en bon état, sauf à lui à combattre cette présomption par la preuve contraire (arg. art. 1731). C'est là, croyons-nous, une erreur. Il est en effet de principe que les présomptions légales ne s'étendent point par analogie, et il n'y a d'ailleurs aucune analogie entre la situation de l'usufruitier et celle du locataire. Le bailleur étant tenu de délivrer la chose louée en bon état de réparations (art. 1720), il est tout naturel de supposer que le preneur aura exigé l'accomplissement de cette obligation. L'usufruitier au contraire prenant la chose dans l'état où elle est, la base de la présomption fait complètement défaut en ce qui le concerne. Ajoutons que l'art. 1731 n'établit pas la présomption pour toute espèce de réparations, mais seulement pour les réparations *locatives*, lesquelles sont inconnues en matière d'usufruit. Appliquer cet article à l'usufruitier, c'est donc l'étendre à des réparations qu'il n'a pas en vue (3).

1055. La loi n'apporte aucune exception à l'obligation qu'elle impose à l'usufruitier de faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles. Mais l'usufruitier peut être dispensé de cette obligation par le titre constitutif de l'usufruit, à moins toutefois qu'une telle dispense ne soit de nature à porter atteinte aux droits d'héritiers réservataires du constituant. Cette clause, qui se rencontre assez fréquemment dans les testaments

1) Demolombe, t. X, n° 470; Aubry et Rau, § 229, texte et note 4; Marcadé, sur l'art. 600; Duranton, t. IV, n° 593; Huc, t. IV, n° 312; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 644; Demante, t. II, n° 441 bis, II.

2) Voyez cependant Laurent, t. VI, n° 503; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 645. — Douai, 7 avril 1900, D. 1901, 2, 21.

3) Laurent, t. VI, n° 504; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 645.

n'a d'ailleurs d'autre effet que d'affranchir l'usufruitier de la nécessité de faire dresser lui-même et à ses frais l'inventaire ou l'état. Il demeure loisible au nu propriétaire de faire procéder de ses propres deniers à cette opération contradictoirement avec l'usufruitier, ou lui dûment appelé, et toute clause par laquelle le constituant prétendrait le dépouiller de ce droit devrait être tenue pour non avenue. — On a soutenu cependant que le constituant pourrait aller jusqu'à interdire au nu propriétaire de faire dresser un inventaire ou un état. En faveur de cette solution on invoque la maxime : « Qui peut le plus peut le moins ». Le constituant aurait pu disposer de la pleine propriété au profit de l'usufruitier. A plus forte raison doit-il pouvoir, en conférant la nue propriété à un autre, imposer à celui-ci l'obligation de laisser l'usufruitier jouir sans inventaire et sans état. — Pour que l'argument fût admissible, il faudrait qu'au point de vue juridique il n'y eût pas de différence entre le plus et le moins. Or telle n'est point la situation dans l'hypothèse. Quand une personne qui n'a pas d'héritiers réservataires dispose de ses biens en pleine propriété, elle fait ce que la loi l'autorise à faire. Mais quand elle donne l'usufruit à l'un et la nue propriété à un autre, la loi prescrit une formalité particulière, la rédaction d'un inventaire ou d'un état destiné à constater ce que l'usufruitier reçoit et ce qu'il devra restituer. Cette formalité n'a pas seulement pour but de garantir l'intérêt privé du nu propriétaire; elle intéresse aussi l'ordre public. En l'absence d'inventaire ou d'état, l'usufruitier pourrait en effet dégrader ou même détourner à son profit les biens sujets à l'usufruit, sans qu'il fût possible de faire la preuve de ces dégradations ou de ces détournements. En un mot, il pourrait détruire ou voler impunément. Par cela même qu'il s'agit d'une prescription d'ordre public, les particuliers ne peuvent pas y déroger. Il y a donc une raison pour interdire *le moins*, c'est-à-dire la disposition en usufruit sans inventaire ou état, alors qu'il n'y en a pas pour interdire *le plus*, c'est-à-dire la disposition en pleine propriété (1).

2° De l'obligation de donner caution.

1056. « 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 » (art. 601).

On appelle *caution* une personne qui garantit l'exécution d'une obliga-

1) Aubry et Rau, § 229, texte et note 11; Demolombe, t. X, n° 475; Demante, t. II, n° 441 bis, IV; Laurent, t. VI, n° 497; Marcadé, sur l'art. 600; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 646; Planiol, t. I, n° 1659.

tion en prenant l'engagement de l'accomplir elle-même au cas où celui qui en est tenu ne l'accomplirait pas.

L'usufruitier, dit la loi, donne caution de jouir *en bon père de famille*, c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et diligent (1). La caution est donc responsable envers le nu propriétaire des abus de jouissance commis par l'usufruitier. Elle répond également de la restitution des biens soumis à l'usufruit; aussi l'obligation de fournir caution existe-t-elle dans l'hypothèse d'un quasi usufruit aussi bien que dans celle d'un usufruit proprement dit.

La caution que doit l'usufruitier est une caution *légale*, puisqu'elle est exigée par la loi. Elle doit donc satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019. Si l'usufruitier ne peut pas trouver une caution, il est admis à donner pour la remplacer un gage en nantissement suffisant (art. 2041) ou, d'après l'opinion générale, une hypothèque (2).

1057. L'obligation que la loi impose à l'usufruitier de donner caution reçoit un certain nombre d'exceptions. Sont affranchis de cette obligation :

1° Le père ou la mère ayant la jouissance légale des biens de ses enfants;

2° Le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit;

3° Celui qui en a été dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.

A ces trois exceptions, indiquées dans l'art. 601, il faut ajouter celle qu'établit l'art. 1550 au profit du mari usufruitier des biens dotaux.

La dispense de fournir caution appartient tout d'abord au père ou à la mère ayant la jouissance légale des biens de ses enfants (art. 384). Le législateur a pensé qu'il ne convenait pas d'exiger des parents une garantie qui est une mesure de défiance.

La dispense accordée par l'art. 601 au vendeur ou donateur sous réserve d'usufruit, c'est-à-dire à celui qui vend ou qui donne la nue propriété d'un bien dont il conserve l'usufruit, est fondée sur l'intention présumée des contractants. La loi suppose, en présence du silence gardé par les parties sur la question du cautionnement, qu'il a été entendu entre elles que le vendeur ou donateur restera, quant à la jouissance qu'il se réserve, dans la même situation qu'auparavant, sans être tenu de fournir une caution.

1) L'expression *bon père de famille* que le code emploie à plusieurs reprises comme synonyme des mots *bon propriétaire*, est une réminiscence du droit romain. On sait en effet qu'à Rome le chef de famille, *paterfamilias*, pouvait seul, à l'origine, être propriétaire, les personnes placées sous sa puissance n'acquérant pas pour elles, mais pour lui.

2) Demolombe, t. X, n° 505; Marcadé, sur l'art. 602; Duranton, t. IV, n° 603; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 651. — Cour de cass., 7 août 1882, D. 83, 1, 220, S. 82, 1, 457; — 3 février 1897, D. 97, 1, 601. — *Contra* : Aubry et Rau, § 229, texte et note 16; Proudhon, t. II, n° 847.

Cette supposition très vraisemblable en cas de vente, l'est encore davantage en cas de donation.

Enfin la dispense de cautionnement peut être accordée par le titre constitutif de l'usufruit, quelle que soit la nature de ce titre. Cette dispense est fréquente en pratique, surtout quand l'usufruit est constitué par testament. Elle n'est soumise à aucune forme spéciale. Il n'est même pas nécessaire qu'elle soit expresse; elle peut être tacite et résulter de l'ensemble des clauses de la disposition (1).

Mais comment se fait-il que la loi, qui n'autorise point la dispense d'inventaire ou d'état, permette au contraire la dispense de cautionnement? La raison en est qu'à la différence de l'inventaire et de l'état, le cautionnement n'intéresse en rien l'ordre public et n'est prescrit que dans l'intérêt privé du propriétaire. Le cautionnement en effet n'a point pour objet de prévenir des fraudes, mais seulement d'assurer d'une façon plus complète et plus efficace l'exécution des obligations résultant de l'usufruit en garantissant le propriétaire contre les chances d'insolvabilité de l'usufruitier. Celui qui aurait pu disposer en pleine propriété au profit de l'usufruitier doit donc pouvoir, à plus forte raison, en lui conférant seulement l'usufruit, l'affranchir de l'obligation de fournir caution.

Ce motif n'existant plus lorsque l'usufruit est établi sur des biens dont la nue propriété est réservée à certains héritiers du constituant, il nous paraît certain, au cas où la constitution a lieu à titre gratuit, que la dispense de cautionnement n'est pas possible. — La cour de cassation et un certain nombre d'auteurs se prononcent cependant en sens contraire par cette double raison que l'art. 601 s'exprime en termes absolus, sans distinguer si l'usufruit porte sur des biens réservés ou sur des biens disponibles, et que la dispense de cautionnement laisse intact le droit des réservataires (2). L'argument n'est rien moins que décisif. La faculté reconnue au constituant de faire remise du cautionnement est, comme nous venons de le dire, une conséquence de son droit de libre disposition. Or celui qui établit un usufruit sur des biens dont la nue propriété forme la réserve de ses héritiers n'a pas la libre disposition de ces biens; il ne pourrait pas en conférer la pleine propriété à l'usufruitier. Donc il ne peut pas non plus dispenser celui-ci de la garantie destinée à en assurer la conservation et la restitution. Vainement prétend-on que la remise du cautionnement ne porte pas atteinte au droit des réservataires. En théorie cela est vrai. Mais en fait ce droit sera rendu illusoire, il n'aura plus

1) Cour de cass., 28 octobre 1889, D. 90, 1, 67, S. 90, 1, 153.

2) Aubry et Rau, § 229, Demante, t. II, n° 442 bis, III. — Cour de cass., 12 mars 1862, D. 62, 1, 128, S. 62, 1, 413; — 5 juillet 1876, D. 77, 1, 279, S. 77, 1, 345; — Pau, 3 juillet 1876, S. 77, 2, 120; Toulouse, 1^{er} février 1877, D. 78, 2, 166, S. 77, 2, 261.

qu'une existence purement nominale si l'usufruitier commet des abus de jouissance et s'il est insolvable. La réserve se trouvera alors anéantie en tout ou en partie. Or, en déclarant indisponible une certaine quotité de biens, le législateur a voulu assurer aux réservataires un droit qui fût à l'abri de toute atteinte, directe ou indirecte (1).

1058. L'usufruitier, valablement dispensé de l'obligation de donner caution, peut exceptionnellement être astreint, pendant la durée de l'usufruit, à fournir cette garantie dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il commet des abus de jouissance. Pouvant alors être déclaré déchu de son droit par la justice (art. 618), il peut, à plus forte raison, tout en conservant son droit, être condamné à donner caution.

2° En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de tout ou partie du bien grevé d'usufruit. La loi du 3 mai 1841 (art. 49), en même temps qu'elle reconnaît à l'usufruitier le droit de toucher l'indemnité d'expropriation, pour en jouir jusqu'à la fin de l'usufruit, le soumet en effet dans les termes les plus généraux à l'obligation de donner caution. Elle n'affranchit de cette obligation que les père et mère ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants.

A ces deux exceptions une opinion très accréditée en ajoute une troisième. Elle estime, sauf certaines divergences entre ses adhérents, que l'usufruitier peut être contraint judiciairement de fournir caution lorsqu'il vient à se produire soit dans sa condition personnelle, soit dans l'état des biens sujets à l'usufruit des changements de nature à mettre en péril les droits du nu propriétaire (2). Mais cette opinion ne nous paraît pas exacte. Les tribunaux peuvent bien reconnaître, par interprétation du titre constitutif, qu'en accordant la dispense du cautionnement, le constituant a eu en vue l'état de choses existant lors de l'établissement de l'usufruit, et qu'il n'a pas eu la pensée de la maintenir au cas où la situation viendrait à se modifier. Mais, lorsque rien n'indique de sa part une semblable intention, la dispense est définitive et doit subsister malgré les changements ultérieurement survenus. Les conventions sont en effet irrévocables en principe. Elles ne peuvent être révoquées ou modifiées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ou pour les causes que la loi autorise (art. 1134). Les dispositions testamentaires ne peuvent également être révoquées, après le décès du testateur, que dans les cas déterminés par la loi. Un texte de loi serait donc nécessaire pour autoriser les tribunaux à rétracter,

1) Demolombe, t. X, n° 493; Duranton, t. IV, n° 611; Marcadé, sur l'art. 601; Laurent, t. VI, n° 515; Huc, t. IV, n° 215; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 654.

2) Demolombe, t. X, nos 498 et suiv.; Aubry et Rau, § 229; Proudhon, t. II, nos 863 et suiv. — Cour de cass., 7 déc. 1891, D. 92, 1, 68, S. 92, 1, 353.

pendant la durée de l'usufruit, la dispense de cautionnement (1).

1059. Lorsque l'usufruitier est tenu de fournir caution, le nu propriétaire peut s'opposer à ce qu'il prenne possession des biens soumis à l'usufruit tant qu'il n'a pas satisfait à son obligation. Mais ce n'est pas chose facile que de trouver une caution. Ceux-là seuls peuvent aisément fournir cette garantie qui sont parfaitement solvables, c'est-à-dire ceux auxquels personne ne songera à la demander. Il peut donc arriver que l'usufruitier ne parvienne pas à trouver une caution et qu'il soit également hors d'état de fournir, au lieu et place du cautionnement, une sûreté équivalente (art. 2041). Il ne serait pas juste de le priver pour ce motif de son droit d'usufruit dont il a d'autant plus besoin que sa fortune est plus modeste. Le cautionnement ayant pour unique objet de garantir le propriétaire contre les abus de jouissance de l'usufruitier, il suffit, pour concilier les intérêts en présence, d'enlever à l'usufruitier, qui ne peut fournir les garanties exigées, le libre exercice de son droit en lui en réservant l'émolument. Les art. 602 et 603 ont prescrit certaines mesures propres à atteindre ce résultat.

Aux termes de l'art. 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.* » La loi, dans cet article, distingue suivant que l'usufruit a pour objet un immeuble, une somme d'argent ou des denrées.

S'il porte sur un immeuble, cet immeuble doit être donné à bail ou mis en séquestre, c'est-à-dire remis à un gardien salarié qui l'administrera et rendra compte à l'usufruitier des fruits qu'il aura perçus (art. 1956). Le salaire dû au séquestre viendra en déduction des fruits remis à l'usufruitier. Lorsque l'immeuble est loué, le bail doit être passé d'un commun accord par le nu propriétaire et l'usufruitier puisqu'ils y sont intéressés l'un et l'autre.

Si l'usufruit a pour objet une somme d'argent, cette somme sera placée par le propriétaire et l'usufruitier agissant de concert, et les intérêts appartiendront à l'usufruitier.

Enfin si l'usufruit porte sur des denrées, il sera procédé à la vente de ces denrées, et le prix provenant de la vente sera placé.

Dans le cas où le propriétaire et l'usufruitier ne parviendraient pas à s'entendre sur les conditions du bail, sur le choix du gardien, sur le mode de placement des sommes d'argent ou sur les formes de la vente des denrées, il appartiendrait aux tribunaux de statuer à cet égard (2).

1) Laurent, t. VI, nos 516 et suiv.; Huc, t. IV, n° 216.

2) Cour de cass., 8 nov. 1881, D. 83, 1, 174; — Orléans, 12 avril 1894, D. 94, 2, 397.

Quant aux créances comprises dans l'usufruit, il est clair qu'il n'y a pas lieu de les vendre, puisqu'elles constituent des placements tout faits. Mais le nu propriétaire agira prudemment, s'il s'agit de créances dont l'usufruitier a qualité pour recevoir le remboursement, en faisant défense aux débiteurs d'effectuer aucun paiement hors de sa présence.

L'art. 603 s'occupe des meubles qui se détériorent peu à peu par l'usage : « *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.* » A la différence de l'art. 602, dont les termes sont absolus et impératifs, l'art. 603 n'impose pas au propriétaire l'obligation de subir la vente de ces objets. Le propriétaire *peut* exiger, dit-il, que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus. C'est donc une faculté que la loi lui accorde. Cette différence entre les deux hypothèses est facile à justifier. Quand il s'agit d'objets qui se consomment par l'usage, le propriétaire n'a aucun intérêt à s'opposer à la vente, puisque ces objets deviendraient la propriété de l'usufruitier s'il pouvait donner caution (art. 587), tandis qu'il peut tenir à conserver en nature des meubles non consommables et sujets à dépérissement. Il était donc juste de n'accorder qu'à lui le droit de les faire vendre et de l'autoriser à les conserver tant que l'usufruitier ne remplit pas son obligation de fournir caution. Le propriétaire ne conserve d'ailleurs ces objets qu'à titre de dépositaire, et par conséquent il ne lui est pas permis de s'en servir tant que l'usufruit n'est pas éteint.

A la règle formulée dans sa première partie, l'art. 603 apporte une restriction fondée sur des considérations de convenance et d'humanité. L'usufruitier peut demander que les meubles nécessaires à son usage personnel lui soient remis sans autre garantie que sa *caution juratoire*, c'est-à-dire sur la promesse par lui faite avec serment d'en jouir en bon père de famille et de les représenter, à l'extinction de l'usufruit, non détériorés par son dol ou par sa faute. La loi s'en remet aux magistrats du soin d'apprécier, eu égard aux circonstances, telles que la qualité respective des parties, la nature des meubles, la fortune du propriétaire et celle de l'usufruitier, la probité et les habitudes de ce dernier, s'il convient d'accueillir cette demande.

Enfin l'art. 604, conçu dans le même esprit que les précédents, dispose que « *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.* » Ces derniers mots nécessitent une observation. Ils ne doivent

pas être pris à la lettre. La loi a voulu dire que l'usufruitier qui est en retard de fournir caution sera néanmoins traité, quant à l'acquisition des fruits, comme celui qui n'est pas en retard ou qui a été dispensé de donner caution. Or ce n'est pas toujours à partir de l'ouverture de l'usufruit que l'usufruitier a droit aux fruits. Quand l'usufruit est constitué par testament, il s'ouvre au moment du décès du testateur, mais l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance (art. 1014). L'art. 604 aurait donc été plus exact s'il avait dit que le retard de donner caution ne modifie pas pour l'usufruitier le point de départ de sa jouissance.

§ 2. — *Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.*

1060. Ces obligations se rattachent, pour la plupart, à l'obligation générale imposée à l'usufruitier de jouir en bon père de famille. Ce sont des conséquences et des applications de cette obligation principale.

L'usufruitier est tenu :

- 1° D'entretenir la chose en bon état;
- 2° De supporter seul les charges imposées sur le revenu des biens soumis à l'usufruit et de contribuer avec le nu propriétaire à l'acquittement des charges établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit;
- 3° De supporter en tout ou en partie les frais des procès qui s'élèvent au cours de l'usufruit;
- 4° De participer au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui sont des charges de sa succession;
- 5° De dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.

1° De l'obligation de tenir la chose en bon état.

1061. Cette première obligation fait l'objet des art. 605, 606 et 607.

L'art. 605 pose le principe en ces termes : « *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.* »

La loi divise en deux classes les réparations dont la chose grevée d'usufruit peut avoir besoin : les *réparations d'entretien* et les *grosses réparations*. Elle met les premières à la charge de l'usufruitier et laisse les secondes à la charge du propriétaire.

Les réparations d'entretien présentent ce double caractère qu'elles sont régulières et périodiques et qu'elles peuvent en général être acquittées avec les revenus courants, aux dépens desquels il est d'usage et d'une bonne administration de les faire. A ce titre, elles incombent naturellement à

l'usufruitier qui recueille tous les revenus actifs et qui est tenu de jouir en bon père de famille. L'usufruitier n'est d'ailleurs tenu que des réparations qui deviennent nécessaires au cours de sa jouissance et non de celles qui étaient à faire au moment où l'usufruit s'est ouvert.

Les grosses réparations ont au contraire quelque chose d'extraordinaire et d'accidentel et il n'est pas possible en général, à raison de leur importance, de les exécuter avec les revenus. Elles concernent donc la propriété plus que la jouissance et doivent dès lors demeurer étrangères à l'usufruitier. Par exception cependant, celui-ci est tenu de les supporter dans les cas suivants dont le premier seul est indiqué dans l'art. 605 :

1° Lorsqu'elles ont été rendues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit.

2° Lorsqu'elles ont été occasionnées par une faute quelconque de l'usufruitier. Ainsi l'usufruitier devrait remplacer à ses frais les poutres dont il aurait causé la rupture en leur faisant porter un poids excessif (art. 1382).

3° Enfin, rien ne s'oppose à ce que les grosses réparations soient mises à la charge de l'usufruitier par le titre constitutif de l'usufruit.

1062. L'usufruitier n'étant tenu en principe que des réparations d'entretien et non des grosses réparations, il importe de déterminer exactement quelles sont celles qui appartiennent à l'une ou à l'autre de ces catégories. La loi s'est efforcée de trancher cette question dans l'art. 606, pour le cas du moins où l'usufruit est établi sur des bâtiments. « *Les grosses réparations, dit cet article, 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'entretien.* »

Par l'expression *gros murs*, on doit entendre non seulement les quatre murs du périmètre qui forment l'enceinte du bâtiment, mais encore les murs de refend, qui s'élèvent à partir du sol jusqu'au sommet de l'édifice et qui supportent les poutres, la charpente et les cheminées. Mais les murs de cloison, en briques, en bois ou toute autre matière, pour la distribution de l'intérieur et la séparation des appartements, ne sont pas de gros murs.

Les réparations des gros murs et celles des voûtes constituent de grosses réparations alors même qu'il ne s'agit pas de reconstruire les murs et les voûtes *en entier*, car la loi n'ajoute pas ces mots comme elle le fait en ce qui concerne les couvertures, les digues et les murs de soutènement. Mais ce n'est pas à dire que toute réparation à un gros mur ou à une voûte soit une grosse réparation. Emprunté à l'art. 262 de la coutume de Paris, l'art. 606 doit être interprété par la tradition. Or Pothier déclare positivement que les grosses réparations sont *plutôt reconstructions que réparations*. Il faut donc qu'il y ait *reconstruction* totale ou partielle. S'il n'y a

aucune reconstruction, c'est le cas d'une simple réparation d'entretien à la charge de l'usufruitier (1). Ainsi le recrépissage ou le jointolement d'un mur n'est qu'une réparation d'entretien.

Le rétablissement d'une ou plusieurs poutres est aussi une grosse réparation. On doit assimiler aux poutres la charpente des combles d'un édifice. C'était la décision de l'ancien droit et elle est parfaitement logique, les pièces de la charpente remplissant le même office que les poutres puisqu'elles portent la couverture comme les poutres proprement dites supportent les planchers.

L'art. 606 rangé en troisième lieu parmi les grosses réparations le *rétablissement des couvertures entières*. Que faut-il entendre ici par le mot *entières*? Suffit-il, pour que la réparation soit grosse, qu'une portion de la couverture soit à refaire *en entier*? Ou bien est-il nécessaire que la couverture elle-même soit à refaire en totalité? Cette dernière solution semble la plus vraisemblable d'après la construction grammaticale de l'art. 606. Elle n'est point du reste aussi rigoureuse pour l'usufruitier qu'elle paraît l'être au premier abord, car la plupart du temps toute destruction d'une portion notable de la couverture proviendra d'un vice ou de la vétusté de la charpente, et son rétablissement constituera par là même une grosse réparation.

La loi range enfin parmi les grosses réparations le rétablissement des *digues* et des *murs de soutènement* ou de *clôture* quand il faut les reconstruire *en entier*. S'il s'agit seulement de fermer quelques brèches, la réparation est à la charge de l'usufruitier.

L'énumération des grosses réparations faite par l'art. 606 est essentiellement limitative, ainsi que le prouve le texte même de cet article. Après avoir terminé son énumération, il ajoute en effet : *Toutes les autres réparations sont d'entretien*. Il suffit donc qu'une réparation ne figure pas dans la nomenclature qu'il a dressée pour qu'elle doive être considérée comme une simple réparation d'entretien. Étendre, même par analogie, la liste des grosses réparations, ce serait violer la loi.

Notre article s'occupe exclusivement des réparations à faire aux bâtiments ou constructions. Il ne suit point de là que l'usufruitier ne soit pas tenu des réparations d'entretien à l'égard des autres biens qui peuvent aussi être grevés d'usufruit, comme les usines, les navires, les meubles de toutes sortes. L'obligation d'entretenir la chose dérivant de l'obligation d'en conserver la substance et d'en jouir en bon père de famille, existe par là même dans tous les cas. Mais, dans le silence de la loi, c'est seulement d'après son esprit et en appliquant par analogie les dispositions de l'art. 606 que l'on peut alors distinguer, eu égard à la nature de chacun des objets soumis à l'usufruit, les réparations d'entretien des grosses réparations.

1) Cour de cass., 25 juin 1877, D. 78, 1, 362, S. 77, 1, 340.

1063. L'obligation imposée à l'usufruitier de faire les réparations d'entretien ne dérivant que de sa qualité même d'usufruitier, il s'ensuit qu'il peut s'affranchir de cette obligation pour l'avenir, et avant que le besoin des réparations se soit fait sentir, en renonçant à sa qualité. Mais peut-il également, par cette renonciation, s'affranchir des réparations qui sont devenues nécessaires pendant sa jouissance? Tout le monde reconnaît qu'il ne le peut pas lorsque les réparations à faire ont été occasionnées par sa faute ou par sa négligence, attendu qu'il est alors tenu d'une obligation personnelle née *quasi ex delicto*, à laquelle l'abandon de son droit ne saurait le soustraire. Mais lorsqu'il s'agit de réparations qui n'ont pour cause que le fait même de la jouissance ou des cas fortuits, plusieurs auteurs estiment que l'usufruitier peut échapper à l'obligation de les faire en restituant au propriétaire, en même temps que la chose elle-même, tous les fruits qu'il en a retirés depuis l'ouverture de l'usufruit (1). Quelques-uns même l'obligent seulement à restituer ceux qu'il a perçus depuis que les réparations dont il veut s'affranchir sont devenues nécessaires (2).

Nous pensons au contraire que l'usufruitier ne peut en aucun cas se soustraire par l'abandon de son droit à l'obligation de faire les réparations dont le besoin s'est fait sentir antérieurement à l'abandon. Cette obligation est en effet une conséquence et une charge de la jouissance que l'usufruitier est sans doute libre de ne pas accepter, mais qu'il n'est plus en son pouvoir d'effacer une fois qu'elle a eu lieu. Par le fait même de son entrée en jouissance, il a assumé les charges corrélatives à cette jouissance. La restitution des fruits n'anéantit point dans le passé la qualité d'usufruitier et l'exercice du droit d'usufruit; elle n'empêche point l'usufruitier d'avoir retiré de la chose les avantages, les agréments qu'elle est susceptible de procurer indépendamment des fruits. Elle ne saurait donc remettre les choses au même état que si l'usufruit n'avait pas existé (3).

1064. Tenu d'effectuer les réparations d'entretien qui sont contemporaines de sa jouissance, l'usufruitier peut être contraint par le nu propriétaire d'exécuter son obligation à cet égard. Mais peut-il, de son côté, contraindre le nu propriétaire à faire les grosses réparations? L'affirmative est admise par quelques auteurs qui se fondent principalement sur le texte de l'art. 605. Après avoir déclaré que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, cet article ajoute que les grosses réparations demeurent

1) Aubry et Rau, § 231, texte et note 22; Laurent, t. VI, n° 547; Proudhon, t. II, n° 2191; Pothier, du Douaire, n° 237.

2) Demante, t. II, n° 449 bis, III; Duranton, t. IV, n° 623.

3) Demolombe, t. X, n° 578; Marcadé, sur l'art. 605; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 200; Huc, t. IV, n° 222; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 680.

à la charge du propriétaire. Le sens naturel de cette expression est que le propriétaire est légalement tenu de faire ces réparations. C'est avec cette signification qu'elle est employée dans les art. 655, 664, 682, et rien ne permet de penser qu'elle ait dans l'art. 605 une acception différente. L'art. 607 démontre au contraire qu'elle y est prise dans son sens ordinaire. Il porte que « *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.* » Cette disposition serait absolument inutile si le nu propriétaire n'était pas tenu des grosses réparations. En le dispensant d'exécuter certaines d'entre elles, elle implique manifestement qu'il peut être contraint de faire les autres (1).

L'opinion contraire prévaut à bon droit en doctrine et en jurisprudence. L'usufruit est un droit réel qui crée entre celui auquel il appartient et la chose sur laquelle il porte un rapport direct et immédiat, en laissant le propriétaire en dehors de toute obligation positive. Le propriétaire, nous le savons, n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir et, comme toute autre personne, de s'abstenir des actes qui seraient de nature à entraver l'exercice du droit d'usufruit. Son rôle est tout passif. Les termes de l'art. 605 n'indiquent nullement que le législateur ait entendu déroger, en ce qui concerne les grosses réparations, à ce principe fondamental. En disant que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, cet article, dont l'unique objet est de déterminer les obligations de l'usufruit, a simplement voulu exprimer cette idée que l'usufruit n'est point tenu de faire les réparations de cette espèce. Ces réparations sont à la charge du propriétaire en ce sens que s'il veut, comme il y a intérêt pour la conservation de sa chose, qu'elles soient exécutées, il doit les exécuter lui-même. Sa situation à cet égard est, pendant la durée de l'usufruit, exactement la même que si l'usufruit n'existait pas. — Seule conforme aux principes de la matière, cette interprétation est confirmée par l'art. 600, aux termes duquel l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent au moment de l'ouverture de l'usufruit. S'il ne peut pas contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations qui seraient nécessaires à ce moment, il ne saurait davantage le forcer à faire celles qui deviendraient nécessaires pendant la durée de son usufruit. On ne s'expliquerait pas que le propriétaire fût tenu des secondes, alors qu'il n'est pas tenu des premières. — Quant à l'art. 607, il n'a pas et ne peut pas avoir la signification qu'on lui attribue. On ne doit y voir qu'une répétition oiseuse de la règle formulée dans l'art. 605. Ces textes ont été empruntés l'un et l'autre à la loi 7, au Digeste, *de usufructu*. Après avoir déclaré dans cette loi que l'usufruitier doit *reficere ædes*, en spécifiant que les réparations qui lui incombent ne sont pas indistinctement toutes celles dont

1) Laurent, t. VI, n° 548.

le besoin vient à se faire sentir, mais seulement les réparations d'entretien, *modicæ refectiones*, Ulpien ajoutait que si de grosses réparations deviennent nécessaires, l'usufruitier et le nu propriétaire ne sont ni l'un ni l'autre tenus de les effectuer : *Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere*. C'est cette dernière proposition que les rédacteurs du code ont reproduite presque mot à mot dans l'art. 607, sans remarquer qu'elle constituait, dans le code, un véritable hors d'œuvre, l'art. 605 contenant déjà un résumé général et complet de la loi 7 (1).

1065. Le propriétaire et l'usufruitier n'étant tenus ni l'un ni l'autre de faire les grosses réparations, le mieux pour eux, s'il est de leur intérêt commun qu'elles soient exécutées, est de s'entendre et de les effectuer de concert aux conditions qu'ils jugeront à propos d'adopter. Quand, à défaut d'un semblable accord, les grosses réparations sont faites soit par l'un, soit par l'autre des intéressés, quelles sont les conséquences qui en résultent? Supposons tout d'abord que c'est l'usufruitier qui a fait faire les grosses réparations, bien qu'il n'en fût point tenu. Pourra-t-il réclamer de ce chef une indemnité au nu propriétaire? Oui, mais seulement si les réparations par lui faites ont profité à celui-ci. Il aura alors pour se faire indemniser une action *de in rem verso*, action fondée sur cette considération d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Par cette action, il obtiendra le montant de la plus-value créée par ses travaux, à moins cependant que la plus-value ne soit supérieure à la dépense, auquel cas il devra se contenter du remboursement de sa dépense. Il ne pourra d'ailleurs exercer cette action qu'à l'extinction de l'usufruit; autrement il dépendrait de lui de contraindre indirectement le nu propriétaire à faire les grosses réparations. Il n'aura droit à rien si, à cette époque, l'utilité des réparations faites avait complètement disparu par cas fortuit ou autrement. — Si c'est le nu propriétaire qui fait faire les grosses réparations, il n'est pas fondé à exiger de l'usufruitier, pendant la durée de sa jouissance, les intérêts de la somme qu'il a dépensée à cet effet. Quelques auteurs donnent une solution contraire en appliquant aux grosses réparations la décision des art. 609 et 612. Mais c'est aller contre le texte formel de l'art. 605 qui, très différent de celui des art. 609 et 612, met sans restriction ni réserve les grosses réparations à la charge du propriétaire.

1) Demolombe, t. X, nos 584 et suiv.; Aubry et Rau, § 233, texte et note 2; Proudhon, t. IV, nos 1675 et suiv.; Demante, t. II, n° 449 bis, IV; Marcadé, sur les art. 605 à 607; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 204; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 681; Huc, t. IV, n° 225. — Toulouse, 23 mai 1881, D. 82, 2, 178, S. 81, 2, 141; — Cour de cass., 1^{er} avril 1889, D. 91, 1, 413; — 10 déc. 1900, D. 1901, 1, 209.

2° De l'obligation pour l'usufruitier de supporter seul les charges imposées sur le revenu du bien soumis à l'usufruit et de contribuer à l'acquittement des charges établies sur la propriété au cours de l'usufruit.

1066. Aux termes de l'art. 608, « *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.* »

Percevant seul tous les fruits de la chose, l'usufruitier est par là même tenu d'acquitter seul, et sans répétition contre le nu propriétaire, les charges qui sont à considérer comme pesant sur les fruits. Telles sont les contributions ordinaires dues à l'État à raison du fonds grevé d'usufruit (contribution foncière, contribution des portes et fenêtres). L'usufruitier en est personnellement débiteur. Aussi est-ce son nom qui doit figurer sur les rôles et non celui du propriétaire. Sa situation diffère à cet égard de celle du fermier ou du locataire lequel n'est point lui-même débiteur des impôts envers le Trésor, bien qu'il soit souvent tenu de les acquitter en vertu d'une clause de son bail.

Au nombre des charges incombant à l'usufruitier par application de l'art. 608, il faut mentionner également : l'obligation de curer les fossés et cours d'eau qui ne dépendent point du domaine public (loi du 8 avril 1898, art. 18 à 24 et 53), les dépenses relatives au passage des troupes, à l'entretien et à la réparation des chemins, etc.

Les charges qui pèsent sur les revenus sont pour la plupart des charges *annuelles*. De là vient que la loi, qui statue *de eo quod plerumque fit*, les a désignées sous ce nom. Mais on voit, par les exemples ci-dessus qu'elles n'ont pas toutes ce caractère.

Ces charges constituent des fruits civils passifs dont l'usufruitier devient débiteur jour par jour, de même qu'il acquiert jour par jour les fruits civils actifs. C'est ce qu'expriment les mots : *pendant la durée de sa jouissance*, c'est-à-dire *proportionnellement à cette durée*. L'usufruitier est tenu de les supporter sans qu'il y ait à distinguer si, en fait, il a ou non perçu les fruits naturels ou industriels pendant la durée de l'usufruit et si ces fruits sont ou non suffisants pour y satisfaire.

1067. A côté des charges qui frappent exclusivement sur le revenu et qui doivent à ce titre être supportées par l'usufruitier, il peut, pendant la durée de l'usufruit en survenir d'autres qui, à raison de leur nature, doivent atteindre à la fois l'usufruitier et le nu propriétaire. Ce sont, dit M. Demolombe, les charges exceptionnelles et extraordinaires, qui, par les circonstances dans lesquelles elles sont imposées, par l'objet qu'elles se proposent et par leur importance, du moins relative, intéressent la propriété tout entière, son existence ou son avenir, sa conservation ou son amélioration perpétuelle, et qui constituent dès lors un sacrifice demandé non pas seulement aux fruits, mais au fonds et au capital. Comme exemples

de ces charges on peut citer : un emprunt forcé, une contribution de guerre imposée par une armée ennemie en cas d'invasion, les frais d'établissement de trottoirs pour la portion mise à la charge des propriétaires d'immeubles bordant la voie publique par la loi du 7 juin 1845, les indemnités dues, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, pour dessèchement de marais, ouverture de canaux et de routes ou construction de digues, les frais de la clôture forcée ou du bornage requis par le voisin (art. 646 et 663), les frais de travaux d'élargissement, de régularisation et de redressement des cours d'eau non navigables et non flottables (loi du 8 avril 1898, art. 25), etc.

L'art. 609 détermine en ces termes le mode de contribution du nu propriétaire et de l'usufruitier aux charges de cette nature : « *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 à la fin de l'usufruit.* » Le propriétaire et l'usufruitier doivent donc contribuer aux charges qui nous occupent, le premier pour le capital, le second pour les intérêts. Si c'est le propriétaire qui les acquitte, l'usufruitier est tenu, pendant toute la durée de sa jouissance, de lui servir les intérêts du capital déboursé. Si les fonds sont avancés par l'usufruitier, le propriétaire devra, à la fin de l'usufruit, lui restituer sans intérêts la somme déboursée. Le nu propriétaire est d'ailleurs seul *obligé* d'acquitter les charges dont il s'agit; l'avance dont parle l'art. 609 est simplement facultative pour l'usufruitier. Les biens du propriétaire, y compris la nue propriété du fonds grevé d'usufruit, peuvent donc seuls être saisis et vendus pour le paiement des charges.

L'art. 612, statuant dans une hypothèse analogue à celle que prévoit l'art. 609, autorise le propriétaire, lorsque l'usufruitier refuse de faire l'avance du capital, à faire vendre, jusqu'à concurrence du montant des charges, la pleine propriété du bien soumis à l'usufruit. Les termes de l'art. 609 ne permettent pas de lui reconnaître ici la même faculté. Cette différence tient sans doute à ce que les charges dont il est question dans cet article sont d'ordinaire moins considérables que celles qui font l'objet de l'art. 612. La vente d'une partie du fonds soumis à l'usufruit s'imposerait toutefois dans le cas où le propriétaire, étant hors d'état de satisfaire aux charges qui lui sont imposées; l'usufruitier de son côté ne pourrait pas ou ne voudrait pas faire l'avance de la somme nécessaire pour y faire face.

Les charges dont s'occupe l'art. 609 sont seulement celles qui sont imposées à la propriété *pendant la durée de l'usufruit*. L'usufruitier ne serait donc pas obligé de contribuer à celles qui auraient été établies avant l'ouverture de son droit.

3° De l'obligation de supporter en tout ou en partie les frais et dépens des procès qui s'élèvent au cours de l'usufruit.

1068. « *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. 613).

Le point de savoir par qui doivent être supportés les frais des procès survenant pendant la durée de l'usufruit relativement aux biens qui en sont l'objet nécessite plusieurs distinctions.

Lorsque l'usufruit a été établi à titre onéreux, le constituant étant en principe garant des troubles et évictions dont l'usufruitier aurait à souffrir (art. 1626 et suiv.), c'est à lui de répondre aux actions concernant le droit de l'usufruitier et d'en supporter les frais. L'art. 613 est étranger à cette hypothèse.

Quand l'usufruit a été établi à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre vifs ou par testament, cas auquel, en général, il n'y a pas lieu à garantie, il faut distinguer suivant que les procès survenus sont relatifs à la jouissance seulement, à la nue propriété seulement, ou à la pleine propriété.

Les procès qui ne concernent que la jouissance intéressant l'usufruitier seul, les frais et condamnations qui en résultent sont exclusivement à sa charge.

Ceux qui ne concernent que la nue propriété n'intéressant au contraire que le nu propriétaire, c'est à celui-ci d'en supporter seul les frais, sans que l'usufruitier soit tenu d'y contribuer.

Enfin les procès relatifs à la pleine propriété, par exemple une action en revendication de l'immeuble soumis à l'usufruit, ou une action confessoire ou négatoire de servitude, intéressant à la fois le nu propriétaire et l'usufruitier, ceux-ci doivent contribuer aux frais dans la mesure de leur intérêt respectif. Deux hypothèses sont alors possibles : ou bien le nu propriétaire et l'usufruitier ont soutenu le procès conjointement, ou bien l'un d'eux y a figuré seul. Dans le premier cas, il y a lieu d'appliquer par analogie aux frais du procès la décision donnée par l'art. 609 relativement aux charges imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit. Toutefois, une opinion très répandue repousse l'application de l'art. 609 lorsque le procès a abouti à l'extinction de l'usufruit. Tout rapport de nu propriétaire à usufruitier ayant alors pris fin, elle estime que les frais doivent être partagés par moitié entre les deux plaideurs qui ont fait cause commune et succombé en même temps (1). — Lorsqu'un seul des intéressés, le nu propriétaire ou l'usufruitier, a figuré dans l'instance, il supporte sans recours

1) Demolombe, t. X, n° 623; Aubry et Rau, § 231; Laurent, t. VII, n° 15; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 716.

les frais mis à sa charge en cas de perte du procès, le jugement rendu contre lui n'étant pas opposable à celui qui n'a pas été mis en cause. Mais, en cas de succès, et en supposant d'ailleurs que le gain du procès profite à celui qui ne l'a pas soutenu, on applique la règle de contribution de l'art. 609.

4^o De l'obligation de contribuer au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui sont des charges de sa succession.

1069. Les art. 610, 611, et 612, relatifs à cette question, ne prévoient textuellement que l'hypothèse où l'usufruit est constitué par testament.

Au titre *des Donations entre vifs et des testaments*, le code distingue trois sortes de legs ou dispositions testamentaires : le legs universel, le legs à titre universel et le legs particulier.

Le legs universel est la disposition par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (art. 1003).

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur donne 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 (art. 1010).

Pour déterminer les cas dans lesquels les divers légataires sont tenus des dettes et la mesure dans laquelle ils en sont tenus, la loi applique la maxime que les dettes sont une charge de l'universalité du patrimoine et non de tels ou tels biens particuliers. Elle dispose en conséquence que les légataires universels ou à titre universel sont tenus des dettes héréditaires pour le tout, s'ils recueillent toute la succession, et, s'ils n'en recueillent qu'une partie, en proportion de la part qu'ils reçoivent (art. 871, 873, 1009 et 1012).

Les légataires particuliers ne sont point tenus des dettes. Ils peuvent à la vérité, dans le cas où leur legs a pour objet un immeuble hypothéqué, être contraints de désintéresser le créancier hypothécaire afin de conserver l'immeuble (art. 1024); mais ils ont alors un recours à exercer soit contre les héritiers, soit contre les légataires universels ou à titre universel dont ils ont acquitté la dette.

Quelle que soit son étendue, un legs d'usufruit ne constitue jamais qu'un legs particulier. Laissant en effet la nue propriété en dehors de la disposition testamentaire, il ne rentre point dans les définitions que donnent les art. 1003 et 1010 des legs universels ou à titre universel. L'art. 610 s'exprime donc d'une façon inexacte quand il parle d'un *légataire universel* ou *à titre universel de l'usufruit*. Un testateur peut sans doute léguer à une personne l'usufruit de tous ses biens ou d'une quote-part de ses biens. Il y a alors constitution d'un *usufruit universel* ou *à titre universel*; mais cette disposition est, dans la terminologie de la loi, un legs particulier.

Les légataires d'usufruit ne devraient point dès lors, semble-t-il, être tenus des dettes du testateur. Ils ne sont effectivement jamais tenus du *capital* de ces dettes. Mais, en ce qui concerne les *intérêts*, il y a lieu de distinguer suivant que l'usufruit s'applique à l'universalité ou à une quote-part du patrimoine du constituant, ou qu'il a seulement pour objet un ou plusieurs biens déterminés.

L'usufruitier universel ou à titre universel prenant la totalité ou une quote-part des fruits, des revenus actifs du patrimoine du constituant, pendant toute la durée de sa jouissance, supporte également la totalité ou une part proportionnelle des intérêts ou arrérages des dettes qui grèvent ce patrimoine. Dans cette mesure, il est obligé directement envers les créanciers et ceux-ci ont contre lui une action personnelle pour obtenir le paiement de ce qui leur est dû.

Rien de plus juste et de plus logique. Si l'usufruitier universel ou à titre universel demeurerait étranger aux dettes, il jouirait en réalité de plus que ne comprend le patrimoine ou la portion de patrimoine dont l'usufruit lui a été légué. Un testateur a légué à une personne l'usufruit de tous ses biens. A son décès, son patrimoine comprend une valeur de 100.000 francs et 20.000 francs de passif. Ce testateur n'a laissé finalement qu'une valeur de 80.000 francs et par suite l'usufruitier ne peut pas jouir d'une valeur supérieure. *Non sunt bona nisi deducto ære alieno.*

Les art. 610 et 612 contiennent une double application du principe qui vient d'être posé.

L'art. 610 est relatif au service des rentes viagères et des pensions alimentaires. Il est ainsi conçu : « *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.* » Ex. Paul, qui n'a pas d'héritiers à réserve, a laissé en mourant la propriété de tous ses biens à Pierre et l'usufruit de ces mêmes biens à Jacques. Il a en outre légué à Jean une rente viagère de 1000 francs. Jacques sera seul chargé d'acquitter les arrérages de cette rente, les arrérages étant assimilés par la loi à des intérêts (art. 588). Si, au lieu d'avoir l'usufruit de tous les biens, Jacques n'avait l'usufruit que de la moitié du patrimoine du disposant, il devrait payer la moitié des arrérages de la rente.

Bien qu'il ne parle que des rentes viagères ou pensions alimentaires léguées par le testateur, l'art. 610 s'applique également à toute autre rente ou pension semblable dont le testateur aurait été lui-même chargé et qui se trouverait passivement dans sa succession.

1070. Après avoir envisagé dans l'art. 610 les dettes qui sont purement et simplement une charge des fruits, le législateur s'occupe, dans l'art. 612, de celles qui sont, pour le capital, une charge de la propriété et, pour les

intérêts, une charge des fruits, et il indique les moyens à employer pour régler entre le propriétaire et l'usufruitier la contribution à ces dettes. » *L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, dit cet article, 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 à 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. »*

Cette disposition est rédigée d'une façon très défectueuse. Pour déterminer la proportion dans laquelle l'usufruitier devra payer non point les dettes, mais bien les intérêts des dettes, il faut, nous dit la loi, estimer le fonds sujet à usufruit. Il convient de remarquer tout d'abord que le mot fonds n'est pas employé ici dans son sens ordinaire, comme synonyme d'immeuble. Il désigne l'ensemble, la masse des biens soumis à l'usufruit, quelle que soit la nature de ces biens. Quant à l'estimation que l'art. 612 présente comme une opération toujours nécessaire, il n'y a point lieu d'y procéder quand le testateur a légué l'usufruit de tous ses biens ou d'une quote-part de son patrimoine, comme le tiers, le quart, le sixième. Dans le premier cas, on sait en effet immédiatement, et sans qu'il soit besoin d'aucune estimation, que l'usufruitier ayant tous les revenus actifs doit payer les intérêts de toutes les dettes et, dans le second, qu'il doit payer une part des intérêts correspondante à la part de biens dont il a la jouissance, le tiers, le quart ou le sixième des intérêts, s'il a l'usufruit du tiers, du quart ou du sixième des biens. La part pour laquelle l'usufruitier doit contribuer aux dettes est alors déterminée par la disposition elle-même. L'estimation n'est nécessaire que lorsque l'usufruit à titre universel porte sur tous les immeubles, ou sur tous les meubles, ou sur une quote-part soit des meubles, soit des immeubles. Mais, en pareil cas, il ne suffit pas d'estimer, ainsi que le dit notre article, les biens soumis à l'usufruit; il faut estimer tous les biens qui composent le patrimoine du disposant, afin d'établir une proportion entre la valeur totale de ce patrimoine et celle des biens frappés d'usufruit. La fraction que présentera cette dernière par rapport à la première indiquera la part d'intérêts que l'usufruitier devra payer. Paul a légué à Pierre l'usufruit de tous ses immeubles qui valent 225.000 francs. La valeur totale de son patrimoine est de 300.000 francs. Les biens grevés d'usufruit représentant les trois quarts du patrimoine du disposant, Pierre devra payer les trois quarts des intérêts des dettes. Les rédacteurs du code auraient donc dû dire : Pour fixer la contribution, on fait, s'il y a lieu,

l'estimation des biens sujets à l'usufruit *et celle des autres biens du constituant*, et l'usufruitier paie les intérêts des dettes dans la proportion de la valeur des biens sur lesquels porte son droit.

La contribution de l'usufruitier étant connue, l'art. 612 indique trois moyens de réaliser cette contribution, au cas où les dettes deviennent exigibles pendant la durée de l'usufruit :

1° L'usufruitier peut tout d'abord faire l'avance du capital nécessaire au paiement des dettes. À la fin de l'usufruit, ce capital sera remboursé *sans intérêts* par le nu propriétaire à l'usufruitier lui-même ou à ses héritiers. Soit un legs d'usufruit universel portant sur un patrimoine dont la valeur est de 100.000 francs, mais qui est grevé d'une dette de 20.000 francs. L'usufruitier acquitte cette dette. Il conserve ainsi la jouissance de tous les biens laissés par le testateur. Mais comme, d'un autre côté il perd, pendant la durée de son usufruit, les intérêts des 20.000 francs qu'il a versés au créancier, il ne lui reste en définitive que la jouissance d'une valeur de 80.000 francs, chiffre de l'actif net du disposant.

2° S'il ne convient pas à l'usufruitier de payer lui-même les dettes, le propriétaire peut les acquitter de ses deniers, et se faire tenir compte par l'usufruitier des intérêts de la somme par lui versée. De cette façon, les biens dont l'usufruit a été légué demeurent encore pour le tout entre les mains de l'usufruitier, mais celui-ci n'en conserve le produit que déduction faite des intérêts qu'il est tenu de servir chaque année au nu propriétaire. Son émolument est donc le même que dans l'hypothèse précédente.

3° Enfin, si l'usufruitier et le nu propriétaire ne veulent ni l'un ni l'autre payer les dettes de leurs deniers, il y a lieu de faire vendre jusqu'à due concurrence la pleine propriété d'une partie des biens soumis à l'usufruit. Dans l'exemple ci-dessus, on vendra donc pour 20.000 francs de biens et l'usufruitier conservera la jouissance des 80.000 francs restants.

Le mode de contribution établi par l'art. 612 s'applique non seulement aux dettes du disposant, c'est-à-dire aux obligations qui ont pris naissance dans sa personne, et qu'il a transmises en mourant à ses successeurs, mais encore aux dettes et charges de sa succession, dont lui-même n'a jamais été tenu, comme les legs, les frais de scellés et d'inventaire, les frais funéraires. Mais les droits de mutation que doivent acquitter les héritiers et les légataires de la propriété constituent pour eux une charge personnelle qu'ils sont tenus de supporter seuls, sans que l'usufruitier soit astreint à y contribuer pour les intérêts. L'usufruitier est d'ailleurs soumis, pour son propre compte, au paiement d'un autre droit de mutation à raison de l'acquisition de l'usufruit (loi du 25 février 1901, art. 13).

1071. Les règles tracées par les art. 610 et 612 en vue d'un usufruit constitué par testament doivent être étendues à tout usufruit universel ou

à titre universel. *Eadem est ratio*. Elles reçoivent donc leur application :

1° A l'héritier qui ne conserve que l'usufruit des biens de la succession parce que le défunt en a légué la nue propriété ;

2° A celui auquel un usufruit universel ou à titre universel a été donné par institution contractuelle (art. 1082 et suiv.) ;

3° Au père ou à la mère ayant l'usufruit légal des art. 384 et 754 ;

4° A l'époux survivant recueillant en vertu de l'art. 767, modifié par la loi du 9 mars 1891, l'usufruit d'une quote-part des biens de son conjoint.

1072. A la différence de l'usufruitier universel ou à titre universel, celui dont l'usufruit porte seulement sur un ou plusieurs biens déterminés ne doit l'intérêt d'aucune dette. Il n'en serait autrement qu'autant qu'une disposition du testament mettrait à sa charge, comme condition du legs qui lui est fait, le paiement de tels ou tels intérêts ou arrérages. En l'absence d'une semblable disposition, la règle est absolue et s'applique même aux intérêts des dettes auxquelles le fonds soumis à l'usufruit serait hypothéqué. Il pourra se faire à la vérité que, sur la poursuite du créancier, l'usufruitier doive, pour conserver sa jouissance, acquitter non seulement les intérêts, mais aussi le capital de la dette hypothécaire. En vertu du *droit de suite* dont il est investi, le créancier hypothécaire peut en effet saisir l'immeuble affecté à sa sûreté entre les mains de tout détenteur, et contraindre celui-ci à subir l'expropriation, si mieux il n'aime payer le montant intégral de la dette (art. 2166). Mais l'usufruitier, après avoir effectué ce paiement, qui ne le regarde pas personnellement, aura un recours contre qui de droit. C'est ce que déclare expressément l'art. 611 : « *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'art. 1020, au titre des Donations entre-vifs et des Testaments* ». En disant que l'usufruitier a son recours contre le nu propriétaire, cet article se place dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où le propriétaire est le débiteur de la dette acquittée par l'usufruitier. Ex. Paul est mort laissant pour unique héritier Pierre. Par son testament, il a légué à Jean l'usufruit d'un immeuble sur lequel il avait consenti une hypothèque pour sûreté d'une dette par lui contractée. Pierre, en sa qualité d'héritier, est en même temps nu propriétaire de l'immeuble dont Jean a l'usufruit et débiteur de la dette hypothéquée sur cet immeuble. Après avoir payé la dette, Jean aura contre Pierre un recours pour le capital et les intérêts. — Mais il peut aussi arriver que la nue propriété appartienne à un autre qu'au débiteur. Tel serait le cas où, en même temps qu'il léguait à Jean l'usufruit d'un immeuble hypothéqué, Paul aurait, par un autre legs particulier, disposé au profit de Jacques de la nue propriété du même immeuble. L'usufruitier, s'il acquitte la dette, aura alors, outre son recours contre Pierre,

débiteur personnel, un recours contre Jacques dont il a fait l'affaire en même temps que la sienne propre en le soustrayant au danger d'expropriation qui le menaçait. Mais ce recours, à la différence du premier, ne pourra être exercé qu'à la fin de l'usufruit, pour le capital sans intérêts et seulement bien entendu jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble, le paiement fait n'ayant profité au nu propriétaire que dans cette mesure. — La situation serait la même au cas où l'immeuble dont l'usufruit a été légué aurait été hypothéqué non pour une dette du testateur, mais pour la dette d'un tiers. Après avoir payé cette dette, l'usufruitier pourrait encore recourir immédiatement contre le tiers débiteur ou lors de la cessation de l'usufruit, réclamer au nu propriétaire, jusqu'à concurrence de la valeur du fonds, le remboursement du capital payé par lui (arg. art. 609).

Si, au lieu d'être effectué par l'usufruitier, le paiement de la dette hypothécaire était fait par le nu propriétaire non débiteur personnel, celui-ci pourrait se faire tenir compte par l'usufruitier, pendant la durée de l'usufruit, des intérêts de la somme payée, sauf recours de celui-ci contre le débiteur.

1073. Tout ce qui vient d'être dit de l'usufruitier particulier qui se trouve en présence d'un créancier ayant une hypothèque sur l'immeuble soumis à l'usufruit, recevrait son application à l'usufruitier universel ou à titre universel, sauf les modifications résultant de ce que ce dernier est tenu de supporter la totalité ou une fraction des intérêts. Lors donc qu'il aura acquitté une dette hypothécaire, il aura son recours contre le débiteur ou contre le nu propriétaire, pour le capital déboursé. Quant aux intérêts, il n'en pourra rien réclamer s'il a la jouissance de l'universalité du patrimoine. S'il jouit des trois quarts ou des deux tiers, il pourra réclamer le quart ou le tiers des intérêts.

L'art. 1020, auquel renvoie l'art. 611 *in fine* dispose que le testateur peut imposer à ses héritiers l'obligation de désintéresser le créancier hypothécaire avant de délivrer l'immeuble au légataire particulier. Il est évident qu'en pareil cas il ne peut être question de recours à exercer.

5° De l'obligation de dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.

1074. Il ne suffit pas à l'usufruitier de s'abstenir personnellement de tout acte de nature à causer préjudice au propriétaire. La loi le constitue le gardien de la chose soumise à l'usufruit et le charge, en cette qualité, de porter à la connaissance du propriétaire toutes les entreprises qui pourraient compromettre les droits de celui-ci. « *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 le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-*

même » (art. 614). Cette disposition se justifie d'elle-même. C'est l'usufruitier qui possède; le propriétaire n'étant pas sur les lieux ignore le plus souvent ce qui se passe. Il est donc juste que l'usufruitier soit tenu de l'informer des faits qu'il a intérêt à connaître. Dans quel délai cet avertissement doit-il être donné? La loi ne le dit pas et s'en remet par là même aux tribunaux du soin de décider, d'après les circonstances, s'il y a eu ou non négligence de la part de l'usufruitier.

Il est clair que l'usufruitier ne doit pas, s'il est prudent, se borner à avertir le nu propriétaire verbalement ou par lettre missive. Il faut en effet qu'il soit en mesure de prouver, le cas échéant, qu'il a rempli son obligation. Pour cela, il doit faire sa dénonciation par acte d'huissier, ou du moins obtenir du propriétaire une reconnaissance écrite de l'avertissement qu'il lui aurait donné de vive voix ou par lettre.

§ 3. — Des obligations de l'usufruitier quand l'usufruit prend fin.

1075. Le retour de la jouissance à la nue propriété s'opère de plein droit au moment même de la cessation de l'usufruit. Dès ce moment l'usufruitier ou ses héritiers sont donc soumis à l'obligation de restituer au propriétaire la chose sur laquelle portait l'usufruit. S'ils restent en possession, ils doivent compte des fruits naturels ou civils qu'ils ont indument perçus, et peuvent même être condamnés à des dommages-intérêts.

A la règle de la restitution immédiate, Pothier apportait autrefois une restriction quand il s'agissait d'une maison que l'usufruitier habitait lui-même avec sa famille. Il décidait que le propriétaire devait alors laisser aux héritiers de l'usufruitier le temps nécessaire pour trouver une autre habitation. Malgré le silence de la loi, la même restriction doit être admise aujourd'hui, car elle est une conséquence logique et véritablement nécessaire des relations que l'usufruit avait fait naître. Le temps pendant lequel les héritiers de l'usufruitier pourront ainsi occuper la maison sera, à défaut d'entente amiable, fixé par les magistrats d'après les circonstances. Dans tous les cas, le propriétaire est fondé, l'usufruit ayant pris fin, à exiger une indemnité à raison de cette occupation temporaire.

La chose sur laquelle portait l'usufruit doit être restituée dans l'état où l'usufruitier l'a reçue, c'est-à-dire non détériorée par son fait ou par sa faute (art. 589 et 599 al. 1). L'usufruitier ne répond pas des dégradations survenues par cas fortuit; mais c'est à lui de prouver, en cas de contestation, l'existence du cas fortuit qu'il allègue.

Sauf dans l'hypothèse d'un quasi usufruit, l'usufruitier étant débiteur d'un corps certain, est libéré de l'obligation de restituer lorsqu'il établit que la chose a péri totalement sans sa faute : *Debitor corporis certi interitu corporis liberatur* (art. 1302 et 1315). Lorsque la perte lui est imputable,

il doit payer la valeur estimative de la chose au jour de l'ouverture de l'usufruit, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

1076. Lorsque, pendant la durée de l'usufruit, la chose a reçu des accroissements ou des améliorations par suite d'événements de la nature, ces accroissements ou améliorations profitent évidemment au nu propriétaire après l'extinction de l'usufruit. Mais celui-ci profite-t-il également des améliorations provenant du fait de l'usufruitier? La question est prévue par les deux derniers alinéas de l'art. 599. Après avoir dit que le propriétaire ne peut, par son fait, nuire de quelque manière que ce soit aux droits de l'usufruitier, le législateur ajoute : « *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.* »

En refusant en principe toute indemnité à l'usufruitier à raison des améliorations par lui faites, le législateur a voulu, d'une part, éviter les difficultés et les contestations auxquelles aurait fréquemment donné lieu le règlement de l'indemnité, et, d'autre part, empêcher que l'usufruitier pût entraîner le propriétaire dans des dépenses onéreuses ou contraires à ses projets. « L'équité semble d'abord s'opposer, disait le tribun Gary dans son discours au Corps législatif, à ce que le propriétaire profite, aux dépens de l'usufruitier, de l'amélioration évidente de sa chose; mais quand on considère que l'usufruitier en a lui-même recueilli le fruit, que cette amélioration n'est d'ailleurs, aux yeux de la loi, que le résultat naturel d'une jouissance éclairée et d'une administration sage et vigilante; quand on pense qu'il ne doit pas être au pouvoir de l'usufruitier de grever d'avance le propriétaire de répétitions qui pourraient souvent lui être onéreuses; quand on songe enfin aux contestations infinies qu'étouffe dans leur naissance la disposition qui vous est soumise, on ne peut lui refuser son assentiment. »

Mais si l'usufruitier ou ses héritiers ne peuvent réclamer au propriétaire aucune indemnité à raison des améliorations que la chose a reçues, ils ont du moins le droit d'enlever certains objets placés sur le fonds soumis à l'usufruit, à charge de rétablir les lieux dans leur état primitif. L'art. 599 *in fine* autorise l'enlèvement des *glaces, tableaux et autres ornements*. On s'accorde à penser que ces derniers mots ne doivent pas être entendus dans un sens restrictif et que la faculté d'enlèvement s'applique indifféremment à tous les objets mobiliers qui, ayant été attachés au fonds par l'usufruitier dans l'intérêt de sa jouissance, seraient devenus immeubles par destination s'ils y avaient été placés par le propriétaire lui-même (art. 525). Il n'existe en effet aucun motif pour distinguer à ce point de

vue entre les ornements et les autres objets mobiliers, les uns et les autres ayant conservé, avec leur caractère de meubles, une individualité distincte de la chose soumise à l'usufruit, et n'ayant point cessé dès lors d'appartenir à l'usufruitier. Le nu propriétaire ne pourrait même pas contraindre l'usufruitier ou ses héritiers à lui laisser ces objets moyennant le remboursement de leur valeur. En fait l'usufruitier aura sans doute intérêt le plus souvent à accepter ce remboursement, quand il lui sera offert, plutôt que d'enlever les objets; mais en droit il demeure entièrement libre de le refuser, nul n'étant tenu de céder ce qui lui appartient.

Le *jus tollendi* ne s'applique point au contraire aux objets qui, étant incorporés au fonds et devenus immeubles par nature, sont entrés dans le patrimoine du nu propriétaire en vertu du principe de l'accession. Ainsi l'usufruitier a remplacé les chambranles de bois des cheminées par des chambranles de marbre, il a fait faire un plancher, des boiseries, des balcons, ces ouvrages faisant partie intégrante du bâtiment dans lequel ils ont été exécutés, appartiennent au propriétaire, sans que l'usufruitier ait le droit de les enlever.

Le propriétaire peut également conserver, sans bourse délier, les constructions nouvelles élevées par l'usufruitier sur le fonds grevé d'usufruit. C'était la décision du droit romain (1) et de notre ancien droit français (2) et rien n'autorise à penser que le législateur ait voulu s'en écarter.

Une doctrine très accréditée se prononce cependant en sens contraire. Elle reconnaît à l'usufruitier le droit d'enlever les constructions par lui faites, en rétablissant les lieux dans leur état primitif, à moins que le propriétaire ne consente à lui rembourser le montant de ses impenses. Si, dit-on, le droit romain et notre ancien droit attribuaient au propriétaire les constructions faites par l'usufruitier, c'était en vertu du principe alors admis que toute personne qui bâtissait sciemment sur le sol d'autrui était réputée vouloir faire présent de ses constructions au propriétaire du fonds : *Donasse videtur*. Le code ayant, dans l'art. 555, abrogé cette présomption de libéralité, il ne peut plus être question de l'appliquer à l'usufruitier. L'art. 599 al. 2 autorise il est vrai le propriétaire à conserver les améliorations faites par l'usufruitier. Mais l'esprit de cette disposition détermine exactement sa portée. Elle a principalement pour but d'éviter les difficultés qui s'élèveraient presque toujours à la fin de l'usufruit sur le point de savoir si le fonds a ou non reçu une plus-value par suite des travaux effectués, et dans quelle mesure sa valeur s'est trouvée augmentée. Or ce motif est manifestement inapplicable aux constructions nouvelles dont la valeur

1) *Dig.* l. 15 de Usufr.

2) Pothier, *du Douaire*, n° 276; Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XI, sect. 1, art. 17 et 18.

est toujours aisément appréciable et reconnaissable et qui, à la différence des améliorations proprement dites, peuvent avoir une importance considérable. L'usufruitier demeure donc, quant aux constructions, sous l'empire du principe d'équité formulé dans l'art. 555, la loi n'ayant pu le traiter plus rigoureusement que l'usurpateur, le possesseur de mauvaise foi, qui tend à dépouiller le propriétaire (1).

Cette argumentation est loin d'être décisive. Le mot *améliorations* est une expression générique qui comprend tous les ouvrages de nature à augmenter la valeur d'une chose. C'est dans ce sens large que le législateur l'emploie constamment (art. 861, 1437, 1634, 2133 et 2175). S'il avait entendu lui attribuer ici une signification différente, il n'aurait pas manqué, en présence des précédents historiques, de s'en expliquer textuellement. On prétend que l'usufruitier n'a pas pu être traité plus rigoureusement qu'un possesseur de mauvaise foi. Il ne s'agit pas en réalité d'une rigueur plus grande, mais simplement d'une décision différente résultant de la dissemblance des situations. Le possesseur de mauvaise foi comptant bien conserver la chose, ne fût-ce qu'en l'acquérant par la prescription, on ne saurait supposer de sa part l'intention de faire bénéficier le propriétaire des constructions qu'il a élevées. La maxime *Donasse videtur*, admise en droit romain et dans notre ancien droit français, était à son égard absolument injustifiable et les auteurs du code ont eu raison de l'abandonner. L'usufruitier au contraire sachant parfaitement qu'il devra restituer et ne pouvant se faire aucune illusion sur ce point, il est tout naturel de penser, lorsqu'il fait des constructions, sans s'entendre au préalable avec le propriétaire, qu'il a consenti à ce que celui-ci profitât après lui de ses travaux, et que c'est au prix de cette perte qu'il a voulu améliorer sa jouissance personnelle (2).

A plus forte raison doit-on considérer comme des améliorations ne donnant pas lieu à indemnité les plantations faites par l'usufruitier sur le fonds grevé d'usufruit.

Bien que l'art. 599 se réfère seulement par ses termes à l'usufruit d'un immeuble, la décision qu'il donne doit être appliquée par identité de motifs à l'usufruit de biens mobiliers. Ainsi l'usufruitier qui aurait fait garnir des fauteuils ou autres meubles d'une étoffe plus riche que celle qui s'y

1) Demolombe, t. IX, nos 695 et 696; Aubry et Rau, § 204, texte et note 23; Demante, t. II, n° 439 bis, Duranton, t. IV, n° 379; Marcadé, sur l'art 555; Planiol, t. I, n° 1800. — Cour de cass. de Belgique, 27 janv. 1887, D. 88, 2, 256, S. 87, 4, 29. — Comp. Laurent, t. VI, n° 490.

2) Toullier, t. III, n° 427; Proudhon, t. III, n° 1435; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, nos 190-192; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 573. — Cour de cass., 4 novembre 1885, D. 86, 1, 361, S. 86, 1, 113; — Besançon, 5 avril 1887, D. 88, 2, 223, S. 89, 2, 62; — Dijon, 1^{er} mai 1891, D. 91, 2, 332.

trouvait ne serait pas fondé à réclamer de ce chef une indemnité. Il jouirait seulement du *jus tollendi* pour les objets susceptibles d'enlèvement.

Mais l'art. 599 ne concerne que les améliorations ou dépenses simplement *utiles* faites par l'usufruitier; il est étranger aux grosses réparations qui constituent des impenses *nécessaires*. L'usufruitier qui aurait fait de grosses réparations aurait, nous l'avons vu, le droit de réclamer, à la fin de l'usufruit, une indemnité au nu propriétaire dans la limite de l'enrichissement résultant pour celui-ci des réparations.

SECTION III

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN

1077. L'art. 617 est 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. »*

Cet article mentionne cinq causes d'extinction de l'usufruit :

- 1° La mort de l'usufruitier ;
- 2° L'expiration du temps 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.

A ces cinq causes les art. 618 et 622 ajoutent :

- 6° L'abus de jouissance ;
- 7° La renonciation de l'usufruitier à son droit.

Enfin, par application des principes du droit commun, il y a lieu de joindre à cette énumération :

- 8° La résolution, la révocation ou l'annulation du droit du constituant ;
- 9° La résolution, la révocation ou l'annulation du titre constitutif de l'usufruit ;
- 10° La prescription acquisitive.

§ 1. — *De la mort de l'usufruitier.*

1078. L'usufruit est un droit viager. Il s'éteint par la mort de l'usufruitier, de quelque manière et à quelque époque qu'elle survienne, et ne se transmet point à ses héritiers. C'est là une règle d'ordre public et d'intérêt général qui ne peut être modifiée par des conventions ou des dispositions contraires. L'usufruit étant un obstacle à l'amélioration et à la libre circulation des biens, la loi n'a pas voulu qu'il pût se prolonger indéfiniment.

Elle aurait pu il est vrai atteindre ce résultat en lui assignant une durée fixe, dix, vingt ou trente ans, par exemple. Mais cette décision n'aurait point donné satisfaction au constituant, l'usufruit étant le plus souvent établi en considération de la personne de l'usufruitier et en vue de pourvoir aux besoins de son existence.

La durée de l'usufruit dépendant ainsi de la durée de la vie de l'usufruitier, il en résulte que la constitution d'usufruit, quand elle est faite à titre onéreux, est une opération essentiellement aléatoire. Une personne a vendu 40.000 francs l'usufruit d'un immeuble qui rapporte annuellement 5.000 francs. Si l'usufruitier meurt peu de temps après la vente, le vendeur aura fait une très bonne affaire; tandis qu'il en aura fait une très mauvaise si l'usufruitier vit quarante ou cinquante ans.

La règle que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ne met point obstacle à ce qu'il soit établi sur plusieurs têtes, c'est-à-dire en faveur de plusieurs personnes appelées à en profiter soit conjointement, soit l'une après la mort de l'autre, pourvu que chacun des co-usufruitiers ou des usufruitiers successifs soit déjà né ou au moins conçu lors de sa constitution. Alors en effet l'usufruit n'est établi que pour une vie d'homme. Sa durée est limitée à la vie de celui des usufruitiers qui vivra le plus longtemps.

1079. L'usufruit peut être établi en faveur d'une commune, d'un hospice, d'une personne morale quelconque. Il n'était pas possible en pareil cas de lui assigner pour durée l'existence de l'usufruitier, car les personnes morales peuvent exister indéfiniment. La loi décide en conséquence qu'il s'éteindra au bout de trente ans, durée moyenne de la vie des hommes. « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* », dit l'art. 619. Il va sans dire qu'il s'éteindrait, même avant l'expiration des trente ans, si la personne morale au profit de laquelle il est établi venait à être supprimée.

§ 2. — De l'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été accordé.

1080. L'usufruit établi pour un temps déterminé, pour dix ans, par exemple, s'éteint par l'arrivée du terme assigné à sa durée. Ce terme constitue un *maximum* que l'usufruit ne peut jamais dépasser, mais qu'il n'atteindra pas nécessairement; il cessera en effet s'il survient, avant l'époque fixée, une autre cause d'extinction, par exemple la mort de l'usufruitier.

L'art. 620 prévoit un cas particulier d'usufruit constitué à terme qui aurait pu donner lieu à quelques doutes : « *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.* » Ex. Paul déclare donner à Pierre l'usufruit d'un immeuble jusqu'à ce que Jacques, actuellement âgé de dix

ans, ait atteint l'âge de vingt-cinq ans. Si Jacques vient à mourir avant vingt-cinq ans, l'usufruit subsistera néanmoins jusqu'au moment où, s'il avait vécu, il aurait atteint cet âge. En un mot, les choses se passeront comme si Paul avait dit : Je donne à Pierre l'usufruit de tel immeuble pendant quinze ans. La loi suppose que le constituant a eu en vue non pas la vie de la personne désignée jusqu'à l'âge indiqué, mais le nombre d'années qui sépare le moment où l'usufruit est établi de celui où cette personne doit atteindre cet âge. *Non ad vitam hominis respexit, sed ad certa temporum curricula*, disait la loi romaine. Mais cette décision, fondée uniquement sur l'intention présumée du constituant, cesserait d'être applicable s'il était démontré par les termes de l'acte constitutif ou par les circonstances qu'il a eu une intention différente, et qu'il a voulu subordonner la durée de l'usufruit à la vie, jusqu'à l'âge fixé, de la personne désignée. La mort de cette personne, à quelque époque qu'elle arrive, entraînera alors l'extinction immédiate de l'usufruit.

§ 3. — *De la consolidation.*

1081. L'art. 617 définit la consolidation « la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ». Ces qualités sont en effet incompatibles; nul ne pouvant être usufruitier de sa propre chose : *Nemini res sua servit jure servitutis*. Mais la définition donnée par l'art. 617 n'est pas suffisamment précise. Prise à la lettre, elle pourrait faire croire qu'il y a consolidation toutes les fois que l'usufruit et la nue propriété se trouvent appartenir à la même personne, ce qui ne saurait être, puisqu'alors rien ne distinguerait la consolidation des autres modes d'extinction de l'usufruit, tous les modes d'extinction, à l'exception de la perte de la chose, aboutissant finalement à la réunion de l'usufruit et de la nue propriété. En thèse générale, et d'après l'étymologie même du mot, il n'y a consolidation que lorsque la réunion de la nue propriété à l'usufruit s'opère dans la personne de l'usufruitier, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier devient, à un titre quelconque, acquéreur de la nue propriété. Dans ce cas, l'usufruit se *consolide* véritablement, il s'affermi, en ce sens que la jouissance qui jusque-là n'avait appartenu à l'usufruitier qu'en vertu d'un titre fragile et temporaire, lui appartient désormais en qualité de propriétaire, c'est-à-dire en vertu d'un titre solide et perpétuel. Cependant il n'est pas exact de dire, comme le font quelques auteurs, que la consolidation ne peut pas s'opérer dans la personne du nu propriétaire. Elle aurait lieu de cette façon au cas où le propriétaire viendrait à acquérir l'usufruit dans des conditions telles que ce droit subsisterait si l'acquéreur était un tiers. Ainsi la consolidation s'opère dans la personne du nu propriétaire quand celui-ci acquiert l'usufruit par vente ou par donation entre-vifs. Au lieu d'être, comme dans les autres cas d'extinction, une conséquence de ce que

l'usufruit a cessé d'exister, la réunion de la jouissance à la nue propriété est alors elle-même le fait qui entraîne l'extinction de l'usufruit. En d'autres termes, en cas de consolidation réalisée dans la personne du nu propriétaire, il s'opère au profit de celui-ci une *transmission* de l'usufruit, l'usufruitier confère au nu propriétaire le droit dont il était investi; tandis que, dans les autres cas d'extinction, il n'y a aucune transmission de l'usufruitier au nu propriétaire, mais seulement une libération; le nu propriétaire ne reçoit rien de l'usufruitier, il reprend la jouissance de sa chose en vertu de son droit de propriété désormais reconstitué dans sa plénitude par l'affranchissement de la charge dont il était grevé (1).

La consolidation présente ce caractère particulier qu'elle constitue plutôt un obstacle à l'exercice de l'usufruit qu'une véritable extinction de ce droit. Ainsi l'usufruitier devient l'héritier du propriétaire; il n'y a pas de motif pour qu'il perde son usufruit, mais il se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, la propriété dont il est désormais investi comprenant tous les droits qu'on peut avoir sur une chose. De là résultent notamment les conséquences suivantes :

1° La consolidation n'opère que dans la mesure où elle rend impossible l'exercice du droit d'usufruit. Si donc elle n'est que partielle, l'usufruit n'est éteint que partiellement. De même, si l'usufruit était grevé d'une hypothèque, cette hypothèque subsiste, l'impossibilité où se trouve l'usufruitier d'exercer son droit étant étrangère au créancier hypothécaire. Celui-ci pourra donc, malgré la consolidation, saisir et faire vendre le droit d'usufruit.

2° Si la consolidation vient à cesser, l'usufruitier reprend l'exercice de son droit, l'obstacle qui l'empêchait de l'exercer n'existant plus. Il en est ainsi non seulement quand la consolidation cesse par une cause qui rétroagit, par exemple lorsque le titre d'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier est résolu, annulé ou rescindé, la réunion qui s'était produite étant alors réputée non avenue, mais encore lorsque la consolidation cesse sans rétroactivité et seulement pour l'avenir (2).

§ 4. — *De non-usage.*

1082. L'usufruit s'éteint par le non-usage pendant trente ans, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier laisse passer ce délai sans exercer son droit. C'est une application du principe de la *prescription extinctive* ou *libératoire* (art. 2262). De même qu'un débiteur est affranchi de sa dette par trente ans d'inaction de la part de son créancier, de même la chose grevée d'usufruit est libérée de cette charge par l'inaction de l'usufruitier prolongée pendant trente ans.

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 738.

2) Laurent, t. VII, n° 58; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 741.

En cela l'usufruit diffère de la propriété. La propriétaire ne perd point son droit par cela seul qu'il n'en use pas. Il faut, pour qu'il en soit dépouillé, qu'à son inaction vienne se joindre le fait d'autrui, la possession de la chose par une autre personne. En d'autres termes, le propriétaire ne cesse d'être tel qu'autant qu'un autre l'est devenu en son lieu et place, en possédant la chose pendant le temps requis pour l'accomplissement de la prescription *acquisitive*. L'inaction de l'usufruitier, quand elle s'est prolongée pendant trente ans, suffit au contraire à le dépouiller de son droit, sans qu'il soit besoin qu'une autre personne ait possédé à son défaut la chose dont il a cessé de jouir. L'extinction de l'usufruit étant le retour au droit commun, la loi devait s'y montrer plus favorable qu'à l'extinction de la propriété.

Le non-usage suppose une absence complète de jouissance. L'exercice même incomplet du droit d'usufruit empêcherait la prescription pour le tout. Il en serait de même d'une jouissance excessive ou abusive, sauf en pareil cas l'application de l'art. 618. Quant à la jouissance portant exclusivement sur quelques-unes des choses soumises à l'usufruit, elle ne conserverait point le droit de l'usufruitier sur les autres, à moins qu'elles ne fissent toutes partie d'une seule et même universalité.

Il va sans dire que pour échapper à la prescription l'usufruitier n'a pas besoin d'exercer son droit en personne. Les actes de jouissance accomplis en son nom ou de son chef par un mandataire, un gérant d'affaires, un fermier, auraient le même effet que s'ils étaient faits par lui-même.

La nature du quasi-usufruit lui rend évidemment inapplicable l'extinction par le non-usage.

§ 5. — *De la perte totale de la chose.*

1083. Lorsque la chose sur laquelle l'usufruit est établi vient à périr totalement, l'usufruit s'éteint faute d'objet.

Aux yeux des jurisconsultes romains il y avait perte totale entraînant l'extinction de l'usufruit non seulement quand la chose était détruite d'une façon si complète et si absolue qu'il n'en restait plus de traces, mais encore lorsqu'elle avait subi une transformation qui en faisait une chose nouvelle et la rendait impropre à l'usage auquel elle était primitivement destinée. Ainsi l'usufruit d'une maison était éteint si cette maison venait à être incendiée. L'usufruitier n'avait pas le droit de jouir du sol et des matériaux. L'usufruit d'un champ ou d'un terrain quelconque prenait fin si ce terrain était transformé en étang ou en marais; il ne se reportait pas sur l'étang ou sur le marais, pas plus que l'usufruit d'un étang mis à sec par la retraite définitive des eaux ne se reportait sur le terrain devenu champ ou prairie.

Dans notre ancien droit, Domat professait la même doctrine, tout en l'atténuant par certaines distinctions (1). Pothier enseignait au contraire que l'usufruit ne s'éteignait point *rei mutatione, mutata forma rei*, et qu'il continuait d'exister sur ce qui restait de la chose sous sa forme nouvelle (2).

L'art. 624 al. 1 reproduit, en ce qui concerne l'usufruit d'un bâtiment, la solution du droit romain et de Domat. « *Si l'usufruit, dit-il, n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un 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.* » Cette décision, qui paraît rigoureuse, est une conséquence logique de la nature de l'usufruit. L'usufruitier n'a le droit de jouir de la chose d'autrui que *solva rei substantia*, suivant la destination qu'avait cette chose lors de l'ouverture de l'usufruit. Il suffit donc, pour que son droit prenne fin, que la chose ayant perdu sa forme substantielle, ne soit plus en état de remplir sa destination primitive. L'usufruitier avait la jouissance d'un bâtiment. Après l'incendie ou la ruine, il n'y a plus de bâtiment. Le sol et les matériaux sont des choses différentes, qui ont un autre nom et qui ne sont pas susceptibles du même mode de jouissance. L'usufruit n'a donc plus d'objet.

Le législateur a porté spécialement son attention sur l'usufruit d'un bâtiment parce que c'est là l'hypothèse la plus usuelle. Mais la décision qu'il formule à cet égard doit être étendue à tous les cas dans lesquels la chose, sans être détruite d'une façon absolue, a perdu sa forme substantielle et constitutive. Elle comporte cependant une restriction introduite par une loi postérieure au code. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité d'expropriation. Mais comme le danger auquel le propriétaire se trouve exposé est désormais plus grand qu'il ne l'était alors que l'usufruit portait sur un immeuble, la loi, nous l'avons vu, oblige l'usufruitier à fournir caution, même quand il en était antérieurement dispensé. Les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans sont seuls affranchis de cette obligation (loi du 3 mai 1841, art 39). — D'un autre côté, si la chose qui a péri avait été assurée, dans l'intérêt commun du nu propriétaire et de l'usufruitier, contre le risque qui a entraîné sa perte, l'usufruitier aurait droit à la jouissance de l'indemnité payée par la compagnie d'assurance. Il en est ainsi quand le contrat d'assurance a été passé par l'usufruitier et le nu propriétaire agissant conjointement, et alors même qu'il ne l'a été que par l'un d'eux, si celui qui y a figuré a manifesté la volonté d'agir dans l'intérêt de l'autre en même temps que dans son intérêt propre.

1) *Lois civiles*, livre I, titre XI, sect. 6.

2) *Du Douaire*, n° 255.

Dans le cas contraire, l'assurance profite exclusivement à celui qui l'a faite et c'est à lui seul que l'indemnité doit être payée jusqu'à concurrence de la valeur de son droit.

1084. Lorsqu'au lieu de périr totalement la chose n'a péri qu'en partie, l'usufruit ayant encore un objet continue d'exister. « *Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste* » (art. 623). Soit un usufruit portant sur une maison ou sur un champ. Une aile de la maison est incendiée, une portion du champ est emportée par une inondation. L'usufruit subsiste sur la partie conservée, car cette partie est encore une maison ou un champ. La chose n'a donc pas perdu sa forme substantielle.

L'art. 624 al. 2 applique cette règle à l'usufruit portant sur une universalité. Il suppose que l'usufruit est établi sur un domaine et qu'un bâtiment compris dans ce domaine vient à être détruit. Il dispose que l'usufruit subsiste alors non seulement sur ce qui reste du domaine dans sa forme primitive, mais encore sur le sol et les matériaux du bâtiment détruit, lesquels continuent d'être, dans leur forme nouvelle, une partie intégrante du fonds grevé d'usufruit : « *Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux* ». A plus forte raison l'usufruit portant sur une universalité de droit subsiste-t-il malgré la perte de l'une ou de l'autre des choses comprises dans cette universalité.

1085. L'usufruit éteint par la destruction matérielle de la chose ou par le changement de sa forme constitutive ne renaît point lorsqu'elle se trouve ensuite rétablie dans son état primitif. Ainsi la reconstruction par le propriétaire ou par l'usufruitier du bâtiment qui formait l'unique objet de l'usufruit n'entraîne pas la renaissance de ce droit. Un texte serait nécessaire pour faire revivre un droit déclaré éteint par la loi. L'art. 665, appliquant un principe formulé dans l'art. 704, dispose à la vérité qu'en cas de ruine ou de démolition d'un bâtiment, les servitudes actives ou passives qui y étaient attachées se continuent à l'égard du nouveau bâtiment qui le remplace, si la reconstruction a lieu avant que la prescription soit acquise. Mais cette décision ne saurait être étendue à l'usufruit, la loi se montrant beaucoup plus favorable au maintien des servitudes réelles, qui sont une nécessité de la vie sociale et qui facilitent le service et l'exploitation des immeubles, qu'à la conservation de l'usufruit. Il va sans dire toutefois qu'il est loisible aux intéressés de convenir, par dérogation à la loi, que l'usufruit qui existait sur l'ancien bâtiment se reportera sur le nouveau. L'usufruit ainsi reconstitué sera régi par la convention des parties.

L'usufruit ne renaît pas davantage lorsque le retour de la chose à son état primitif, au lieu d'être le résultat d'un fait de l'homme, provient d'un événement de la nature. Mais ici une observation est nécessaire. L'évène-

ment qui se produit peut démontrer qu'en réalité l'usufruit n'a pas été éteint. La transformation de la chose n'emporte en effet extinction de l'usufruit qu'autant qu'elle est permanente et définitive. Si le changement survenu n'est qu'accidentel et passager, il constitue un simple obstacle de fait apporté à la jouissance de l'usufruitier. L'usufruit subsiste alors et pourra s'exercer à nouveau quand l'obstacle aura disparu. Un étang est desséché par suite d'une sécheresse prolongée qui a tari les sources; un terrain riverain d'un cours d'eau est envahi pendant une crue extraordinaire. Puis, quelque temps après, les choses reviennent à leur état primitif. L'usufruit, momentanément entravé dans son exercice, reprendra son cours. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'état d'où résulte l'impossibilité d'exercer l'usufruit n'ait pas duré trente ans, car au bout de ce temps, l'usufruit serait éteint par le non-usage. Cette décision donnée par l'art. 704 en ce qui concerne les servitudes réelles doit être appliquée *a fortiori* à l'usufruit dont la loi favorise l'extinction.

1086. Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que la perte de la chose grevée d'usufruit est le résultat d'un cas fortuit ou d'un événement de force majeure. Si elle était imputable à l'usufruitier, celui-ci, en même temps qu'il perdrait son usufruit, serait, nous le savons, passible de dommages-intérêts envers le nu propriétaire. Si elle provenait du fait du propriétaire, l'usufruitier serait fondé à lui demander la réparation du préjudice qu'il éprouve (art. 599 al. 1). Enfin, si elle avait été causée par un tiers, il y aurait lieu à indemnité tant à l'égard de l'usufruitier qu'à l'égard du propriétaire.

1087. A la différence de l'usufruit ordinaire, le quasi-usufruit ne s'éteint point par la perte de la chose. Cette perte est supportée par le quasi-usufruitier, devenu propriétaire de la chose et débiteur d'une chose semblable ou de sa valeur, sauf son recours contre celui par le fait duquel la perte aurait eu lieu.

1088. A la théorie de l'extinction de l'usufruit par la perte de la chose se rattache naturellement l'étude des art. 615 et 616 relatifs à l'usufruit portant sur des animaux.

Cet usufruit peut être établi de deux manières différentes :

1° Sur un animal ou même sur plusieurs animaux considérés individuellement, *ut singuli*;

2° Sur un troupeau, c'est-à-dire sur un ensemble d'animaux considérés en bloc, *ut universitas*.

Dans le premier cas, l'usufruit portant séparément et divisément sur chaque animal, la mort de l'un d'eux survenue par l'effet de l'âge, de la maladie ou d'un accident, éteint l'usufruit quant à lui, en le laissant subsister sur les autres. L'usufruitier, dès lors que la perte ne lui est pas imputable, n'est pas obligé de remplacer l'animal qui a péri, ni d'en payer

la valeur. « *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). La seule obligation qui incombe alors à l'usufruitier, est de rendre au propriétaire le cuir de l'animal, à moins qu'il n'ait été contraint de l'enfouir pour se conformer aux règlements sanitaires. Formulée textuellement par la loi pour le cas de perte totale d'un troupeau, cette obligation existe également au cas de mort d'un animal isolé; l'usufruitier ne pouvant conserver la jouissance d'une chose entièrement différente de celle sur laquelle l'usufruit avait été établi.

L'hypothèse où l'usufruit porte sur un troupeau est réglée en ces termes par l'art. 616 : « *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.* » L'usufruit ayant alors pour objet non pas des animaux individuellement déterminés, mais une universalité de fait formant un être unique et collectif, c'est cette universalité que l'usufruitier est tenu de conserver et de rendre. Il a donc le droit non seulement de s'approprier les produits ordinaires du troupeau, laine, lait et croît, mais encore de disposer des animaux qui deviennent impropres à la reproduction, à la charge de les remplacer. Il doit également remplacer ceux qui viennent à périr par maladie ou par accident et il profite de leur dépouille. Ce remplacement s'opère avec le croît, c'est-à-dire avec les jeunes têtes qui naissent chaque année. Celles-ci n'appartiennent dès lors à l'usufruitier que déduction faite du nombre nécessaire pour maintenir le troupeau au complet.

La substitution des jeunes animaux à ceux qui meurent ou qui deviennent inutiles à la reproduction s'opère sans difficulté dans les cas ordinaires. Mais il peut arriver que le troupeau se trouve réduit par une épidémie à un petit nombre de têtes. Quelle sera alors l'obligation de l'usufruitier? Devra-t-il reconstituer le troupeau non seulement avec le croît actuel et futur, c'est-à-dire avec les animaux déjà nés qui sont encore en sa possession et ceux qui naîtront dans la suite, mais encore au moyen d'animaux achetés avec le prix qu'il a retiré de la vente du croît antérieur? Nonobstant la controverse existant à cet égard, il nous paraît certain qu'il n'est tenu d'employer à la reconstitution du troupeau que le croît actuel et futur et non le prix du croît passé. D'après l'art. 616, c'est en effet *jusqu'à concurrence du croît* que l'usufruitier est tenu de remplacer les animaux qui ont péri. La loi ne dit pas *jusqu'à concurrence du prix du croît* ou de la valeur du croît. La formule qu'elle emploie implique

manifestement l'idée d'un remplacement en nature, consistant à combler les vides du troupeau avec les produits du troupeau lui-même. Ainsi entendu l'art. 616 est d'ailleurs parfaitement conforme aux principes de l'usufruit. La reconstitution progressive du troupeau au moyen du croît présent et futur est une réparation d'entretien, c'est-à-dire une charge naturelle et équitable de la jouissance; tandis qu'une reconstitution immédiate au moyen du prix du croît passé, régulièrement et légitimement perçu par l'usufruitier, serait une grosse réparation incompatible avec la nature de l'usufruit (1).

Les jurisconsultes romains décidaient que l'usufruit constitué sur un troupeau était éteint lorsque le nombre des animaux se trouvait tellement réduit que ce qui en restait ne méritait plus le nom de troupeau : *ut grex non intelligatur*. Le code n'a pas reproduit cette règle. Il dispose que l'usufruit n'est éteint qu'autant que le troupeau a péri entièrement. Si minime que soit la fraction qui reste, elle constitue en effet une partie homogène du troupeau, lequel n'a point dès lors subi une destruction complète.

En cas de perte totale du troupeau, l'usufruitier est tenu de remettre au propriétaire les cuirs ou leur valeur, à moins qu'il ne se trouve sans sa faute dans l'impossibilité d'opérer cette restitution, par exemple si les animaux, étant morts d'une maladie contagieuse, ont dû être enfouis sans être dépouillés.

§ 6. — De l'abus de jouissance.

1089. « L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien » (art. 618 al. 1).

Il y a abus de jouissance quand l'usufruitier manque à l'obligation qui lui incombe de jouir en bon père de famille. L'abus de jouissance suppose donc une faute, mais il n'implique pas nécessairement un dol, un acte de mauvaise foi, de la part de l'usufruitier.

A la différence des modes d'extinction qui ont été examinés jusqu'à présent, l'abus de jouissance ne met pas fin de plein droit à l'usufruit. La déchéance de l'usufruitier doit être prononcée par le juge, sur la demande du nu propriétaire, et les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu, non seulement pour apprécier s'il y a ou non abus de jouissance, mais encore, l'abus étant reconnu, pour apprécier les mesures qu'il convient

1) Demolombe, t. X, n° 315; Marcadé, sur l'art. 616; Laurent, t. VI, n° 536; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 724. — *Contra* : Aubry et Rau, § 236, texte et note 16; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 217; Proudhon, t. III, nos 1093 et suiv.

d'ordonner. « *Le juge peut, 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* » (art. 618 al. 3). Ils peuvent aussi maintenir l'usufruitier dans sa jouissance, soit en le condamnant à fournir caution malgré la dispense établie en sa faveur, ou en admettant l'offre qu'il ferait de réparer le dommage causé et de fournir des garanties pour l'avenir, soit en établissant un séquestre. Ils pourraient enfin ne prononcer qu'une déchéance partielle, si les abus de jouissance commis par l'usufruitier n'avaient porté que sur certains biens (1).

L'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance étant de nature à nuire aux créanciers de l'usufruitier en diminuant l'actif de leur débiteur, la loi les autorise à intervenir dans l'instance pour discuter la demande du propriétaire et offrir au besoin des garanties qui permettent de maintenir l'usufruit. « *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* » (art. 618 al. 2). Les offres faites par les créanciers ne lient du reste en aucun cas le tribunal qui demeure entièrement libre de décider suivant les circonstances.

Supposons que le juge rejette les offres des créanciers et prononce l'extinction de l'usufruit. Cette extinction aura-t-elle pour effet de faire tomber les hypothèques établies par l'usufruitier? Bien qu'une doctrine très répandue se prononce pour l'affirmative, la négative nous paraît certaine. La déchéance de l'usufruitier est une peine. Elle n'existe donc qu'en vertu du jugement qui la prononce et à partir de ce jugement. Pour qu'elle eût un effet rétroactif, il faudrait que la loi l'eût formellement déclaré (2).

1090. Il est bien évident que l'extinction par l'abus de jouissance ne s'aurait s'appliquer au quasi-usufruit. Propriétaire de la chose qui est l'objet de l'usufruit, le quasi-usufruitier peut en user comme bon lui semble.

§ 7. — *De la renonciation de l'usufruitier.*

1091. La renonciation est l'abandon que l'usufruitier fait de son droit. Elle peut intervenir dans deux circonstances très différentes. Tantôt l'u-

1) Aubry et Rau, § 234; — Pau, 11 mars, 1893, D. 93, 2, 430, S. 93, 2, 119.

2) Laurent, t. VII, n° 86; Huc, t. IV, n° 248. — *Contra*: Demolombe, t. X, n° 750; Demante, t. II, n° 465 bis; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 228; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 758.

susufruitier renonce à son droit au profit du propriétaire qui accepte cette renonciation. Tantôt il l'abandonne unilatéralement, sans se préoccuper de la volonté conforme du propriétaire, par exemple pour se libérer des charges qui pèsent sur sa jouissance et qui la rendent plus onéreuse que profitable. Il n'y a véritablement renonciation que dans ce dernier cas. Dans le premier, il y a vente ou donation de l'usufruit opérant consolidation dans la personne du nu propriétaire.

La renonciation unilatérale n'est assujettie à aucune forme particulière. Il n'est même pas nécessaire qu'elle soit *expresse*; elle peut être purement *tacite*, c'est-à-dire résulter de certains actes accomplis par l'usufruitier et qui impliquent nécessairement de sa part la volonté d'abdiquer son droit. On s'accorde à penser qu'elle est irrévocable du jour où elle est intervenue et que l'usufruitier ne serait pas admis à la rétracter sous prétexte que le propriétaire ne l'aurait pas encore acceptée (1).

La loi a prévu, dans l'art. 621, une hypothèse particulière. « *La vente de la chose sujette à usufruit, dit cet article, 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.* » Il va de soi que la vente ou toute autre aliénation faite par le nu propriétaire de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ne porte par elle-même aucune atteinte au droit de l'usufruitier. Le propriétaire ne peut disposer que de ce qui lui appartient, c'est-à-dire de la nue propriété et non de l'usufruit. Mais il est possible que l'usufruitier intervienne à la vente consentie par le propriétaire. Devra-t-il, à raison de ce fait, être considéré comme ayant renoncé à son droit? Telle est la question que l'art 621 a pour objet de résoudre. Répudiant la décision du droit romain qui interprétait en principe la participation de l'usufruitier au contrat de vente comme une renonciation à son usufruit, le code refuse de voir dans ce seul fait la preuve d'une semblable abdication. Malgré son intervention au contrat l'usufruitier conserve son droit s'il n'y a *formellement* renoncé, c'est-à-dire si sa volonté de l'abandonner ne résulte pas nécessairement et sans hésitation possible, soit des termes du contrat soit des circonstances qui l'ont accompagné.

Aux termes de l'art. 622, « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice.* » Pour que les créanciers puissent faire annuler les actes faits par leur débiteur, il ne suffit pas que ces actes leur soient préjudiciables, il faut en outre qu'ils aient été accomplis frauduleusement (art. 1167). On a prétendu que l'art. 622 déroge à cette règle et que la renonciation de l'usufruitier est annulable

1) Demolombe, t. X, n° 773 bis; Aubry et Rau, § 234, texte et note 45; Laurent, t. VII, n° 72; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 761. — Cour de cass., 16 mars 1870, D. 70, 1, 329, S. 70, 1, 281; — 28 mai 1877, D. 77, 1, 496, S. 78, 1, 126.

sur la demande de ses créanciers par cela seul qu'elle leur cause préjudice. La question ne pourra être utilement examinée qu'à propos de l'art. 1167.

§ 8. — *De la résolution, de la révocation ou de l'annulation du droit du constituant.*

1092. Comme toute autre aliénation, la constitution d'usufruit s'éteint lorsque le droit de propriété de celui de qui elle émane vient à être résolu, révoqué ou annulé *avec effet rétroactif*, c'est-à-dire lorsque ce droit est anéanti pour le passé comme pour l'avenir et réputé n'avoir jamais existé, l'usufruit se trouvant alors avoir été constitué *a non domino*. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Ainsi une personne a acheté un immeuble sur lequel elle a ensuite concédé un usufruit. Plus tard la vente est résolue pour défaut de paiement du prix (art. 1654). L'acheteur étant censé n'avoir jamais été propriétaire, l'usufruit qu'il avait établi est par là même réputé non venu. Il en serait de même au cas où le contrat de vente viendrait à être annulé à raison d'un vice du consentement ou de l'incapacité des parties contractantes. L'usufruit constitué par un donataire serait également anéanti si la donation était révoquée pour inexécution des charges (art. 954) ou pour survenance d'enfants (art. 963). Mais il subsisterait si la donation était révoquée pour cause d'ingratitude, la révocation n'ayant pas alors d'effet rétroactif (art. 958).

§ 9. — *De la résolution, de la révocation ou de l'annulation du titre constitutif de l'usufruit.*

1093. Au lieu de tomber avec le droit de celui qui l'a établi et par contre-coup de l'extinction de ce droit, l'usufruit peut être atteint directement par l'anéantissement, avec ou sans effet rétroactif, du titre même par lequel il a été constitué. Ainsi l'usufruit concédé sous condition résolutoire est résolu quand la condition à laquelle il était soumis vient à se réaliser (art. 1183). Une personne a légué l'usufruit d'un de ses biens sous la condition que cet usufruit prendra fin en cas de retour de son fils qui a disparu sans donner de ses nouvelles. L'absent venant à reparaitre, l'usufruit sera immédiatement éteint. — L'usufruit concédé par donation entre-vifs est soumis aux diverses causes de révocation établies pour les donations par les art. 953 et suivants. — Enfin l'usufruit est éteint lorsque le titre constitutif est annulé à raison d'un vice dont il était entaché.

§ 10. — *De la prescription acquisitive.*

1094. La prescription acquisitive ne doit pas être confondue avec le non-usage. Il y a extinction par le non-usage quand l'usufruitier a négligé d'exercer son droit pendant trente ans, alors même que personne n'a possédé en son lieu et place la chose soumise à l'usufruit. L'extinction résulte

de la prescription acquisitive quand un tiers a possédé, pendant le temps requis par la loi, soit comme usufruitier, soit comme plein propriétaire la chose sur laquelle l'usufruit est établi. S'il a possédé comme usufruitier, le droit d'usufruit qu'il acquiert par la prescription éteint et remplace celui qui existait auparavant. S'il a possédé comme propriétaire, il a acquis la pleine propriété, c'est-à-dire la propriété affranchie de l'usufruit qui la grevait.

CHAPITRE II

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

1095. A Rome, l'*usage* d'une chose conférait le droit de s'en servir, d'en retirer tous les services qu'elle était susceptible de procurer à raison de sa nature, mais il ne donnait, en principe au moins, aucun droit aux fruits.

Notre ancienne législation attribua à l'usage un caractère différent. Elle en fit un usufruit restreint. Outre le droit de se servir de la chose, l'usager eut le droit d'en percevoir les fruits, mais seulement dans la mesure de ses besoins et de ceux de sa famille. « L'usage, disait Domat, est distingué de l'usufruit en ce que, au lieu que l'usufruit est le droit de jouir de tous les fruits et revenus que peut produire le fonds qui y est sujet, l'usage ne consiste qu'au droit de prendre sur les fruits du fonds la portion que l'usager peut en consommer, selon ce qui est nécessaire pour sa personne, ou réglé par son titre; le surplus appartient au maître du fonds » (1).

C'est avec le même caractère que l'usage a passé dans la législation moderne. On peut donc le définir : *le droit de se servir d'une chose appartenant à autrui et d'en percevoir les fruits jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et de sa famille.*

Quant à l'habitation, qui constituait à Rome un droit d'une nature spéciale, distinct à la fois de l'usufruit et de l'usage, elle n'est aujourd'hui autre chose qu'un droit d'usage ayant pour objet une maison.

1096. Suivant l'art. 625, « *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.* » Cette formule n'est pas rigoureusement exacte. L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme (art. 579). L'usage n'est jamais établi par la loi. Quelques auteurs ont cru il est vrai trouver un usage *légal* dans le droit accordé à la veuve par les art. 1465 et 1570. Mais ce droit n'est qu'une simple créance et n'a rien de commun avec le droit réel d'usage ou d'habitation.

« *Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a*

1) *Les lois civiles*, livre I, titre XI, sect. 2, art. 1.

établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue » (art. 628).

« Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit » (art. 629).

La loi laisse donc aux parties contractantes ou au constituant une entière latitude pour régler comme bon leur semble les droits de l'usager. C'est seulement dans le silence du titre constitutif qu'elle intervient pour déterminer l'étendue de ces droits. Les règles qu'elle a tracées à cet égard se résument dans les deux propositions suivantes :

1° L'usager a le droit de jouir de la chose ou d'habiter la maison jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille.

2° Il ne peut ni céder son droit, ni louer la chose à un autre.

La première de ces deux propositions résulte des art. 630, 632 et 633 ainsi conçus :

« 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).

« 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 » (art. 632).

« Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille » (art. 633).

Mais l'usager a-t-il le droit de jouir par lui-même, c'est-à-dire de se faire mettre en possession de la chose? Ou bien peut-il seulement exiger du propriétaire, demeuré en possession, la portion de fruits nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille? La question, bien entendu, ne peut pas s'élever à l'égard du droit d'habitation qui consiste précisément dans le droit d'occuper la maison elle-même et d'y demeurer. Elle est controversée en ce qui concerne l'usage d'un fonds autre qu'une maison. Il nous paraît certain que l'usager a le droit d'exploiter par lui-même, soit seul, s'il absorbe la totalité des fruits, soit en concours avec le propriétaire, s'il n'en absorbe qu'une portion, sauf aux intéressés à procéder dans ce dernier cas à un partage de jouissance dans la mesure du droit de chacun. L'usage est en effet un droit réel. Or le caractère essentiel du droit réel est de créer un rapport direct et immédiat entre la personne qui en est investie et la chose sur laquelle il porte. Les art. 626 et 627 impliquent d'ailleurs que l'usager est en contact avec la chose. L'art. 626 l'oblige à donner caution et à faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles. A quoi bon ces précautions si l'usager n'était pas en possession et n'avait par conséquent rien à restituer? L'art. 627 ajoute que l'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille. Donc l'usager

jouit par lui-même aussi bien que celui qui a un droit d'habitation.

L'attribution des fruits à l'usager jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille n'a lieu pour les différentes espèces de fruits que dans la limite de sa consommation relativement à chacune d'elles. En d'autres termes, l'usager a droit, pour chaque catégorie de fruits, seulement à la portion qu'il peut en consommer en nature. Il ne serait pas fondé à en réclamer une quantité plus considérable en vue de se procurer, en vendant l'excédent, les fruits que le fonds ne produit pas. Ainsi quand le fonds sur lequel l'usage est constitué ne produit que du blé, l'usager ne peut prendre les fruits que jusqu'à concurrence de ses besoins en blé. Si c'est un vignoble, il n'aura droit aux fruits que jusqu'à concurrence de sa consommation en vin. Par voie de conséquence, l'usager ne pourrait pas, sans l'assentiment du propriétaire, modifier le genre d'exploitation qu'il a trouvé établi au moment de l'ouverture de son droit, afin d'obtenir des produits variés en quantité suffisante pour subvenir à ses besoins divers.

Le droit d'usage ou d'habitation profite à la famille de l'usager, sans qu'il y ait à distinguer si la famille existait ou non lors de l'établissement de son droit. Par le mot *famille* on doit entendre ici, outre le conjoint de l'usager, la réunion des diverses personnes dont il est le chef et qui vivent avec lui sous son autorité et sa direction, c'est-à-dire ses enfants, tant légitimes ou adoptifs que naturels reconnus, les précepteurs ou institutrices de ses enfants, et ses domestiques. Mais on ne doit en principe comprendre dans la famille de l'usager ni ses ascendants, ni ses collatéraux, ni ses alliés, ni même ses enfants mariés. Toutefois ces personnes seraient elles-mêmes appelées à bénéficier de l'usage ou de l'habitation si telle était la volonté des parties ou du constituant, et cette volonté devrait être facilement présumée si elles vivaient déjà avec l'usager au moment de la constitution du droit.

Il résulte de ce qui précède que l'étendue du droit d'usage ou d'habitation n'a rien de fixe ni d'invariable, et qu'elle est au contraire toujours susceptible d'augmentation ou de diminution suivant que la famille de l'usager augmente ou diminue.

L'usager, avons-nous dit, ne peut ni céder son droit ni louer la chose à un autre. Cette règle est formulée dans les art. 631 et 634 :

« *L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre* » (art. 631).

« *Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué* » (art. 634).

On explique d'ordinaire cette différence entre l'usage et l'usufruit en disant que la cession ou la location donnerait lieu en pratique à de sérieux embarras, par suite de la nécessité de constater à chaque instant l'étendue des besoins de l'usager pour déterminer l'étendue des droits du cessionnaire ou du locataire.

L'usage étant incessible est par là même insaisissable et non susceptible

d'hypothèque (art. 2118 et 2204). Mais si l'usager ne peut pas céder son droit, il peut du moins céder la portion des fruits dont il est devenu propriétaire par la perception qu'il en a faite dans la mesure de ses besoins. Ses créanciers peuvent également saisir cette portion, à moins qu'il ne s'agisse d'un usage qui, constitué à titre gratuit, doit être considéré comme ayant un caractère alimentaire (art. 581 al. 4, c. pr.).

1097. L'usager est soumis aux obligations qui sont imposées à l'usufruitier lors de son entrée en jouissance. Il doit donner caution, faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles. « *On ne peut en jouir (du droit d'usage ou d'habitation), comme dans le cas d'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires* » (art. 626).

Dans l'exercice de son droit, l'usager est également soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier, en tant que le droit d'usage le comporte. C'est ce qu'expriment les art. 627 et 635 :

« *L'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille* » (art. 627).

« *Si l'usager absorbe les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujéti 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* » (art. 635).

Il résulte de cette dernière disposition que la part afférente à l'usager pour ses besoins se calcule non sur le produit net, mais sur le produit brut du fonds soumis à l'usage. Soit une terre rapportant soixante mesures de blé. Les frais de culture et autres charges représentent la valeur de douze mesures. Les besoins de l'usager en blé sont de vingt mesures. On ne commencera point par prélever le montant des charges pour attribuer ensuite à l'usager, sur les quarante-huit mesures qui constituent le produit net, les vingt mesures nécessaires à ses besoins. L'usager prendra les vingt mesures auxquelles il a droit et contribuera aux charges au prorata de ces vingt mesures qui forment le tiers de la récolte. Il ne lui restera donc en définitive que seize mesures. Entendu autrement l'art. 635 n'aurait pas de sens. L'usager, dans le cas où il ne prend qu'une portion des fruits et où ce qui reste est plus que suffisant pour l'acquittement des charges, ne contribuerait à rien; tout serait supporté par le propriétaire (1).

La loi ne parle pas du paiement des dettes. L'usager en effet n'y contribue

1) Demolombe, t. X, nos 800 et suiv.; Aubry et Rau, § 237, texte et note 15; Demante, t. II, n° 479 bis; Laurent, t. VII, n° 120; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 787. — *Contra* : Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 241.

pas, son titre, à raison même de la nature de son droit, étant nécessairement un titre particulier.

Quant aux obligations de l'usager à l'époque de l'extinction de son droit, ce sont les mêmes que celles de l'usufruitier.

1098. Notre chapitre se termine par une disposition ainsi conçue : « *L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières* » (art. 636). Ces lois particulières sont les dispositions du code forestier (art. 53 à 121). L'usage dont il s'agit existe en général au profit des habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de communes. Il consiste soit dans le droit de prendre du bois pour le chauffage, les constructions, la confection des instruments agricoles, soit dans le droit de pâturage, de passage ou de glandée. Cet usage présente ce caractère particulier qu'il est perpétuel ; mais, comme il constitue une servitude très gênante pour les propriétaires et qu'il est une source incessante de conflits et de procès, la loi permet aux propriétaires d'affranchir leurs bois ou forêts de tout droit *d'usage en bois* moyennant un *cantonnement*, c'est-à-dire en abandonnant en toute propriété une partie du fonds pour libérer le reste, et de racheter, moyennant une indemnité, les *autres droits d'usage* non susceptibles d'être convertis en cantonnement, à moins, dans ce dernier cas, qu'il ne s'agisse d'un droit de pâturage qui serait d'une nécessité absolue pour les habitants d'une ou plusieurs communes.

TITRE IV

Des servitudes ou services fonciers

1099. L'art. 637 définit les servitudes dans les termes suivants : « *Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.* »

En disant que la servitude est une *charge*, la loi l'envisage au point de vue passif, par rapport au fonds qui en est grevé. Elle constitue une charge pour ce fonds dont le propriétaire est astreint à souffrir ou à ne pas faire quelque chose et se trouve ainsi privé de certains attributs de la propriété. Mais la servitude est un *droit* quand on l'envisage au point de vue actif, par rapport au fonds dans l'intérêt duquel elle est établie et qui reçoit d'elle une augmentation de valeur. C'est à ce dernier point de vue que Pothier se plaçait quand il définissait la servitude : « le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin, pour la commodité du sien. »

Le mot *héritage* dont se sert l'art. 637, à la suite de Pothier, comprend seulement les immeubles par leur nature, les fonds de terre et les bâtiments. Ces biens sont les seuls qui puissent être le sujet actif ou passif d'une servitude. De là le nom de *services fonciers* donné par la loi aux servitudes réelles.

En pratique on appelle *fonds dominant* l'immeuble au profit duquel la servitude existe, et *fonds servant* l'immeuble qui en est grevé. Les auteurs du code ont évité à dessein ces expressions dans la crainte d'évoquer le souvenir des institutions féodales. La même pensée leur a dicté la disposition de l'art. 638 aux termes duquel « *La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.* » Le régime féodal avait créé une hiérarchie des immeubles et la dépendance des terres entraînait la dépendance de ceux qui les possédaient. Les servitudes n'engendrent rien de semblable. Si le fonds dominant reçoit une augmentation de valeur par suite du service que lui doit le fonds servant, il n'acquiert sur celui-ci aucune supériorité.

La servitude suppose nécessairement deux fonds appartenant à des propriétaires différents. Le propriétaire de deux fonds qui emploie l'un de ces fonds au service de l'autre ne fait, en agissant ainsi, qu'exercer son droit de propriété en vertu duquel il peut retirer de sa chose tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer. *Nemini res sua servit jure servitutis*. Aussi les servitudes s'éteignent-elles quand le fonds dominant et le fonds servant se trouvent réunis dans les mêmes mains (art. 705).

Le plus souvent, les servitudes existent entre deux fonds contigus. Mais la contiguïté n'est pas une condition essentielle à leur existence. On conçoit en effet très bien qu'un immeuble puisse rendre un service à un autre immeuble situé à une certaine distance (1).

1100. Aux termes de l'art. 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.* » Cet article divise les servitudes, au point de vue de leur origine, en trois classes :

1° Les servitudes *dérivant de la situation naturelle des lieux*;

2° Les servitudes *dérivant des obligations imposées par la loi*, ou plus correctement *les servitudes établies par la loi*, comme le dit la rubrique du chapitre II;

3° Les servitudes *dérivant des conventions entre les propriétaires*, ou, comme le dit plus exactement la rubrique du chapitre III, les servitudes *dérivant du fait de l'homme*, les servitudes pouvant être établies non seulement par convention, mais encore par testament, par prescription, par destination du père de famille (art. 690 et 692).

1) Pau, 9 février 1885, D. 86, 2, 173.

Mais cette division est critiquable à un double point de vue. Les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux, ou *servitudes naturelles*, et les servitudes dérivant de la loi, ou *servitudes légales*, ne forment en réalité qu'une seule et même classe; et, d'autre part, ces prétendues servitudes ne sont pas des servitudes véritables.

Nous disons d'abord que les servitudes naturelles et les servitudes légales ne forment en réalité qu'une seule et même classe. La distinction que la loi fait entre elles n'existe que dans les mots. Les premières sont en effet, aussi bien que les secondes, imposées par la loi (art. 640 à 648), et les secondes, comme les premières, ne sont consacrées par la loi qu'à raison de la situation naturelle des lieux (art. 649 à 685).

Nous disons en second lieu que les servitudes naturelles ou légales ne sont pas de véritables servitudes. La servitude implique en effet une dérogation au droit commun, une exception aux règles ordinaires qui régissent les immeubles. Or les dispositions des art. 640 à 685 s'appliquent à tous les immeubles indistinctement, ou du moins à tous ceux qui se trouvent dans telle et telle situation déterminée. Loin de constituer des dérogations au droit commun, elles forment au contraire le droit commun, le régime normal de la propriété foncière en France. La propriété, dans l'état social, n'est pas un droit absolu, conférant au propriétaire le pouvoir de faire chez lui tout ce que bon lui semble, sans aucun souci du préjudice qui pourrait en résulter pour autrui. C'est un droit limité par le droit égal des propriétaires voisins. Le but des art. 640 à 685 est précisément de déterminer, dans l'intérêt commun des propriétaires, les limites respectives du droit de chacun, et d'assurer ainsi la liberté égale de tous, en les empêchant de se nuire réciproquement. Les fonds qui ne sont assujettis qu'aux charges établies par ces articles ne sont donc point en *servitude*, mais dans leur état de complète liberté légale.

Parmi les prétendues servitudes légales, il en est d'ailleurs un grand nombre qui existent non dans l'intérêt d'un fonds, mais dans l'intérêt public. Il n'y a donc pas alors de fonds dominant.

Les seules véritables servitudes sont celles qui dérivent de la volonté de l'homme. Le législateur l'a du reste reconnu lui-même, car c'est seulement dans le chapitre III qu'il trace les règles générales applicables aux servitudes. La classification qu'il a adoptée tient sans doute à ce qu'il a voulu réunir dans un même cadre le tableau complet de toutes les dispositions qui, malgré les différences d'origine et de nature existant entre elles, ont pour résultat commun de réglementer la propriété foncière (1).

1) Demolombe, t. XI, n° 9.

CHAPITRE PREMIER

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX

1101. Dans ce chapitre, la loi traite successivement :

1° Des eaux (art. 640 à 645);

2° Du bornage des propriétés contiguës (art. 646);

3° De la clôture des propriétés (art. 647 et 648).

SECTION I

DES EAUX

1102. Les art. 640 à 645 s'occupent : 1° de la servitude relative à l'écoulement naturel des eaux; 2° des droits des propriétaires sur les eaux pluviales et les eaux de source; 3° des droits des propriétaires sur les eaux courantes qui bordent ou qui traversent leur héritage.

Après avoir étudié dans trois paragraphes les dispositions du code sur ces matières, avec les modifications qu'elles ont reçues de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, nous exposerons dans un 4° paragraphe les additions que des lois spéciales y avaient antérieurement apportées.

§ 1. — *De la servitude relative à l'écoulement naturel des eaux.*

1103. « *Les fonds inférieurs, dit l'art. 640, sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent 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.* »

Tout propriétaire dont le fonds est bordé par un terrain plus élevé que le sien est tenu de recevoir, sans pouvoir prétendre à aucune indemnité, les eaux qui descendent du fonds supérieur, dès lors qu'elles arrivent sur son propre fonds par le seul effet de la pente naturelle du sol, en dehors de tout travail de l'homme. En même temps que les eaux, il doit, bien entendu, recevoir le cas échéant, les terres, sables, cailloux qu'elles charrient ou entraînent avec elles.

Il lui est interdit de faire aucun ouvrage qui, en arrêtant l'écoulement naturel des eaux, les ferait refluer sur le fonds supérieur ou sur les fonds voisins. S'il veut se clore, il doit laisser à l'eau un passage suffisant. Dès

lors qu'il n'apporte aucun obstacle à l'écoulement, il demeure du reste entièrement libre d'exécuter sur son fonds tous les travaux qui lui paraissent de nature à alléger la servitude, par exemple creuser des fossés pour régulariser et faciliter le passage de l'eau. Son intérêt le déterminera d'ordinaire à agir ainsi; mais, s'il ne le fait pas, le propriétaire supérieur ne pourra pas l'y contraindre, alors même qu'il viendrait à souffrir de son inertie. La loi ne l'astreint point en effet à procurer le libre écoulement des eaux, mais seulement à le subir et à ne rien faire qui puisse l'entraver. C'est au propriétaire du fonds supérieur de procéder, à ses frais, aux travaux nécessaires pour rendre, s'il y a lieu, la servitude efficace. Le propriétaire inférieur ne pourrait pas lui refuser à cet effet l'entrée de son fonds (1).

De son côté, le propriétaire supérieur doit s'abstenir, sur son propre fonds, de tout acte qui serait de nature à rendre plus onéreuse ou plus gênante la servitude du fonds inférieur, soit en donnant à l'eau un cours plus rapide, soit en l'imprégnant d'éléments nuisibles. On ne saurait toutefois lui refuser le droit de faire sur son fonds les fossés et rigoles sans lesquels il n'y aurait pas de culture possible.

Depuis la confection du code, la servitude très limitée de l'art. 640 a reçu, à plusieurs reprises, de notables aggravations dans l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie. Diverses lois, et en dernier lieu celle du 8 avril 1898, ont, dans certains cas, permis d'imposer à un propriétaire l'obligation de recevoir des eaux dont l'écoulement du fonds supérieur n'est pas exclusivement naturel. Mais alors la servitude, contrairement à ce qui a lieu dans le cas prévu par l'art. 640, peut donner lieu à une indemnité.

§ 2. — *Des droits des propriétaires sur les eaux pluviales et les eaux de source.*

1104. Cette matière est régie aujourd'hui par la loi du 8 avril 1898 qui a entièrement modifié la rédaction des art. 641, 642 et 643.

Art. 641. « *Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. — Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude d'écoulement établie par l'art. 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur. — La même disposition est applicable aux eaux de sources nées sur un fonds. — Lorsque, par des sondages ou des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir; mais ils ont droit à une indemnité, en cas de dommage résultant de leur écoulement. — Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par*

1) Cour de cass., 9 juillet 1883, D. 84, 1, 277, S. 84, 1, 231.

les paragraphes précédents. — Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes prévues par ces paragraphes et le règlement, s'il y a lieu, des indemnités dues aux propriétaires des fonds inférieurs, sont portées, en premier ressort, devant le juge de paix du canton qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété. — S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. »

Art. 642. « Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage. — Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété. — Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever 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. »

1105. Le code ne s'était pas occupé spécialement des *eaux pluviales*; mais tout le monde était d'accord pour les attribuer au propriétaire du terrain sur lequel elles étaient tombées. Il y avait seulement quelques dissidences sur le point de savoir à quel titre celui-ci en acquérait la propriété, les uns soutenant que c'était à titre d'*occupation*, les autres à titre d'*accession*, en vertu de l'art. 552 al. 1. Sans prendre la peine de trancher cette question, le législateur de 1898 s'est borné à consacrer le droit de propriété du maître du sol en disant qu'il peut *user et disposer* librement de ces eaux. Il lui est donc loisible de les retenir en totalité et de les employer à tel usage que bon lui semble, de les céder gratuitement ou à titre onéreux, ou, s'il ne lui convient pas d'en tirer parti, de les laisser couler sur les fonds inférieurs, suivant la pente naturelle du terrain.

Après avoir formulé ce principe, le nouvel art. 641 modifie le droit antérieur. Sous l'empire du code, la servitude naturelle d'écoulement de l'art. 640 ne devant pas être aggravée par le fait du propriétaire du fonds supérieur, celui-ci pouvait se trouver dans l'impossibilité de diriger ou d'utiliser comme il l'aurait voulu les eaux pluviales tombées sur son terrain. La loi de 1898 a fait disparaître cette restriction. Sauf à payer, le cas échéant, une indemnité au propriétaire inférieur, le propriétaire du fonds supérieur peut aujourd'hui donner aux eaux pluviales une direction qui aggrave la servitude de l'art. 640, par exemple en les recueillant dans des gouttières ou dans des canaux, ou bien faire de ces eaux un usage susceptible de produire une aggravation de même nature, par exemple s'en servir pour l'exercice d'une industrie.

Mais ce propriétaire ne saurait, même à charge d'une indemnité, opérer

sur son fonds des changements qui auraient pour résultat de faire déverser les eaux sur des fonds autres que ceux qui se trouvent assujettis à la servitude d'écoulement de l'art. 640, d'après la pente naturelle du terrain. « Décider le contraire, disent les nouveaux éditeurs de MM. Aubry et Rau, ce serait non plus étendre la servitude d'écoulement des eaux créée par le code civil, mais instituer une servitude entièrement nouvelle. Or l'ensemble des dispositions de la loi de 1898 démontre avec évidence que le législateur a entendu uniquement consacrer certaines aggravations de la servitude existant déjà sur des héritages déterminés, et nullement asservir des fonds jusqu'alors affranchis de toute charge. » D'autre part, la loi nouvelle affranchit expressément de l'aggravation qu'elle établit les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations.

Le propriétaire d'un fonds sur lequel s'écoulent des eaux pluviales provenant d'un fonds supérieur a sur ces eaux les mêmes droits que si elles étaient tombées directement sur son fonds.

Quant aux eaux pluviales tombant ou coulant non sur une propriété privée, mais sur une voie publique, elles n'appartiennent à personne et deviennent la propriété du premier occupant. Les riverains peuvent donc s'en emparer à leur passage vis-à-vis de leurs fonds, à la condition de n'employer pour opérer cette dérivation aucun moyen susceptible de nuire à la voie publique. Toutefois il est loisible à l'État, aux départements et aux communes, autorisés à retirer des voies publiques dont l'entretien est à leur charge tous les avantages qu'elles peuvent procurer sans que leur destination en souffre, de concéder à un particulier l'usage exclusif des eaux tombant ou coulant sur une route nationale ou départementale, sur un chemin vicinal ou rural (1).

1106. Tout propriétaire d'un terrain est, comme tel, propriétaire des *sources* qui jaillissent dans ce terrain, sans qu'il y ait à distinguer si elles ont surgi naturellement ou si elles ont été amenées à la surface du sol par des fouilles ou des sondages (art. 552). Il peut en conséquence user des eaux à sa volonté, les absorber entièrement en les employant à tels usages que bon lui semble, les laisser s'écouler sur les fonds inférieurs tenus de les recevoir sans indemnité si leur écoulement n'est pas le résultat du travail de l'homme, ou bien encore les céder à titre onéreux ou à titre gratuit à un autre qu'au propriétaire du fonds sur lequel les porterait la pente naturelle du terrain.

On a soutenu cependant que la loi de 1898 avait enlevé au propriétaire du fonds où jaillit la source le droit de disposer des eaux au profit d'un tiers. Cette restriction résulte, dit-on, des termes du nouvel art. 642. Après avoir dit, comme l'ancien art. 641, que celui qui a une source dans son

1) Aubry et Rau, § 245, texte et note 5.

fonds « peut en user à sa volonté », le nouveau texte ajoute en effet « dans les limites et pour les besoins de son héritage ». Ces derniers mots impliquent qu'il a droit seulement à la quantité d'eau qu'il peut utiliser sur son propre terrain et qu'il est tenu de laisser l'excédent s'écouler sur les fonds inférieurs, suivant la pente naturelle du terrain, sans pouvoir les en priver. D'après cette opinion, le propriétaire du fonds d'émergence n'aurait donc plus aujourd'hui sur les eaux de la source qu'un droit de priorité, droit existant d'ailleurs sans aucune limitation pour les besoins de son héritage, il ne jouirait plus du droit absolu de disposition qui lui appartenait sous l'empire du code (1). Mais si l'art. 642 al. 1 avait une semblable portée, l'art. 643 qui, dans le cas où la source forme dès le point où elle surgit un véritable cours d'eau, interdit d'en détourner les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs serait complètement inutile, puisqu'il ne ferait que répéter, pour les sources ayant un débit considérable, une règle déjà formulée dans l'article précédent pour toutes les sources sans exception. Il nous paraît dès lors impossible de voir dans les termes du nouvel art. 642 autre chose qu'un vestige des nombreux changements de rédaction opérés au cours de l'élaboration de la loi de 1898 (2).

Dans le système du code, le propriétaire qui avait fait apparaître une source sur son fonds, soit par des travaux exécutés dans ce but, soit même fortuitement et involontairement, par exemple en faisant des excavations pour asseoir les fondations d'un édifice, ne pouvait pas contraindre les propriétaires inférieurs à recevoir les eaux de cette source, leur écoulement étant le résultat du travail de l'homme. dérogeant sur ce point encore au code civil, la loi du 8 avril 1898, afin de favoriser la bonne exploitation des terres, permet à tout propriétaire qui, par des travaux quelconques, a fait surgir sur son fonds une source dont le débit est supérieur à ses besoins, de faire écouler les eaux sur les fonds inférieurs, sauf indemnité si ces derniers en reçoivent quelque dommage.

1106 bis. Les maisons et les cours, jardins, parcs ou enclos attenants aux habitations sont affranchis des diverses aggravations de servitude introduites par la loi de 1898.

Dans un but de célérité et d'économie, cette loi attribue au juge de paix la connaissance en premier ressort de toutes les contestations relatives soit à l'établissement et à l'exercice de la servitude d'écoulement, soit au règlement des indemnités auxquelles elle peut donner lieu. Elle recommande à ce magistrat de concilier, en statuant, les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et décide que, s'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert.

1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 7^e édition, t. I, n^o 1667.

2) Aubry et Rau, § 244, note 4 *ter*.

1107. D'ordinaire, avant d'apparaître à la surface du sol, les eaux de source circulent souterrainement sur un espace plus ou moins long et traversent ainsi plusieurs propriétés différentes. Il est donc possible qu'en exécutant des travaux sur son terrain soit pour y chercher de l'eau, soit dans tout autre but, un propriétaire fasse tarir une source qui surgissait auparavant sur un autre fonds, ou diminue sensiblement le volume d'eau qu'elle débitait. Il ne devra, à raison de ce fait, aucune indemnité, car en faisant sur son propre terrain tels travaux qu'il jugeait à propos, il a simplement usé de son droit. *Neminem lædit qui suo jure utitur* (1).

1108. Au droit de libre disposition appartenant en principe au propriétaire sur le fonds duquel une source a surgi naturellement ou artificiellement, la loi apporte trois restrictions.

1109. A. Le propriétaire du fonds d'émergence ne peut priver le propriétaire inférieur des avantages qu'il retire de la source lorsque celui-ci a acquis par prescription un droit à l'usage de l'eau (art. 642 al. 2). — Pour qu'il y ait prescription au profit du propriétaire inférieur, il ne suffit point que l'eau de la source ait coulé pendant trente ans sur son fonds, lors même que, pendant tout ce temps, elle aurait été employée dans l'intérêt de ce fonds. Le droit de disposition du propriétaire de la source étant une *pure faculté* n'est point en effet susceptible de se perdre par le non-usage (art. 2232) et, d'un autre côté, le propriétaire inférieur étant tenu de recevoir les eaux découlant du fonds supérieur, le fait d'avoir supporté cette charge ne saurait lui faire acquérir un droit. La prescription n'est possible qu'autant qu'il est intervenu un acte impliquant, de la part du propriétaire inférieur, l'intention d'acquérir sur l'eau de la source un droit propre à l'encontre du propriétaire supérieur et, de la part de celui-ci, l'abdication de son droit de libre disposition par l'inaction dans laquelle il est resté en présence de l'entreprise de son voisin. Cet acte c'est, d'après l'art. 642 al. 2, la confection, sur le fonds où jaillit la source, d'ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans le fonds inférieur.

La prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où les ouvrages sont *terminés*. Tant qu'ils sont seulement en cours d'exécution, la loi les considère comme révélant un simple projet, plutôt qu'une intention arrêtée d'acquérir un droit à l'encontre du propriétaire de la source.

Les ouvrages doivent avoir été faits *sur le fonds où jaillit la source*. En formulant textuellement cette condition, sur laquelle l'ancien art. 642 ne s'était pas expliqué, le législateur de 1898 a tranché une controverse qui existait depuis la confection du code. La plupart des auteurs estimaient que des ouvrages exécutés sur le fonds inférieur pouvaient suffire pour faire courir

1) Cour de cass., 25 octobre 1886, D. 87, 1, 373, S. 87, 1, 373.

la prescription (1). La jurisprudence se prononçait très fortement en sens contraire. Elle exigeait que les travaux eussent été faits au moins en partie sur le fonds supérieur, de telle sorte que le propriétaire de ce fonds eût le droit d'en exiger la suppression (2). En adoptant cette dernière solution, les auteurs de la loi de 1898 ont fait une exacte application des principes de la prescription. Toute prescription suppose un empiètement sur le droit d'autrui ; elle commence par une usurpation que le temps légitime en transformant le fait en droit. Or le propriétaire inférieur qui se borne à exécuter des travaux sur son propre terrain n'empiète en rien sur le droit du propriétaire supérieur. En s'emparant des eaux qui sont entrées sur son fonds, et qui ont cessé par là même d'appartenir au propriétaire du fonds supérieur, il n'exerce pas une servitude à l'encontre de celui-ci ; il ne fait qu'user de son droit. Il ne saurait acquérir par prescription une servitude sur le fonds voisin.

Les ouvrages doivent être *apparents*. Un aqueduc souterrain, des tuyaux enfouis dans le sol et ne révélant leur existence par aucun signe extérieur ne suffiraient point pour faire courir la prescription. Une des conditions requises par le droit commun pour que la prescription soit possible est en effet la *publicité* de la possession (art. 2229). Or la possession du propriétaire inférieur n'est pas publique quand elle s'exerce par des ouvrages non apparents dont le propriétaire supérieur peut ne point avoir connaissance.

Les ouvrages doivent être *permanents*. Ce mot a été ajouté par la loi de 1898. Il ne figurait point dans l'ancien texte de l'art. 642 ; mais on était d'accord pour le suppléer, la possession exercée au moyen d'ouvrages non permanents manquant d'une des conditions requises pour la prescription, la *continuité*. Ainsi il a été jugé qu'un barrage mobile, placé de temps en temps, ou le curage du fossé par lequel s'écoulaient les eaux de la source, ne pouvait servir de base à la prescription (3).

Lorsque les conditions qui viennent d'être exposées se trouvent réunies, le propriétaire du fonds inférieur a acquis le droit à l'usage de l'eau dans la mesure où il en a usé pendant la durée de sa possession, conformément à la règle *Tantum præscriptum quantum possessum*. Supposons par

1) Aubry et Rau, § 244, note 17 ; Marcadé sur l'art. 642 ; Ducaurroy, Bonnier et Rouslain, t. II, n° 268 ; Demante, t. II, n° 493 bis ; Laurent, t. VII, n° 203 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 834.

2) Cour de cass., 4 mars 1885, D. 86, 1, 34, S. 88, 1, 108 ; — 24 janvier 1888, D. 88, 1, 246, S. 90, 1, 452 ; — 12 mars 1890, S. 90, 1, 221 ; — 5 juillet 1893, D. 93, 1, 595, S. 93, 1, 376 ; — 16 juillet 1896, D. 96, 1, 561. — Dans le même sens Demolombe, t. XI, n° 80 ; Duranton, t. V, n° 181 ; Huc, t. IV, n° 268.

3) Pau, 28 janvier 1889, D. 89, 2, 291 ; — Cour de cass., 6 juillet 1892, D. 92, 1, 488 ; — 5 juillet 1893, D. 93, 1, 595, S. 93, 1, 376.

exemple qu'il ait utilisé les eaux de la source pour faire tourner un moulin. Il aura droit au volume d'eau qui lui est nécessaire pour cet usage et le propriétaire de la source ne pourra plus disposer désormais que du surplus.

1110. B. Le propriétaire d'une source ne peut plus en user à sa volonté lorsque cette source fournit aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau l'eau qui leur est nécessaire. L'art. 642 al. 3, qui formule cette deuxième restriction au droit du propriétaire, reproduit à peu près les termes de l'ancien art. 643.

Après être sortie du fonds d'émergence, l'eau d'une source vient couler sur un terrain où 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. Par cela seul que les eaux de la source sont nécessaires à ce groupe d'habitants, la loi, faisant prévaloir leur intérêt collectif sur le droit du propriétaire, impose à celui-ci l'obligation de leur en laisser l'usage, sans qu'il lui soit possible de les en priver d'une manière quelconque, soit en les détournant, soit en les absorbant, soit en les rendant impropres à la consommation. Mais la loi ne va pas jusqu'à permettre aux habitants de réclamer l'usage d'une eau qui ne se répand point au dehors et qu'il leur faudrait aller chercher sur le fonds où elle émerge, en venant la puiser directement sur ce fonds ou en y établissant un aqueduc (1). Rien n'indique que le léger changement de rédaction apporté par la loi de 1898 au texte de l'ancien art. 643 ait eu pour but d'aggraver sous ce rapport la situation du propriétaire de la source.

Si avant d'arriver au lieu où les habitants de la commune, du village ou du hameau ont un libre accès, l'eau de la source traverse un ou plusieurs fonds intermédiaires, les propriétaires de ces fonds sont tenus de la même obligation que le propriétaire du fonds d'émergence. La loi préférant l'intérêt collectif des habitants au droit du propriétaire de la source, le préfère à plus forte raison à celui des propriétaires intermédiaires lequel est en principe à la discrétion de propriétaire de la source (2).

Établie exclusivement en faveur des agglomérations d'habitants formant au moins un hameau, la servitude dont il s'agit est en outre subordonnée à la double condition que les eaux de la source soient destinées à *la consommation personnelle* des membres de la communauté ou à celle de leurs bestiaux ou animaux domestiques, et qu'elles leur soient *nécessaires* pour cet usage. Elle ne saurait donc être invoquée dans l'intérêt de l'irrigation ou pour l'exercice d'une industrie. Les travaux préparatoires sont formels sur ce point. D'un autre côté, il ne suffirait pas pour donner lieu à l'appli-

1) Cour de cass., 1^{er} juillet 1890, D. 90, 1, 355, S. 92, 2, 15; — 25 mai 1891, S. 91, 1, 245.

2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 841.

cation de notre article que l'usage des eaux de la source fût pour les habitants plus agréable ou plus commode que l'emploi de celles qu'ils auraient par ailleurs à leur disposition en quantité suffisante.

Le propriétaire de la source sur laquelle les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau prétendent exercer le droit que leur reconnaît l'art. 642 al. 3 est fondé à réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts, ou plus exactement par la justice sur un rapport d'experts, à moins que les intéressés ne s'entendent à l'amiable. Cette indemnité doit être calculée non d'après l'avantage que l'eau procure aux habitants, mais seulement eu égard au préjudice qu'éprouve le propriétaire de la source en se trouvant privé du droit d'en disposer librement. Toutefois le propriétaire ne peut, nous dit la loi, réclamer une indemnité qu'autant que les habitants *n'ont pas acquis ou prescrit l'usage de l'eau*. Par le mot *acquis* la loi fait allusion au cas où il existe un titre (convention ou testament) concédant aux habitants le droit à l'usage de l'eau. C'est alors à ce titre qu'il faut se reporter pour connaître les conditions auxquelles la concession est soumise. Si elle a été faite gratuitement, ou en échange d'un avantage conféré au propriétaire, celui-ci n'a aucune indemnité à réclamer. Quant à la prescription, ce n'est point évidemment une prescription *acquisitive*, le droit d'user de l'eau étant conféré aux habitants par la loi elle-même. La prescription dont il est ici question est une prescription *extinctive* ou *libératoire*, ayant pour effet de les affranchir de l'obligation de payer une indemnité. Cette prescription est accomplie à leur profit lorsque le propriétaire a laissé passer trente ans, depuis qu'ils ont commencé à user de l'eau, sans réclamer l'indemnité à laquelle il avait droit (1).

1111. C. Le droit de disposer librement des eaux d'une source cesse d'exister au profit du propriétaire du fonds où elle jaillit lorsque le débit de cette source est assez considérable pour qu'elle forme, dès sa sortie du fonds d'émergence, un véritable cours d'eau. « *Si, dès la sortie des fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs* » (art. 643). Le droit de propriété et de libre disposition de la source fait donc place en pareil cas à un simple droit d'usage analogue à celui qui appartient au propriétaire dont le fonds est traversé par une eau courante venant du dehors. Le législateur de 1898 a voulu, par cette innovation, garantir les intérêts des agriculteurs ou des industriels qui, ayant utilisé l'eau en aval, se trouvaient, s'ils n'étaient en mesure d'invoquer la pres-

1) Demolombe, t. XI, n° 98; Aubry et Rau, § 245, texte et note 38; Laurent, t. VII, n° 222; Marcadé, sur l'art. 643; Demante t. II, n° 474 bis, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 269, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 842.

cription, à l'entière discrétion du propriétaire du fonds d'émergence, lequel pouvait, d'un moment à l'autre, mettre à sec le lit du ruisseau formé par la source. La portée pratique du nouvel art. 643 est du reste assez restreinte, une source ayant bien rarement un débit suffisant pour former à elle seule un véritable cours d'eau.

1112. Les règles qui précèdent s'appliquent aux sources ordinaires. Les sources d'eau minérale sont l'objet d'une protection et d'une réglementation particulières (loi du 14 juillet 1856).

§ 3. — *Des droits des propriétaires sur les eaux courantes qui bordent leur héritage ou qui le traversent.*

1113. Les riverains d'un cours d'eau dépendant du domaine public, c'est-à-dire d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable, n'ont aucun droit sur ce cours d'eau. Ils peuvent à la vérité obtenir de l'administration l'autorisation de se servir des eaux soit pour l'irrigation de leurs propriétés, soit pour tout autre usage; mais cette autorisation ne leur confère qu'une jouissance purement précaire. Elle demeure essentiellement subordonnée aux exigences de l'intérêt public et peut toujours être révoquée ou modifiée si cet intérêt l'exige (loi du 8 avril 1898, art. 40 à 45).

1114. Il en est autrement des riverains d'un cours d'eau qui ne dépend point du domaine public. Aux termes de l'art. 644, « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'art. 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.* »

Les droits que cet article reconnaît aux propriétaires riverains sur les eaux courantes sont plus ou moins étendus suivant qu'il s'agit de fonds traversés ou simplement bordés par ces eaux.

Le propriétaire dont le fonds est *traversé* par une eau courante, et qui se trouve ainsi riverain des deux côtés à la fois, peut se servir de l'eau non seulement pour l'irrigation, mais encore pour tout autre usage d'utilité ou d'agrément. Il est autorisé à pratiquer à cet effet des rigoles ou des saignées, à élever des barrages et même à détourner en totalité le cours de l'eau pour la faire circuler et serpenter à son gré dans sa propriété, à charge de la rendre à son cours ordinaire au point où il cesse d'être propriétaire des deux rives, afin que les riverains inférieurs puissent en user à leur tour.

Celui dont la propriété est simplement *bordée* par une eau courante a en face de lui un autre riverain ayant, comme lui, droit à l'eau. Il peut en

conséquence se servir de l'eau à son passage, mais il ne lui est pas permis d'en détourner le cours.

L'art. 644 dispose que le riverain d'un seul côté peut se servir de l'eau *pour l'irrigation de ses propriétés*. Est-ce à dire que l'irrigation soit le seul usage auquel ce riverain ait le droit d'employer l'eau? Nous ne le pensons pas, une semblable différence entre le cas où l'eau borde simplement une propriété et celui où elle la traverse n'ayant aucune raison d'être. Le législateur, en s'exprimant ainsi, nous paraît avoir statué *de eo quod plerumque fit*, l'irrigation des terres étant l'usage principal et ordinaire des petits cours d'eau, sans vouloir exclure les autres usages qui peuvent, aussi bien que l'irrigation, se concilier avec le droit égal et réciproque du propriétaire de la rive opposée (1).

Le riverain d'un seul côté, comme celui dont la propriété est traversée par une eau courante peut faire sur son fonds des prises d'eau au moyen de rigoles ou de saignées et même à l'aide de barrages, sauf à se munir à cet effet de l'autorisation administrative (loi du 8 avril 1898, art. 11). Mais il ne peut établir un barrage jusqu'à la rive opposée qu'après avoir obtenu volontairement ou judiciairement le droit d'appui sur cette rive (loi du 11 juillet 1847), ni même le prolonger au delà du milieu du cours d'eau sans l'assentiment de son co-riverain (loi du 8 avril 1898, art. 2).

Voici maintenant certaines règles générales applicables à tous les riverains, que leurs fonds soient traversés ou simplement bordés par le cours d'eau.

1° La loi n'ayant point déterminé la zone dans laquelle le droit à l'eau peut être exercé, ni l'époque à laquelle il faut s'attacher pour déterminer ses limites, il s'ensuit, d'une part, que chaque riverain a le droit de se servir de l'eau dans toute l'étendue de sa propriété et par conséquent de l'employer à l'irrigation de terres situées à une grande distance du cours d'eau, si sa propriété s'étend jusque là sans solution de continuité, et, d'autre part, qu'en cas de contestation, il y a lieu de considérer uniquement l'état de la propriété au moment du litige. Le bénéfice de l'irrigation s'étend de plein droit aux terrains nouvellement acquis par le riverain et ajoutés par lui à sa propriété, et réciproquement ce bénéfice est perdu pour les terrains qui, après avoir fait partie du fonds riverain, en sont séparés par une aliénation ou par un partage. Le droit à l'eau peut, on le voit, être réparti d'une façon très inégale entre les divers riverains et son étendue est essentiellement variable.

2° Il est loisible aux riverains de concéder à des tiers, même non riverains, le droit aux eaux tel qu'il leur appartient.

1) Aubry et Rau, § 246; Laurent, t. VII, n° 283; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 850. — Cour de cass., 17 janvier 1888, D. 88, 1, 75, S. 88, 1, 149.

3° Les riverains ou leurs concessionnaires ne doivent rien faire qui soit de nature à causer aux autres riverains un dommage injuste. Ainsi il leur est interdit d'user des eaux de façon à les altérer ou à les corrompre au préjudice des riverains inférieurs, ou d'exécuter des ouvrages qui auraient pour résultat de modifier l'écoulement naturel des eaux soit en les retenant pendant un intervalle plus ou moins long et en rendant leur cours intermittent, soit en les faisant refluer sur les fonds voisins ou en y occasionnant des infiltrations (1).

4° Les droits respectifs des riverains tels qu'ils viennent d'être exposés peuvent être modifiés par une convention ou par la prescription.

La convention par laquelle un des riverains renonce en tout ou en partie au profit d'un autre aux droits qui lui appartiennent en vertu de l'art. 644 est opposable à tous les riverains en tant qu'elle ne lèse pas leurs propres droits. Elle est en outre obligatoire pour les successeurs même à titre particulier de ceux entre lesquels elle est intervenue.

Comme toute faculté légale, le droit concédé aux riverains par l'art. 644 est imprescriptible en ce sens qu'il ne peut se perdre par le simple non-usage. En d'autres termes, le seul fait de la part d'un riverain d'avoir, pendant plus de trente ans, négligé d'user de son droit aux eaux ne le rend pas non recevable à s'en prévaloir, et cela alors même qu'un autre riverain aurait profité de cette abstention pour jouir des eaux dans une plus large mesure. Cette jouissance plus étendue ne constitue qu'une possession purement précaire insuffisante pour conduire à la prescription (2). Mais si, non content d'user des eaux au lieu et place de celui qui n'en use point, un des riverains empiète directement sur le droit de ce dernier en lui déniait, par une contradiction formelle, l'exercice de la faculté conférée par l'art. 644, et que, malgré cette contradiction, le voisin demeure dans l'inaction et laisse écouler plus de trente ans sans protester, la prescription sera acquise contre lui, et l'autre riverain aura acquis le droit d'user des eaux dans la mesure de sa possession (3).

La contradiction au droit d'un riverain résultera spécialement de travaux apparents et permanents au moyen desquels un autre riverain aura détourné à son profit un volume d'eau supérieur à celui auquel il peut prétendre en vertu de l'art. 644. Il n'est pas nécessaire ici, comme dans le cas de l'art. 642, que les travaux aient été exécutés sur le fonds de celui

1) Cour de cass., 6 juillet 1897, S. 97, 1, 536,

2) Lyon, 26 janvier 1881, D. 82, 2, 16, S. 82, 2, 204; — Pau, 16 mars 1887, D. 87, 2, 256; — Bordeaux, 23 mai 1893, D. 94, 2, 55.

3) Demolombe, t. XI, n° 177; Aubry et Rau, § 246; Laurent, t. VII, n° 308; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 862. — Cour de cass., 11 janvier 1881, D. 81, 1, 134, S. 81, 1, 194; — 25 octobre 1887, D. 88, 1, 106; — 28 février 1888, D. 89, 1, 23.

contre lequel la prescription est invoquée. Mais ils ne sauraient évidemment constituer par eux-mêmes une contradiction suffisante au droit du riverain auquel ils sont opposés qu'autant qu'ils émanent d'un riverain supérieur, des travaux exécutés en aval ne mettant point obstacle à l'usage des eaux en amont. Dans ce dernier cas, la contradiction devra être formulée dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire impliquant de la part de l'auteur des travaux la prétention de s'opposer à l'exercice des droits que le riverain supérieur tient de l'art. 644.

1115. La concurrence des droits appartenant aux divers riverains selon la situation respective de leurs propriétés donne lieu entre eux à des contestations fréquentes. Plus qu'en toute autre matière l'indivision est ici fertile en querelles, parce que l'eau est rarement assez abondante pour suffire aux besoins de tous les intéressés. Les tribunaux appelés à statuer sur ces sortes d'affaires sont investis d'un large pouvoir d'appréciation qui leur permet de tenir compte des circonstances très diverses qui peuvent se présenter. La loi se borne à indiquer dans l'art. 645 l'esprit dont ils doivent s'inspirer dans leurs décisions. « *S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, dit cet article, 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 décisions rendues en cette matière par les tribunaux civils sont fréquemment désignées en pratique sous le nom de *règlements d'eau*. Ces règlements judiciaires, qui n'ont rien de commun avec ceux qu'interdit l'art. 5 du code civil, n'ont, comme tous les jugements, qu'une autorité relative. Ils ne sauraient être opposés qu'à ceux qui ont été parties dans l'instance (art. 1351). Les riverains qui sollicitent un règlement d'eau doivent donc avoir la précaution de mettre en cause tous ceux qui pourraient avoir intérêt à le contester. Mais, à la différence des jugements ordinaires, les règlements d'eau n'ont jamais force de chose irrévocablement jugée même entre ceux qui étaient parties en cause. Ils sont toujours susceptibles d'être modifiés sur la demande des intéressés. La raison en est que la situation en vue de laquelle ils ont été rendus peut changer. Un des riverains augmente sa propriété par des acquisitions nouvelles; une terre arable est convertie en prairie ou réciproquement. De là naissent de nouveaux besoins qui n'ont pu être prévus par le règlement primitif et auxquels il devra être donné satisfaction par un règlement nouveau.

1116. Le pouvoir discrétionnaire que la loi reconnaît aux tribunaux pour régler les droits respectifs des riverains cesse d'exister lorsque ceux-ci ont, par des arrangements particuliers, déterminé d'un commun accord le mode de jouissance des eaux. La convention fait alors la loi des

parties (art. 1134) et le devoir des tribunaux est de la maintenir et d'en assurer l'exécution. C'est vraisemblablement à cette situation que l'art. 645 fait allusion en parlant des *règlements particuliers*.

Les juges doivent également respecter les droits qui seraient acquis à l'un des riverains par la prescription.

Enfin, ils sont tenus d'observer les *règlements locaux*, c'est-à-dire les règlements émanant de l'autorité administrative. L'administration est chargée de la conservation et de la police des cours d'eau non navigables et non flottables (loi du 8 avril 1898, art. 8). Il lui appartient de prendre à cet effet, dans un but d'intérêt général, les mesures propres soit à faciliter le libre écoulement des eaux et à prévenir les dommages qu'elles pourraient causer, soit à en assurer le meilleur mode de jouissance ou de distribution. La loi de 1898 ne fait à cet égard que consacrer et préciser les principes posés par les lois antérieures (loi en forme d'instruction des 12-20 août 1790, chap. VI; loi des 28 sept.-6 oct. 1791, art. 15 et 16; décrets du 25 mars 1852, art. 4 et du 13 avril 1861, art. 2).

Le pouvoir dont l'administration est investie en cette matière s'exerce tantôt par voie de disposition générale, tantôt par voie de décisions particulières.

Quand il y a lieu de fixer le régime général d'un cours d'eau, il y est procédé par décret rendu après enquête et dans la forme des règlements d'administration publique. Cette réglementation doit être faite de manière à concilier autant que possible les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et aux droits ou usages antérieurement établis (loi de 1898, art. 9).

L'administration statue par voie de décisions particulières lorsqu'il s'agit de mesures relatives à tel ou tel point déterminé d'un cours d'eau. C'est ainsi qu'elle fixe la hauteur des retenues et ordonne, si elle le juge nécessaire, la démolition ou la modification des ouvrages qui mettent obstacle à la marche régulière des eaux. Elle accorde également les autorisations exigées pour la construction des barrages ou autres ouvrages destinés à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine. Il est statué en pareil cas non par décret, mais par arrêté préfectoral.

Les tribunaux civils doivent assurer l'exécution non seulement des règlements généraux faits par l'administration, mais encore des arrêtés préfectoraux prescrivant des mesures d'intérêt général. Quant à ceux de ces arrêtés qui accordent des autorisations sollicitées dans un intérêt purement privé, ils ne mettent point obstacle à ce que l'autorité judiciaire examine les réclamations des riverains qui se prétendent lésés dans leurs droits par les travaux exécutés avec l'autorisation administrative. Les tribunaux peuvent alors non seulement accorder des dommages-intérêts, mais encore ordonner la suppression ou la modification des ouvrages (loi de 1898, art. 10 à 17).

§ 4. — *Des modifications apportées aux dispositions du code civil relatives aux eaux antérieurement à la loi du 8 avril 1898.*

1117. Ces modifications, auxquelles la loi de 1898 n'a porté aucune atteinte, résultent des lois du 29 avril 1845, du 11 juillet 1847 et du 10 juin 1854.

1118. Les lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 ont pour but commun de favoriser les irrigations et de donner aux propriétaires le moyen d'en étendre le bénéfice à des fonds qui auparavant en étaient privés. Elles établissent dans ce but trois servitudes : la servitude d'aqueduc, la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation et la servitude d'appui.

1119. Sous l'empire du code civil, le propriétaire qui, ayant de l'eau à sa disposition, voulait s'en servir pour arroser un fonds non contigu à celui où cette eau se trouvait, ne pouvait la faire passer sur les fonds intermédiaires qu'avec le consentement des propriétaires de ces fonds. Le refus de la part de ceux-ci de lui concéder le passage rendait donc l'irrigation impossible. Par faveur pour l'agriculture, la loi du 29 avril 1845 a permis de vaincre leur résistance et de les contraindre à souffrir le passage de l'eau sur leurs fonds. L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « *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.* »

Ce texte comprend dans sa généralité toutes les eaux dont le propriétaire qui demande l'établissement de la servitude d'aqueduc a le droit de disposer, quelles que soient la nature de ces eaux et la cause d'où résulte pour lui le droit d'en disposer. Ainsi la servitude d'aqueduc peut être réclamée non seulement par le propriétaire qui a dans son fonds des eaux pluviales, une source, un lac, un étang, mais encore par celui qui, n'ayant pas d'eau lui appartenant, s'est fait concéder le droit de dériver des eaux appartenant à une autre personne ou qui a obtenu de l'administration l'établissement d'une prise d'eau sur un cours d'eau dépendant du domaine public (1).

Établie uniquement dans l'intérêt de l'agriculture, la servitude d'aqueduc ne s'applique qu'aux eaux destinées à l'irrigation. Un propriétaire ne saurait contraindre ses voisins à souffrir le passage sur leurs fonds d'eaux affectées à des usages domestiques ou industriels. Mais, dès qu'il s'agit d'eaux destinées à l'irrigation, il y a lieu à la constitution de la servitude quelle que soit la nature des fonds dans l'intérêt desquels elle est réclamée et quel que soit aussi le mode d'arrosage qui devra être employé.

1) Cour de cass., 14 juillet 1875, D. 76, 1, 364, S. 76, 1, 470; — 29 mai 1877, D. 77, 1, 425, S. 78, 1, 30; — 17 janvier 1888, D. 88, 1, 75, S. 88, 1, 149.

La servitude d'aqueduc n'existe pas de plein droit. A défaut d'un arrangement amiable, le propriétaire qui veut l'obtenir doit s'adresser à la justice, laquelle est investie d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'apprécier l'utilité et la convenance de l'opération projetée et peut refuser le passage demandé si elle estime que l'établissement de la servitude n'est pas justifié par un intérêt suffisamment sérieux et paraît, à raison des circonstances, présenter plus d'inconvénients que d'avantages. C'est afin de consacrer ce pouvoir discrétionnaire des tribunaux que, dans le texte définitif, on a substitué les mots *pourra obtenir* à l'expression *pourra réclamer* qui se trouvait dans la rédaction primitive.

Il appartient également aux tribunaux de déterminer le *mode* suivant lequel s'exercera la servitude, spécialement de décider si l'eau sera conduite souterrainement ou à ciel ouvert à travers les fonds assujettis (art. 4).

Le propriétaire qui obtient l'établissement de la servitude d'aqueduc doit payer aux propriétaires des fonds traversés une juste et préalable indemnité. « Le respect de la propriété, disait le rapporteur de la loi à la Chambre des députés, a porté à exiger que l'indemnité fût préalable et payée avant le commencement des travaux et sans la prise de possession provisoire. L'indemnité doit aussi être juste, c'est-à-dire proportionnée au dommage réel qu'éprouve le propriétaire du fonds traversé par les eaux. Dans cette appréciation doit entrer non seulement la valeur du terrain dont il se trouve privé par le canal et ses dépendances, mais encore le préjudice que lui causent la confection et l'existence du canal et la séparation de la propriété en deux ou plusieurs parties. Cette indemnité est au reste indépendante de celle qui pourra lui être due pour les dégradations que sa propriété viendrait à éprouver par l'irruption des eaux et qui résulteraient de la négligence que le propriétaire des eaux apporterait dans l'entretien et le curage de l'aqueduc. »

Les propriétaires des fonds sur lesquels l'aqueduc est établi n'ont pas le droit de se servir des eaux à leur passage. Un amendement tendant à leur reconnaître ce droit fut repoussé dans la crainte des contestations incessantes qu'aurait fait naître l'usage commun des eaux. Mais il est loisible aux intéressés de faire à cet égard telles conventions que bon leur semble.

La loi du 29 avril 1845, dont le législateur de 1898 s'est inspiré dans la nouvelle rédaction de l'art. 641, affranchit de la servitude d'aqueduc dont elle autorise l'établissement les *maisons* et aussi les *cours, jardins, parcs* et *enclos* pourvu qu'ils soient *attenants à une habitation*.

1120. Le propriétaire qui a amené l'eau sur son terrain doit, si elle n'est pas absorbée en totalité, avoir le moyen de se débarrasser de l'excédent; autrement l'avantage que la loi a voulu lui accorder deviendrait illusoire, la stagnation des eaux d'irrigation pouvant être non moins funeste que l'absence d'eau. La servitude d'aqueduc appelait donc comme

corollaire nécessaire l'établissement d'une seconde servitude, la servitude d'écoulement. L'art. 2 de la loi de 1845 porte en conséquence : « *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 servitude dont il s'agit ne frappe pas seulement, comme au cas de l'art. 640, les fonds sur lesquels les eaux s'écouleraient par la pente naturelle du terrain, mais tous les fonds inférieurs, en ce sens que, suivant les circonstances dont l'appréciation est laissée aux tribunaux, elles peuvent être dirigées sur des fonds qui ne les recevraient pas naturellement (1).

Une indemnité *pourra être due* aux propriétaires des fonds soumis à la servitude d'écoulement. Cette formule indique qu'il n'y a pas toujours lieu à indemnité. Bien souvent en effet l'écoulement des eaux sur les fonds inférieurs, loin de leur être dommageable, constituera pour eux un avantage. Les tribunaux apprécieront.

1121. Bien qu'elle ait pour objet principal *les irrigations*, la loi de 1845 s'est occupée accessoirement d'une autre question. Dans le double but de rendre à la culture des terrains submergés et de prévenir les maladies engendrées par les eaux stagnantes, elle permet de faire écouler les eaux nuisibles à travers les fonds voisins. Aux termes de son 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.* » Cette disposition fut introduite dans la loi par voie d'amendement, au cours de la discussion à la Chambre des députés. Par les mots *fonds intermédiaires*, empruntés maladroitement à l'art. 1^{er} de la même loi, on doit entendre les fonds qui séparent le terrain submergé d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. Le propriétaire du terrain submergé peut obtenir la faculté de diriger les eaux sur ces fonds au moyen de fossés ou autres ouvrages jusqu'au lieu où elles doivent se perdre.

La faculté de passage peut être accordée quelles que soient la cause de la submersion et la nature des eaux qu'il s'agit de faire écouler, sauf aux magistrats à user pour prévenir tout abus du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient quant à l'établissement de la servitude et quant à son mode d'exercice.

1122. Nous nous bornons à reproduire les art. 4 et 5 de la loi du 29 avril 1845.

Art. 4. « *Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation du parcours de la conduite d'eau, de ses*

1) Aubry et Rau, § 241.

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. »*

1123. La loi du 11 juillet 1847 forme le complément de la loi du 29 avril 1845.

Il arrive fréquemment que pour pouvoir user des eaux courantes il est nécessaire d'en élever le niveau au moyen de barrages ou autres ouvrages analogues. Or, dans la théorie du code, celui-là seul pouvait librement faire des travaux de ce genre qui était propriétaire des deux rives du cours d'eau. Celui qui n'était riverain que d'un seul côté ne pouvait appuyer aucun ouvrage sur la rive opposée, à moins que le propriétaire de cette rive ne voulût bien l'y autoriser. La loi du 29 avril 1845 n'ayant point, sous ce rapport, dérogé au code civil, il convenait, pour lui assurer son plein et entier effet, de rendre possible l'établissement forcé d'une servitude d'appui. C'est ce qu'a fait la loi du 11 juillet 1847. Aux termes de l'art. 1 de cette 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 la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations. »*

Comme la servitude d'aqueduc, la servitude d'appui ne peut être réclamée que pour les besoins de l'irrigation et moyennant une juste et préalable indemnité, à raison du préjudice actuel que l'établissement du barrage fait éprouver au propriétaire sur le terrain duquel il est appuyé. Le paiement de cette indemnité ne fait du reste nullement obstacle à une demande ultérieure en dommages-intérêts au cas où le barrage une fois établi viendrait à occasionner un préjudice au propriétaire soumis à la servitude, par exemple en faisant refluer l'eau sur sa propriété et en l'inondant.

D'un autre côté, les tribunaux jouissent, en ce qui concerne cette servitude, comme pour la servitude d'aqueduc, d'un pouvoir discrétionnaire qui leur permet de rejeter la demande lorsqu'elle ne leur paraît pas justifiée par un intérêt sérieux, ou lorsque l'établissement de la servitude causerait un préjudice considérable aux propriétés riveraines.

La loi de 1847 affranchit de la servitude les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations. Mais, à la différence de la loi de 1845, elle n'étend

pas l'exception aux parcs et enclos. La servitude d'appui étant beaucoup moins gênante que la servitude d'aqueduc, le législateur aura pensé que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux suffisait à garantir les propriétaires de parcs ou enclos, sans qu'il fût besoin d'établir en leur faveur une dispense générale et absolue.

La servitude d'appui présente une autre différence avec la servitude d'aqueduc. Tandis que les propriétaires des fonds sur lesquels s'exerce la servitude d'aqueduc ne sont pas autorisés à se servir de l'eau, le riverain grevé de la servitude d'appui peut devenir copropriétaire du barrage établi ou à établir : « *Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien; aucune indemnité ne sera respectivement due dans ce cas; et celle qui aurait été payée devra être rendue. — Lorsque cet usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demandera devra seul supporter l'excédent de dépenses auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives* » (art. 2). Lorsque, sans prétendre aucun droit sur le barrage lui-même, le riverain grevé de la servitude se borne à tirer parti de la surélévation des eaux produite par le travail effectué, il ne peut être exigé de lui aucune contribution; pas plus qu'il ne peut être réclamé une indemnité aux autres riverains en amont qui profitent également de cette surélévation. Mais le propriétaire du barrage demeure toujours libre de le supprimer à son gré.

La loi du 11 juillet 1847 se termine par les dispositions suivantes que nous avons déjà rencontrées dans la loi du 29 avril 1845 :

Art. 3. « *Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des 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.* »

1124. Comme la loi du 11 juillet 1847, la loi du 10 juin 1854 a pour but de développer et de compléter la loi du 29 avril 1845.

L'art. 3 de cette dernière loi autorise, on l'a vu, l'établissement d'une servitude pour l'écoulement des eaux nuisibles. Mais, comme il ne parle que des *terrains submergés*, on avait généralement conclu de cette formule qu'il n'était applicable que dans le cas où la surface du sol était réellement *inondée et couverte d'eau*. Or il y a des terrains qui, sans être couverts d'eau, sont constamment humides et par suite insalubres ou stériles. Le remède à cet état de choses est le *drainage*, opération qui consiste à placer à une certaine profondeur des tuyaux destinés à faciliter l'écoulement de

l'eau par le sous-sol. La loi du 10 juin 1854 a eu pour but d'étendre à cette hypothèse la servitude que les termes de la loi de 1845 semblaient limiter au cas de submersion, en même temps que de réglementer et de faciliter les entreprises de drainage. Aux termes de l'art. 1^{er} de cette loi, « *Tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'assèchement, 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 diffèrent de ceux de l'art. 3 de la loi de 1845. Tandis que ce dernier, conforme en cela à l'art. 1^{er} de la même loi, porte que « la faculté de passage sur les fonds intermédiaires *pourra être accordée* au propriétaire d'un terrain submergé », l'art 1^{er} de la loi de 1854 dit que « tout propriétaire *peut conduire* les eaux... » On s'accorde à conclure de cette différence de rédaction que la servitude de passage des eaux provenant du drainage existe de plein droit, en ce sens que les tribunaux ne sont pas autorisés à en refuser l'établissement par le motif que les avantages de l'opération ne seraient pas en rapport avec les inconvénients résultant pour les propriétés assujetties de l'exercice de la servitude. On ne peut que regretter cette décision et le défaut d'harmonie existant sous ce rapport entre la loi de 1854 et celle de 1845 (1).

L'art. 2 reconnaît aux propriétaires des fonds traversés ou même simplement voisins le droit de se servir, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds, des ouvrages faits par le propriétaire des terrains drainés : « *Les propriétaires des fonds voisins ou traversés ont la faculté de se servir des travaux faits en vertu de l'article précédent, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds. — Ils supportent dans ce cas : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent ; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires ; et 3° pour l'avenir, une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs.* »

Les autres articles de la loi de 1854 sont relatifs aux associations formées entre propriétaires voisins en vue de procéder à des travaux d'ensemble pour le drainage de leurs propriétés (art. 3 et 4 ; joignez la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales, modifiée elle-même par la loi du 22 déc. 1888, art. 1 al. 9, 2 et 18) ; — aux contestations qui peuvent s'élever en cette matière et dont la connaissance est attribuée en premier ressort au juge de paix (art. 5) ; — enfin à la répression des délits de destruction d'ouvrages ou d'entrave à l'écoulement des eaux (art. 6).

1) Demolombe, t. XI, n° 236 ; Aubry et Rau, § 242, texte et note 3 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 889.

SECTION II

DU BORNAGE DES PROPRIÉTÉS CONTIGÜES

1125. Le bornage est une opération consistant à fixer par des marques extérieures et certaines la limite qui sépare deux fonds contigus, afin de prévenir les empiètements que l'un des voisins pourrait commettre contre l'autre soit volontairement soit par erreur.

« *Tout propriétaire, dit l'art. 646, peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.* » Il est bien évident que le droit pour chaque propriétaire d'exiger de son voisin le bornage de leurs fonds n'est pas une servitude. Il n'y a pas là une charge imposée à l'un des fonds au profit de l'autre; il n'y a pas un fonds dominant et un fonds servant. Il s'agit simplement d'une obligation réciproque entre propriétaires voisins. Mais la loi ayant rangé parmi les servitudes les obligations qui, à raison du voisinage, s'attachent activement ou passivement à la propriété et se transmettent avec elle, l'obligation de procéder au bornage trouvait ici naturellement sa place, cette obligation dérivant pour les propriétaires voisins de la situation respective de leurs fonds.

Le bornage a lieu *contradictoirement* entre les intéressés et il n'est opposable qu'à ceux qui y ont été parties. Une clôture établie unilatéralement par un propriétaire ne mettrait donc pas obstacle à une demande en partage de la part du propriétaire voisin (1).

Bien que l'art. 646 ne parle que du propriétaire, le droit de demander le bornage appartient également à quiconque a dans l'immeuble un droit réel, par exemple à l'usufruitier. Mais le bornage opéré avec l'usufruitier seul ne serait pas opposable au nu propriétaire, lequel pourrait en provoquer un nouveau même pendant la durée de l'usufruit.

Lorsque les intéressés sont d'accord, ils peuvent faire le bornage à l'amiable, de telle manière et par tel acte que bon leur semble. S'ils ne parviennent pas à s'entendre, le bornage a lieu en justice. Le juge compétent pour statuer est celui de la situation des biens à délimiter. Avant la loi du 25 mai 1838, l'action en bornage devait être portée devant le tribunal civil. Cette loi en a attribué la connaissance au juge de paix « lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés » (art. 6). Il y a contestation sur la propriété, et par suite le juge de paix cesse d'être compétent, quand les parties ne s'entendent pas sur les limites respectives de leurs fonds et que l'une prétend être propriétaire au-delà de la ligne jusqu'à laquelle l'autre soutient au contraire que sa propriété s'étend. Tel serait le cas où l'une des parties possédant une étendue de terrain plus considérable

1) Cour de cass., 4 mars 1879, D. 79, 1, 183, S. 79, 1, 297.

que celle qui est énoncée dans son titre prétend avoir acquis par la prescription une portion du fonds dont le bornage est demandé.

Le juge de paix devant lequel est soulevée une question de propriété n'a point, en général, à en apprécier le mérite et doit se déclarer incompétent même d'office. C'est alors le tribunal saisi de la question de propriété qui opérera, s'il y a lieu, l'abornement du terrain dont il déclarera une des parties propriétaire (1). Toutefois, si la contestation apparaissait dès le premier abord comme dépourvue de tout caractère sérieux et n'était manifestement qu'un prétexte imaginé pour entraver l'action en bornage, le juge de paix serait autorisé à ne pas s'y arrêter. Autrement il serait au pouvoir des parties de rendre illusoire la compétence attribuée à ce magistrat en matière de bornage (2).

La loi n'a déterminé ni la procédure à suivre, ni le mode d'après lequel les limites doivent être fixées. La nomination d'experts arpenteurs choisis par les parties ou nommés d'office et la visite des lieux par le juge sont les mesures d'instruction ordinaires en pareil cas. Les experts, pour la rédaction de leur procès-verbal, et le juge, pour sa décision, doivent interroger les titres, la possession, les anciennes traces de délimitation, le cadastre, les plans non suspects et autres documents analogues.

Parfois on profite de l'opération du bornage pour corriger les irrégularités que présente la ligne séparative des deux héritages. Il y alors entre les parties une sorte d'échange. Mais cette rectification n'est possible qu'autant que les parties y consentent; le juge ne pourrait pas la leur imposer.

Les limites, une fois reconnues et constatées, sont déterminées par des signes extérieurs appelés *bornes*. Les bornes sont ordinairement des pierres enfoncées dans le sol et disposées de telle façon que pour connaître la limite précise des deux propriétés il suffit de tracer une ligne droite de l'une à l'autre. Il est d'usage dans quelques régions de placer au pied de ces pierres en les plantant certains objets, dont le procès-verbal de l'opération fait mention, et qui servent à faire reconnaître leur destination en même temps qu'à prévenir leur déplacement. Ces objets, que l'on appelle *témoins* ou *garants*, sont, par exemple, du charbon, des morceaux de verre ou de métal, des tuiles brisées ou autres substances de nature à se conserver longtemps. Souvent aussi on recourt pour assurer la fixité des bornes au procédé dit de l'*enchaînement*, qui consiste à relever la distance existant entre chaque borne et toutes les autres. Si une borne vient à être enlevée ou déplacée, il sera facile de retrouver sa place en mesurant les distances

1) Cour de cass., 18 juin 1884, D. 85, 1, 213, S. 87, 1, 479; — 21 mars 1892, D. 92, 1, 248, S. 92, 1, 376.

2) Aubry et Rau, § 199, texte et note 42. — Cour de cass., 25 août 1880, D. 81, 1, 64, S. 80, 1, 468; — 29 juillet 1884, D. 85, 1, 52.

qui la séparaient de ses voisines. Le point où se réuniront les lignes ainsi tracées sera l'emplacement de la borne disparue (1).

Le bornage, dit l'art. 646 se fait à *frais communs*. Cela veut dire que les parties doivent supporter chacune la moitié des frais qu'il entraîne. Quelles que soient l'étendue et la valeur respectives des deux fonds, le bornage procure en effet aux deux voisins le même avantage, celui de prévenir des usurpations et des procès. Mais la disposition de l'art. 646 ne s'applique qu'aux frais du bornage lui-même, c'est-à-dire au prix des bornes, du travail à faire pour les placer, et au coût du procès-verbal d'abornement. Les frais d'arpentage ou de mesurage sont supportés par les propriétaires proportionnellement à l'importance de leurs fonds. Quant aux frais des procès auxquels le bornage peut donner lieu, ils sont, conformément au droit commun, à la charge de la partie qui succombe (art. 130, c. pr.).

Le bornage une fois opéré, soit d'un commun accord, soit en vertu d'une décision judiciaire, forme la loi des parties quant à la délimitation de de leurs fonds. Il est définitif et irrévocable et ne peut être attaqué, lorsqu'il a eu lieu à l'amiable, que pour les causes qui d'après le droit commun, permettent de demander la nullité des conventions et, quand il a eu lieu en justice, par les voies de recours admises contre les décisions judiciaires. Mais, lorsque la question de propriété n'a pas été soulevée, il est sans effet relativement à cette question et par conséquent il ne ferait point obstacle à une demande ultérieure en revendication.

Si les bornes plantées venaient à disparaître, chacun des intéressés pourrait demander qu'il en fût placé de nouvelles conformément au procès-verbal d'abornement. Toutefois, ce procès-verbal n'aurait plus aucune valeur s'il s'était écoulé plus de trente ans depuis la disparition des bornes. L'action résultant de la convention ou du jugement de bornage étant alors éteinte par la prescription, les parties se trouveraient replacées au même état que s'il n'y avait pas eu de bornage et chacune d'elles aurait le droit d'en demander un nouveau. Alors même que les bornes subsisteraient encore, les effets du bornage pourraient du reste se trouver anéantis par une possession trentenaire contraire à la délimitation opérée.

Il ne faut pas confondre avec la disparition des bornes provenant d'un accident ou d'un événement de la nature, l'enlèvement ou le déplacement volontaire de ces marques de délimitation. Ce dernier fait peut donner lieu non seulement à l'action en rétablissement dont il vient d'être parlé, mais encore à une action possessoire et même à des poursuites correctionnelles (art. 3 n° 2 c. pr. et art. 456 c. pr.).

1) Huc, t. IV, n° 306.

SECTION III

DE LA CLÔTURE

1126. Aux termes de l'art. 647, « *Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'art. 682.* »

La faculté de se clore est une conséquence du droit qui appartient à tout propriétaire de faire sur son fonds tout ce que bon lui semble et de s'en réserver l'usage exclusif. Sous l'empire de notre ancienne législation, cette faculté comportait des restrictions résultant du *droit de chasse* réservé au seigneur et des *droits de vaine pâture et de parcours*. Le but de l'art. 647 est d'indiquer que ces restrictions n'existent plus. Loin d'établir ou de reconnaître une servitude quelconque, il ne fait donc que consacrer la suppression de celles qui existaient autrefois.

Après avoir posé en principe que tout propriétaire peut clore son héritage, notre article ajoute cependant : *sauf l'exception portée en l'art. 682*. Ces mots font allusion au droit de passage que le propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire n'ayant pas d'issue permettant d'y accéder et de le desservir, peut obtenir sur les fonds voisins. Mais il n'y a pas là une véritable exception au principe de la liberté de la clôture. Les propriétaires tenus de fournir le passage ne sont point en effet privés de la faculté de se clore; ils doivent seulement, s'ils veulent en user, laisser une ouverture suffisante pour que le passage puisse s'exercer (1). Il en est ainsi non seulement au cas d'enclave, que la loi a cru devoir mentionner spécialement, mais dans tous les cas où un fonds se trouve grevé d'une servitude de passage.

1127. A la différence du droit féodal de chasse, aboli avec les autres privilèges dans la nuit du 4 août 1789, les droits de vaine pâture et de parcours ont survécu à la révolution, sauf suppression des entraves qu'ils apportaient au droit de clôture, et l'un d'eux subsiste encore, dans une certaine mesure à l'heure actuelle. Nous en dirons quelques mots, le code y faisant allusion dans l'art. 648.

La vaine pâture est le droit réciproque appartenant aux habitants d'une même commune de faire paître leurs bestiaux sur les terres les uns des autres lorsque ces terres sont dépouillées de leurs récoltes et ne sont pas encore ensemencées.

Le parcours, appelé aussi *entrecours* ou *marchage*, est le droit de vaine pâture exercée respectivement non plus par les habitants d'une même commune, mais par ceux de deux communes voisines.

Dans l'ancienne France, la vaine pâture variait quant à sa nature suivant les localités. Tandis que, dans certains pays, elle était regardée comme une

1) Caen, 20 janvier 1891, D. 92, 2, 176, S. 91, 2, 202.

simple tolérance et ne mettait pas obstacle au droit que les propriétaires avaient de se clore, ailleurs elle constituait une véritable servitude légale à laquelle les propriétaires ne pouvaient pas se soustraire en entourant leurs fonds d'une clôture.

La loi des 28 septembre-6 octobre 1791 maintint les droits de vaine pâture et de parcours antérieurement établis, mais elle déclara que ces droits ne feraient pas obstacle à la faculté de se clore. « Le droit de parcours et le droit de simple vaine pâture, disait l'art. 5, titre I, sect. IV de cette loi, ne peuvent en aucun cas empêcher les propriétaires de clore leurs héritages; et tout le temps qu'un héritage sera clos, il ne pourra être assujéti ni à l'un ni à l'autre droit. » L'article suivant déterminait le mode de clôture qui devait être employé pour qu'un fonds fût soustrait à la vaine pâture. Et comme le nombre des têtes de bétail que chaque propriétaire pouvait envoyer à la vaine pâture ou au parcours était proportionnel à l'étendue de terrain qu'il possédait, la loi disposait que celui qui, par la clôture, soustrairait une partie de son domaine à l'exercice de ce droit verrait diminuer proportionnellement la quantité de bestiaux pour laquelle il pourrait désormais en user (art. 16). Le code reproduisit sur ce point la disposition de la loi de 1791. « *Le propriétaire qui veut se clore, dit l'art. 648, perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.* »

Telle a été la législation en vigueur jusqu'en 1889. La matière est régie aujourd'hui par une loi destinée à faire partie du code rural, la loi du 9 juillet 1889, modifiée dans ses art. 2, 5 et 12 par la loi du 22 juin 1890.

L'art. 1^{er} de cette loi abolit d'une façon absolue le droit de parcours, sauf indemnité pour le cas où il avait été établi à titre onéreux. « *Le droit de parcours est aboli. La suppression de ce droit ne donne lieu à indemnité que s'il a été acquis à titre onéreux. Le montant de l'indemnité est réglé par le conseil de préfecture, sauf renvoi aux tribunaux ordinaires en cas de contestation sur le titre.* »

En ce qui concerne la vaine pâture, la loi distingue entre la vaine pâture proprement dite ou communale appartenant, conformément à la définition ci-dessus, à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité du territoire d'une commune ou section de commune, et la vaine pâture établie à titre particulier sur un héritage déterminé.

Cette dernière, qui fait l'objet de l'art. 12 de la loi nouvelle, est *déclarée maintenue*, sauf la faculté pour le propriétaire du fonds grevé de s'en affranchir moyennant une indemnité ou par voie de cantonnement : « *Néanmoins la vaine pâture fondée sur un titre et établie sur un héritage déterminé, soit au profit d'un ou de plusieurs particuliers, soit au profit de la généralité des habitants d'une commune, est maintenue et continuera à s'exercer conformément aux droits acquis. Mais le propriétaire de l'hé-*

ritage grevé pourra toujours s'affranchir, soit moyennant une indemnité fixée à dire d'experts, soit par voie de cantonnement. »

La vaine pâture proprement dite est au contraire déclarée abolie en principe. Mais un délai d'un an a été accordé aux conseils municipaux et aux intéressés pour en réclamer le maintien. « *Le droit de vaine pâture appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité du territoire d'une commune ou d'une section de commune, cessera de plein droit un an après la promulgation de la présente loi. Toutefois, dans l'année de cette promulgation, le maintien du droit de vaine pâture, fondé sur une ancienne loi ou coutume, sur un usage immémorial, ou sur un titre, pourra être réclaté au profit d'une commune ou d'une section de commune, soit par délibération du conseil municipal, soit par requête d'un ou plusieurs ayant-droit adressée au préfet. — En cas de réclamation particulière, le conseil municipal sera mis en demeure de donner son avis dans les six mois; à défaut de quoi il sera passé outre » (art. 2).*

« *La demande de maintien, qu'elle émane d'un conseil municipal ou qu'elle émane d'un ou plusieurs ayant-droit, sera soumise au conseil général, dont la délibération sera définitive si elle est conforme à la délibération du conseil municipal. S'il y a divergence, la question sera tranchée par décret rendu en conseil d'État » (art. 3 al. 1).*

Huit mille communes environ ont demandé et obtenu le maintien de la vaine pâture. Dans toutes les autres elle se trouve donc définitivement abolie.

Même dans les communes où elle a été maintenue, elle peut du reste, aujourd'hui encore, être supprimée par décision du conseil général, sur la demande du conseil municipal. En cas de désaccord entre ces deux assemblées, la question est tranchée par un décret rendu en conseil d'État. « *Si le droit de vaine pâture a été maintenu, le conseil municipal pourra seul ultérieurement, après enquête de commodo et incommodo, en proposer la suppression, sur laquelle il sera statué dans les formes ci-dessus indiquées » (art. 3 al. 2).*

Les articles suivants (4 à 11) déterminent le mode d'exercice de la vaine pâture, les terres sur lesquelles elle s'exerce, les personnes qui peuvent en profiter et le droit de réglementation appartenant en cette matière aux conseils municipaux.

CHAPITRE II

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

1128. « *Les servitudes établies par la loi ont pour objet, ou l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers* » (art. 649).

Il y a donc deux sortes de servitudes légales : des servitudes d'utilité publique, générale ou communale et des servitudes d'utilité privée.

Les premières appartiennent non au droit civil, mais au droit administratif auquel renvoie l'art. 650, en se bornant à mentionner à titre d'exemples quelques-unes 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.* »

Sous le nom de *marchepied*, la loi comprend ici deux servitudes distinctes qui grèvent les propriétés riveraines des cours d'eau navigables ou flottables : la servitude de *halage* et la servitude de *marchepied*. Ces deux servitudes consistent dans l'obligation imposée aux propriétaires riverains de laisser libre, le long de chaque rive, une bande de terre d'une largeur déterminée. La servitude de halage existe sur la rive où les chevaux *halent* ou tirent les bateaux. Le marchepied ou *contre-halage* existe sur la rive opposée. Le long des rivières simplement flottables, il n'y a pas de chemin de halage, mais le marchepied est dû sur l'une et l'autre rive. Régie naguère par l'ordonnance sur les eaux et forêts du mois d'août 1669, titre XXVIII, art. 7, cette servitude fait aujourd'hui l'objet des art. 46 à 51 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux.

Art. 46. « Les propriétaires riverains des fleuves et rivières navigables ou flottables sont tenus, dans l'intérêt du service de la navigation et partout où il existe un chemin de halage, de laisser le long des bords desdits fleuves et rivières, ainsi que sur les îles où il en est besoin, un espace libre de 7^m,80 de largeur. — Ils ne peuvent planter d'arbres ni se clore par haies ou autrement qu'à une distance de 9^m,75 du côté où les bateaux se tirent et de 3^m,25 sur le bord où il n'existe pas de chemin de halage. »

Art. 47. « Lorsque l'intérêt du service de la navigation le permettra, les distances fixées par l'article précédent seront réduites par un arrêté ministériel. »

Art. 48. « Les propriétaires riverains qui veulent faire des constructions, plantations ou clôtures le long des fleuves ou rivières navigables ou flottables peuvent, au préalable, demander à l'administration de reconnaître la limite

de la servitude. — Si, dans les trois mois à compter de la demande, l'administration n'a pas fixé la limite, les constructions, plantations ou clôtures faites par les riverains ne peuvent plus être supprimées que moyennant indemnité. »

Art. 49. « Lorsqu'une rivière ou partie de rivière est rendue navigable ou flottable, et que ce fait a été déclaré par un décret, les propriétaires riverains sont soumis aux servitudes établies par l'art. 46; mais il leur est dû une indemnité proportionnée au dommage qu'ils éprouvent, en tenant compte des avantages que l'établissement de la navigation ou du flottage peut leur procurer. — Les propriétaires riverains d'une rivière navigable ou flottable auront également droit à indemnité lorsque, pour les besoins de la navigation, la servitude de halage sera établie sur une rive où cette servitude n'existait pas.

Art. 50. « Les contestations relatives à l'indemnité due aux propriétaires à raison de l'établissement de la servitude de halage sont jugées en premier ressort par le juge de paix du canton. — S'il y a expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert. »

Art. 51. « Dans le cas où l'administration juge que la servitude de halage est insuffisante et veut établir le long du fleuve ou de la rivière un chemin dans des conditions constantes de viabilité, elle doit, à défaut du consentement exprès des riverains, acquérir le terrain nécessaire à l'établissement du chemin, en se conformant aux lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. »

Mentionnons également la restriction apportée aux droits des propriétaires riverains par l'art. 52 de la même loi aux termes duquel « Il est interdit d'extraire, sans autorisation spéciale, des terres, sables et autres matières à une distance moindre de 11^m,70 de la limite des fleuves et rivières navigables ou flottables.

Le long des rivières flottables à bûches perdues il existe, sous le nom de *servitude de passage pour la conduite du flot*, une servitude analogue à celle de marchepied. L'art. 7, titre XVII de l'ordonnance du 23 décembre 1672 porte à cet égard : « Les propriétaires riverains des rivières flottables à bûches perdues seront tenus de laisser un chemin de quatre pieds pour le passage des ouvriers préposés par les marchands pour pousser aval de l'eau lesdits bois » (Joign. arrêté du 12 nivôse an V).

La loi du 8 avril 1898 contient sur ce sujet les dispositions suivantes :

Art. 31. « Le flottage à bûches perdues ne peut être établi sur les cours d'eau où il n'existe pas actuellement que par un décret rendu après enquête et avis des conseils généraux des départements traversés par ces cours d'eau. Ce décret sera inséré au *Bulletin des lois*. — Le décret détermine les servitudes nécessaires pour l'exercice du flottage et règle les

obligations respectives des propriétaires riverains, des usiniers et des flotteurs. »

Art. 32. « L'indemnité due à raison de ces servitudes est fixée en premier ressort par le juge de paix du canton. — Il est tenu compte, dans le règlement de cette indemnité, des avantages qui peuvent résulter du flottage. »

Art. 33. « Sont maintenus, tant qu'ils n'auront pas été révisés, conformément aux dispositions des art. 31 et 32 ci-dessus, tous les règlements spéciaux relatifs aux rivières et cours d'eau sur lesquels se pratique le flottage à bûches perdues. »

L'art. 650 mentionne en second lieu les servitudes relatives à la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. Cette formule se réfère sans doute principalement au droit qui appartient aux agents de l'administration d'occuper momentanément les propriétés privées et d'y pratiquer des fouilles pour en extraire les pierres, le sable et autres matériaux nécessaires à la confection des travaux publics (V. les lois des 28 sept.-6 oct. 1791, titre I, sect. VI, art. 1, du 16 sept. 1807, art. 55, du 21 mai 1836, art. 17, du 15 juillet 1845, art. 3, du 20 août 1881, art. 14, et du 29 déc. 1892).

Nous avons indiqué au titre *de la Propriété* un grand nombre d'autres restrictions apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété.

1129. L'art. 651 s'exprime ainsi qu'il suit en ce qui concerne les servitudes légales d'utilité privée : « *La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.* » Le mot *obligations* n'est pas employé ici dans son acception technique. Comme les servitudes proprement dites résultant du fait de l'homme, les servitudes légales constituent en effet des droits réels et non des droits personnels.

L'art. 652 ajoute : « *Partie de ces obligations 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.* »

Les lois sur la police rurale, dont il est question dans le premier alinéa de cet article, se trouvent aujourd'hui condensées dans la loi du 21 juin 1898, destinée à faire partie du code rural.

L'alinéa 2 renferme l'énumération des sujets traités dans les cinq sections que comprend le chapitre II. Plusieurs articles de ce chapitre ont été, nous le verrons, modifiés par la loi du 20 août 1881 intitulée : *Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre I 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.*

SECTION I

DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS

1130. L'intitulé de cette section est loin de donner une idée complète des diverses matières qu'elle renferme. Il y est question non seulement du mur et du fossé mitoyens, mais encore de la mitoyenneté des haies et même, depuis la loi du 20 août 1881, de la mitoyenneté de toutes les clôtures quelles qu'elles soient, du cas où les divers étages d'une maison appartiennent à différents propriétaires, et enfin de la distance à observer pour les plantations.

§ 1. — *De la mitoyenneté.*

1131. La mitoyenneté est une copropriété ou communauté avec indivision forcée.

Au lieu d'appartenir à un seul individu, une même chose peut appartenir simultanément à plusieurs personnes. Il y a alors *copropriété* ou *communauté*.

La copropriété existe avec ou sans indivision.

Elle existe sans indivision, quand le droit de chaque copropriétaire porte sur une portion distincte et séparée de la même chose. C'est ce qui a lieu au cas d'existence sur un immeuble d'un droit de superficie et, dans une certaine mesure, lorsque les divers étages d'une même maison appartiennent à des personnes différentes.

Il y a indivision quand le droit de chacun des copropriétaires porte non sur une portion matériellement déterminée, mais sur chacune des molécules dont l'ensemble constitue la chose entière. Ainsi un père meurt laissant un immeuble à ses deux enfants. Ceux-ci seront copropriétaires de cet immeuble jusqu'à concurrence de moitié; mais le droit de chacun portera sur toutes les parcelles de l'immeuble indistinctement et rencontrera sur chacune d'elles le droit égal de son copropriétaire.

En général, quand une chose appartient par indivis à plusieurs personnes, chacun des copropriétaires peut en demander le partage, c'est-à-dire qu'il peut exiger qu'à son droit général sur l'ensemble de la chose soit substitué un droit privatif et exclusif sur une part fixe de cette chose, part dont l'importance est déterminée d'après l'étendue du droit qu'il avait dans la chose entière (art. 815). La raison en est que l'indivision est un obstacle à la bonne exploitation des biens et qu'elle amène presque fatalement des conflits entre les communistes. Il n'en est pas de même en cas de mitoyenneté. L'indivision est alors forcée; chacun des copropriétaires ne pouvant retirer de la chose mitoyenne le service qu'elle est destinée à rendre qu'au-

tant qu'elle demeure indivise. Partager ce serait détruire. La cessation de la mitoyenneté n'est possible que si l'un des communistes renonce à son droit, ce qu'il peut avoir intérêt à faire afin de se soustraire aux charges qui en résultent pour lui.

Cette différence n'est pas la seule qui existe entre la copropriété ordinaire et la mitoyenneté.

Tandis que nul ne peut en principe être contraint de céder sa propriété en tout ou en partie, si ce n'est pour cause d'utilité publique, la cession de la mitoyenneté est quelquefois forcée. Un propriétaire peut, dans certains cas, exiger du propriétaire voisin qu'il lui cède la mitoyenneté de son mur (art. 661).

Un copropriétaire ordinaire ne peut pas faire d'innovations sur la chose commune sans le consentement de ses copropriétaires. Il en est autrement en cas de mitoyenneté (art. 657 et 658).

Enfin la mitoyenneté comporte certains modes de preuve qui lui sont propres (art. 653).

Le code ne parle de la mitoyenneté qu'en ce qui concerne les clôtures; ce qui tient à ce qu'elle est surtout fréquente en cette matière. Mais elle peut aussi exister dans d'autres cas. Il y a mitoyenneté toutes les fois que la copropriété porte sur des choses affectées comme accessoires indispensables au service de plusieurs biens appartenant à des propriétaires différents, la destination même de ces choses leur imprimant un caractère d'indivision forcée. C'est ce qui a lieu notamment pour les ruelles, allées, passages, puits, communs à plusieurs maisons, ainsi que pour le sol et certaines parties des maisons divisées par étage entre plusieurs propriétaires. Avant 1881 il existait un autre cas de mitoyenneté d'une application assez fréquente dans les contrées où la propriété rurale est très morcelée. Nous voulons parler des *sentiers* ou *chemins d'exploitation*. On appelle ainsi des chemins servant exclusivement à la desserte de fonds voisins appartenant à des propriétaires différents. Ces chemins ont souvent pour origine la division en plusieurs parcelles d'une propriété plus étendue dans laquelle on a ménagé, lors du partage, des voies de communication intérieure pour le service des divers fonds désormais séparés. A la différence des chemins ruraux, appartenant à la commune et affectés à l'usage public, ce sont des voies privées dont les propriétaires peuvent interdire l'accès au public. En l'absence de titres, on les considérait autrefois comme formant dans toute leur longueur une propriété indivise entre les divers riverains. La loi du 20 août 1881 a admis une autre solution. Elle dispose dans son art. 33 que les chemins et sentiers d'exploitation sont, à défaut de titres, présumés appartenir aux propriétaires riverains, *chacun en droit soi*, mais que l'usage en est commun à tous les intéressés; ce qui veut dire qu'ils sont réputés appartenir privativement aux riverains pour la portion qui borde ou qui

traverse le fonds de chacun d'eux, à la charge pour ceux-ci de subir sur la portion qui leur appartient en propre le passage des autres ayant-droit. A la copropriété indivise se trouve ainsi substituée une propriété divise, l'usage seul demeurant en commun.

On n'est pas d'accord sur l'étymologie du mot *mitoyenneté*. Les uns pensent qu'il dérive de *moi* et *toi*, la chose mitoyenne appartenant à moi et à toi. Ils font observer en ce sens que, dans l'ancien français, on disait *metoyen* et même *moitoyen*. Les autres le font dériver de *meta*, expression de la basse latinité qui a formé autrefois le vieux mot *mitan*, encore usité dans certaines localités, et, dans le français moderne les mots *moitié*, *milieu*.

1. Du mur mitoyen.

A. Des cas dans lesquels un mur est mitoyen.

1132. Un mur est mitoyen quand il a été construit à frais communs par deux voisins sur la ligne séparative de leurs héritages, ou lorsque l'un d'eux seulement l'ayant fait construire sur la limite extrême de son terrain, l'autre en a acquis la mitoyenneté à titre onéreux ou à titre gratuit.

La loi reconnaît à tout propriétaire dont le terrain est bordé par un mur appartenant privativement au voisin le droit d'exiger de celui-ci qu'il lui cède la mitoyenneté de son mur. « *Tout propriétaire joignant un mur, dit l'art. 661, 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.* » Si cette disposition n'existait pas, le propriétaire qui a besoin d'un mur serait obligé, dans le cas où le voisin refuserait de lui céder la mitoyenneté du sien, d'adosser un nouveau mur à celui qui existe déjà. La loi, dans l'intérêt général aussi bien que dans l'intérêt privé, a voulu éviter cette perte inutile d'argent et de terrain.

Le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté d'un mur n'est attribué par notre article qu'au propriétaire *joignant ce mur*. Si donc le propriétaire du mur a, en dehors de son mur, une portion de terrain, si minime qu'elle soit, le voisin ne pourra pas le contraindre à lui céder, en même temps que ce terrain, la mitoyenneté du mur (1).

La faculté d'acquérir la mitoyenneté s'applique à toute espèce de murs, en quelque lieu qu'ils soient situés, qu'ils soutiennent un bâtiment ou

1) Aubry et Rau, § 222, texte et note 50; Demante, t. II, n° 515 bis, V; Durantou, t. V, n° 324; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 252; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 950; Planiol, t. I, n° 1236. — Cour de cass., 18 juin 1878, S. 79, 1, 213; — Bordeaux, 3 janvier 1888, D. 83, 2, 320, S. 89, 2, 70. — Comp. Demolombe, t. XI, n° 353; Marcadé, sur l'art. 661; Laurent, t. VII n° 507.

qu'ils servent seulement de clôture, à moins bien entendu qu'il ne s'agisse de murs faisant partie d'édifices publics placés hors du commerce. Enfin il est loisible au voisin d'acquérir la mitoyenneté soit du mur entier, soit d'une partie seulement, suivant le besoin qu'il en a et l'usage qu'il veut en faire. Il peut à son gré limiter son acquisition à une portion du mur soit en hauteur, auquel cas la hauteur se calcule à partir des fondations, soit en longueur. Mais il nous paraît impossible d'admettre avec quelques auteurs qu'il lui soit permis d'acquérir la mitoyenneté d'une partie de l'épaisseur du mur. A la différence de la hauteur et de la longueur, l'épaisseur constituant en effet la substance même du mur, l'acquéreur d'une partie de l'épaisseur profiterait par là même de l'épaisseur tout entière, ce qui serait injuste et par suite contraire à l'esprit de la loi (1).

Pour acquérir la mitoyenneté, le voisin doit payer : 1° La moitié de la valeur actuelle du mur entier ou de la portion qu'il veut rendre mitoyenne; 2° La moitié de la valeur du sol sur lequel est construit le mur ou la portion de mur.

Le prix à payer par l'acquéreur ne saurait être inférieur à la valeur actuelle du mur, alors même qu'il aurait été construit avec des matériaux de choix, dans des conditions de solidité exceptionnelles et inutiles eu égard à sa destination. L'acquéreur doit prendre le mur tel qu'il est, et non tel qu'il l'aurait désiré. Si l'opération lui semble trop onéreuse, il n'a qu'à s'abstenir.

Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le règlement de l'indemnité sera fait par la justice qui, d'ordinaire, ordonnera pour s'éclairer une expertise.

1133. Après avoir, dans l'art. 661, conféré à tout propriétaire joignant un mur le droit d'en acquérir la mitoyenneté, la loi, dans l'art 663, suppose qu'il n'existe pas de mur entre deux héritages contigus, et, si ces héritages sont situés dans une ville ou dans un faubourg, elle autorise chacun des voisins à exiger de l'autre qu'il contribue avec lui à la construction d'un mur de clôture qui sera mitoyen. C'est ce qu'on appelle la *clôture forcée*. « *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 ès 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 servant de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à*

1) Demolombe, t. XI, n° 362; Demante, t. II, n° 515 bis, III; Aubry et Rau, § 222; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 292; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 956. — *Contra* : Marcadé, sur l'art. 661; Laurent, t. VII, n° 511; Huc, t. IV, n° 338.

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. » Le but de cette disposition est d'obvier aux inconvénients et aux dangers qu'entraîne pour la sécurité des personnes et des propriétés l'agglomération de la population et de prévenir les querelles de voisinage. Elle repose donc sur des considérations d'intérêt public. D'où la conséquence que toute convention qui aurait pour objet d'y déroger serait nulle et de nul effet (art. 6) (1).

L'obligation de se clore existe, d'après les termes de la loi, entre *maisons, cours et jardins*. Cette énumération n'est point limitative, les motifs sur lesquels est fondé l'art. 663 s'appliquant également à toutes les propriétés urbaines, quelle que soit leur nature. En s'exprimant ainsi le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*, les immeubles situés dans les villes et faubourgs étant le plus ordinairement des bâtiments, des cours ou des jardins.

Quant à la hauteur du mur de clôture, notre article ne la fixe qu'à défaut de règlements particuliers ou d'usages constants et reconnus. Elle varie suivant l'importance de la population, parce que les inconvénients que la clôture est destinée à prévenir sont d'autant plus à craindre que la population est plus nombreuse. La règle posée est d'ailleurs inapplicable aux murs qui existaient avant la promulgation du code. L'un des voisins ne pourrait pas contraindre l'autre à les exhausser pour leur donner la hauteur indiquée. C'est seulement en cas de reconstruction que la disposition de l'art. 663 devrait être observée.

L'obligation de la clôture n'existant que dans les *villes* et leurs faubourgs, il n'aurait pas été inutile de déterminer à quelles agglomérations cette qualification appartient. Dans le silence du code, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider en cas de difficulté si telle localité constitue ou non une ville et de fixer l'endroit où s'arrêtent les faubourgs (2).

B. De la preuve de la mitoyenneté.

1134. La preuve de la mitoyenneté peut résulter d'un acte authentique ou sous seing privé constatant que le mur a été construit à frais communs par les deux propriétaires voisins, ou que l'un d'eux a acquis de l'autre la mitoyenneté d'un mur antérieurement privatif. Mais, en pareille matière, il est rare que l'on puisse produire un titre. C'est en général à l'occasion de murs de construction ancienne que les contestations surgissent. Par suite du temps écoulé, des mutations survenues dans la propriété, les actes, lors-

1) Demolombe, t. XI, n° 378; Huc, t. IV, 348; Laurent, t. VII, n° 498; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 981. — Comp. Aubry et Rau, § 200, texte et note 5.

2) Cour de cass., 11 août 1886, D. 87, 1, 36, S. 87, 1, 168; — Nancy, 12 nov. 1892, D. 93, 2, 519, S. 93, 2, 119.

qu'il en a existé, ont disparu sans qu'il soit possible de les retrouver. Le législateur a cru dès lors devoir établir des présomptions de mitoyenneté. Ces présomptions reposent toutes sur cette idée qu'un mur qui sert également à deux voisins appartient vraisemblablement à l'un et à l'autre. Si en effet l'avantage qu'il leur procure remonte à l'époque de sa construction, il y a lieu de penser qu'il a été bâti à frais communs, chacun ayant dès ce moment un égal intérêt à son établissement. Cela est vrai surtout dans les lieux où la clôture est forcée, celui qui a voulu avoir un mur n'ayant sans doute pas manqué d'user du droit de contraindre son voisin à contribuer aux frais de construction. Si l'un des voisins n'a commencé à se servir du mur que postérieurement à sa construction, il a dû à ce moment en acquérir la mitoyenneté, sans quoi l'autre se serait opposé à ce qu'il en usât.

Les présomptions légales de mitoyenneté sont formulées dans les termes suivants par l'art. 653 : « *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.* »

Trois hypothèses distinctes sont prévues par cet article : celle où un mur sert de séparation entre deux bâtiments, celle où il sert de séparation entre cours et jardins, et celle où il sert de séparation entre enclos même dans les champs.

Dans la première hypothèse, le mur qui sépare les deux bâtiments est réputé mitoyen, jusqu'à l'héberge. *Héberge* est un vieux mot signifiant *toit, couverture*; d'où le verbe *héberger*, recevoir sous son toit. — Lorsque les deux bâtiments ont la même élévation, le mur est présumé mitoyen dans toute sa hauteur. Au cas contraire, il n'est réputé mitoyen que jusqu'au toit du bâtiment le moins élevé (1). La portion du mur qui dépasse ce toit ne profitant en effet qu'au propriétaire du bâtiment le plus élevé, il n'y a plus de raison pour présumer que l'autre propriétaire a contribué à sa construction ou qu'il en a acquis la mitoyenneté. Il n'est d'ailleurs nullement nécessaire que les deux bâtiments appuyés contre le mur aient la même nature et la même destination. Ainsi le mur qui sépare une maison d'habitation d'une grange ou d'un magasin est présumé mitoyen aussi bien que celui qui sépare deux maisons d'habitation, deux granges ou deux magasins.

Dans la seconde hypothèse, la présomption de mitoyenneté existe soit que le mur sépare deux cours, soit qu'il sépare deux jardins, soit qu'il sépare une cour et un jardin, les termes de la loi s'appliquant par leur généralité à ces différents cas (2). Il n'y a pas non plus à distinguer si les deux fonds se trouvent ou non par ailleurs en état de clôture.

1) Pau, 9 janvier 1888, D. 89, 2, 224.

2) Voyez cependant Cour de cass., 25 avril 1888, D. 89, 1, 262, S. 88, 1, 380.

Dans la troisième hypothèse au contraire, le mur n'est présumé mitoyen qu'autant que les héritages qu'il sépare sont l'un et l'autre en état complet de clôture. C'est en effet dans ce cas-là seulement qu'il est utile aux deux voisins. Le propriétaire qui n'est pas entièrement clos n'a aucun intérêt à l'être d'un côté seulement et dès lors il n'y a pas de motif pour présumer la mitoyenneté du mur qui le sépare du fonds voisin. Mais il suffit, pour que la présomption existe, que les fonds soient clos l'un et l'autre. Il n'est point nécessaire que les clôtures dont ils sont entourés soient de même nature. La loi se borne à exiger que le mur sépare deux enclos, sans rien spécifier quant au mode de clôture.

1135. Les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653 tombent lorsqu'il y a titre ou marque du contraire.

Que faut-il entendre ici par le mot *titre* ? Suivant les uns, il s'agit d'un fait juridique, vente, partage, etc., attribuant à l'un des voisins la propriété exclusive du mur. Suivant les autres il s'agit d'un écrit, authentique ou sous seing privé dressé pour constater ce fait. D'après cette opinion, le législateur aurait exclu en pareille matière la preuve testimoniale, même dans les cas où elle est recevable d'après le droit commun, c'est-à-dire alors même que la valeur du litige ne dépasse pas 150 francs ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit. La preuve littérale serait alors seule admissible. Cette dernière interprétation est celle qui prévaut dans la doctrine et la jurisprudence (1). Elle nous paraît cependant très douteuse. On ne voit en effet aucune raison qui justifie une semblable dérogation aux règles ordinaires sur la preuve. Il nous semble beaucoup plus probable que par le mot *titre* la loi entend ici le fait juridique lui-même, et non l'écrit qui le constate, et que la preuve de ce fait demeure sous l'empire des règles ordinaires (2).

Les *marques de non-mitoyenneté* résultent de la forme du mur et de certains signes extérieurs. Elles sont indiquées dans l'art. 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, c'est-à-dire en ligne droite avec la paroi extérieure, tandis qu'elle présente de l'autre un plan incliné, le mur est réputé appartenir exclusive-

1) Demolombe, t. XI, n° 333; Duranton, t. V, n° 308; Aubry et Rau, § 222, texte et note 17; Marcadé, sur l'art. 653.

2) Laurent, t. VII, n° 532; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 943.

ment au propriétaire du côté duquel se trouve le plan incliné. C'est en effet ce propriétaire qui reçoit seul l'eau pluviale tombant sur le mur. Si le mur avait été mitoyen, il aurait vraisemblablement été disposé de telle façon que le voisin supportât également cette charge.

On appelle *chaperon* le toit du mur et *filets* ou *larmier* la partie du chaperon qui fait saillie et rejette l'eau pluviale à une certaine distance afin qu'elle ne dégrade pas le mur. La différence entre un mur chaperonné et un mur non chaperonné consiste donc en ce que le premier est recouvert d'un toit en tuiles ou en pierres plates, tandis que le second n'a pas de toit, son sommet étant formé des mêmes matériaux que le reste du mur. Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté un chaperon ou des filets, l'égout du mur se déversant sur le terrain d'un seul des deux voisins, celui qui le reçoit est réputé propriétaire exclusif.

Les *corbeaux* sont des pierres en saillie destinées à servir d'appui aux poutres et solives dans le cas où l'on viendrait à élever une construction contre le mur. La loi présume que le mur appartient exclusivement au voisin du côté duquel se trouvent les corbeaux, parce que, s'il avait été bâti à frais communs, les corbeaux auraient probablement été placés des deux côtés.

Il ne faut pas confondre les corbeaux avec les *pierres d'attente* que celui qui élève une construction fait saillir du côté du voisin afin que ce dernier, s'il veut bâtir à son tour, puisse lier la nouvelle construction à l'ancienne sans être obligé de pratiquer des entailles dans celle-ci. A la différence des corbeaux, les pierres d'attente sont placées seulement à l'extrémité du mur dont elles forment le prolongement, dans des conditions où la question de mitoyenneté ne saurait être soulevée.

Pour que les corbeaux existant d'un seul côté du mur constituent une marque de non mitoyenneté, il faut, dit la loi, *qu'ils aient été mis en bâtissant le mur*. Autrement en effet il serait facile à l'un des voisins de se procurer furtivement une marque de non-mitoyenneté en plaçant des corbeaux de son côté. On reconnaît ordinairement que les corbeaux ont été placés au moment de la construction du mur lorsque la pierre dont une partie fait saillie d'un côté est assise dans toute l'épaisseur du mur.

Les marques qui, d'après l'art. 654, font présumer la non-mitoyenneté quand elles se rencontrent d'un seul côté du mur font-elles au contraire présumer la mitoyenneté lorsqu'elles existent des deux côtés? L'affirmative était admise dans l'ancien droit; mais, dans le silence du code, il est impossible d'adopter aujourd'hui cette solution, quelque rationnelle qu'elle puisse paraître. Il n'y a pas de présomption légale sans texte. Ces marques, quand elles existent des deux côtés, se neutralisent et s'annihilent. La situation est alors la même que s'il n'y avait de marque d'aucun côté. Le mur

est donc présumé mitoyen s'il tombe sous l'application de l'art. 653; il n'est pas présumé mitoyen dans le cas contraire (1).

Par cela même qu'il établit des présomptions légales, l'art. 654 est limitatif. Il n'y a pas d'autres marques de non-mitoyenneté que celles qu'il énumère. C'est également ce qui résulte du rapport du tribun Albisson dans lequel on lit que la loi *détermine précisément* les marques de non-mitoyenneté (2).

Comme les présomptions de mitoyenneté de l'art. 653, les présomptions de non-mitoyenneté de l'art. 654 peuvent être combattues par la preuve contraire. Celui contre lequel elles sont invoquées peut établir que, malgré les signes matériels qu'il présente, le mur est en réalité mitoyen. La loi n'ayant tracé à cet égard aucune règle spéciale, le droit commun demeure entièrement applicable.

Le titre et les marques de non mitoyenneté ne sont pas seuls susceptibles de détruire les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653. Il faut y ajouter la *prescription*. En d'autres termes, un des voisins peut acquérir 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 pour la prescription. Le fait à la vérité se produira assez rarement, parce que la plupart du temps 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). Mais il n'est cependant pas impossible qu'ils aient un caractère différent.

En sens inverse, la mitoyenneté d'un mur qui, en vertu d'un titre ou par application des marques de non mitoyenneté de l'art. 654, était propriété exclusive, 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 soient pas, à raison de leur nature, à considérer comme des actes de tolérance et de bon voisinage (art. 2232) (3).

C. Des droits que confère la mitoyenneté.

1136. Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen a le droit de s'en servir pour tous les usages auxquels il est destiné d'après sa nature, à la condition de ne pas nuire à son copropriétaire et de ne pas faire obstacle au droit égal et réciproque de celui-ci. C'est là une règle générale applicable

1) Demolombe, t. XI, n° 339; Duranton, t. V, n° 312; Laurent, t. VII, n° 535; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 945.

2) Aubry et Rau, § 222, texte et note 18; Marcadé, sur l'art. 654; Laurent, t. VII, n° 536; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 946. — Orléans, 4 juillet 1891, D. 93, 1, 126. — *Contra* : Demolombe, t. XI, n° 341; Demante, t. II, n° 508 bis.

3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 948.

à tous les copropriétaires. Mais, tandis qu'un communiste ordinaire ne peut faire subir aucun changement à la chose commune sans le consentement de ses copropriétaires, chacun des propriétaires d'un mur mitoyen peut, en se conformant aux prescriptions de la loi, opérer certaines innovations sans le consentement de l'autre.

Tout d'abord chaque voisin a le droit d'appuyer des constructions sur le mur mitoyen et de le percer pour y placer des poutres ou des solives. « *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* » (art. 657).

Chacun des voisins a également le droit d'exhausser le mur mitoyen, soit pour bâtir contre la partie exhaussée, soit pour tout autre motif dont il n'a pas à rendre compte. « *Tout copropriétaire, dit l'art. 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.* »

Le copropriétaire qui exhausse le mur devenant propriétaire exclusif de la partie exhaussée doit naturellement supporter seul la dépense de l'exhaussement, ainsi que les frais d'entretien de cette partie du mur; et comme la surcharge résultant de l'exhaussement sera pour la partie inférieure qui reste mitoyenne une cause de réparations plus fréquentes et peut-être de destruction plus rapide, il est tenu de payer à son copropriétaire une indemnité plus ou moins forte selon l'importance de l'exhaussement. Le code ajoute : *et suivant la valeur* de cet exhaussement. Ces mots ont été copiés dans l'art. 197 de la coutume de Paris qui fixait à forfait le montant de l'indemnité au sixième de la *valeur* de l'exhaussement. Le code ayant abandonné avec raison cette fixation à forfait, les mots *suivant la valeur* constituent une redondance inutile et même inexacte, le poids des matériaux employés à l'exhaussement, poids qui fait que la surcharge est plus ou moins forte et par suite plus ou moins dommageable, n'étant pas toujours proportionné à leur valeur.

« *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'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté* » (art. 659). Le nouveau mur est alors mitoyen jusqu'à la hauteur qu'avait l'ancien et comme il est plus solide, puisqu'il est neuf et peut-être plus épais, il n'est dû au voisin aucune indemnité à raison de la surcharge.

Outre les frais de reconstruction, le propriétaire qui fait exhausser le

mur mitoyen doit supporter les frais accessoires qu'entraîne cette opération, notamment les frais de l'expertise à laquelle on aura dû recourir, les frais faits pour étayer les bâtiments du voisin pendant la reconstruction, les frais de rétablissement des ouvrages que le voisin avait pu, dans le libre exercice de son droit de mitoyenneté, appuyer ou appliquer contre le mur et qu'il a fallu déranger ou détruire, etc. (1). Mais le voisin ne peut réclamer aucune indemnité pour la gêne et les embarras momentanés que lui cause l'exécution des travaux, ni pour l'entrave apportée à l'exercice de son commerce ou de son industrie, ni pour la privation de jouissance éprouvée par lui-même ou par ses locataires, alors même qu'il serait obligé de payer à ceux-ci une indemnité ou de subir la résiliation du bail par application de l'art. 1724. En exhaussant le mur, le copropriétaire ne fait qu'user d'un droit résultant de la mitoyenneté; or celui qui use de son droit ne fait par là de tort à personne. *Neminem lædit qui suo jure utitur* (2). Il en serait autrement bien entendu si le copropriétaire qui fait reconstruire venait à commettre, soit en laissant traîner la construction en longueur, soit en ne prenant pas toutes les précautions convenables, quelque faute qui engagerait sa responsabilité d'après le droit commun (art. 1382 et 1383).

Quand un mur mitoyen a été exhaussé par l'un des propriétaires, celui qui n'a pas contribué à l'exhaussement et qui par conséquent n'a aucun droit sur la partie exhaussée peut s'en faire céder la mitoyenneté. « *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'excédent d'épaisseur, s'il y en a* » (art. 660).

Le voisin qui veut acquérir la mitoyenneté doit payer non point la moitié de la valeur de la partie exhaussée, mais la moitié de ce que l'exhaussement a coûté. Le législateur a voulu par là déjouer le calcul peu loyal d'un voisin qui refuserait de contribuer aux frais de l'exhaussement, avec la pensée d'acquérir, quand il serait achevé, la mitoyenneté de la partie exhaussée en payant, conformément à l'art. 661, la valeur actuelle de cette partie, valeur qui est le plus souvent sensiblement inférieure à la dépense. De là une opinion autorisée conclut que l'art. 660 est applicable seulement dans le cas où l'acquisition est demandée à une époque peu éloignée de la confection des travaux et qu'il cesse de l'être lorsque l'exhaussement est de construction ancienne (3). Mais cette opinion, contraire au texte formel

1) Paris, 26 mars 1895, D. 95, 2, 239.

2) Paris, 24 mars 1879, D. 80, 2, 17, S. 79, 2, 137; — Orléans, 6 déc. 1881, D. 82, 2, 239, S. 82, 2, 32.

3) Demolombe, t. XI, n° 375; Demante, t. II, n° 515 bis, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 293.

et absolu de l'art. 660 et qui aboutit à un arbitraire complet, ne nous paraît pas acceptable (1).

Bien que le code ne se soit occupé que de l'exhaussement du mur mitoyen, il est hors de doute que chacun des copropriétaires a aussi le droit de lui donner plus de profondeur souterraine s'il en a besoin, par exemple pour l'établissement d'une cave.

Chaque copropriétaire peut également appuyer contre le mur mitoyen des espaliers, des treillages, y appliquer des peintures ou des sculptures, y sceller des barres de fer destinées à supporter tel ou tel ouvrage, y encastrer des tuyaux, y creuser des armoires, des niches, etc.

Les innovations que l'un des copropriétaires d'un mur mitoyen a le droit de faire sur ce mur peuvent, avons-nous dit, avoir lieu sans le consentement de l'autre propriétaire, mais non à son insu et sans explication préalable. Celui qui veut opérer des innovations doit en donner avis à son copropriétaire. Si ce dernier refuse son assentiment aux changements projetés, l'autre ne pourra passer outre qu'en faisant régler par experts les mesures nécessaires pour empêcher que ces changements ne dégradent le mur ou ne compromettent sa solidité. « *L'un des voisins, dit à ce sujet l'art. 662, ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y pratiquer 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.* » La disposition de cet article est générale et s'applique à toute espèce d'innovations, même aux travaux dont s'occupent les art. 657, 658 et 659, c'est-à-dire aux constructions à faire contre le mur mitoyen et à l'exhaussement de ce mur. Ces travaux se trouvent en effet compris dans les termes de l'art. 663, et le législateur serait tombé dans une véritable contradiction, s'il avait affranchi de l'observation des précautions qu'il prescrit précisément les ouvrages les plus importants, ceux qui peuvent le plus aisément compromettre la solidité du mur ou causer quelque préjudice au voisin (2).

Dans tous les cas, celui qui fait faire les travaux doit avertir son voisin du jour où ils commenceront, afin que celui-ci puisse prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir ses intérêts.

Par exception, l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen une fenêtre ou une ouverture quelconque

1) Laurent, t. VII, n° 564; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 967.

2) Demolombe, t. XI, n° 416; Aubry et Rau, § 222, texte et note 32; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 295; Demante, t. II, n° 516 bis; Marcadé, sur l'art. 662; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 970. — *Contra*: Duranton, t. V, n° 335; Laurent, t. VII, n° 551.

(art. 675). Le consentement du voisin est alors indispensable; on ne saurait y suppléer par les moyens indiqués dans l'art. 662.

D. Des charges de la mitoyenneté.

1137. Ces charges sont relatives aux réparations à faire au mur mitoyen et à sa reconstruction lorsqu'il vient à tomber. « *La réparation et la reconstruction du mur mitoyen, dit l'art. 655, sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun.* » Ces derniers mots font allusion au cas où le mur n'est mitoyen que pour partie. Si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par la faute de l'un des copropriétaires qui aurait dégradé ou ébranlé le mur, lui seul devrait en supporter les frais (arg. art. 1382).

1138. L'obligation de contribuer à la réparation ou à la reconstruction du mur mitoyen étant pour les voisins une conséquence de leur droit de copropriété, il est loisible à chacun d'eux de s'en affranchir en renonçant à ce droit. Il est de principe en effet que celui qui n'est tenu que *propter rem* peut se libérer de son obligation en abandonnant la chose. L'art. 656 ne fait donc qu'appliquer ici le droit commun lorsqu'il dit : « *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.* »

Il n'est point nécessaire que l'abandon s'applique au mur tout entier. La mitoyenneté pouvant être acquise pour une partie du mur seulement, peut aussi n'être abandonnée que pour une partie.

Le voisin qui renonce à la mitoyenneté cessant d'être tenu des charges qu'elle impose ne doit conserver aucun des avantages qui en résultent. De là vient que l'art. 656 *in fine* refuse la faculté d'abandon à celui dont un bâtiment est soutenu par le mur, un bâtiment ne pouvant être appuyé sur le mur d'autrui. Il faudrait alors, pour que l'abandon devînt possible, que le propriétaire du bâtiment le démolît, ou bien qu'il abandonnât le bâtiment en même temps que le mur.

Cette hypothèse n'est pas la seule dans laquelle la faculté d'abandon n'existe point. Elle cesse également lorsque la reconstruction ou les réparations sont devenues nécessaires par le fait de celui qui voudrait faire l'abandon. En pareil cas en effet ce n'est plus seulement *propter rem* que ce propriétaire est tenu; il est obligé personnellement par suite de la faute qu'il a commise en dégradant le mur. Il ne saurait donc s'affranchir de son obligation en abdiquant son droit de propriété (art. 1382 et 1383) (1).

A ces deux exceptions ne doit-on pas en ajouter une troisième? L'abandon de la mitoyenneté n'est-il pas également impossible lorsque le mur sert de

1) Paris, 27 nov. 1877, D. 79, 2, 21.

clôture entre deux héritages situés dans une ville ou dans un faubourg? La question est très controversée. D'après une doctrine consacrée à plusieurs reprises par la cour de cassation, le propriétaire d'un immeuble situé dans une ville ou dans un faubourg peut non seulement se dispenser de contribuer aux réparations du mur servant de clôture entre son héritage et l'héritage voisin en abandonnant son droit de mitoyenneté, mais encore se soustraire à l'obligation de construire un mur, quand il n'en existe pas, en faisant l'abandon de la moitié du terrain nécessaire à la construction. L'art. 656, dit-on en ce sens, permet à tout copropriétaire d'un mur mitoyen d'éviter les frais de réparation et de reconstruction en abandonnant la mitoyenneté. A ce principe il n'apporte qu'une seule restriction pour le cas où le mur soutient un bâtiment appartenant à celui des copropriétaires qui voudrait faire l'abandon. A part cette restriction, et celle qu'imposent nécessairement les art. 1382 et 1383, l'art. 656 doit donc être appliqué en toute hypothèse, sans qu'il y ait à distinguer entre les villes et les campagnes, entre une première construction et une reconstruction. Les travaux préparatoires témoignent que telle est bien la pensée du législateur. Lors de la discussion au Conseil d'Etat de l'art. 25 du projet qui correspondait à l'art. 663 actuel, Berlier fit observer que ce texte serait d'une exécution plus facile si on y exprimait que le propriétaire interpellé de contribuer à la clôture pourrait s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié du terrain nécessaire à la construction. Tronchet lui répondit, sans être contredit, que cette modification était inutile, l'abandon de la mitoyenneté étant autorisé par l'art. 18 correspondant à l'art. 656 (1). Conforme au caractère *réel* des charges qui dérivent de la mitoyenneté, cette solution est en outre d'accord avec l'équité. Il serait en effet d'une extrême rigueur de contraindre celui des voisins pour lequel le mur ne serait d'aucune utilité à devenir ou à rester copropriétaire d'une clôture existant dans le seul intérêt de son voisin, et dont la construction ou l'entretien ne serait pour lui-même qu'une charge onéreuse (2).

On ne doit pas hésiter à repousser cette manière de voir. L'art. 656 et l'art. 663 prévoient deux situations différentes et doivent être appliqués distributivement. Le premier est relatif aux héritages dont la clôture est libre, le second à ceux dont la clôture est forcée. Considérer l'art. 656 comme une disposition générale applicable dans tous les cas, c'est effacer du code l'art. 663. Si en effet le propriétaire sommé par son voisin de contribuer à la construction ou à la réparation d'un mur mitoyen peut s'y

1) Loqué, t. VIII, p. 344 et 345.

2) Aubry et Rau, § 200, texte et note 6; Marcadé, sur l'art. 663. — Orléans, 24 mai 1873, D. 73, 2, 185, S. 74, 2, 171; — Cour de cass., 26 juillet 1882, D. 83, 1, 342, S. 84, 1, 79; — Nancy, 12 nov. 1892, S. 93, 2, 119.

refuser en abandonnant la mitoyenneté ou le terrain sur lequel le mur doit être construit, il est bien clair, malgré le texte formel de l'art. 663, qu'il ne peut pas être *contraint* de contribuer aux frais d'établissement et d'entretien d'un mur servant de clôture commune. Hors des villes et faubourgs, l'obligation pour chacun des voisins de participer aux réparations ou à la reconstruction du mur mitoyen n'ayant d'autre cause que la mitoyenneté elle-même, l'abandon de la mitoyenneté doit mettre fin à cette obligation : *Cessante causa cessat effectus*. Dans les villes et faubourgs au contraire, l'obligation de construire un mur de clôture ou de réparer celui qui existe a pour cause l'état de voisinage. C'est afin d'assurer la sécurité des personnes et des propriétés que la loi permet à chaque propriétaire de contraindre son voisin à avoir entre eux à frais communs un mur de clôture. L'abandon de la mitoyenneté du mur ou l'abandon du terrain sur lequel il doit être construit ne mettant pas fin à l'état de voisinage, ne saurait non plus mettre fin à l'obligation qui en résulte. — Les termes mêmes de l'art. 656 prouvent qu'il est étranger à l'hypothèse prévue par l'art. 663. Il autorise seulement l'abandon du *droit de mitoyenneté*. Or il n'y a pas de mitoyenneté tant que le mur n'existe pas et qu'il s'agit d'en faire construire un. Donc il n'autorise pas celui des voisins auquel l'autre vient demander de contribuer avec lui à la construction d'un mur de clôture à repousser cette demande en offrant l'abandon du terrain nécessaire à la construction. Tenu de construire un mur de clôture quand il n'en existe pas, sans pouvoir se soustraire à cette obligation, le voisin ne saurait à plus forte raison échapper par l'abandon de la mitoyenneté à la nécessité d'entretenir le mur existant. Telle était la décision formelle de Pothier sur l'art. 236 de la coutume d'Orléans qui est, avec l'art. 209 de la coutume de Paris, l'origine de notre art. 663. « Le voisin, disait-il, ne peut s'exempter en offrant d'abandonner sa part du mur et de la terre sur laquelle il est assis ; car il pourrait être contraint d'en faire un neuf s'il n'y en avait pas. A la campagne, où cette raison cesse, le voisin peut s'exempter de la réfection d'un mur commun en abandonnant sa part. » — L'argument que les partisans du premier système tirent des travaux préparatoires n'a point la valeur qu'on pourrait être tenté de lui attribuer au premier abord. Pour apprécier la portée de l'observation faite par Berlier, il faut voir dans quelles conditions elle intervint. Le projet soumis au Conseil d'État se bornait à fixer la hauteur des murs mitoyens qui seraient construits ou rétablis à l'avenir, sans imposer en aucun cas aux voisins l'obligation de se clore. Bérenger critiqua cette fixation de la hauteur des murs mitoyens, en disant qu'elle gênait inutilement la liberté des propriétaires. Ce fut alors que Berlier présenta son observation. Plus tard, sur la demande de Bigot-Préameneu, il fut admis, conformément à l'ancien droit, que, dans les villes et faubourgs, chacun pourrait contraindre son voisin à

construire et à entretenir un mur de clôture. Ce changement enlève toute importance aux observations échangées avant qu'il ait été introduit (1).

1139. Celui des copropriétaires auquel l'autre offre d'abandonner son droit de mitoyenneté n'est pas obligé d'accepter cet abandon. Il peut, de son côté, déclarer qu'il renonce à la mitoyenneté, auquel cas il y aura lieu au partage des matériaux et du sol sur lequel le mur était assis. S'il accepte l'abandon, il acquiert par là même la propriété exclusive du mur. Il agira dès lors prudemment en exigeant que l'abandon soit constaté par écrit. Il est désormais seul chargé de l'entretien et, le cas échéant, de la reconstruction du mur, sans qu'il lui soit loisible de le démolir ou de le laisser tomber afin de profiter seul des matériaux et du sol. Ce n'est point en effet dans le but de lui faire une libéralité, mais uniquement pour s'affranchir de l'obligation de contribuer aux réparations ou à la reconstruction, que le voisin a fait l'abandon de son droit. Cet abandon implique donc que le mur qui sépare les deux fonds subsistera et qu'il sera entretenu. S'il cesse d'exister, l'abandon se trouvant par là même sans cause doit être considéré comme non avenue et celui qui l'a consenti est fondé à reprendre ses matériaux et son terrain (2).

2° De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.

1140. Les dispositions du code sur ce point (art. 666 à 670) ont été modifiées par la loi du 20 août 1881, déjà mentionnée ci-dessus, laquelle n'a fait du reste, dans la plupart des cas, que consacrer les solutions admises par la jurisprudence.

Aux termes du nouvel 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, 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.* » Dans cet article, le législateur de 1881 étend à toutes les clôtures, de quelque nature qu'elles soient (palissades, treillages, etc.), la présomption de mitoyenneté que le code n'avait formulée textuellement qu'à l'égard des murs (art. 653), des fossés (art. 666) et des haies (art. 670). Toutefois la présomption n'existe qu'autant que les deux héritages sont en état de clôture. Le code formulait déjà cette condition, mais il ne l'appliquait textuelle-

1) Demolombe, t. XI, n° 379; Demante, t. II, n° 517 bis; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 297, Laurent, t. VII, n° 502; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 982; Planiol, t. I, n° 1234.

2) Demolombe, t. XI, n° 391; Aubry et Rau, § 222; Marcadé, sur l'art. 656; Duranton, t. V, n° 320; Demante, t. II, n° 510 bis, II; Laurent, t. VII, n° 550; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 977.

ment qu'aux murs et aux haies; d'où l'on avait conclu qu'elle ne concernait point les fossés et que tout fossé séparant deux héritages était présumé mitoyen, alors même qu'un seul de ces héritages était par ailleurs en état de clôture. La loi nouvelle fait disparaître cette différence qui n'avait aucune raison d'être.

La circonstance qu'un seul des héritages contigus est clos empêche la présomption légale de mitoyenneté de prendre naissance, mais elle n'engendre pas au profit du propriétaire dont l'héritage est en état de clôture une présomption de propriété exclusive. Une présomption légale ne peut en effet résulter que d'un texte formel. Or la loi se borne à déclarer que la présomption de mitoyenneté n'existe pas, sans ajouter, comme elle le fait après avoir établi une marque de non-mitoyenneté, que la clôture est réputée appartenir exclusivement au propriétaire de l'héritage clos par ailleurs (1).

La présomption de mitoyenneté tombe :

1° Lorsqu'il existe un titre duquel il résulte que l'un des voisins est propriétaire exclusif de la clôture.

2° Lorsqu'il y a prescription au profit de l'un des voisins qui a possédé à titre exclusif, pendant le temps requis pour prescrire, la clôture séparant son héritage de l'héritage voisin. Sur ce point le nouvel art. 666 met fin à une controverse qui s'était élevée sous l'empire du code. Au lieu d'employer le mot *prescription*, l'ancien art. 670 disait : *s'il n'y a possession suffisante au contraire*, ce que quelques auteurs entendaient en ce sens que la possession *annale* suffisait pour détruire la présomption de mitoyenneté. Le texte nouveau condamne cette solution et consacre celle qui avait été adoptée par la jurisprudence et par la majorité des auteurs.

3° Lorsqu'il y a marque de non mitoyenneté. 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. Dans ce cas, le fossé est réputé appartenir privativement à celui des voisins du côté duquel le rejet se trouve. De deux choses l'une en effet, ou bien le rejet de la terre constitue un avantage, ou bien c'est un embarras et une charge. Si c'est un avantage, chacun des voisins aurait voulu, le fossé étant commun, en avoir sa part. Si c'est une charge, l'un d'eux n'aurait sans doute point consenti à ce que cette charge pesât uniquement sur lui. En toute hypothèse, le rejet de la terre d'un seul côté donne donc lieu de penser que le fossé a été creusé par un seul des riverains sur son terrain.

Pour les clôtures autres que les fossés, la loi n'indique aucune marque

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 992. — Cour de cass., 12 mars 1872, D. 72, 1, 320, S. 72, 1, 63; — Orléans, 23 février 1893, D. 93, 2, 394; — Dijon, 11 mars 1896, D. 97, 2, 111, S. 97, 2, 164.

de non-mitoyenneté. Il ressort cependant des termes de l'art. 666 et des déclarations très explicites des rapporteurs de la loi de 1881 soit à la Chambre des députés, soit au Sénat que *pour toutes les clôtures* la présomption légale de mitoyenneté peut céder devant une marque contraire. En l'absence d'une énumération des marques de non-mitoyenneté donnée par la loi elle-même, le juge se trouve investi d'un plein pouvoir d'appréciation. Supposons par exemple que des deux héritages contigus l'un soit clos par une haie vive, l'autre par une haie sèche, et qu'une haie vive sépare les deux propriétés. Le juge pourra voir dans cette circonstance la preuve que cette haie vive appartient exclusivement au propriétaire de l'héritage qui, de tous autres côtés, est entouré d'une haie semblable. L'essence des arbustes qui forment la haie et leur âge pourront également être pris en considération. Pour les haies sèches et les palissades, on tiendra compte de la place des poteaux de soutènement que le propriétaire plante toujours de son côté, de la direction des attaches en fer ou en bois qui sont toujours tordues à l'intérieur de la propriété close, etc. (1).

Aux termes du nouvel 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.* » La loi refuse au copropriétaire d'un fossé servant habituellement à l'écoulement des eaux la faculté de renoncer à la mitoyenneté, parce que ce propriétaire continuerait à retirer du fossé, malgré l'abandon, le même avantage qu'auparavant. (Comp. art. 656.)

« *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* » (art. 668 al. 1). Cette disposition est inutile. L'art. 661, qui permet au propriétaire joignant un mur d'exiger la cession de la mitoyenneté de ce mur, contenant une grave dérogation au droit commun, il allait de soi qu'il ne devait pas être étendu au-delà de ses termes et appliqué à une clôture autre qu'un mur.

L'art. 668 al. 2 renferme une innovation qui constitue une exception aux règles ordinaires de la mitoyenneté. « *Le copropriétaire d'une haie mitoyenne, dit-il, 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 culture.* » Pour justifier cette innovation on a dit que le propriétaire dont l'héritage est clos par une haie ou par un fossé mitoyen ne saurait équitablement être privé, à raison de cette circonstance, du droit de bâtir sur la limite extrême de son terrain et que le voisin n'a pas à se plaindre du changement

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 999; Huc, t. IV, n° 358.

opéré, un mur étant une clôture préférable à une haie ou à un fossé. Il va sans dire que le mur construit par le voisin n'est pas mitoyen. Ayant été bâti à ses frais et sur son terrain, il demeure sa propriété exclusive.

Le nouvel art. 669 est ainsi conçu : « *Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié.* » En formulant expressément une règle qui allait de soi, le législateur de 1881 n'a eu d'autre but, ainsi que l'expliqua le rapporteur au Sénat, que d'éviter un changement dans le numérotage des articles du code. Mais ce résultat aurait été atteint d'une façon plus heureuse en dédoublant l'art. 668. Quoi qu'il en soit, ce que l'art. 669 dit de la haie mitoyenne s'applique également au fossé mitoyen. Les copropriétaires d'un fossé ont droit chacun à la moitié de l'engrais provenant du curage.

L'art. 670 reproduit, en la complétant, la disposition de l'ancien art. 673 : « *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 d'fruits 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. — Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés.* »

Les arbres qui croissent dans une haie mitoyenne sont mitoyens alors même qu'ils ne sont pas placés exactement au milieu de la haie, et qu'ils se trouvent plus rapprochés d'un des héritages que de l'autre.

Les arbres qui, sans faire partie d'une haie mitoyenne, sont plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont également mitoyens et appartiennent dès lors aux deux voisins par moitié, quand même leur tronc se porterait plus d'un côté que de l'autre. La loi de 1881 condamne ainsi une opinion émise sous l'empire du code, d'après laquelle chaque voisin était propriétaire de ces arbres proportionnellement à la partie du tronc qui se trouvait de son côté et devait partager dans cette mesure le bois et les fruits.

Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés. Cette nouvelle exception à la règle de l'indivision forcée résultant de la mitoyenneté s'explique par cette considération que les arbres étant souvent nuisibles à l'agriculture pourraient devenir une source de querelles entre les voisins. L'ancien art. 673 donnait à chacun des copropriétaires le droit d'exiger que les arbres fussent abattus. Le législateur de 1881, allant plus loin, permet d'exiger qu'ils soient *arrachés*, c'est-à-dire que leurs racines soient enlevées, afin qu'ils ne puissent pas repousser.

§ 2. — *Du cas où les étages d'une maison appartiennent à des propriétaires différents.*

1141. Il peut arriver qu'une maison composée de plusieurs étages soit

divisée en sections horizontales de telle sorte que le rez-de-chaussée appartienne à une personne, le premier étage à une autre et ainsi de suite. Complètement inconnue dans certains pays, cette division est au contraire d'un usage courant dans quelques villes, notamment à Rennes et à Grenoble.

En pareil cas, chaque étage est l'objet d'une propriété exclusive; mais il y a des choses communes, par exemple le sol, les gros murs, le toit, la cour, l'allée, et d'une façon générale tout ce qui sert à la solidité de la maison ou aux besoins communs de tous les propriétaires. Il y a donc coexistence de la propriété exclusive et de la copropriété.

Le code ne s'est pas expliqué sur les droits des différents propriétaires. Chacun d'eux peut faire à son étage tous les travaux ou changements qu'il juge à propos, à la condition de ne pas compromettre la solidité de la maison et de ne pas nuire aux autres propriétaires. On doit même leur reconnaître le droit de procéder à des innovations sur les parties communes de l'édifice, à charge de faire préalablement constater par experts que les travaux projetés n'occasionneront aucun dommage (arg. art. 662) (1).

Quant aux charges qui incombent aux propriétaires des différents étages, le code a pris soin de les indiquer dans l'art. 664 ainsi conçu : « 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. »

Les divers propriétaires sont tenus de supporter en commun les réparations à faire aux choses communes, parmi lesquelles la loi mentionne spécialement les gros murs et le toit. Chacun d'eux y contribue en proportion de la valeur de son étage. Pour déterminer cette valeur, on doit s'attacher à l'élévation de chaque étage, à sa grandeur, à sa commodité, comparées à celles des autres étages; mais il n'y a pas à tenir compte des embellissements particuliers que chaque propriétaire a pu faire chez lui.

Au nombre des charges communes figure également l'impôt foncier, mais non l'impôt des portes et fenêtres qui doit être supporté par chacun de ceux dans l'étage duquel ces ouvertures se trouvent, sauf toutefois celui de la porte cochère et de l'allée commune auquel tous les propriétaires doivent contribuer proportionnellement.

1) Demolombe, t. XI, n° 439; Aubry et Rau, § 221 *ter*; — Grenoble, 22 juin 1897, D. 98, 2, 431. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 987.

Le propriétaire de chaque étage doit faire et entretenir le plancher sur lequel il marche. Les frais d'établissement et d'entretien des poutres et soliveaux qui soutiennent ce plancher sont également à sa charge; mais c'est au propriétaire de l'étage qui se trouve au-dessous à faire le plafond, s'il lui convient d'en avoir un.

Le propriétaire du premier étage fait et entretient l'escalier qui conduit chez lui. L'escalier qui conduit du premier étage au second est aux frais du propriétaire du second étage, et ainsi de suite. Cette disposition n'est pas absolument logique, les escaliers inférieurs servant aux propriétaires des étages supérieurs; mais elle a l'avantage d'éviter les calculs compliqués qu'il aurait fallu faire pour déterminer exactement la contribution de chacun des propriétaires. Peut-être aussi le législateur s'est-il laissé guider par cette considération que, si les divers propriétaires étaient tenus de contribuer à l'entretien de l'escalier en proportion de l'usage qu'ils en font, ce serait au propriétaire de l'étage le plus élevé, c'est-à-dire de l'étage qui a le moins de valeur, qu'incomberait la charge la plus lourde.

Si la maison vient à être détruite par cas fortuit, ou si son état de vétusté rend sa reconstruction nécessaire, les différents propriétaires ne sont pas tenus de contribuer aux frais de reconstruction. Chacun d'eux peut demander la licitation du sol et des matériaux, et le prix provenant de la vente se répartit entre eux proportionnellement à la valeur respective de leurs étages.

§ 3. — *De la distance à observer pour les plantations.*

1142. Les art. 671, 672 et 673, relatifs à cette matière, ont été modifiés par la loi du 20 août 1881.

Un propriétaire ne peut pas planter des arbres ou des arbustes sur la limite extrême de son terrain, parce qu'en le faisant il nuirait au fonds voisin par les branches de ces arbres ou par leurs racines. Il doit observer pour les plantations une certaine distance que l'art. 671 détermine en ces termes : « *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.* »

Conformément au texte primitif, dont il reproduit à cet égard la dispo-

ition, cet article s'en réfère d'abord, quant à la distance à observer, aux règlements existants et aux usages locaux constants et reconnus. C'est seulement à défaut de règlements et d'usages qu'il la fixe lui-même. L'ancien texte distinguait dans ce cas entre les arbres de haute tige et les arbres de basse tige ou les haies vives. Les premiers ne pouvaient être plantés qu'à deux mètres de l'héritage voisin. Les seconds pouvaient être placés à un demi-mètre. Mais fallait-il, pour l'application de cette règle, considérer uniquement l'essence des arbres, ou bien devait-on tenir compte également de leur aménagement, c'est-à-dire du développement qu'on leur permettait de prendre? La jurisprudence était divisée sur ce point. La cour de cassation se prononçait dans le premier sens. Cette solution était rigoureusement conforme au texte de la loi, mais elle avait l'inconvénient de gêner l'établissement des haies vives formées d'arbres de haute tige dont quelques-uns constituent d'excellentes clôtures. Aussi le législateur de 1881 a-t-il cru devoir s'en écarter. D'après le nouvel art. 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 seulement son aménagement. Un arbre d'une essence quelconque peut être planté à une distance de 50 centimètres de l'héritage voisin, pourvu qu'il soit maintenu à une hauteur qui ne dépasse pas deux mètres. Si le propriétaire veut lui laisser prendre un plus grand développement, il doit le planter à une distance de deux mètres au moins (1).

La distance légale doit être calculée depuis le centre de l'arbre jusqu'à la ligne séparative des deux propriétés. Si les deux héritages sont séparés par une clôture mitoyenne, la ligne séparative est censée être au milieu de l'espace occupé par la clôture.

Les règles relatives à la distance s'appliquent aux arbres venus naturellement et que le propriétaire veut conserver, aussi bien qu'à ceux qui sont plantés par lui. C'est pour prévenir toute difficulté à cet égard que, dans la nouvelle rédaction de l'art. 671, on a substitué les mots : « Il n'est permis d'avoir des arbres... » à l'ancienne formule : « Il n'est permis de planter des arbres... »

Il était généralement admis, sous l'empire de l'ancien art. 671, que sa disposition, à raison des termes absolus dans lesquels elle était conçue, était applicable même aux arbres plantés en espalier le long d'un mur. Et pourtant ces arbres ne peuvent guère nuire au voisin par leurs racines, ni même par leurs branches quand elles ne dépassent pas le haut du mur. Le nouveau texte dispose expressément que les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espalier de chaque côté du mur qui sépare deux héritages sans que l'on soit tenu d'observer aucune dis-

1) Cour de cass., 27 déc. 1897, D. 98, 1, 171, S. 98, 1, 164.

tance, pourvu que l'on ait soin de les tailler de façon que leurs branches ne s'élèvent pas au-dessus de la crête du mur. Il était assez inutile d'ajouter que lorsqu'un mur n'est pas mitoyen le propriétaire a seul le droit d'y appuyer des espaliers.

1143. L'art. 672 contient la sanction du principe posé dans l'art. 671. « *Le voisin, dit-il, 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.* »

Deux hypothèses doivent donc être distinguées. S'il s'agit d'arbres ou d'arbustes plantés à une distance inférieure à 50 centimètres, le voisin peut exiger qu'ils soient arrachés. S'il s'agit d'arbres plantés à une distance supérieure à 50 centimètres, mais inférieure à deux mètres, le voisin peut seulement exiger qu'ils soient maintenus à une hauteur n'excédant pas deux mètres. Toutefois, une personne peut acquérir soit par titre, soit par la destination du père de famille (ce qui était jadis contesté), soit par la prescription, le droit d'avoir des arbres plantés à une distance inférieure à 50 centimètres, ou des arbres d'une hauteur de plus de deux mètres à une distance de moins de deux mètres de l'héritage voisin (1).

Avant la loi de 1881, on discutait la question de savoir si le propriétaire qui avait possédé pendant trente ans des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale avait acquis le droit d'avoir à perpétuité des arbres à la même distance, ou seulement le droit de conserver ceux qui se trouvaient dans ces conditions. La doctrine et la jurisprudence s'étaient généralement prononcées pour cette dernière solution. La prescription ne s'étend pas en effet au-delà de la chose possédée; on ne prescrit que ce que l'on possède. *Tantum possessum, tantum præscriptum*. Or, dans l'espèce, le propriétaire a possédé tels et tels arbres plantés à une distance inférieure à la distance légale et seulement ces arbres-là. Donc ce sont ces arbres seulement qu'il a le droit de conserver. La loi nouvelle consacre textuellement cette solution. Si les arbres plantés plus près que la distance légale ou maintenus à une hauteur plus grande que le maximum légal viennent à périr, à être coupés ou arrachés, le propriétaire doit, pour leur remplacement, se conformer aux prescriptions légales.

Par la généralité des termes dans lesquels elle est formulée, la règle vise non seulement le cas où le droit d'avoir des arbres à une distance inférieure au minimum légal dérive de la prescription, mais encore celui où ce droit résulte d'un titre ou de la destination du père de famille. Il con-

1) Rouen, 14 janvier 1899, D. 99, 2, 334.

vient toutefois de remarquer, avec le rapporteur de la loi à la Chambre des députés, qu'un titre pourrait très valablement conférer le droit d'avoir à perpétuité des arbres tenus en dehors des conditions légales. C'est donc seulement dans le silence du titre que la disposition finale de l'art. 672 recevra alors son application.

1144. Lorsque des arbres sont plantés à la distance légale et que néanmoins leurs branches ou leurs racines empiètent sur l'héritage du voisin, celui-ci a le droit de couper lui-même les racines et d'exiger du propriétaire de l'arbre qu'il coupe les branches. La loi n'a pas cru devoir l'autoriser à couper lui-même les branches dans la crainte, que par maladresse ou malveillance, il ne détériorât les arbres. Le même danger n'est pas à redouter pour les racines. Défendre au voisin de les couper, c'eût été d'ailleurs lui rendre la culture impossible. Il les coupera le plus souvent sans les voir. Sur ce point, le nouvel art. 673 reproduit purement et simplement la disposition de l'ancien art. 672 al. 2 et 3. Puis, afin d'engager le voisin à ne pas user trop rigoureusement du droit de faire couper les branches qui s'avancent sur son fonds, il lui attribue les fruits qui tombent naturellement de ces branches et, consacrant une solution généralement admise sous l'empire du code, il considère le fait de la part d'un propriétaire de souffrir sans réclamation les branches ou les racines qui empiètent sur son terrain comme une simple tolérance, de bon voisinage, ne pouvant conduire à la prescription : « *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. »*

SECTION II

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS

1145. Certains travaux et certains dépôts faits par un propriétaire sur son fonds sont de nature à nuire aux propriétés voisines. La loi prescrit en pareil cas des précautions destinées à prévenir le dommage. Aux termes de l'art. 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 ouâtre, 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 et usages particuliers sur*

ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin. »

Les mesures imposées par cet article consistent, suivant les cas, dans l'observation d'une certaine distance, ou bien dans la confection d'ouvrages préservatifs. Sur l'un et l'autre point, il s'en réfère aux règlements et usages locaux, la nature même des choses ne permettant pas d'établir en pareille matière des règles générales et uniformes.

Parmi les mesures prescrites par les règlements, il en est qui sont exigées non seulement dans l'intérêt privé du voisin, mais encore dans un intérêt public de sécurité ou de salubrité. Telles sont celles qui concernent la construction des cheminées, forges, fours ou fourneaux et l'établissement des fosses d'aisance. De là il suit :

1° Que le voisin ne pourrait pas valablement renoncer au droit de les exiger (art. 6);

2° Que l'auteur des travaux ou du dépôt effectués sans l'observation des précautions légales ne pourrait pas acquérir par la prescription le droit de les conserver;

3° Que ces précautions doivent être observées alors même que le mur près duquel les travaux ou dépôts doivent être faits est la propriété exclusive de celui qui les fait, tandis que celles qui sont d'intérêt purement privé ne sont nécessaires que lorsque le mur exposé à être endommagé appartient exclusivement au voisin ou qu'il est mitoyen, un propriétaire étant bien entendu entièrement libre de dégrader son propre mur, dès lors qu'en le faisant il ne cause préjudice qu'à lui-même.

L'énumération donnée par l'art. 674 des travaux ou dépôts pour lesquels des précautions spéciales sont exigées n'est point limitative. La règle qu'il pose doit être appliquée toutes les fois qu'il s'agit d'entreprises susceptibles d'endommager un mur, par exemple de l'établissement d'une conduite d'eau, d'un réservoir, d'un amas de terre, etc. A défaut de règlements et d'usages, il appartient aux magistrats d'ordonner les mesures qui leur paraîtront nécessaires, après s'être éclairés par un rapport des gens de l'art.

L'observation des mesures prescrites n'a point du reste pour effet de mettre le propriétaire qui a fait l'entreprise à l'abri de toute action de la part du voisin. Si celui-ci vient néanmoins à éprouver un préjudice, il est fondé à en demander la réparation, conformément à la règle générale des art. 1382 et 1383, à laquelle l'art. 674 n'a point dérogé, et à faire ordonner de nouvelles mesures pour prévenir tout dommage ultérieur. Dans le cas où, à raison des circonstances, il ne serait pas possible de le préserver pour l'avenir du retour des mêmes inconvénients, il y aurait lieu à la suppression des travaux ou dépôts (1).

1) Joign. les art. 11 et 17 de la loi du 21 juin 1898.

SECTION III

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN

1146. Bien que la rubrique de cette section ne parle que des *vues*, il y est également question des *jours de souffrance* ou de *tolérance* que la loi distingue des vues et auxquels elle applique des règles différentes.

Les jours sont des ouvertures destinées uniquement à éclairer les appartements; ils donnent passage à la lumière, mais non à l'air extérieur, et ne permettent pas, ou du moins ne permettent que difficilement, de voir au dehors.

Les vues sont des ouvertures qui laissent pénétrer à la fois l'air et la lumière et permettent, suivant l'expression de la coutume d'Orléans (art. 229), *d'avoir un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui*.

Jours et vues supposent donc l'existence d'un mur entre deux héritages. Toutefois la loi assimile aux ouvertures pratiquées dans un mur les balcons, saillies, ou autres ouvrages analogues. Conformément à l'ordre qu'elle a suivi, nous envisagerons successivement le cas où le mur qui existe entre les deux héritages est mitoyen et celui où il appartient exclusivement à l'un des voisins.

1° Du cas où le mur est mitoyen.

1147. Aux termes de l'art. 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.* » La raison de cette prohibition est que toute ouverture pratiquée dans un mur mitoyen le rend impropre à son usage naturel et ordinaire. « Le mur mitoyen, dit Pothier, étant fait pour s'enclore 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 ouvrages; c'est pourquoi il ne peut, sans le consentement de l'autre, y faire des trous ou des fenêtres sur l'héritage du voisin » (1).

Quand un propriétaire a pratiqué des jours dans un mur privatif (art. 676), le voisin qui acquiert la mitoyenneté de ce mur, conformément à l'art. 661, peut exiger la suppression des jours. En permettant au propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté, le législateur a voulu en effet, nous l'avons vu, que ce propriétaire ne fût pas obligé d'adosser un nouveau mur à celui qui existe déjà. Pour que ce but soit atteint, il

1) *Traité de la Société*, n° 218.

faut qu'après l'acquisition de la mitoyenneté l'acquéreur se trouve exactement dans la même situation que si le mur avait été mitoyen dès l'origine.

La suppression des jours peut être demandée alors même qu'ils existeraient depuis plus de trente ans au moment de l'acquisition de la mitoyenneté. En les établissant, le propriétaire n'ayant fait qu'user de son droit, sans commettre aucun empiètement sur le droit du voisin, il ne saurait être question de prescription à son profit, la prescription supposant nécessairement une usurpation que le temps consacre et légitime. Il en serait autrement si les jours n'avaient pas été établis conformément aux prescriptions légales (art. 676 et 677). Le propriétaire qui les aurait possédés pendant trente ans dans les conditions requises pour la prescription aurait acquis le droit de les conserver à titre de servitude existant à son profit sur le fonds voisin, et l'acquisition de la mitoyenneté laisserait subsister cette servitude comme toute autre (1).

2° Du cas où le mur n'est pas mitoyen.

1148. Quand un mur n'est pas mitoyen, celui qui en est propriétaire peut y pratiquer des ouvertures. Mais ce droit devait nécessairement recevoir du législateur des restrictions. Exercé librement et d'une façon illimitée il aurait en effet constitué pour les voisins une gêne considérable et serait devenu la source de querelles fréquentes.

Les restrictions qu'il comporte sont plus ou moins étendues suivant que le mur dans lequel le propriétaire se propose d'établir des ouvertures est plus ou moins rapproché de l'héritage voisin. S'il joint immédiatement cet héritage, ou s'il n'en est pas séparé par une certaine distance déterminée par la loi, le propriétaire ne peut y pratiquer que des jours de tolérance. S'il est situé au-delà de cette distance, le propriétaire peut y avoir des vues proprement dites. La première hypothèse est régie par les art. 676 et 677; la seconde par les art. 678, 679 et 680.

1149. Les art. 676 et 677 sont ainsi conçus :

Art. 676. « *Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et à 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. 677. « *Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six*

1) Demolombe, t. XII, nos 540 et 541; Aubry et Rau, § 222, texte et note 63; Laurent, t. VII, n° 40; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 958. — Cour de cass., 7 mai 1873, D. 74, 1, 88, S. 73, 1, 327; — 13 janvier 1879, S. 79, 1, 264; — 13 juin 1888, S. 88, 1, 413.

décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs. »

Comme on le voit, la loi, dans ces articles, ne s'occupe textuellement que du mur joignant immédiatement l'héritage d'autrui ; mais les règles qu'elle formule doivent évidemment recevoir leur application lorsque le mur, sans toucher l'héritage voisin, n'en est pas assez éloigné pour que les art. 678 à 680 deviennent applicables.

Les jours que le propriétaire du mur est autorisé à établir doivent satisfaire à deux conditions ayant pour but d'éviter que ces ouvertures puissent permettre de s'introduire chez le voisin, de déposer sur son terrain des résidus, des immondices, des objets quelconques, ou d'y jeter facilement des regards indiscrets. Ils doivent :

1° Être garnis d'un châssis à *verre dormant*, c'est-à-dire fixé de manière à ne pouvoir s'ouvrir, et d'un treillis en fer dont les mailles n'aient pas plus d'un décimètre d'ouverture ;

2° Être établis à une certaine hauteur. Cette hauteur varie suivant que la pièce qu'il s'agit d'éclairer est située au rez-de-chaussée ou à un étage supérieur. Elle est de vingt-six décimètres dans le premier cas, de dix-neuf décimètres seulement dans le second. Si les deux héritages contigus ne sont pas au même niveau, il suffit que la hauteur prescrite par la loi existe du côté de celui où les jours sont ouverts ; il n'est pas nécessaire qu'elle existe également du côté du voisin. L'art. 677 dispose en effet qu'elle se mesure à *partir du plancher ou du sol de la chambre que l'on veut éclairer*.

Le même article parlant seulement du *rez-de-chaussée* et des *étages supérieurs*, on en a conclu qu'il est inapplicable aux soupiraux des caves lesquels peuvent être établis à une hauteur moindre que celle qu'il prescrit. Quelques auteurs vont même plus loin. Se fondant sur le mot *fenêtres* dont se sert l'art. 676, ils écartent également l'application de ce texte en ce qui concerne les caves et décident qu'il n'est point nécessaire que les soupiraux donnant sur le fonds voisin soient munis d'un châssis à verre dormant et d'un treillis de fer (1). — Ces solutions se recommandent évidemment par leur utilité pratique, les caves ayant besoin d'être aérées d'une façon continue et leur profondeur étant rarement assez grande pour que la hauteur prescrite par la loi puisse être observée. Mais l'argument de texte sur lequel on les fonde est-il suffisant pour les faire admettre ? Nous avons peine à le croire.

Lorsque la partie du bâtiment que l'on veut éclairer est un escalier et que

1) Demolombe, t. XII, n° 534 bis ; Aubry et Rau, § 196 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1029. — Limoges, 4 nov. 1890, D. 92, 2, 351.

cet escalier est placé le long du mur dans lequel l'ouverture est pratiquée, celle-ci doit être disposée de façon que sa partie inférieure se trouve à la hauteur légale par rapport à chaque marche.

Les art. 676 et 677 n'ayant point limité la dimension des jours, le propriétaire est entièrement libre de leur donner, dans les conditions ci-dessus indiquées, telle dimension qu'il juge à propos.

Quant au propriétaire du fonds sur lequel donnent les jours ouverts conformément aux prescriptions légales, il conserve le plein et entier exercice de son droit de propriété, la loi ne l'ayant soumis à aucune restriction. Il peut donc, et cela à toute époque, élever sur son terrain des constructions et y faire tels autres ouvrages que bon lui semble, alors même que ces travaux auraient pour résultat d'obstruer les jours en tout ou en partie, sans préjudice du droit qui lui appartient d'en demander la suppression en acquérant la mitoyenneté du mur dans lequel ils sont ouverts.

1150. Les art. 678, 679 et 680, relatifs à la distance à observer pour l'établissement des *vues*, s'expriment ainsi :

Art. 678. « *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. 679. « *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. 680. « *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 jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.* »

La loi distingue deux sortes de vues : les vues *droites* et les vues *obliques*.

Une vue est droite quand l'ouverture par laquelle elle s'exerce est placée de telle façon qu'en la prolongeant fictivement dans la direction de son axe, elle rencontrerait le fonds voisin. Il suffit alors à l'observateur, pour apercevoir ce fonds, de regarder devant lui ; il n'a besoin ni de se pencher au dehors ni même de se tourner à droite ou à gauche. Une vue est oblique lorsque l'ouverture par laquelle elle s'exerce, en la supposant prolongée dans la direction de son axe, n'atteindrait pas le fonds voisin. Pour apercevoir ce fonds, l'observateur est alors obligé de porter ses regards de côté. C'est donc la situation respective des héritages voisins qui détermine si la vue qui s'exerce de l'un sur l'autre est droite ou oblique.

La distance à observer est plus grande pour les vues droites, parce que ces vues sont plus gênantes pour le voisin que les vues obliques.

Il n'est permis d'établir des vues *droites* sur le fonds d'autrui au moyen de fenêtres, balcons, saillies, ou autres ouvrages tels que terrasses, plates-

formes ou belvédères (1) qu'à la distance de dix-neuf décimètres de ce fonds. Cette distance se mesure, pour les fenêtres ouvertes dans un mur, depuis le parement extérieur de ce mur et, pour les balcons ou autres saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne séparative des deux héritages. Un balcon donnant une vue droite non seulement du côté de sa face antérieure, mais encore à droite et à gauche, la distance exigée pour les vues droites doit être observée des trois côtés. A l'égard des belvédères et terrasses, cette distance doit être observée de tous les côtés, ces ouvrages procurant une vue droite en tous sens. S'il existe entre les deux héritages une clôture mitoyenne, la ligne séparative formant le point extrême de la distance est réputée se trouver au milieu de cette clôture.

On ne peut établir des vues *obliques* sur le fonds d'autrui qu'à la distance de six décimètres. La distance se mesure, pour les fenêtres, à partir de l'arête du jambage le plus rapproché du fonds voisin. L'art. 680 semble dire à la vérité que, pour les vues obliques comme pour les vues droites, la distance se compte depuis le parement extérieur du mur dans lequel l'ouverture est pratiquée. Mais ce mode de calcul est manifestement inapplicable aux vues obliques. Autrement on aboutirait à cette conséquence inadmissible qu'un propriétaire dont le mur ne serait pas séparé de l'héritage voisin par un espace de six décimètres ne pourrait avoir sur cet héritage aucune vue de côté, à quelque distance qu'elle s'en trouvât. Peu importe en réalité la proximité du mur; il ne s'agit que d'éloigner la vue elle-même. C'est donc à partir du point où cette vue s'exerce que la distance doit être mesurée. Telle était la règle suivie dans notre ancien droit et il est bien certain, malgré la formule de l'art. 680, que les auteurs du code n'ont pas entendu s'en écarter. — A l'égard des balcons et autres saillies procurant une vue oblique sur un héritage voisin, la distance se compte depuis leur ligne extérieure du côté où s'exerce la vue jusqu'au point le plus rapproché de la ligne séparative des deux héritages.

Les distances prescrites par les art. 678 à 680 doivent, d'après leur texte formel, être observées sans distinguer si l'héritage sur lequel la vue s'exerce est ou non en état de clôture. La généralité des termes de ces articles doit également faire décider qu'ils sont applicables à la campagne comme à la ville, aux vues établies dans un simple mur de clôture, aussi bien qu'à celles qui sont ouvertes dans le mur d'un bâtiment, les unes et les autres présentant pour le voisin des inconvénients à peu près égaux.

Mais nos articles ne s'appliquent point aux *lucarnes* ou *fenêtres à tabatière* pratiquées dans la toiture dans des conditions telles qu'elles ne permettent pas de diriger la vue chez le voisin, ni aux portes ou ouvertures

1) Rennes, 2 avril 1895, D. 95, 2, 512; — Cour de cass., 26 oct. 1898, D. 98, 1, 567.

d'accès lorsqu'elles ne constituent pas en même temps des ouvertures de vue, c'est-à-dire quand elles sont à panneaux pleins et sans vitrage (1). Ils ne s'appliquent point non plus dans le cas où il existe entre les vues établies par l'un des voisins et le fonds de l'autre un mur dépassant la hauteur à laquelle ces vues sont ouvertes et faisant par conséquent obstacle à tout regard sur le fonds voisin. Il en est ainsi non seulement lorsque le mur intermédiaire appartient au même propriétaire que celui dans lequel les vues sont pratiquées ou lorsqu'il est mitoyen, mais encore lorsqu'il est la propriété exclusive du voisin, les vues ouvertes dans de pareilles conditions ne pouvant causer aucune gêne à celui-ci (2). Mais nos articles recouvreraient leur application en cas de ruine ou de démolition du mur intermédiaire. Enfin, il est permis d'établir toutes sortes d'ouvertures dans un mur bordant la voie publique, alors même qu'à raison du peu de largeur de cette voie, du croisement ou du détour des rues ces ouvertures procureraient des vues droites ou obliques sur les propriétés voisines à une distance moindre que la distance légale. Ce droit résulte pour les riverains de la destination même de la voie publique et ne comporte d'autres conditions et limitations que celles qui peuvent résulter des règlements administratifs (3).

Comme les jours, les vues établies à la distance légale n'ont point pour effet de restreindre en quoi que ce soit l'exercice des facultés naturellement inhérentes au droit de propriété du voisin. Celui-ci demeure entièrement libre d'élever sur la limite extrême de son fonds telles constructions qu'il juge convenables.

1151. Quand les vues ont été établies à une distance moindre que celle qui est déterminée par la loi, le voisin sur l'héritage duquel elles donnent peut exiger leur suppression et à plus forte raison les obstruer ou les masquer. Par exception ce droit cesse de lui appartenir lorsque son héritage se trouve grevé d'une servitude de vue au profit du fonds voisin. Cette servitude peut résulter soit d'un titre, par exemple d'une convention entre les deux voisins, soit de la destination du père de famille (art. 692 et 693), soit enfin de la prescription s'il s'est écoulé trente ans depuis l'établissement des vues (art. 690).

L'accomplissement de la prescription a pour effet non seulement de rendre le propriétaire du fonds voisin non recevable à demander la suppression des vues, même en acquérant la mitoyenneté du mur dans lequel elles sont établies, mais encore de lui imposer l'obligation de les respecter

1) Rennes, 3 mars 1879, D. 81, 2, 47, S. 81, 2, 135; — Bordeaux, 26 nov. 1885 D. 86, 2, 120, S. 87, 2, 168; — 13 déc. 1894, D. 95, 2, 216.

2) Cour de cass., 4 février 1889, S. 91, 1, 161, D. 90, 1, 248.

3) Cour de cass., 28 octobre 1891, D. 92, 1, 285; S. 92, 1, 23; — 25 juin 1895 D. 96, 1, 73, S. 95, 2, 345.

en restant, pour les constructions qu'il voudrait élever à la distance, de dix-neuf ou de six décimètres du mur dans lequel elles ont été pratiquées (1).

Il en est de même lorsque l'établissement de la servitude de vue résulte de la destination du père de famille (2).

Lorsque cette servitude dérive d'un titre, on doit pour déterminer son étendue et ses effets interroger les termes de l'acte qui constate son établissement (3).

Une fois acquise par titre, par destination du père de famille ou par prescription, la servitude de vue survit à la destruction ou à la démolition du mur ou de la maison, en ce sens qu'elle s'applique au nouveau mur ou à la nouvelle maison s'il y a reconstruction en temps utile (art. 665). Elle survivrait également à l'acquisition par le voisin de la mitoyenneté du mur, tandis que celui qui acquiert la mitoyenneté peut toujours, nous l'avons vu, faire fermer les simples jours de tolérance.

SECTION IV

DE L'ÉGOUT DES TOITS

1152. « *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* » (art. 681).

Cet article renferme une application de la règle générale formulée dans l'art. 640. D'après ce dernier texte, un propriétaire n'est tenu de recevoir les eaux provenant d'un fonds voisin qu'autant qu'elles arrivent sur son fonds par l'effet de la pente naturelle du terrain. Or l'écoulement des eaux pluviales réunies sur un toit n'est point l'œuvre de la nature; il est le résultat du travail de l'homme. Le propriétaire qui construit une maison ou tout autre bâtiment près de l'héritage voisin doit laisser entre le parement extérieur du mur et la ligne séparative des deux fonds un espace suffisant pour recevoir l'égout du toit, en prenant d'ailleurs, le cas échéant, les précautions nécessaires pour que les eaux ne dégradent pas le fonds voisin, ou bien placer des gouttières qui recueillent les eaux et les rejettent ensuite sur son propre terrain ou sur la voie publique. Ces gouttières ne doivent point, bien entendu, dépasser la ligne séparative des deux

1) Demolombe, t. XII, n° 580; Aubry et Rau, § 196, texte et note 36; Demante, t. II, n° 525 bis, II; Duranton, t. V, nos 326 et 327; Marcadé, sur l'art. 678; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1035. — Cour de cass., 19 octobre 1886, S. 90, 1, 250; — 16 déc. 1888, S. 89, 1, 156. — Comp. Laurent, t. VIII, n° 66.

2) Limoges, 31 mai 1880, D. 81, 1, 14.

3) Cour de cass., 12 mai 1886, D. 86, 1, 452.

fonds et faire saillie sur l'héritage voisin l'art. 552, en déclarant que la propriété du sol emporte la propriété du dessus interdisant par là même de placer quoi que ce soit au-dessus de l'héritage d'autrui.

Mais si le propriétaire d'un bâtiment n'a pas le droit de déverser les eaux de son toit sur le fonds voisin, il n'est pas tenu de les empêcher de se y rendre une fois qu'elles sont tombées sur le sol, si la pente naturelle du terrain les y conduit. Le voisin n'aura pas à se plaindre dès lors qu'elles n'arriveront pas chez lui d'une manière plus préjudiciable ni plus incommode que s'il n'existait pas de bâtiment sur le fonds supérieur. Dans le cas contraire, il sera bien encore tenu de les recevoir, d'après l'art. 641 modifié par la loi du 8 avril 1898, mais il aura le droit de réclamer une indemnité.

SECTION V

DU DROIT DE PASSAGE

4153. Les art. 682 à 685, relatifs à cette matière, ont reçu d'importantes modifications de la loi du 20 août 1881.

Il s'agit dans ces articles du passage *en cas d'enclave*.

L'art. 682 pose le principe en ces termes : « *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 le fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.* »

Il importe en effet à l'intérêt général non moins qu'à l'intérêt privé du propriétaire qu'un fonds ne demeure pas improductif par suite de l'impossibilité d'y accéder.

Un fonds est enclavé, lorsqu'étant entouré de fonds qui n'appartiennent pas à son propriétaire, il n'a pas d'issue sur la voie publique. Conformément à la jurisprudence antérieure à la loi de 1881, le nouvel art. 682 assimile au fonds qui n'a aucune issue celui qui n'a qu'une issue *insuffisante* pour son exploitation. Mais une issue simplement incommode, en la supposant d'ailleurs suffisante, ne donnerait pas lieu à l'application de notre article (1). C'est pour cause de nécessité et non pour cause d'utilité ou de commodité que la loi permet à un propriétaire d'exiger le passage sur les fonds voisins. Le point de savoir si un fonds est ou non enclavé au sens de la loi soulève donc une question de fait pour la solution de laquelle le juge est investi d'un souverain pouvoir d'appréciation. Ainsi un terrain bordant la voie publique a été déclaré enclavé parce que la différence de

1) Cour de cass., 6 janvier 1890, D. 90, 1, 63, S. 90, 1, 392; Alger, 9 nov. 1895, D. 96, 2, 382, S. 96, 2, 312.

niveau ne permettait pas d'établir pour rejoindre cette voie un chemin praticable (1). Il a été jugé au contraire qu'il n'y avait pas enclave dans un cas où le propriétaire pouvait se procurer une issue en établissant sur un petit cours d'eau un pont dont le prix ne devait pas dépasser sensiblement le montant de l'indemnité qu'il aurait dû payer pour obtenir le passage sur les fonds voisins (2).

Le passage peut être demandé non seulement pour l'exploitation agricole mais aussi pour l'exploitation industrielle. Le texte nouveau met fin à certaines dissidences qui s'étaient produites sur ce point.

Bien que l'art. 682 ne parle que du *propriétaire* du fonds enclavé, on s'accorde à reconnaître que le droit qu'il établit peut également être invoqué par l'usufruitier ou l'usager et d'une façon générale par toute personne ayant sur le fonds enclavé un droit réel. Mais le locataire ou fermier n'a point qualité pour s'en prévaloir en son propre nom. N'ayant qu'un droit de créance contre le propriétaire, son bailleur, tenu, aux termes de l'art. 1719, de le faire jouir de la chose louée, il ne peut pas réclamer lui-même le passage, mais seulement s'adresser au bailleur afin que celui-ci le réclame et l'en fasse jouir.

En permettant au propriétaire dont le fonds est enclavé de se faire concéder le passage sur les fonds de ses voisins, l'art. 682 ne fait aucune distinction relativement à la nature ou à la destination des fonds qui peuvent être soumis à cette charge. Le passage peut donc être réclamé sur toute sorte d'immeubles, sur les immeubles en état de clôture aussi bien que sur les immeubles non clos, sur les immeubles frappés d'inaliénabilité, par exemple sur un immeuble dotal, aussi bien que sur les immeubles aliénables, sur les immeubles dépendant du domaine privé de l'État, d'un département ou d'une commune, aussi bien que sur les immeubles appartenant à de simples particuliers, et même, d'après certains auteurs, sur les immeubles dépendant du domaine public national, départemental ou communal, alors du moins que le passage n'est pas incompatible avec la nature du service auquel ces immeubles sont affectés.

1154. Dans le cas où plusieurs fonds voisins du fonds enclavé sont susceptibles de fournir le passage, quel est celui auquel cette charge doit être imposée? Il faut distinguer suivant que l'enclave provient d'un cas fortuit ou qu'elle est le résultat du morcellement, par suite d'un partage ou d'une aliénation partielle, d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique. La première hypothèse fait l'objet de l'art. 683, la seconde de l'art. 684.

1) Cour de cass., 30 janvier 1874, D. 84, 1, 364.

2) Cour de cass., 29 juin 1887, D. 88, 1, 485; Poitiers, 13 mars 1889, D. 70, 2, 109.

Lorsque l'enclave résulte d'un cas fortuit, par exemple lorsqu'elle est due à un éboulement, à la suppression d'une voie publique, à la destruction d'un pont, au changement de lit d'un cours d'eau, à l'établissement d'une voie ferrée, le passage doit en principe être fourni par le fonds qui offre le trajet le plus court et s'exercer sur ce fonds en suivant la ligne la plus directe. « *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique* », dit l'art. 683 al. 1. Mais le principe n'est pas absolu; il comporte une restriction que l'art. 683 al. 2 formule en ces termes : « *Néanmoins, il (le passage) doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.* » Ainsi le passage exercé par le chemin le plus court conduirait à traverser une cour, un jardin ou un parc; les juges pourront décider qu'il s'exercera par un autre endroit du fonds, et même l'imposer à un autre fonds voisin, si ce dernier doit en recevoir un dommage moindre.

Lorsque l'enclave provient du morcellement, par suite d'un partage ou d'une aliénation partielle, d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès à la voie publique, le passage doit être fourni par les portions de ce fonds qui confinent à la voie publique : « *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* » (art. 684 al. 1). Ainsi, en cas de vente partielle, le vendeur devra le passage à l'acheteur sur la portion qu'il conserve, si c'est la portion vendue qui se trouve enclavée; le passage devra au contraire lui être fourni par l'acheteur, si c'est la portion non vendue qui se trouve, par suite de la vente, séparée de la voie publique. Il ne saurait en effet dépendre de la volonté des parties qui créent une enclave d'imposer une servitude de passage à des fonds qui n'y étaient pas antérieurement soumis. Les inconvénients de l'enclave doivent être supportés par ceux de qui elle émane. Cette solution est d'ailleurs commandée dans la plupart des cas par les principes qui régissent la délivrance (art. 1018 et 1615) et la garantie (art. 884 et 1625); aussi avait-elle été adoptée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, avant que la loi du 20 août 1881 l'eût expressément consacrée. Il n'y aurait lieu d'imposer le passage à d'autres fonds qu'autant qu'à raison de circonstances exceptionnelles il serait impossible de l'exercer sur les fonds qui ont fait l'objet de la convention d'où est née l'enclave. « *Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'art. 682 serait applicable* » (art. 684 al. 2).

Dans cette hypothèse comme dans la précédente, le passage doit du reste s'exercer sur le fonds assujéti en suivant la ligne la plus courte, à moins que le trajet par un autre endroit ne soit moins dommageable.

1155. Le propriétaire du fonds enclavé ne peut en principe obtenir le

passage sur les fonds voisins qu'à la charge de payer une indemnité. Cette indemnité, lorsque les parties ne s'accordent pas pour la régler à l'amiable, est fixée par la justice après expertise. Le seul élément dont il y ait à tenir compte pour en déterminer le montant est le préjudice causé au propriétaire du fonds assujéti; il n'y a pas à se préoccuper de l'avantage qui résultera du passage pour le propriétaire du fonds enclavé. Mais c'est seulement lorsque le passage est réclamé en vertu de l'art. 682 qu'il y a lieu à indemnité. A moins de convention contraire, il n'en est point dû dans le cas où l'enclave est la conséquence d'un partage ou d'une aliénation partielle, l'obligation de fournir le passage dérivant alors du fait même qui a engendré l'enclave.

1156. L'art. 685 s'occupe spécialement des effets de la prescription en notre matière. « *L'assiette et le mode de la servitude de passage pour cause d'enclave, dit-il, sont déterminés par trente ans d'usage continu. — L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'art. 682, est prescriptible, et le passage peut être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.* »

La prescription produit donc ici un double effet :

- 1^o Elle détermine l'assiette et le mode de la servitude de passage;
- 2^o Elle libère le propriétaire du fonds enclavé de l'obligation de payer l'indemnité que l'art. 682 met à sa charge.

Lorsque le propriétaire d'un fonds enclavé a passé pendant trente ans sur un fonds voisin, sans qu'il soit intervenu aucune convention ou règlement judiciaire, l'assiette et le mode de la servitude de passage se trouvent par là même fixés, c'est-à-dire que le trajet qui doit être suivi et la manière d'exercer le passage sont désormais définitivement établis. Le propriétaire sur le terrain duquel le passage s'est effectué ne peut donc plus demander que le chemin soit pris sur un autre fonds ou sur une partie différente du même fonds. Il ne saurait davantage contester la manière dont le passage s'exerce et demander qu'il ait lieu autrement. Ainsi il ne serait pas admis à soutenir qu'un passage à pied suffit pour l'exploitation du fonds enclavé si, pendant trente ans, le propriétaire de ce fonds a passé avec des chevaux et une charrette (1).

Lorsque l'assiette et le mode d'exercice de la servitude ont été originairement fixés par une convention ou par un jugement, la prescription peut également les modifier et leur substituer une assiette et un mode différents (2).

1) Cour de cass., 9 janvier 1883, D. 83, 1, 176, S. 84, 1, 64; — 16 janvier 1899, D. 1900, 1, 558, S. 1900, 1, 346.

2) Cour de cass., 17 février 1886, D. 87, 1, 363, S. 86, 1, 457; — 13 août 1889, D. 90, 1, 309, S. 89, 1, 481.

Le second effet de la prescription est d'entraîner l'extinction de l'action en indemnité appartenant au propriétaire du fonds sur lequel le passage s'exerce. Si ce propriétaire laisse écouler trente ans sans user du droit de réclamer une indemnité, ce droit est perdu et le passage doit s'exercer sans indemnité. Le point de départ des trente ans est le jour où le propriétaire enclavé a passé pour la première fois, lors même qu'il n'y aurait eu aucun règlement ni conventionnel ni judiciaire déterminant les conditions du passage.

1157. La loi ne reconnaissant au propriétaire d'un fonds enclavé le droit d'exiger le passage sur les fonds voisins qu'à raison de la nécessité résultant de l'enclave, ce droit ne peut plus être invoqué lorsque, par une cause quelconque, l'enclave vient à prendre fin. Le passage cesse alors immédiatement d'être dû, eût-il été exercé pendant plus de trente ans et moyennant indemnité, sauf restitution d'une partie de cette indemnité (1).

1158. En dehors du cas d'enclave, il existe certaines circonstances dans lesquelles il est permis de passer sur le fonds d'autrui.

1° Toute personne peut passer sur les fonds bordant une voie publique *devenue impraticable*, alors même que ces fonds seraient clos et quel que soit d'ailleurs leur état de culture. L'indemnité à payer en pareil cas aux propriétaires sur les fonds desquels le passage a lieu est à la charge de la commune (loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre II, art. 41 et loi du 21 mai 1836, art. 1).

2° Le propriétaire d'un essaim d'abeilles est autorisé à le poursuivre sur le fonds où il s'est posé (loi du 4 avril 1889, art. 9).

Plusieurs de nos anciennes coutumes reconnaissaient, sous le nom d'*échel-lage* ou *tour d'échelle*, une servitude légale consistant dans le droit accordé au propriétaire d'un bâtiment ou d'un mur de pénétrer sur le fonds voisin pour les réparations à faire à ce bâtiment ou à ce mur. L'espace sur lequel frappait ce droit variait suivant les localités. Le code n'ayant pas maintenu la servitude de tour d'échelle, le propriétaire qui construit sur l'extrême limite de son terrain ne serait pas recevable à exiger du voisin, même moyennant indemnité, un passage pour réparer son bâtiment (2).

1) Aubry et Rau, § 243 texte et note 34; Demante, t. II, n° 539 bis, II; Marcadé, sur l'art. 682; Laurent, t. VIII, nos 108 et suiv.; Huc, t. IV, n° 398. — *Contra* Demolombe, t. XII, n° 642; Duranton, t. V, n° 435. Cour de cass., 24 nov. 1880, D. 81, 1, 71, S. 81, 1, 222; — Orléans, 25 juillet 1895, D. 96, 2, 173.

2) Bordeaux, 24 janvier 1882, D. 84, 2, 96.

CHAPITRE III

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

SECTION I

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES
SUR LES BIENS

1159. L'art. 686 formule en ces termes le principe fondamental du sujet : « *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. — 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.* »

La liberté que cet article reconnaît aux propriétaires d'établir sur leurs fonds telles servitudes que bon leur semble est une conséquence du droit de disposer qui constitue un des attributs de la propriété. Par là même le nombre des servitudes est théoriquement illimité et il ne pouvait être question d'en donner une énumération légale.

Toutefois, la liberté laissée aux propriétaires comporte deux restrictions :

1° Les servitudes établies par le fait de l'homme ne doivent pas être contraires à l'ordre public ;

2° Elles ne doivent pas être imposées à la personne ou exister en faveur de la personne.

La première de ces deux restrictions n'est qu'une application du principe général que les conventions ou les dispositions de l'homme ne peuvent jamais porter atteinte à l'ordre public (art. 6).

La deuxième est un développement de l'art. 637. La servitude ne peut pas être « imposée à la personne », c'est-à-dire qu'elle ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, prestation dont il cesserait d'être tenu en cessant d'être propriétaire et dont le nouveau maître du fonds serait alors tenu à sa place. Ainsi je ne saurais valablement m'engager *comme propriétaire d'un fonds* à labourer tous les ans le champ qui vous appartient, de telle sorte que tous ceux qui me succéderont dans la propriété de ce fonds seront tenus d'exécuter cet engagement. Je peux bien contracter un engagement de ce genre en vous louant

temporairement mes services (art. 1780), ce qui engendrera à votre profit une *obligation* dont je serai personnellement tenu envers vous; il ne m'est pas permis de le contracter à *titre de charge réelle attachée à mon fonds* et le suivant en quelque main qu'il vienne à passer. Une servitude n'est et ne peut pas être autre chose que le droit pour le propriétaire du fonds dominant de retirer du fonds asservi certains avantages dont le propriétaire de ce fonds est tenu de le laisser jouir, sans imposer à ce dernier aucune prestation positive. Tenu de souffrir, de laisser faire, de s'abstenir de certains actes que son droit de propriété, s'il était intact, lui permettrait d'accomplir, il ne saurait être personnellement tenu d'agir. Par dérogation à la rigueur du principe, l'art. 698 admet toutefois que le propriétaire du fonds asservi peut, comme tel, s'engager valablement à exécuter les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir en bon état le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais cette prestation n'est pas la servitude; elle n'en est qu'un accessoire. La servitude demeure dans son objet essentiel une charge imposée au fonds lui-même et à l'occasion de laquelle le propriétaire de ce fonds est tenu d'exécuter certains travaux destinés à faciliter son exercice.

La servitude ne peut pas être établie *au profit de la personne* mais seulement au profit d'un fonds, c'est-à-dire qu'il n'est pas permis d'imposer à un fonds à titre de servitude une charge d'une nature telle qu'elle profite au propriétaire d'un autre fonds, sans offrir en même temps de l'utilité pour l'usage de ce fonds. Ainsi le propriétaire d'un immeuble ne saurait se faire concéder à titre de servitude le droit de se promener sur le terrain d'autrui, ce droit n'ayant pour but que l'agrément de la personne sans procurer aucun avantage au fonds. Il faut, croyons-nous, en dire autant du droit de chasse et du droit de pêche, bien qu'il y ait quelques dissidences à cet égard (1). De pareils droits peuvent bien être établis à titre de droits personnels et notamment faire l'objet d'un bail. Rien ne s'oppose même à ce qu'ils soient constitués comme servitudes personnelles à titre de droits d'usage restreint. Mais ils ne peuvent constituer des servitudes réelles.

En prohibant l'établissement de servitudes qui seraient imposées à la personne ou qui profiteraient à la personne, les auteurs du code ont eu principalement en vue les diverses institutions qui caractérisaient jadis le régime féodal et ils ont voulu encore une fois en prévenir le retour.

1160. Les art. 687, 688 et 689 mentionnent une triple division des servitudes. Ils distinguent :

1) Paris, 26 juin 1890, D. 91, 2, 233, S. 91, 2, 230; — Cour de cass., 9 janvier 1891, D. 91, 1, 89, S. 91, 1, 489; — Amiens, 19 août 1891, S. 91, 2, 248.

- 1° Les servitudes *urbaines* et les servitudes *rurales* ;
- 2° Les servitudes *continues* et les servitudes *discontinues* ;
- 3° Les servitudes *apparentes* et les servitudes *non apparentes*.

La doctrine distingue en outre les servitudes *positives* et les servitudes *négatives*.

a. « Les servitudes, dit l'art. 687, 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*. » La distinction entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales se déduit donc de la nature du fonds pour l'utilité duquel elles sont établies. Une servitude est urbaine ou rurale suivant qu'elle est établie pour l'usage d'un bâtiment, que ce bâtiment soit situé à la ville ou à la campagne, ou pour l'usage d'un immeuble non bâti, quel que soit également le lieu où il est situé.

Cette division, empruntée au droit romain, sans qu'elle le reproduise d'ailleurs d'une manière exacte, ne présente aujourd'hui aucun intérêt pratique.

b. Aux termes de l'art. 688, « 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 : tels 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. » A la différence de la précédente, cette division présente une importance considérable au point de vue de l'établissement et de l'extinction des servitudes. Il est donc nécessaire d'en avoir une notion bien précise.

L'expression servitude *continue* répond mal à l'idée qu'elle doit rendre. Une servitude continue n'est point une servitude qui s'exerce continuellement, d'une façon permanente ; c'est une servitude qui s'exerce d'elle-même, dès lors que les choses se trouvent dans l'état qu'exige son exercice, sans qu'il soit besoin de l'intervention actuelle et persistante de l'homme. La loi cite comme exemples, la servitude de conduite d'eau, la servitude d'égout et la servitude de vue.

La servitude de conduite d'eau nécessite l'établissement sur le fonds servant d'un aqueduc, c'est-à-dire d'un canal ou de tuyaux permettant le passage de l'eau. Mais, l'aqueduc une fois établi, elle s'exerce toute seule ; l'eau arrive d'elle-même sur le fonds dominant sans l'intervention actuelle de l'homme. La servitude ne cesserait pas d'être continue parce qu'elle serait soumise dans son exercice à des intermittences ou interruptions résultant soit de la nature des choses, par exemple du faible débit de la source qui alimente l'aqueduc, soit des dispositions du titre constitutif qui

ne concède l'usage de l'eau qu'à certains jours ou à certaines heures. La circonstance même que l'aqueduc serait muni d'une vanne qu'il faudrait ouvrir pour donner passage à l'eau ne modifierait pas le caractère de la servitude. Ce n'est point en effet dans le fait d'ouvrir la vanne que consiste l'usage de la servitude, c'est dans l'écoulement de l'eau. L'ouverture de la vanne a simplement pour but de permettre à la servitude de s'exercer en faisant disparaître l'obstacle qui s'oppose à son exercice; dès que cet obstacle a disparu, elle s'exerce d'elle-même, sans l'intervention de l'homme (1).

La loi mentionne en second lieu parmi les servitudes continues la servitude d'égout. Cette disposition s'applique sans difficulté à l'égout des eaux pluviales. L'intervention de l'homme est bien, cette fois encore, nécessaire à l'origine pour mettre les choses dans un état qui permette à la servitude de s'exercer. Il faut disposer le toit des bâtiments ou les tuyaux de conduite de manière que l'eau se déverse sur le fonds servant; mais, une fois les travaux exécutés, la servitude s'exerce d'elle-même aussi souvent qu'il pleut, sans qu'il soit besoin du fait actuel de l'homme.

Mais doit-on ranger dans la même catégorie la servitude d'égout des eaux ménagères ou servitude d'évier et la servitude d'égout des eaux industrielles provenant d'une usine ou d'une manufacture? La question est très controversée. Nous croyons avec la jurisprudence que cette servitude n'est pas continue. Pour que l'eau coule il faut en effet en pareil cas l'intervention constante de l'homme, son fait actuel. Dès qu'il cesse d'agir, la servitude cesse de s'exercer. La définition que l'art. 688 donne des servitudes continues est donc alors inapplicable. — Ceux qui adoptent l'opinion contraire raisonnent ainsi : En quoi consiste l'exercice de la servitude d'écoulement des eaux ménagères ou industrielles? Est-ce dans le fait de jeter l'eau? Non. L'homme jette l'eau pour s'en débarrasser, et ce fait de sa part ne constitue point par lui-même un acte de servitude sur le fonds voisin. L'exercice de la servitude consiste dans l'écoulement de l'eau, lequel s'opère sans le fait de l'homme. Une fois jetée dans l'évier ou expulsée de la manufacture dans laquelle elle a été employée l'eau s'échappe toute seule et parvient d'elle-même sur le fonds servant. Tout le monde reconnaît que la servitude de conduite d'eau demeure continue bien qu'il soit nécessaire pour lui permettre de s'exercer d'ouvrir une vanne ou une écluse. La situation est ici exactement la même. Dans un cas comme dans l'autre le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude puisse s'exercer, mais, une fois ce fait accompli, la servitude s'exerce sans l'intervention de l'homme (2). — Ce raisonnement n'est pas exact. C'est par suite de leur expulsion du

1) Cour de cass., 25 oct. 1887, D. 88, 1, 106, S. 88, 1, 309; — 22 nov. 1892, D. 94, 1, 45, S. 93, 1, 29; — 23 nov. 1898, D. 99, 1, 37, S. 99, 1, 260.

2) Demolombe, t. XII, n° 712; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1089.

fonds dominant que les eaux s'écoulent sur le fonds servant. Or cette expulsion, sans laquelle l'écoulement ne se produirait pas, n'a lieu que par le fait de l'homme, elle exige des actes répétés et incessants de la part du propriétaire du fonds dominant. Dès que l'homme n'agit plus l'écoulement s'arrête et la servitude ne s'exerce plus. Donc cette servitude n'est pas continue (1).

On peut s'étonner au premier abord que la servitude de vue soit une servitude continue. Le fait de l'homme n'est-il donc pas nécessaire à son exercice? Nullement. L'exercice de la servitude de vue ne consiste point dans le fait de regarder, mais dans l'existence même de l'ouverture qui permet de voir sur le fonds d'autrui. Cette ouverture est en quelque sorte un œil constamment ouvert et menaçant perpétuellement le voisin.

Les servitudes *discontinues* sont celles qui ont besoin pour être exercées du fait actuel et persistant de l'homme. Elles consistent essentiellement dans l'accomplissement par le propriétaire du fonds dominant de tel ou tel acte sur le fonds servant, de sorte que, si ce propriétaire n'agit pas, la servitude n'est pas exercée. Ainsi la servitude de passage s'exerce chaque fois que le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant et seulement tant qu'il y passe. La servitude de puisage et celle de pacage, que l'art. 688 donne également comme exemples, s'exercent seulement quand le propriétaire du fonds dominant vient puiser de l'eau sur le fonds servant ou qu'il y mène paître ses bestiaux.

c. « 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 » (art. 689).

L'apparence ou la non apparence n'est point, comme la continuité ou la discontinuité, un caractère intrinsèque de telle ou telle servitude. Une même servitude peut être apparente ou non apparente suivant les conditions dans lesquelles elle s'exerce. Ainsi une servitude de passage est apparente lorsqu'elle se manifeste par une porte ou un chemin tracé. Elle est non apparente dans le cas contraire.

L'apparence doit exister à l'égard du propriétaire du fonds que l'on prétend assujetti à la servitude, car c'est à lui qu'elle doit révéler l'existence de cette servitude, afin qu'il puisse s'y opposer si elle est indûment exercée.

1) Aubry et Rau, § 248, texte et note 9; Laurent, t. VIII, n° 132; Planiol, t. I, n° 1839. — Cour de cass., 17 février 1875, D. 76, 1, 504, S. 77, 1, 74; — Riom, 8 mars, 1888, D. 88, 2, 215; — Pau, 29 janvier 1890, D. 91, 2, 122; — Limoges, 16 juin 1891 et 23 mai 1894, D. 96, 2, 362, S. 96, 2, 295.

Une servitude ne saurait donc être considérée comme apparente, bien qu'elle se révèle par quelque signe extérieur, si les ouvrages qui l'annoncent ne sont pas visibles pour le propriétaire du fonds servant.

La division des servitudes en apparentes et non apparentes présente au point de vue de leur constitution et de leur extinction la même importance que la division en servitudes continues et servitudes discontinues. Ces deux divisions sont du reste susceptibles de se combiner entre elles de différentes manières. Une servitude peut être :

1° *Continue et apparente*, comme une servitude de vue s'exerçant par une fenêtre ou par une terrasse;

2° *Continue et non apparente*, comme la servitude de ne pas bâtir ou de ne bâtir que jusqu'à une hauteur déterminée;

3° *Discontinue et apparente*, comme une servitude de passage s'annonçant par une porte ou par un chemin tracé;

4° *Discontinue et non apparente*, comme la servitude de passage dont il n'existe pas de signe extérieur, ou la servitude de pacage.

d. Les servitudes *positives* ou *affirmatives* sont celles qui confèrent au propriétaire du fonds dominant le droit de faire tel ou tel acte que le propriétaire du fonds servant est tenu de supporter. Les servitudes de vue, de passage, de puisage sont des servitudes positives.

Les servitudes *négatives* sont celles qui astreignent le propriétaire du fonds servant à s'abstenir de certains actes qu'il aurait le droit d'accomplir en l'absence de servitude. Telle est la servitude de ne pas bâtir.

Les servitudes négatives sont de leur nature continues et non apparentes.

SECTION II

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

1161. Les servitudes s'établissent : — 1° par titre ; — 2° par la prescription ; — 3° par la destination du père de famille.

§ 1. — *De l'établissement des servitudes par titre.*

1162. Le titre est le mode ordinaire de constitution des servitudes. Il s'applique à toutes les servitudes sans exception.

« *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans* », dit l'art 690.

Et l'art. 691 al. 1 ajoute : « *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre.* »

Le mot *titre* a, nous le savons, dans le langage de la loi et dans celui de la pratique, deux acceptions différentes. Il désigne tantôt le fait juridique

qui engendre un droit et tantôt l'écrit (*instrumentum*) qui constate ce fait juridique. C'est avec la première de ces deux significations qu'il est employé dans les art. 690 et 691. La loi entend ici par le mot *titre* une convention onéreuse, vente, échange, transaction, partage, etc., passée entre les propriétaires des deux fonds, ou une disposition gratuite, c'est-à-dire une donation entre-vifs ou testamentaire faite par l'un d'eux à l'autre. Elle ne s'occupe point de la manière dont le fait constitutif de la servitude doit être constaté. Lorsque la servitude est établie à titre gratuit, qu'elle constitue une libéralité faite au propriétaire du fonds dominant, un écrit est toujours nécessaire, la donation et le testament étant des actes solennels qui n'existent qu'autant qu'ils sont constatés par écrit dans les formes déterminées par la loi (art. 931 et 969). Mais quand la constitution résulte d'un contrat onéreux, la rédaction d'un écrit n'est point indispensable. La servitude existe alors par le seul effet du contrat, par l'accord des volontés, sans qu'il soit nécessaire d'en dresser acte. L'écrit, lorsqu'il en est rédigé un, ce qui a lieu presque toujours, ne sert que de preuve et, s'il fait défaut, la servitude peut être prouvée par d'autres moyens, conformément au droit commun (1). Toutefois, ceci n'est vrai que dans les rapports des parties entre elles, la constitution d'une servitude, quand elle est faite entre-vifs, n'étant opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été transcrite (loi du 23 mars 1855, art. 2).

1163. Le code ne dit nulle part quelles sont les personnes qui ont qualité pour constituer une servitude. Mais les principes ne laissent aucun doute sur ce point. Les servitudes étant des démembrements du droit de propriété, il faut, pour pouvoir les établir, être propriétaire de l'immeuble qui doit en être grevé et avoir la capacité de l'aliéner soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, suivant le caractère de la constitution (2).

Un possesseur même de bonne foi ne peut donc, avant que la prescription soit accomplie à son profit, imposer sur le fonds qu'il détient des servitudes opposables au propriétaire après la revendication.

De même l'usufruitier ne peut grever de servitude le fonds dont il a la jouissance. Rien ne s'oppose sans doute à ce qu'il concède à un voisin le droit de passer sur le fonds, d'y puiser de l'eau, etc., pendant la durée de son usufruit, pourvu qu'il n'en résulte pour l'immeuble aucun changement de nature à nuire au propriétaire. Mais cette concession engendrera seulement une obligation personnelle à la charge de l'usufruitier et non une servitude (3).

Une servitude peut être établie sous condition. Il est donc loisible à une

1) Cour de cass., 25 janvier 1893, D. 93, 1, 82. S. 93, 1, 244.

2) Limoges, 25 avril 1888, D. 89, 2, 288.

3) Laurent, t. VIII, n° 159; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1096.

personne de grever un immeuble qui ne lui appartient pas encore, pour le cas où elle en deviendrait propriétaire. Valable si le constituant acquiert la propriété de l'immeuble grevé, la servitude sera non avenue dans le cas contraire. Il suit de là qu'un des copropriétaires d'un immeuble indivis peut le grever d'une servitude sans le consentement de ses communistes. Cette constitution ne sera dans aucun cas opposable à ceux-ci, mais elle produira son effet si l'immeuble grevé tombe, lors du partage, dans le lot du constituant et pour la portion qui lui sera échue.

L'existence de servitudes imposées à un immeuble n'enlève pas au propriétaire de cet immeuble la faculté d'en constituer de nouvelles, soit de même espèce, soit d'une espèce différente. Mais l'effet de cette constitution se trouve limité à l'égard des servitudes anciennes dont l'exercice ne doit pas être entravé, si d'ailleurs leurs titulaires ont eu soin de rendre leur droit opposable aux tiers en se conformant à la loi du 23 mars 1855. De même les hypothèques dont un immeuble se trouve grevé ne forment point obstacle à la constitution de servitudes sur cet immeuble. Mais les servitudes ainsi constituées ne peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires dont les droits étaient devenus efficaces avant que le titre constitutif de la servitude fût lui-même devenu opposable aux tiers, en ce sens que ces créanciers sont autorisés à faire vendre l'immeuble sans tenir compte des servitudes nouvellement créées (1).

1164. Il convient de rapprocher de la disposition des art. 690 et 691 celle de l'art. 695 ainsi conçu : « *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.* » Cette fois, le mot *titre* est employé dans le sens d'écrit. On appelle *acte récognitif* ou *titre récognitif* un écrit dans lequel se trouve reconnue l'existence d'un droit déjà constaté par un écrit antérieur nommé *acte primordial* ou *originnaire*. Lorsque l'acte primordial constatant l'établissement d'une servitude a été perdu ou détruit, la preuve de l'existence de cette servitude peut se faire au moyen d'un acte récognitif émanant du propriétaire actuel du fonds asservi. C'est le droit commun, et par suite le législateur aurait pu sans inconvénient se dispenser de s'expliquer formellement sur ce point. L'art. 695 est en outre très mal rédigé. Ses termes pourraient faire croire qu'il s'applique seulement aux servitudes non susceptibles de s'acquérir par la prescription, tandis qu'il régit en réalité toute espèce de servitudes. Quand il s'agit de servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription, l'acte récognitif peut sans doute être remplacé par la preuve qu'elles sont exercées depuis plus de trente ans ; mais, tant que la prescription n'est pas accomplie, le titre récognitif pré-

1) Aubry et Rau, § 250.

sente pour ces servitudes la même utilité que pour les autres. D'un autre côté, l'art. 695 semble dire qu'un écrit est indispensable pour établir l'existence d'une servitude non susceptible de s'acquérir par la prescription, ce qui n'est pas exact. A défaut d'acte primordial ou récognitif, toute servitude peut être prouvée conformément au droit commun.

§ 2. — *De l'établissement des servitudes par la prescription.*

1165. Notre ancienne législation présentait en cette matière une extrême diversité. Plusieurs coutumes repoussaient absolument la prescription comme mode d'acquisition des servitudes. D'autres l'admettaient au contraire pour toutes les servitudes sans distinction. D'autres enfin l'admettaient pour certaines servitudes seulement. Encore ces deux dernières catégories de coutumes présentaient-elles une foule de divergences quant aux conditions requises pour la prescription et spécialement quant à sa durée. A ces solutions diverses les rédacteurs du code ont substitué la théorie suivante: *L'acquisition par prescription s'applique aux servitudes qui sont à la fois continues et apparentes et ne s'applique qu'à celles-là. Cette acquisition s'opère par une possession de trente ans.* Telle est la décision des art. 690 et 691 al. 1 dont nous avons reproduit le texte plus haut.

Pourquoi le code exige-t-il la double condition de l'apparence et de la continuité pour qu'une servitude puisse s'acquérir par la prescription ?

L'apparence est exigée par application du principe que, pour aboutir à la prescription, la possession doit être *publique* (art. 2229). La possession d'une servitude non appareute, c'est-à-dire l'exercice de cette servitude, peut difficilement satisfaire à cette condition, aucun signe extérieur ne révélant aux regards l'existence de la servitude. Quant à la *continuité*, elle est exigée non point par application du principe que pour servir de base à la prescription la possession doit être *continue* (art. 2229), car la possession d'une servitude discontinue peut parfaitement être continue dans le sens de l'art. 2229, mais en vertu de cette règle de l'art. 2232 que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Il a paru au législateur que l'exercice d'une servitude discontinue ne constitue pas un empiètement sur le bien d'autrui assez caractérisé pour conduire à la prescription. Les actes par lesquels s'exerce une servitude de ce genre ne causant souvent à celui sur le fonds duquel ils sont accomplis aucun dommage appréciable, peuvent en effet avoir été tolérés par lui par amitié ou complaisance, en vue de maintenir des relations de bon voisinage.

Ce système cependant n'est pas, il faut le reconnaître, à l'abri de la critique. Un propriétaire laisse son voisin passer de temps en temps sur son fonds soit à pied, soit même avec une charrette, mais sans qu'il existe aucun chemin tracé par lequel le passage s'effectue. Il est tout naturel de voir là,

jusqu'à preuve contraire, un acte de tolérance et de bon voisinage. Mais supposons qu'au lieu de se borner à passer, le voisin ait, pour faciliter le passage, fait un chemin qu'il a empierré, rendant ainsi une portion de terrain impropre à la culture. Est-il logique de regarder comme une simple tolérance le fait de la part du propriétaire de souffrir sur son fonds un empiètement aussi grave ? De même si l'on peut voir un acte de pure tolérance dans le fait de laisser un voisin venir prendre de l'eau dans une source ou dans un puits, il est difficile de reconnaître le même caractère à l'installation d'une pompe sur le fonds où s'exerce le puisage. Enfin il n'est nullement impossible qu'une servitude soit exercée d'une façon publique bien qu'il n'y ait pas de signe apparent qui révèle extérieurement son existence. Le législateur aurait donc été mieux inspiré en appliquant sous ce rapport aux servitudes les règles du droit commun, ce qui aurait abouti souvent aux mêmes résultats que ceux auxquels conduisent les art. 690 et 691, sans imposer, le cas échéant, des solutions contraires à la logique et aux principes (1).

1166. La prescription, lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la propriété, s'accomplit tantôt par trente ans, tantôt par dix à vingt ans. Elle s'accomplit par dix à vingt ans lorsque le possesseur a juste titre et bonne foi (art. 2265), c'est-à-dire lorsqu'il possède en vertu d'une cause qui, dans sa pensée, devait le rendre propriétaire et qui n'a pas eu cet effet à raison d'une circonstance ignorée de lui. Voici par exemple une personne qui achète un immeuble d'un individu qu'elle croit en être propriétaire et qui en réalité ne l'est pas. Elle pourra acquérir par une possession de dix ou vingt ans la propriété que la vente à elle consentie *a non domino* ne lui a point conférée. La prescription s'accomplit seulement par trente ans lorsque le juste titre ou la bonne foi fait défaut au possesseur (art. 2262). Cette distinction est inapplicable ici. Le code n'admet pour l'acquisition des servitudes d'autre prescription que celle de trente ans. Bien qu'elle ait rencontré quelques contradicteurs, cette solution ne nous paraît pas sérieusement contestable. L'art. 2264 dispose en effet que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux qui sont mentionnés dans le titre même *de la Prescription* sont exposées dans les titres qui leur sont propres. Or le titre *des Servitudes* renferme un article spécial relatif à la prescription. Cet article ne se borne point à déclarer en termes généraux que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la prescription ; il dit qu'elles s'acquièrent *par la possession de trente ans*, sans faire aucune mention de la prescription par dix à vingt ans. Cette dernière prescription se trouve donc par là même virtuellement exclue. La possession des servitudes même continues et apparentes n'étant pas aussi sensible, aussi mani-

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1109 ; Planiol, t. I, nos 1924 et suiv.

feste que la possession à titre de propriétaire, on conçoit que le législateur n'ait pas cru devoir admettre en ce qui les concerne une abréviation du délai ordinaire de la prescription (1).

1167. Après avoir dit que les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, et les servitudes continues non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, l'art. 691 ajoute : « *La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.* » Sous l'empire de nos anciennes coutumes, les servitudes qui ne sont plus aujourd'hui susceptibles de s'acquérir par la prescription s'acquéraient, ici par une possession de trente ans, là par une possession de cent ans, ailleurs par une possession immémoriale. Le code, par application du principe de la non rétroactivité des lois, maintient celles qui étaient déjà acquises lors de la promulgation du titre *des Servitudes*. Mais ce serait, bien entendu, au propriétaire qui invoquerait le bénéfice de cette disposition à prouver, le cas échéant, que la prescription était accomplie en 1804. Le long espace de temps écoulé depuis lors rendrait en fait cette preuve impossible à ceux dont les auteurs n'auraient pas eu la précaution, à défaut d'une reconnaissance volontaire de la servitude par le propriétaire du fonds servant, de faire reconnaître et constater judiciairement leur droit dans les années qui ont suivi la promulgation du code.

§ 3. — *De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille.*

1168. La destination du père de famille est l'acte par lequel le propriétaire de deux fonds établit entre eux un état de choses qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenaient à des maîtres différents. Le propriétaire de deux immeubles dont l'un renferme une source établit sur cet immeuble un aqueduc qui conduit l'eau sur l'immeuble voisin. Tant que les deux immeubles demeurent réunis dans la même main, le service que l'un d'eux retire de l'autre n'est pas une servitude, nul ne pouvant avoir une servitude sur sa propre chose. Mais voilà que les deux fonds viennent à être séparés pour appartenir à des propriétaires différents, soit que leur propriétaire commun aliène l'un en conservant l'autre, soit qu'il dispose de l'un et de l'autre au profit de deux personnes différentes,

1) Demolombe, t. XII, n° 781; Aubry et Rau, § 251, texte et note 1; Demante, t. II, n° 546 bis; Laurent, t. VIII, n° 194; Huc, t. IV, n° 419; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1113; Marcadé, sur l'art. 690; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 187. — Cour de cass., 23 nov. 1875, D. 76, 1, 424, S. 76, 1, 103. — *Contra* : Durantou, t. V, n° 593; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 348; Planiol, t. I, n° 1925.

soit qu'après son décès ils soient attribués à deux de ses héritiers. Le rapport établi entre eux, s'il continue d'exister, revêt le caractère d'une servitude, sans qu'il soit besoin à cet égard d'une déclaration expresse de volonté.

Pour qu'il y ait création d'une servitude par destination du père de famille, il faut donc, d'une part, que deux fonds actuellement séparés aient appartenu au même propriétaire, et, d'autre part, que l'assujettissement de l'un de ces fonds au service de l'autre soit l'œuvre de leur propriétaire commun, ou, ce qui revient au même, que ce propriétaire ayant trouvé cet assujettissement déjà établi lors de la réunion des deux fonds dans sa main l'ait laissé subsister. « *Il n'y a destination du père de famille, dit l'art. 693, 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.* »

1169. Quelles sont les servitudes qui peuvent s'établir par la destination du père de famille? La question ne présenterait pas de difficulté si nous n'avions pour la résoudre que l'art. 692 ainsi conçu : « *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.* » Mais l'art. 694 ajoute : « *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.* » Tandis que l'art. 692 indique comme pouvant s'acquérir par la destination du père de famille les servitudes qui sont à la fois continues et apparentes, l'art. 694 parle des servitudes simplement apparentes, sans faire mention du caractère de continuité. Ces deux articles sont-ils ou non conciliables? On ne compte pas moins de cinq systèmes sur ce point.

L'un estime qu'il faut s'en tenir aux termes de l'art. 694 et que l'apparence suffit dans tous les cas pour donner lieu à l'établissement d'une servitude par destination du père de famille. L'art. 694 a modifié l'art. 692.

Un autre, non moins absolu en sens inverse, considère au contraire l'art. 692 comme le texte fondamental, dont l'art. 694 n'est que la suite et le développement, et supplée en conséquence dans ce dernier la condition de continuité que le législateur a omis de rappeler.

Une troisième opinion distingue entre le cas où la séparation des deux fonds est la conséquence d'un partage et celui où elle résulte d'une aliénation ou disposition que le propriétaire des deux fonds a faite par vente, échange, donation ou testament. Le premier cas est celui de l'art. 692; la continuité et l'apparence sont alors nécessaires. Dans le second, qui est celui de l'art. 694, l'apparence suffit. On invoque en ce sens le texte des art. 693 et 694. L'art. 693, qui se réfère à l'hypothèse prévue dans l'art.

692, porte qu'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. L'emploi de ce mot indique qu'il s'agit, dans ces articles, du cas où c'est par l'effet d'un *partage* que les fonds précédemment réunis se trouvent désormais dans des mains différentes. L'art. 694 emploie une autre expression; il se sert du mot *disposer*. Le cas qu'il a en vue est donc celui où la séparation des deux fonds provient d'un acte de disposition, d'aliénation accompli par le propriétaire lui-même.

Ces trois systèmes sont aujourd'hui à peu près abandonnés, et ils sont en effet inadmissibles. Les deux premiers mutilent la loi sous prétexte de l'interpréter. L'un sacrifie l'art. 692 à l'art. 694. L'autre fait de ce dernier article une disposition complètement inutile, puisqu'il le considère comme ne faisant que répéter en termes différents et moins exacts ce que dit déjà l'art. 692. Quant au troisième système, il attache une importance exagérée aux expressions différentes qui se rencontrent dans les art. 693 et 694 et la distinction qu'il propose n'a aucune raison d'être.

Suivant un quatrième système, les art. 692 et 693 s'occupent du cas où c'est depuis la réunion des deux fonds entre les mains du même propriétaire que l'un d'eux a été affecté au service de l'autre. Dans ce cas, la continuité et l'apparence sont nécessaires pour que l'état de choses créé par le propriétaire constitue une servitude après la séparation des deux fonds. L'art. 694 se réfère au contraire à l'hypothèse où, lors de la réunion des deux fonds dans la même main, l'un d'eux se trouvoit déjà grevé d'une servitude au profit de l'autre. Cette servitude s'éteint par confusion, bien que le service auquel l'un des fonds était affecté continue d'exister. Puis les deux fonds viennent à se trouver de nouveau séparés. La servitude revit, alors même qu'elle n'est pas continue, si elle se manifeste par un signe apparent. La loi se montre plus facile pour faire renaître une servitude que pour la faire naître. — Cette doctrine se fonde d'une part sur le rapport présenté au Tribunat par Albisson et dans lequel l'art. 694 se trouve expliqué de cette façon, et, d'autre part, sur ces mots du même article : *la servitude continue d'exister*, formule qui implique, dit-on, qu'il s'agit d'une servitude ayant déjà existé et non d'une servitude nouvelle (1).

Plus satisfaisant que les précédents, ce système soulève cependant des objections. La distinction qu'il propose se justifie difficilement en raison et l'argument de texte sur lequel on l'appuie n'est nullement décisif, les termes de la loi pouvant en somme s'appliquer aussi bien au cas où le rapport existant entre les deux fonds a été créé par leur propriétaire qu'à celui où il a été simplement maintenu par lui. Quant à l'avis d'Albisson,

1) Marcadé, sur l'art. 694; Laurent, t. VIII, n° 184; Planiol, t. I, n° 1944.

rien ne prouve qu'il ne soit pas purement personnel, les travaux préparatoires ne fournissant par ailleurs aucun renseignement sur la question.

D'après le cinquième et dernier système, quand un propriétaire a établi ou maintenu entre deux fonds lui appartenant un rapport qui constituerait une servitude continue et apparente si les fonds appartenait à des maîtres différents, le seul fait de la séparation de ces deux fonds suffit à engendrer entre eux une servitude. Celui qui se prévaut de cette servitude n'a aucune preuve à faire ; il n'a pas besoin de représenter le titre en vertu duquel la séparation des deux fonds a été opérée. C'est à son adversaire de prouver, en produisant ce titre, qu'il contient une clause contraire à la servitude. Ce cas est celui des art. 692 et 693. Si au contraire le rapport établi ou maintenu entre les deux fonds, tout en étant manifesté par un signe apparent, n'est pas de nature à constituer une servitude continue, cette circonstance pouvant faire naître un doute sur la volonté des parties ou du disposant de laisser subsister l'état de choses antérieur à la séparation, il faut, en cas de contestation à cet égard, que l'acte qui opère la séparation des deux fonds soit représenté et qu'il ne contienne aucune clause relative à la servitude. L'induction résultant du signe apparent de la servitude, a besoin d'être confirmée et corroborée par le silence du titre. C'est le cas prévu par l'art. 694. La destination du père de famille est donc, d'après ce système, auquel nous nous rallions, un mode de constitution applicable à la fois aux servitudes continues et apparentes et aux servitudes apparentes mais discontinues, avec cette différence qu'il n'a pas pour les secondes une force aussi grande que pour les premières (1).

1170. Notre section se termine par la disposition suivante : « *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). Bien que les termes de cet article semblent se référer seulement aux servitudes établies par titre, la règle de nécessité et de bon sens qu'il formule est générale et doit être appliquée à toute servitude. Dans tous les cas l'établissement d'une servitude emporte comme conséquence nécessaire l'établissement des droits accessoires sans lesquels elle ne pourrait être exercée : Qui veut la fin veut les moyens. Mais on ne peut, bien entendu, user du droit accessoire que pour l'exercice de la servitude. Ainsi celui qui a le droit de passer sur le

1) Demolombe, t. XII, n° 821 ; Aubry et Rau, § 252, texte et note 9 ; Duranton, t. V, nos 570 et suiv. ; Demante, t. II, n° 549 bis ; Ducaurroy, Bonnier et Roussain, t. II, n° 354 ; Huc, t. IV, nos 424 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1123. — Cour de cass., 13 juillet 1885, D. 86, 1, 316, S. 87, 1, 429 ; — 27 avril 1887, D. 88, 1, 364, S. 90, 1, 479 ; — 19 juin 1893, D. 93, 1, 526, S. 93, 1, 340 ; — 30 octobre 1894, D. 95, 1, 63, S. 95, 1, 44 ; — 29 mai 1895, D. 95, 1, 391, S. 95, 1, 415 ; — 3 nov. 1896, D. 97, 1, 214, S. 97, 1, 407.

fonds d'autrui pour y puiser de l'eau ne saurait exercer ce droit pour un autre motif. D'autre part, la servitude accessoire suit nécessairement le sort de la servitude principale; elle s'éteint lorsque celle-ci vient à disparaître.

SECTION III

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE

1171. Aux termes de l'art. 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.* » La loi, dans cette disposition, n'a en vue que les servitudes établies par titre. Quand il s'agit d'une servitude acquise par prescription, son étendue et le mode de son exercice sont réglés par la maxime : *Tantum præscriptum quantum possessum*. Au cas de constitution par destination du père de famille, les droits du propriétaire du fonds dominant sont déterminés par l'état de fait qui donne naissance à la servitude.

Les art. 697 à 702 qui forment la présente section renferment un certain nombre de règles applicables à toutes les servitudes, de quelque manière qu'elles aient été constituées.

1172. « *Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver* » (art. 697). Les ouvrages dont il est question sont des ouvrages à faire sur le fonds servant. Il est clair en effet qu'il n'était pas besoin d'un texte spécial pour autoriser le propriétaire du fonds dominant à faire sur son propre fonds les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude. Par application de cet article, celui auquel appartient une servitude d'aqueduc peut creuser le sol du fonds servant pour y établir les tuyaux qui amèneront l'eau sur son fonds; celui qui a un droit de passage peut niveler le terrain sur lequel ce droit s'exercera, et même, si les circonstances l'exigent, empierrer ou paver le chemin.

Les ouvrages doivent d'ailleurs bien entendu être faits de la manière la moins dommageable et la moins incommode pour le fonds assujéti, par conséquent à l'époque de l'année où ils causeront le moins de préjudice à ce fonds, et après avis donné au propriétaire afin qu'il puisse prendre les arrangements et précautions qui lui paraîtront propres à sauvegarder ses intérêts.

En principe, les ouvrages sont aux frais du propriétaire du fonds dominant. « *Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujéti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire* » (art. 698). C'est là une conséquence du caractère même des servitudes qui n'imposent au propriétaire du fonds servant qu'un rôle purement passif. Mais, à la différence du droit romain, le code permet de

déroger à cette règle. Les ouvrages nécessaires à l'usage ou à la conservation de la servitude peuvent être mis à la charge et aux frais du propriétaire du fonds assujetti, non seulement, comme le dit la loi, par le titre constitutif de la servitude, mais encore par un titre postérieur.

Comme la servitude elle-même dont elle est un accessoire, cette charge est réelle et non personnelle. Tout propriétaire du fonds servant est donc en cette qualité tenu de l'acquitter, mais il lui est loisible de s'y soustraire en abandonnant le fonds. « *Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due* » (art. 699). Le propriétaire du fonds assujetti doit-il nécessairement, pour s'affranchir de la charge dont il est tenu, abandonner le fonds tout entier? Oui, si la servitude s'exerce sur la totalité du fonds. Il s'agit par exemple d'un droit de pacage établi sur un pré, avec la charge imposée au propriétaire de ce pré d'y faire les travaux nécessaires pour l'entretenir en état tel que la servitude puisse s'exercer. Le propriétaire devra, pour se libérer, abandonner le pré tout entier. Mais si la servitude ne s'exerce que sur une partie du fonds, il suffit d'abandonner la portion sur laquelle elle s'exerce. Ainsi pour s'affranchir de l'entretien d'un chemin affecté à l'exercice d'une servitude de passage, le propriétaire du fonds servant abandonnera le terrain sur lequel le chemin est tracé.

L'abandon étant un acte unilatéral ne suffit point, alors même qu'il a été notifié au propriétaire du fonds dominant pour lui transférer la propriété du terrain délaissé. La mutation de propriété n'a lieu qu'autant qu'il est intervenu entre le propriétaire du fonds assujetti et le propriétaire du fonds dominant une convention portant cession par le premier au second du terrain affecté à l'exercice de la servitude (1).

1173. « *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 condition 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). La loi, dans cet article, suppose une servitude existant au profit de l'ensemble du fonds dominant, c'est-à-dire non limitée par sa nature ou par le titre qui la constitue à une partie déterminée de ce fonds. Après avoir appartenu à un seul propriétaire, le fonds dominant vient à appartenir divisément ou indivisément à plusieurs personnes, par exemple aux héritiers du propriétaire original. La servitude pourra être exercée par les nouveaux propriétaires comme elle pouvait l'être par l'ancien, mais sans que la condition du fonds assujetti se trouve

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1131.

aggravée. Si donc il s'agit d'un droit de passage, les divers propriétaires du fonds dominant devront tous passer par le même chemin. Dira-t-on que le passage étant désormais exercé par plusieurs personnes sera par là même plus fréquent et partant plus incommode pour le propriétaire du fonds assujetti. Il ne faut pas oublier que les servitudes existent non pour l'utilité et l'avantage de la personne, mais pour l'utilité et l'avantage du fonds lui-même. Le passage exercé par plusieurs personnes, dès lors qu'il n'a lieu que dans la mesure des besoins du fonds dominant, ne constitue donc pas une véritable aggravation de la servitude.

Lorsque la servitude, au lieu d'avoir pour objet un fait indivisible comme le passage, est divisible dans son exercice comme le droit d'extraire du fonds servant de la marne, du sable ou autres substances, il faut distinguer si la quantité à extraire a été ou non déterminée par le titre constitutif. Si elle a été déterminée, les nouveaux propriétaires ne pourront réclamer à eux tous une quantité plus considérable. Si elle ne l'a pas été, ils seront fondés à réclamer la quantité nécessaire à l'exploitation du fonds dominant dans son nouvel état.

Le code ne dit rien du cas où le fonds servant viendrait à appartenir à plusieurs propriétaires. La règle à poser par analogie est que la division de ce fonds ne modifie en rien les droits du propriétaire du fonds dominant.

1174. « *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 onéreuse 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).

Chacun est tenu de respecter le droit d'autrui. Le propriétaire du fonds assujetti doit donc s'abstenir de tout fait qui serait de nature à gêner ou à entraver d'une manière quelconque l'exercice de la servitude. S'il ne cesse point de pouvoir agir en maître sur sa chose, il ne peut plus le faire que dans la mesure compatible avec la charge dont elle est grevée. Lorsque les tribunaux reconnaissent que des ouvrages faits sur le fonds servant portent atteinte au libre exercice de la servitude, ils doivent en ordonner la suppression, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels les circonstances pourraient donner lieu.

Rigoureusement le propriétaire du fonds assujetti ne devrait pouvoir apporter aucun changement au mode d'exercice de la servitude tel qu'il est déterminé par le titre ou par la possession. Mais à cette règle la loi apporte une restriction déjà admise dans notre ancien droit. Lorsque l'état de

choses établi devient plus onéreux pour le propriétaire du fonds servant, ou qu'il l'empêche de faire des réparations, des améliorations, des changements quelconques avantageux pour lui, l'art. 701 *in fine* lui permet de demander le déplacement de l'assiette de la servitude, en offrant au propriétaire du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de son droit. Si celui-ci refusait un déplacement offert dans ces conditions, il pourrait lui être imposé par la justice (1).

« *De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier* » (art. 702). Dans ce texte, dont les termes sont assez peu précis, la loi prévoit deux hypothèses distinctes. Elle interdit tout d'abord au propriétaire du fonds dominant d'user de la servitude pour des besoins autres que ceux en vue desquels elle a été établie, par exemple d'utiliser pour obtenir une force motrice une servitude de prise d'eau concédée pour l'irrigation (2). Elle lui interdit d'autre part d'apporter dans l'exercice de la servitude aucun changement susceptible d'aggraver la situation du fonds servant, alors même qu'il ne résulterait de ces changements aucune modification dans l'objet de la servitude (3).

SECTION IV

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT

1175. Les art. 703 à 710 indiquent trois causes d'extinction des servitudes : — 1° l'impossibilité d'en user ; — 2° la confusion ; — 3° le non-usage pendant trente ans.

Mais cette liste n'est pas complète. Après avoir étudié les modes d'extinction prévus par la loi, nous ferons connaître ceux qu'elle a omis de mentionner.

§ 1. — *De l'impossibilité d'user de la servitude.*

1176. « *Les servitudes cessent, dit l'art. 703, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.* »

« *Elles revivent, ajoute l'art. 704, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de*

1) Cour de cass., 19 juin 1882, D. 83, 1, 288, S. 84, 1, 120.

2) Cour de cass., 4 juin 1872, D. 73, 1, 356, S. 73, 1, 449.

3) Cour de cass., 4 février 1873, D. 74, 1, 122, S. 73, 1, 53; — 28 déc. 1880, D. 81, 1, 350, S. 81, 1, 454; — 8 nov. 1886, D. 87, 1, 388, S. 87, 1, 455; — Pau, 9 février 1885, D. 86, 2, 173; — 21 mars 1888, D. 89, 2, 103, S. 90, 2, 206; — Bourges, 16 février 1891, S. 92, 1, 309.

temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'art. 707. »

Il y a impossibilité d'user de la servitude lorsque, par un événement quelconque, le fonds servant se trouve hors d'état de procurer au fonds dominant le service auquel il est soumis envers lui, ou lorsque le fonds dominant se trouve hors d'état de profiter de la servitude.

Si le changement survenu est d'une nature telle que les choses ne puissent jamais revenir à leur état primitif ou du moins à un état permettant d'user de nouveau de la servitude, celle-ci cesse immédiatement et définitivement d'exister. Mais si ce changement n'est pas irréparable, la servitude n'est pas éteinte. Il n'y a alors qu'un obstacle de fait qui empêche l'exercice de la servitude, sans porter atteinte au droit lui-même. Par suite la servitude reprendra son cours si cet obstacle vient à disparaître, pourvu toutefois que sa disparition ait lieu avant l'expiration d'un délai de trente ans. Ce temps écoulé, la servitude se trouverait en effet éteinte par le non-usage (art. 706), c'est-à-dire par la prescription, à moins toutefois que celle-ci n'eût été interrompue ou suspendue conformément au droit commun.

La loi fait elle-même, dans l'art. 665, une application particulière de la règle posée dans l'art. 704 au cas de reconstruction d'un mur ou d'une maison en transportant au nouveau mur ou au nouveau bâtiment les servitudes qui existaient sur ou pour l'ancien : « *Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise. »*

§ 2. — De la confusion.

1177. Il y a confusion lorsque, par une cause quelconque, le fonds dominant et le fonds servant viennent à appartenir au même propriétaire. La servitude est alors éteinte en vertu du principe *Nemini res sua servit jure servitutis*. « *Toute servitude est éteinte, dit l'art. 705, lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main. »*

Si les deux fonds cessent d'appartenir au même maître, la servitude revivra-t-elle ? Il faut distinguer.

Si la confusion cesse avec effet rétroactif, *ex tunc*, la servitude renaît, ou plutôt elle doit être considérée comme n'ayant jamais été éteinte. Ainsi le propriétaire du fonds dominant achète le fonds servant ; puis la vente vient à être résolue par l'accomplissement d'une condition (art. 1183, 1659, 1673, 1681, etc.), ou rescindée pour cause d'incapacité de l'un des contractants ou pour vice du consentement (art. 1109 et suiv., 1124,

1304, etc.). La vente qui avait produit la confusion étant alors anéantie et réputée n'avoir jamais eu lieu, la servitude subsiste.

Si, au contraire, la confusion cesse sans effet rétroactif, *ex nunc*, la servitude demeure éteinte. Tel serait le cas où, après la réunion du fonds dominant et du fonds servant dans la même main, l'un d'eux serait vendu à un tiers. Pour faire revivre la servitude, il faudrait alors une nouvelle cause d'établissement, c'est-à-dire une clause spéciale de l'acte par lequel la séparation des deux fonds a été opérée, ou la destination du père de famille.

§ 3. — *Du non-usage.*

1178. « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* » (art. 706).

Il résulte de l'art. 704 que le non-usage prolongé pendant trente ans entraîne l'extinction de la servitude alors même qu'il est forcé, c'est-à-dire lorsqu'il provient d'un obstacle invincible qui s'oppose à l'exercice de la servitude (1).

L'extinction par le non-usage s'applique à toutes les servitudes quelles qu'elles soient. Mais le point de départ du délai de trente ans, par lequel la prescription s'accomplit, varie suivant qu'il s'agit d'une servitude continue ou d'une servitude discontinue. « *Les trente ans, dit l'art. 707, 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 continues.* » La différence établie entre ces deux sortes de servitudes résulte de leur nature même. L'exercice d'une servitude discontinue nécessitant le fait actuel et constamment renouvelé de l'homme, le non-usage commence aussitôt que l'homme cesse d'agir, par exemple, au cas de servitude de passage, dès que le propriétaire du fonds dominant cesse de passer, au cas de servitude de pacage dès qu'il cesse de conduire ses bestiaux sur le fonds servant. Les servitudes continues s'exerçant d'elles-mêmes, sans le fait de l'homme, la prescription ne peut commencer à courir en ce qui les concerne que du jour où il a été fait, soit par le propriétaire du fonds servant ou du fonds dominant, soit par une personne quelconque, un acte contraire à la servitude (2). Ainsi la prescription court contre la servitude *non ædificandi* du jour où une construction a été élevée sur le fonds servant. Elle court contre une servitude de vue du jour de la suppression des fenêtres par lesquelles la vue s'exerçait, ou du jour où, par un ouvrage fait sur son terrain, le propriétaire du fonds servant a obstrué la vue. Mais le fait de

1) Cour de cass., 3 mars 1890, D. 91, 1, 37, S. 90, 1, 245; — Bourges, 23 juillet 1890, D. 92, 2, 444.

2) Cour de cass., 6 nov. 1889, D. 89, 1, 473, S. 90, 1, 413.

laisser constamment fermés les volets d'une fenêtre n'est pas un acte contraire à la servitude de vue, l'exercice de cette servitude consistant non dans l'action de regarder, mais dans l'existence même de la fenêtre.

Parmi les servitudes discontinues, il en est dont l'usage est soumis à des intermittences forcées et qui ne s'exercent qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés. Tel est notamment le droit de prendre tous les deux ans une certaine quantité de sable dans une carrière, ou le droit de passer sur un fonds pour l'exploitation d'un bois qui se coupe tous les quinze ans. La prescription commence alors à courir non point à partir du dernier acte d'exercice de la servitude, mais seulement du jour où le droit de l'exercer à nouveau étant revenu le propriétaire du fonds dominant n'en a pas usé.

1179. Une servitude peut-elle s'éteindre non seulement par la prescription de trente ans, mais encore par la prescription de dix à vingt ans de l'art. 2265, lorsque le fonds servant a été possédé pendant ce laps de temps comme libre de toute servitude par un tiers qui a juste titre et bonne foi? La négative nous paraît certaine en présence des termes absolus de l'art. 706. Nous avons à la vérité admis que l'usufruit s'éteint par la prescription de dix à vingt ans, bien que l'art. 617 al. 5, non moins absolu que l'art. 706, ne parle que de la prescription de trente ans. Mais la situation est très différente dans les deux hypothèses. L'usufruit est susceptible de s'acquérir par la prescription de la même manière que la propriété. Lors donc qu'un individu a, de bonne foi et en vertu d'un juste titre, possédé pendant dix à vingt ans un immeuble grevé d'usufruit en exerçant au lieu et place de l'usufruitier la jouissance qui appartient à celui-ci, il a par là même acquis pour son propre compte, en vertu de l'art. 2265, le droit de jouir de l'immeuble et supplanté le droit rival de l'usufruitier. L'extinction de l'usufruit ne résulte pas alors d'une prescription extinctive; elle est la conséquence indirecte de la prescription acquisitive réalisée au profit du possesseur. Il n'en peut être de même en matière de servitude et cela pour deux raisons : d'abord parce que les servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription exigent nécessairement une possession de trente ans (art. 690); ensuite parce que celui qui possède comme franc un immeuble grevé d'une servitude n'exerce pas lui-même cette servitude au lieu et place du propriétaire du fonds dominant et ne saurait dès lors l'acquérir par la prescription. Il s'agit uniquement pour lui de libérer l'immeuble de la charge qui le grève. La prescription qu'il invoque est donc une prescription purement extinctive résultant du non-usage, ce qui exclut l'art. 2265, relatif à la prescription acquisitive (1).

1) Demolombe, t. XII, n° 1004; Aubry et Rau, § 255, texte et note 33; Huc, t. IV, n° 462; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1165. — Cour de cass., 23 nov. 1875, D. 76, 1, 423, S. 76, 1, 103; — 22 février 1881, D. 81, 1, 407, S. 82, 1,

1180. Pour éviter 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 locataire, ou même *au nom du fonds* par quelqu'un qui le représente, comme un usufruitier ou un possesseur même de mauvaise foi. L'art. 709 contient une application de ce principe. « *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, l'un des copropriétaires la conserve en effet pour le fonds lui-même, et par conséquent pour tous ceux qui ont un droit dans le fonds. Il en est ainsi dans le cas où l'exercice de la servitude est divisible aussi bien que dans celui où il est indivisible. La loi ne distingue pas (1).

Poursuivant la même idée, l'art. 710 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.* » La loi suppose ici que la prescription est suspendue au profit de l'un des copropriétaires du fonds dominant (art. 2252). Conservée au profit de ce propriétaire, la servitude est par là même conservée au profit de tous.

1181. Aux termes de l'art. 708, « *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.* » Le mode de la servitude est la manière dont elle s'exerce. Dire que le mode de la servitude peut se prescrire, c'est donc dire que la prescription peut modifier l'exercice de la servitude, tout en la laissant subsister. Un propriétaire a concédé à son voisin le droit d'avoir quatre fenêtres à une distance moindre que celle qui est fixée par la loi. Trente ans se passent et le voisin n'ouvre que deux fenêtres. Il ne pourra plus désormais en ouvrir de nouvelles. La servitude n'ayant été exercée qu'en partie se trouve éteinte en partie par le non-usage, comme elle aurait été complètement éteinte si elle n'avait pas été exercée du tout (2).

Placé dans la section consacrée à l'extinction des servitudes, l'art. 708 prévoit seulement le cas où une servitude a été exercée d'une manière restreinte et incomplète. Mais il peut arriver qu'au lieu d'user incomplètement de son droit le propriétaire du fonds dominant l'ait dépassé en faisant plus qu'il ne lui était permis de faire. Aura-t-il, au bout de trente ans, acquis le mode plus avantageux dont il a usé ? Il faut distinguer.

S'il s'agit d'une servitude continue et apparente, la prescription pouvant

111. — *Contra* : Duranton, t. V, n° 691 ; Demante, t. II, n° 565 bis ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 368 ; Laurent, t. VIII, n° 314.

1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1166.

2) Cour de cass., 6 juillet 1897, D. 97, 1, 188, S. 98, 1, 395.

faire acquérir la servitude elle-même (art. 690), peut à plus forte raison fonder un mode d'exercice plus avantageux. Soit une servitude de vue donnant au propriétaire du fonds dominant le droit d'avoir deux fenêtres. Ce propriétaire en ouvre trois et jouit pendant trente ans de la servitude ainsi accrue. Au bout de ce temps il aura acquis le droit de conserver la troisième fenêtre. — Mais s'il s'agit d'une servitude discontinue ou non apparente, la prescription étant impuissante à faire acquérir la servitude elle-même (art. 691) l'est également à fonder un mode d'exercice plus avantageux. Soit une servitude de passage consistant dans le droit de passer à pied. Pendant trente ans, le propriétaire du fonds dominant passe non seulement à pied, mais encore avec une voiture ou une charrette. Il n'aura pas acquis le droit de passer autrement qu'à pied.

La prescription qui peut modifier *en moins* le mode d'exercice de toutes les servitudes ne peut donc modifier *en plus* que celui des servitudes continues et apparentes. Il suit de là que le titulaire d'une servitude qui aura changé le mode normal de l'exercer pour en adopter un autre pourra, au bout de trente ans, avoir perdu son droit tout entier. Ex. Un propriétaire a le droit d'amener sur son fonds, au moyen d'un aqueduc, l'eau d'une source située sur le fonds d'un propriétaire voisin. Il ne fait point d'aqueduc, ou bien il supprime celui qui avait été établi et, pendant trente ans, il va puiser de l'eau à la source. La servitude d'aqueduc sera éteinte par le non-usage et le titulaire n'aura pas acquis pour la remplacer la servitude de puisage, laquelle est une servitude discontinue.

§ 4. — Des causes d'extinction non prévues par le code.

1182. Aux causes d'extinction mentionnées textuellement par la loi, il y a lieu d'ajouter les suivantes :

1° L'arrivée du terme fixé par les parties ou par le constituant. Perpétuelles de leur nature, les servitudes peuvent être établies seulement pour un temps déterminé; mais cette combinaison est rare.

2° L'accomplissement de la condition résolutoire sous laquelle la servitude avait été constituée.

3° La résolution du droit du constituant sur le fonds grevé de la servitude. *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.

5° L'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant, sauf indemnité pour le propriétaire du fonds dominant (loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

L'art. 618, spécial à l'usufruit, ne saurait être étendu aux servitudes. Les tribunaux ne pourraient pas prononcer l'extinction d'une servitude

pour cause d'abus dans son exercice; il leur appartiendrait seulement d'accorder des dommages-intérêts au propriétaire du fonds servant et de prescrire les mesures nécessaires pour prévenir tout abus ultérieur (1).

1) Demolombé, t. XII, n° 1056; Aubry et Rau, § 255; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1175.



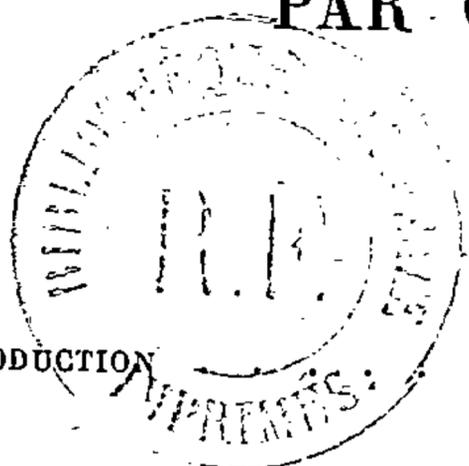
FIN DU TOME PREMIER

ERRATA

Page 19,	ligne	9	au lieu de <i>en</i> , lire : <i>ou</i> .
— 42,	—	13	— <i>au moment de la succession</i> , lire : <i>au moment de l'ouverture de la succession</i> .
— 142,	—	1	— <i>peine capitale</i> , lire : <i>peine principale</i> .
— 153,	—	pénultième	— <i>correligionnaires</i> , lire : <i>coreligionnaires</i> .
— 166,	—	16	— 5 ^o lire : 4 ^o .
— 168,	—	note	— <i>Beduant</i> , lire <i>Beudant</i> .
— 176,	—	17	— <i>ils leur reconnaîtront</i> , lire : <i>ils lui reconnaîtront</i> .
— 179,	—	11	— <i>est non ou né vivant</i> , lire : <i>est ou non né vivant</i> .
— 188,	—	14	— <i>ils ne pouvaient être</i> , lire : <i>ils ne pourraient être</i> .
— 192,	—	6 et 31	— <i>loi du 16 mai et loi du 18 mai</i> , lire : <i>loi du 17 mai</i> .
— 207,	—	7	— <i>et portant</i> , lire : <i>et partant</i> .
— 246,	—	28	— <i>le droit d'exiger d'eux</i> , lire : <i>le droit d'exiger des envoyés</i> .
— 311,	—	28	— <i>l'acte des époux</i> , lire : <i>l'acte de naissance des époux</i> .
— 326,	—	30	— <i>à moins d'admettre</i> , lire : <i>A moins d'admettre</i> .
— 353,	—	30	— <i>s'ils</i> , lire : <i>s'il</i> .
— 357,	—	25 et 30	— <i>ine fine</i> , lire : <i>in fine</i> .
— 381,	—	26	— <i>la dette est solidaire</i> , lire : <i>la dette alimentaire est solidaire</i> .
— 430,	—	23	— <i>l'infériorité</i> , lire : <i>l'infériorité</i> .
— 443,	—	8	— <i>et des domestiques</i> , lire : <i>et les domestiques</i> .
— 447,	—	9	— <i>choisi qui comme</i> , lire : <i>choisi comme</i> .
— 448,	—	11	— <i>décision ordonnée</i> , lire : <i>décision donnée</i> .
— 454,	—	1	— <i>Section III</i> , lire : <i>Section II</i> .
— 460,	—	1	— <i>Section IV</i> , lire : <i>Section III</i> .
— 580,	—	25	— <i>aux parents légitimes</i> , lire : <i>aux parents</i> .
— 635,	—	dernière	— <i>Baudry-Lacantinerie</i> , ajouter : <i>t. I, n^o 1145</i> .
— 703,	—	23	— <i>sont dispensées</i> , lire : <i>sont dispensés</i> .
— 736,	—	9	— <i>concessionnaire</i> , lire : <i>cessionnaire</i> .
— 765,	—	antépénultième	— <i>l'action en rédaction</i> , lire : <i>l'action en réduction</i> .
— 852,	—	dernière	— <i>celle</i> , lire : <i>celles</i> .
— 856,	—	antépénultième	— <i>Les deux clauses de rentes</i> , lire : <i>Les deux classes de rentes</i> .
— 873,	—	20	— <i>faire une clause à part</i> , lire : <i>faire une classe à part</i> .
— 888,	—	2	— <i>quoque momento</i> , lire : <i>quoquo momento</i> .

TABLE

PAR ORDRE DE MATIÈRES



	Pages.
INTRODUCTION	1
TITRE PRÉLIMINAIRE	
DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL	17
CHAPITRE PREMIER. — De la publication des lois et de leur abrogation	17
<i>Sect. I.</i> — De la publication des lois	17
<i>Sect. II.</i> — De l'abrogation des lois	32
CHAPITRE II. — Des effets des lois	33
<i>Sect. I.</i> — Des effets des lois quant au temps qu'elles régissent	33
<i>Sect. II.</i> — Des effets des lois quant aux personnes et quant aux choses sur lesquelles leur autorité s'exerce.	46
CHAPITRE III. — De l'application des lois	60
CHAPITRE IV. — De l'interprétation des lois	65
<i>Sect. I.</i> — Des règles d'interprétation	65
<i>Sect. II.</i> — Des diverses espèces d'interprétation	67
LIVRE PREMIER	
DES PERSONNES	72
Titre premier. — <i>De la jouissance et de la privation des droits civils.</i>	77
CHAPITRE PREMIER. — De la jouissance des droits civils	77
<i>Sect. I.</i> — Des Français de naissance	78
<i>Sect. II.</i> — De l'acquisition de la qualité de Français postérieurement à la naissance.	88
CHAPITRE II. — De la condition des étrangers en France	109
<i>Sect. I.</i> — De la condition des étrangers qui n'ont pas été autorisés à fixer leur domicile en France	111
<i>Sect. II.</i> — De la condition des étrangers admis à fixer leur domicile en France.	125
CHAPITRE III. — De la privation des droits civils	127
<i>Sect. I.</i> — De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.	127
<i>Sect. II.</i> — De la privation des droits civils par suite de condamnations judi- ciaires.	140
Titre II. — <i>Des actes de l'état civil</i>	153
CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales	154
<i>Sect. I.</i> — Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.	154
<i>Sect. II.</i> — De la forme des actes de l'état civil.	158
<i>Sect. III.</i> — De la publicité des actes de l'état civil et de leur force probante.	162
<i>Sect. IV.</i> — Des moyens de suppléer aux actes de l'état civil	167
<i>Sect. V.</i> — De la sanction des dispositions relatives aux actes de l'état civil	173
<i>Sect. VI.</i> — Des actes de l'état civil reçus en pays étranger	176
CHAPITRE II. — Des actes de naissance	178

	Pages.
<i>Sect. I.</i> — Des actes de naissance en général	178
<i>Sect. II.</i> — Des actes de naissance des enfants trouvés.	182
<i>Sect. III.</i> — Des actes de naissance des enfants nés pendant un voyage maritime.	182
<i>Sect. IV.</i> — Des actes de reconnaissance des enfants naturels	184
CHAPITRE III. — Des actes de mariage	184
CHAPITRE IV. — Des actes de décès	185
<i>Sect. I.</i> — Des actes de décès dans les cas ordinaires	185
<i>Sect. II.</i> — Des actes de décès dans certains cas spéciaux	187
CHAPITRE V. — Des actes de l'état civil concernant les militaires et marins dans certains cas	191
CHAPITRE VI. — De la rectification des actes de l'état civil	194
Titre III. — <i>Du domicile</i>	198
CHAPITRE PREMIER. — Du domicile général	200
<i>Sect. I.</i> — De la détermination du domicile.	200
<i>Sect. II.</i> — Des effets du domicile.	208
CHAPITRE II. — Du domicile d'élection	209
Titre IV. — <i>Des absents.</i>	212
CHAPITRE PREMIER. — De la présomption d'absence.	214
CHAPITRE II. — De la déclaration d'absence	219
CHAPITRE III. — Des effets de l'absence.	224
<i>Sect. I.</i> — Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition	224
<i>Sect. II.</i> — Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent	251
<i>Sect. III.</i> — Des effets de l'absence relativement au mariage.	255
CHAPITRE IV. — De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.	257
CHAPITRE V. — De l'absence des militaires	261
Titre V. — <i>Du mariage.</i>	265
CHAPITRE PREMIER. — Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage	269
<i>Sect. I.</i> — De l'âge	270
<i>Sect. II.</i> — Du consentement des futurs époux	271
<i>Sect. III.</i> — Du consentement des ascendants ou de la famille	273
<i>Sect. IV.</i> — De l'absence de tout lien matrimonial antérieur encore existant	288
<i>Sect. V.</i> — De l'inexistence entre les futurs époux d'un rapport de parenté ou d'alliance au degré prohibé par la loi	289
<i>Sect. VI.</i> — De quelques autres conditions requises pour pouvoir contracter mariage	295
CHAPITRE II. — Des formalités relatives à la célébration du mariage	300
<i>Sect. I.</i> — Des mariages célébrés en France entre Français	300
<i>Sect. II.</i> — Des mariages contractés en pays étranger par des Français ou en France par des étrangers	312
CHAPITRE III. — Des oppositions au mariage	317
<i>Sect. I.</i> — Des personnes qui ont qualité pour former opposition	317
<i>Sect. II.</i> — Des formes de l'opposition.	323
<i>Sect. III.</i> — Des effets de l'opposition.	326
CHAPITRE IV. — Des demandes en nullité de mariage.	329
<i>Sect. I.</i> — Des nullités de mariage	329
<i>Sect. II.</i> — Des mariages putatifs.	348
<i>Sect. III.</i> — De la preuve de la célébration du mariage.	354

	Pages.
CHAPITRE V. — Des obligations qui naissent du mariage.	365
<i>Sect. I.</i> — De l'obligation imposée aux époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.	366
<i>Sect. II.</i> — De l'obligation alimentaire.	369
CHAPITRE VI. — Des droits et des devoirs respectifs des époux	383
<i>Sect. I.</i> — Des devoirs communs aux deux époux.	383
<i>Sect. II.</i> — Des devoirs spéciaux à chaque époux	388
CHAPITRE VII. — De la dissolution du mariage.	415
CHAPITRE VIII. — Des seconds mariages.	416
Titre VI. — <i>Du divorce.</i>	417
CHAPITRE PREMIER. — Des causes du divorce	429
CHAPITRE II. — De la procédure du divorce.	432
<i>Sect. I.</i> — Des formes du divorce.	433
<i>Sect. II.</i> — Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce	454
<i>Sect. III.</i> — Des causes d'extinction de l'action en divorce.	460
CHAPITRE III. — Des effets du divorce	464
<i>Sect. I.</i> — De la dissolution du mariage	464
<i>Sect. II.</i> — Des déchéances résultant du divorce	471
CHAPITRE IV. — De la séparation de corps.	475
<i>Sect. I.</i> — Des causes de la séparation de corps	475
<i>Sect. II.</i> — De la procédure de la séparation de corps.	476
<i>Sect. III.</i> — Des effets de la séparation de corps	479
<i>Sect. IV.</i> — De la cessation de la séparation de corps.	485
Titre VII. — <i>De la paternité et de la filiation.</i>	493
CHAPITRE PREMIER. — De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage	493
<i>Sect. I.</i> — Des présomptions sur lesquelles repose la preuve de la filiation paternelle.	494
<i>Sect. II.</i> — De l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité.	499
CHAPITRE II. — Des preuves de la filiation des enfants légitimes.	521
<i>Sect. I.</i> — Des preuves de la maternité légitime.	521
<i>Sect. II.</i> — Des actions en réclamation et en contestation d'état.	531
CHAPITRE III. — Des enfants naturels	539
<i>Sect. I.</i> — De la légitimation des enfants naturels.	540
<i>Sect. II.</i> — De la reconnaissance des enfants naturels.	546
<i>Sect. III.</i> — Des enfants adultérins ou incestueux.	577
Titre VIII. — <i>De l'adoption et de la tutelle officieuse</i>	580
CHAPITRE PREMIER. — De l'adoption contractuelle.	582
<i>Sect. I.</i> — Des conditions requises dans la personne de l'adoptant et dans celle de l'adopté	582
<i>Sect. II.</i> — Des formes de l'adoption.	591
<i>Sect. III.</i> — Des effets de l'adoption.	596
<i>Sect. IV.</i> — Des causes de nullité de l'adoption.	601
CHAPITRE II. — De la tutelle officieuse et de l'adoption testamentaire	603
<i>Sect. I.</i> — Des conditions requises pour la tutelle officieuse.	604
<i>Sect. II.</i> — Des formes de la tutelle officieuse	605
<i>Sect. III.</i> — Des effets de la tutelle officieuse.	606
Titre IX. — <i>De la puissance paternelle</i>	609
CHAPITRE PREMIER. — De la puissance paternelle sur les enfants légitimes.	612

	Pages.
<i>Sect. I.</i> — A qui appartient la puissance paternelle	612
<i>Sect. II.</i> — Des droits dérivant de la puissance paternelle.	613
<i>Sect. III.</i> — De l'extinction de la puissance paternelle et spécialement de la déchéance des père et mère.	637
CHAPITRE II. — De la puissance paternelle sur les enfants naturels.	663
Titre X. — <i>De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.</i>	667
CHAPITRE PREMIER. — De la minorité.	668
CHAPITRE II. — De la tutelle	670
<i>Sect. I.</i> — De l'organisation de la tutelle	671
<i>Sect. II.</i> — De l'administration du tuteur	714
<i>Sect. III.</i> — De la cessation de la tutelle.	747
CHAPITRE III. — De l'émancipation.	755
<i>Sect. I.</i> — Comment s'opère l'émancipation	755
<i>Sect. II.</i> — Des effets de l'émancipation.	760
<i>Sect. III.</i> — De la cessation de l'émancipation	771
CHAPITRE IV. — De la tutelle hospitalière ou tutelle administrative.	774
Titre XI. — <i>De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire</i>	776
CHAPITRE PREMIER. — De la majorité.	776
CHAPITRE II. — De l'interdiction.	777
<i>Sect. I.</i> — Des causes de l'interdiction.	777
<i>Sect. II.</i> — Des personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction.	780
<i>Sect. III.</i> — De la procédure de l'interdiction.	781
<i>Sect. IV.</i> — Des effets de l'interdiction.	789
<i>Sect. V.</i> — De la cessation de l'interdiction.	803
CHAPITRE III. — Du conseil judiciaire	804
<i>Sect. I.</i> — Des causes qui donnent lieu à la nomination d'un conseil judiciaire.	805
<i>Sect. II.</i> — Des personnes qui ont qualité pour provoquer la nomination d'un conseil judiciaire et des formes à suivre pour l'obtenir. — De la cessation de l'incapacité résultant de la dation d'un conseil	806
<i>Sect. III.</i> — Des effets de la nomination d'un conseil judiciaire.	808
CHAPITRE IV. — Des personnes placées dans un établissement d'aliénés.	814
<i>Sect. I.</i> — Des règles relatives à l'admission dans les établissements d'aliénés.	815
<i>Sect. II.</i> — De la situation juridique des personnes placées dans un établisse- ment d'aliénés.	818
<i>Sect. III.</i> — De la sortie des personnes retenues dans un établissement d'alié- nés	824

LIVRE DEUXIÈME

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.	828
Titre premier. — <i>De la distinction des biens.</i>	832
CHAPITRE PREMIER. — Des immeubles	837
<i>Sect. I.</i> — Des immeubles par leur nature.	837
<i>Sect. II.</i> — Des immeubles par destination.	841
<i>Sect. III.</i> — Des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.	848
<i>Sect. IV.</i> — Des immeubles par la détermination de la loi	849
CHAPITRE II. — Des meubles.	849
<i>Sect. I.</i> — Des biens meubles par leur nature	850
<i>Sect. II.</i> — Des meubles par la détermination de la loi.	851
<i>Sect. III.</i> — De la terminologie en matière de meubles	859
CHAPITRE III. — Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent	860

	Pages.
<i>Sect. I.</i> — Des biens de l'État.	861
<i>Sect. II.</i> — Des biens des communes	864
Titre II. — <i>De la propriété</i>	865
CHAPITRE PREMIER. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose	872
CHAPITRE II. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.	879
<i>Sect. I.</i> — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières	879
<i>Sect. II.</i> — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières	897
Titre III. — <i>De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation</i>	902
CHAPITRE PREMIER. — De l'usufruit	903
<i>Sect. I.</i> — Des droits de l'usufruitier.	907
<i>Sect. II.</i> — Des obligations de l'usufruitier	930
<i>Sect. III.</i> — Comment l'usufruit prend fin	958
CHAPITRE II. — De l'usage et de l'habitation	971
Titre IV. — <i>Des servitudes ou services fonciers</i>	975
CHAPITRE PREMIER. — Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux	978
<i>Sect. I.</i> — Des eaux.	978
<i>Sect. II.</i> — Du bornage des propriétés contiguës	998
<i>Sect. III.</i> — De la clôture	1004
CHAPITRE II. — Des servitudes établies par la loi	1004
<i>Sect. I.</i> — Du mur et du fossé mitoyens	1007
<i>Sect. II.</i> — De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions	1030
<i>Sect. III.</i> — Des vues sur la propriété de son voisin	1032
<i>Sect. IV.</i> — De l'égout des toits	1038
<i>Sect. V.</i> — Du droit de passage	1039
CHAPITRE III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme	1044
<i>Sect. I.</i> — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens	1044
<i>Sect. II.</i> — Comment s'établissent les servitudes	1049
<i>Sect. III.</i> — Des droits du propriétaire auquel la servitude est due	1058
<i>Sect. IV.</i> — Comment les servitudes s'éteignent	1064

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

AVEC INDICATION DES NUMÉROS OU ILS SONT EXPLIQUÉS

CODE CIVIL

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
1.....	20.	65.....	347.	130 et 131 .	261.
2.....	41.	66.....	370.	132.....	274.
3.....	60.	67.....	371 et 375.	133.....	279.
4.....	72.	68.....	372.	134.....	256.
5.....	71.	69.....	371.	135.....	280.
6.....	73.	70 à 72....	351.	136.....	281.
7.....	84.	73.....	318.	137.....	282.
8.....	85 et 117.	74.....	352.	138.....	283.
9.....	110.	75.....	355.	139.....	286.
10.....	119.	76.....	356.	140.....	289.
11.....	164.	77.....	201.	141.....	291.
12.....	122.	78.....	202.	142.....	292.
13.....	184.	79.....	203.	143.....	294.
14.....	172.	80.....	204.	144 et 145 .	308.
15.....	176.	81 et 82...	205.	146.....	309.
16.....	177.	83.....	206.	147.....	332.
17.....	129.	84.....	207.	148.....	315.
18.....	137.	85.....	203.	149.....	316.
19.....	140.	86 à 92....	209.	150.....	317.
20.....	142.	93 à 98....	210.	151.....	321.
21.....	139.	99.....	214.	152.....	315.
22 à 33....	143.	100.....	216.	153.....	316.
34 et 35....	175.	101.....	215.	154.....	323.
36.....	171.	102.....	217.	155.....	317, 324, 325.
37.....	173.	103 à 105..	226.	156 et 157.	328.
38 et 39....	175.	106 et 107.	221.	158.....	330.
40 et 41....	174.	108.....	222.	159.....	331.
42.....	175.	109.....	225.	160.....	327.
43 et 44....	174.	110.....	228.	161.....	336.
45.....	177.	111.....	230.	162 et 163 .	337.
46.....	181.	112.....	238.	164.....	339.
47 et 48....	192.	113.....	239.	165.....	352.
49.....	176.	114.....	241.	166 à 168..	346.
50.....	188.	115.....	244.	169.....	348.
51 et 52....	190.	116 et 117.	247.	170 et 171.	357.
53.....	189.	118 et 119.	248.	172.....	364.
54.....	190.	120.	251.	173.....	365.
55.....	194.	121 et 122.	244.	174.....	366.
56.....	195.	123.....	251.	175.....	367.
57.....	196.	124.....	262.	176.....	370.
58.....	197.	125.....	256.	177 à 179..	375.
59 à 61....	198.	126.....	255.	180.....	383.
62.....	199.	127.....	258.	181.....	387.
63.....	344.	128.....	257 et 265.	182.....	388.
64.....	347 et 350.	129.....	270.	183.....	390.

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
184	392.	301	524.	411 à 414. .	762.
185 et 186 . .	397.	302 et 303 .	521.	415	763.
187	394.	304	520.	416	764.
188 et 189 . .	393.	305	475.	417.	753.
190	395.	306	526.	418.	796.
191	392 et 395.	307	527 et 534.	419.	849.
192 et 193 . .	398.	308 et 309 .	526.	420 à 423 . .	770.
194	408.	310	545.	424	771.
195	409.	311	536, 538, 543.	425.	772.
196	410.	312	555 et 562.	426.	774 et 793.
197	413.	313	563.	427 à 431 . .	776.
198	417.	314.	566.	432	777.
199	415.	315.	578.	433.	778.
200	416.	316 et 317 .	569.	434.	779.
201 et 202. . .	401.	318.	571 et 573.	435	780.
203	420.	319	583.	436 et 437 .	781.
204	422.	320.	584.	438 et 439 .	784.
205 à 207 . .	424 et 437.	321.	585.	440 et 441 .	785.
208 à 211 . .	431.	322	589.	442	788.
212	435.	323	590.	443 et 444 .	791.
213	439.	324	593.	445	794.
214	440.	325	595.	446 à 449. .	792.
215	444.	326 et 327 .	603.	450.	800.
216	445.	328	598.	451	804.
217	446.	329 et 330 .	599.	452	808.
218	455.	331.	612 et 617.	453.	809.
219	457.	332.	614.	454	811.
220	454.	333	618.	455 et 456 .	813.
221 et 222. . .	455.	334.	624.	457 et 458 .	830.
223	454.	335.	643.	459	836.
224	455.	336	621.	460	832.
225	463.	337	629.	461 et 462 .	819.
226	447.	338.	627.	463	820.
227	469.	339	632.	464	821.
228	470.	340.	634.	465 et 466 .	823.
229 et 230 . .	481.	341.	636.	467.	838.
231	482.	342.	643.	468.	800.
232	483.	343 à 346. .	651.	469 et 470 .	850.
233	473.	347 à 352. .	658.	471.	855.
234	487 et 490.	353 à 360. .	656.	472.	852.
235	488.	361 et 362 .	665.	473	854.
236	507.	363.	666.	474.	856.
237	488.	364	665 et 667.	475 !	857.
238	489, 507, 508.	365 à 370. .	667.	476	860.
239	491.	371	670.	477	862.
240 et 241 . .	508.	372 et 373 .	672.	478 et 479 .	863.
242 et 243. . .	509.	374.	675.	480.	870.
244	511.	375 à 382. .	676.	481.	873.
245	495.	383.	723.	482	876.
246	496.	384	693.	483	881.
247	499.	385.	696.	484	875 et 879.
248	500, 501, 532.	386.	698.	485	885.
249	497.	387.	694.	486.	888.
250 à 252 . .	503.	388.	727.	487	884.
253 à 274 . .	484.	389.	686.	488	893.
275 à 294 . .	475.	390 à 396. .	732.	489	895.
295	518.	397 à 401. .	745.	490 et 490 .	899.
296	516.	402 à 404. .	749.	492	901.
297	475.	405	751.	493	902.
298	516.	406	760.	494 et 495 .	903.
299	519 et 522.	407.	756.	496 et 497 .	904.
300	523.	408 à 410. .	757.	498 et 499 .	906.

TABLE DES TEXTES DE LOIS

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
500	907.	560 à 562 . .	1022.	639	1100.
501	908.	563	1023.	640	1103.
502	910-913.	564	1024.	641 et 642 . .	1104.
503	914.	565	1025.	643	1111.
504	915.	566 à 569 . .	1026.	644	1114.
505	918.	570 à 572 . .	1027.	645	1115.
506	919.	573 et 574 . .	1028.	646	1125.
507	920.	575 à 577 . .	1029.	647	1126.
508	923.	578	1031.	648	1127.
509	917.	579 et 580 . .	1032.	649 et 650 . .	1128.
510	921.	581	1033.	651 et 652 . .	1129.
511	922.	582 à 584 . .	1037.	653	1134.
512	925.	585	1038.	654	1135.
513	938.	586	1041.	655 et 656 . .	1137.
514	933.	587	1047.	657 à 660 . .	1136.
515	907 et 934.	588	1049.	661	1132.
516	964.	589	1048.	662	1136.
517	970.	590 à 594 . .	1050.	663	1133.
518	972.	595	1044.	664	1141.
519	974.	596 et 597 . .	1043.	665	1176.
520	975.	598	1051.	666 à 670 . .	1140.
521	976.	599	1076.	671	1142.
522	981.	600	1053.	672 et 673 . .	1143.
523	977.	601	1056.	674	1145.
524	978.	602 à 604 . .	1059.	675	1147.
525	982.	605	1061.	676 et 677 . .	1149.
526	986.	606	1062.	678 à 680 . .	1150.
527	988.	607	1064.	681	1152.
528	989.	608	1066.	682	1153.
529	990.	609	1067.	683 et 684 . .	1154.
530	993.	610	1069.	685	1156.
531 et 532 . .	989.	611	1072.	686	1159.
533 à 536 . .	995.	612	1070.	687 à 689 . .	1160.
537	996.	613	1068.	690	1162.
538 à 541 . .	997.	614	1074.	691	1162 et 1167.
542	998.	615 et 616 . .	1088.	692	1169.
543	961.	617	1077.	693	1168.
544	999.	618	1089.	694	1169.
545	1002.	619	1079.	695	1164.
546	1004.	620	1080.	696	1170.
547 et 548 . .	1005.	621 et 622 . .	1091.	697 à 699 . .	1172.
549 et 550 . .	1008.	623	1084.	700	1173.
551	1012.	624	1083 et 1084.	701 et 702 . .	1174.
552	1014.	625	1096.	703 et 704 . .	1176.
553	1016.	626 et 627 . .	1097.	705	1176.
554	1017.	628 à 634 . .	1096.	706 et 797 . .	1178.
555	1018.	635	1097.	708	1181.
556 à 558 . .	1020.	636	1098.	709 et 710 . .	1180.
559	1021.	637 et 638 . .	1099.		

LOIS DIVERSES

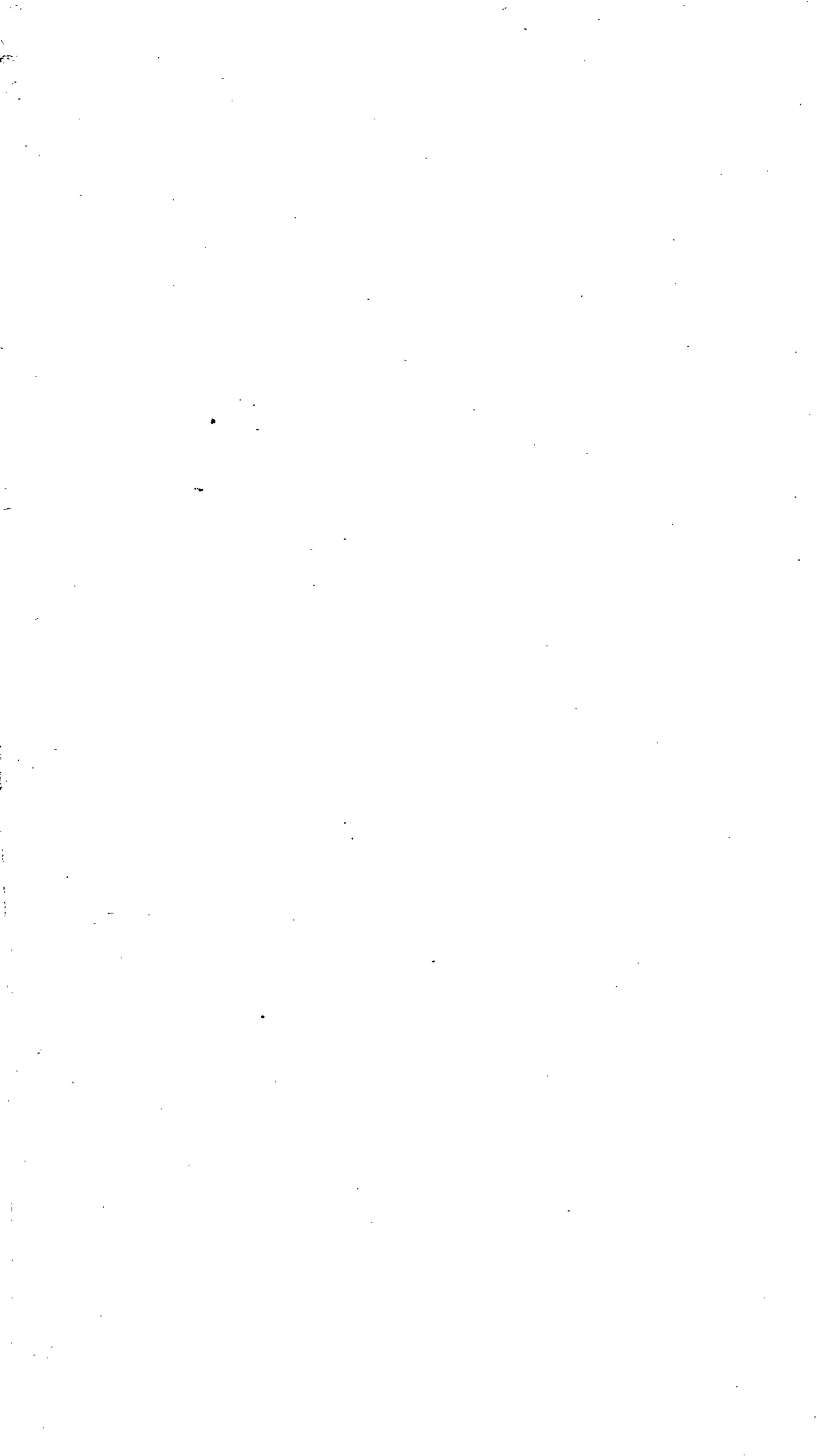
<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
An XII, 30 ventôse.	Loi réunissant les lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des Français.....	12.
An XIII, 15 pluviôse.	Loi relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices.....	890.
1806, 24 mars.	Loi relative au transfert d'inscriptions de rente 5 p. 100 appartenant à des mineurs ou à des interdits.....	824.
1806, 4 juillet.	Décret concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie.....	194.
1807, 2 juillet.	Avis du Conseil d'Etat relatif aux extraits des registres de l'état civil...	179.
1807, 3 septembre.	Loi sur une nouvelle édition du code civil.....	15.
1810, 21 avril.	Loi concernant les mines, les minières et les carrières.....	1015.
1811, 17 janvier.	Décret concernant les enfants trouvés ou abandonnés et les orphelins pauvres.....	890.
1813, 25 septembre.	Décret concernant les mineurs ou interdits propriétaires d'une action de la Banque de France ou de portions d'actions n'excédant pas ensemble une action entière.....	824.
1816, 8 mai.	Loi sur l'abolition du divorce.....	474.
1816, 30 août.	Ordonnance royale contenant une nouvelle édition du code civil.....	15.
1816, 27 novembre.	Ordonnance concernant la promulgation des lois et ordonnances.....	31.
1817, 13 janvier.	Loi relative aux moyens de constater le sort des militaires absents.....	299.
1832, 16 avril.	Loi qui modifie l'art. 164 du code civil.	339.
1837, 1 ^{er} avril.	Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois.....	77.
1838, 30 juin.	Loi sur les aliénés.....	945.
1845, 29 avril et	Lois sur les irrigations.....	1118.
1847, 11 juillet.	Lois relative à la publicité des contrats de mariage.....	356.
1850, 10 juillet.	Loi relative au désaveu de paternité en cas de séparation de corps.....	564.
1850, 6 décembre.	Loi portant abolition de la mort civile.	157.
1854, 31 mai.	Loi sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.....	1124.
1854, 10 juin.	Décret relatif à la promulgation des lois et décrets.....	32.
1870, 5 novembre.		

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1871, 19 juillet.	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.	186.
1871, 9 août.	Loi qui remet en vigueur la loi du 13 janvier 1817	300.
1872, 6 janvier.	Loi relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements.	186.
1872, 12 février.	Loi relative à la reconstitution des actes de l'état civil à Paris.	185.
1876, 6 avril.	Décret relatif à la promulgation des lois.	23.
1880, 27 février.	Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur	816, 824, 839, 880, 891, 924, 952.
1881, 20 août.	Loi relative au code rural (chemins et sentiers d'exploitation).	1131.
1881, 20 août.	Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre I du code rural, portant modification des articles du code civil relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et au droit de passage en cas d'enclave	1131, 1140, 1142.
1884, 27 juillet.	Loi portant rétablissement du divorce.	475.
1886, 18 avril.	Loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps	484.
1889, 4 avril.	Loi sur le code rural	1024.
1889, 26 juin.	Loi sur la nationalité.	89.
1889, 9 juillet.	Loi sur le code rural	1127.
1889, 24 juillet.	Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.	700.
1890, 22 juin.	Loi ayant pour objet de modifier le titre II du code rural	1127.
1891, 9 mars.	Loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé.	437.
1893, 6 février.	Loi portant modification au régime de la séparation de corps	538.
1893, 16 mars.	Loi relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire.	908 et 934.
1893, 8 juin.	Loi relative aux actes de procuration, de consentement et d'autorisation dressés aux armées ou dans le cours d'un voyage maritime	318.
1893, 8 juin.	Loi portant modification aux dispositions du code civil relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées soit au cours d'un voyage maritime	210.
1893, 8 août.	Loi relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national	183.
1896, 20 juin.	Loi portant modification de diverses dispositions légales relatives au mariage	311.
1897, 17 avril.	Loi modifiant divers articles du code civil	176, 179, 356.
1897, 7 décembre.	Loi accordant aux femmes le droit d'être	

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1898, 8 avril.	témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général Loi sur le régime des eaux	173. 997, 1023, 1104, 1128.
1900, 17 mai.	Loi complétant les dispositions de la loi du 8 juin 1893 relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits aux armées	240.







A la même librairie :

Droit constitutionnel (Eléments de) français; par M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, Professeur à la Faculté libre de droit d'Angers. 1 vol. in-8. 1892 8 fr.

Code civil par demandes et réponses; par PROSPER RAMBAUD, Docteur en droit, Répétiteur de droit, 7^e édition, mise au courant des dernières dispositions législatives jusqu'en 1901. 3 vol. in-8. 1901 24 fr.
Chaque volume se vend séparément. 7 fr.

Droit commercial (Nouveau cours de); par VALABRÈGUE, Professeur de Droit commercial à la Faculté de droit de l'Université et à l'École supérieure de commerce de Montpellier. 1 fort vol. in-8. 1898 10 fr.

Droit criminel (Leçons de) contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle; par BOITARD, Professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris, recueillies par G. DE LINAGE, Docteur en droit. 13^e édition, revue et mise au courant de la législation, par ED. VILLEY, Doyen de la Faculté de droit de Caen, avec un **Appendice** contenant les lois nouvelles, par M. E. MESNARD, Conseiller à la Cour d'appel d'Amiens, 1 fort vol. in-8. 1890-1896 10 fr.

Droit criminel (Traité élémentaire de) avec un Supplément contenant la loi du 8 décembre 1897; par M. NORMAND, Professeur de droit criminel à la Faculté de Poitiers. 1 vol. gr. in-8. 1896-1899 12 fr.

Capacité (Développements des matières exigées pour l'examen de); par V. LERAY, Docteur en droit. 1 vol. gr. in-8. 1894 6 fr.

Procédure civile usuelle et pratique (Précis de); par L. LEGRAND, Avoué honoraire, Avocat, Président de la conférence des avoués de première instance des départements, Sénateur; suivi de *Modèles d'états de frais usuels*. 1 fort vol. in-18. 1897 6 fr. 50

Codes et Lois pour la France, l'Algérie et les Colonies, ouvrage contenant sous chaque article des Codes, de nombreuses références aux articles correspondants et aux lois d'intérêt général, les arrêts de principe les plus récents, la *législation algérienne et coloniale* et donnant en outre la concordance des lois et des décrets entre eux et les principaux Traités internationaux relatifs au droit privé, avec droit au *Supplément annuel* pendant quatre ans; par ADRIEN CARPENTIER, Agrégé des Facultés de droit, Avocat à la Cour d'appel de Paris. 6^e édition, refondue et mise au courant, 2 forts vol. in-8 jésus; 1902. Brochés, 25 fr.; reliés, 31 fr.

Se vendent séparément :

— Codes et Traités. 1 vol. Broché, 12 fr. 50; relié, 15 fr. 50

— Lois et Décrets. 1 vol. Broché, 12 fr. 50; relié, 15 fr. 50

Il paraît une édition nouvelle chaque année.







	<u>INTRODUCTION</u>
TITRE	<u>PRELIMINAIRE</u>
	<u>DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GENERAL</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - De la publication des lois et de leur abrogation</u>
	<u>Sect. I. - De la publication des lois</u>
	<u>Sect. II. - De l'abrogation des lois</u>
	<u>CHAPITRE II. - Des effets des lois</u>
	<u>Sect. I. - Des effets des lois quant au temps qu'elles régissent</u>
	<u>Sect. II. - Des effets des lois quant aux personnes et quant aux choses sur lesquelles leur autorité s'exerce</u>
	<u>CHAPITRE III. - De l'application des lois</u>
	<u>CHAPITRE IV. - De l'interprétation des lois</u>
	<u>Sect. I. - Des règles d'interprétation</u>
	<u>Sect. II. - Des diverses espèces d'interprétation</u>
LIVRE	<u>PREMIER</u>
	<u>DES PERSONNES</u>
	<u>Titre premier. - De la jouissance et de la privation des droits civils</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - De la jouissance des droits civils</u>
	<u>Sect. I. - Des Français de naissance</u>
	<u>Sect. II. - De l'acquisition de la qualité de Français postérieurement à la naissance</u>
	<u>CHAPITRE II. - De la condition des étrangers en France</u>
	<u>Sect. I. - De la condition des étrangers qui n'ont pas été autorisés à fixer leur domicile en France</u>
	<u>Sect. II. - De la condition des étrangers admis à fixer leur domicile en France</u>
	<u>CHAPITRE III. - De la privation des droits civils</u>
	<u>Sect. I. - De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français</u>
	<u>Sect. II. - De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires</u>
	<u>Titre II. - Des actes de l'état civil</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - Dispositions générales</u>
	<u>Sect. I. - Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil</u>
	<u>Sect. II. - De la forme des actes de l'état civil</u>
	<u>Sect. III. - De la publicité des actes de l'état civil et de leur force probante</u>
	<u>Sect. IV. - Des moyens de suppléer aux actes de l'état civil</u>
	<u>Sect. V. - De la sanction des dispositions relatives aux actes de l'état civil</u>
	<u>Sect. VI. - Des actes de l'état civil reçus en pays étranger</u>
	<u>CHAPITRE II. - Des actes de naissance</u>
	<u>Sect. I. - Des actes de naissance en général</u>
	<u>Sect. II. - Des actes de naissance des enfants trouvés</u>
	<u>Sect. III. - Des actes de naissance des enfants nés pendant un voyage maritime</u>
	<u>Sect. IV. - Des actes de reconnaissance des enfants naturels</u>
	<u>CHAPITRE III. - Des actes de mariage</u>
	<u>CHAPITRE IV. - Des actes de décès</u>
	<u>Sect. I. - Des actes de décès dans les cas ordinaires</u>
	<u>Sect. II. - Des actes de décès dans certains cas spéciaux</u>
	<u>CHAPITRE V. - Des actes de l'état civil concernant les militaires et marins dans certains cas</u>
	<u>CHAPITRE VI. - De la rectification des actes de l'état civil</u>
	<u>Titre III. - Du domicile</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - Du domicile général</u>
	<u>Sect. I. - De la détermination du domicile</u>
	<u>Sect. II. - Des effets du domicile</u>
	<u>CHAPITRE II. - Du domicile d'élection</u>
	<u>Titre IV. - Des absents</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - De la présomption d'absence</u>
	<u>CHAPITRE II. - De la déclaration d'absence</u>
	<u>CHAPITRE III. - Des effets de l'absence</u>
	<u>Sect. I. - Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition</u>
	<u>Sect. II. - Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent</u>
	<u>Sect. III. - Des effets de l'absence relativement au mariage</u>
	<u>CHAPITRE IV. - De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu</u>
	<u>CHAPITRE V. - De l'absence des militaires</u>
	<u>Titre V. - Du mariage</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage</u>
	<u>Sect. I. - De l'âge</u>
	<u>Sect. II. - Du consentement des futurs époux</u>
	<u>Sect. III. - Du consentement des ascendants ou de la famille</u>
	<u>Sect. IV. - De l'absence de tout lien matrimonial antérieur encore existant</u>
	<u>Sect. V. - De l'inexistence entre les futurs époux d'un rapport de parenté ou d'alliance au degré prohibé par la loi</u>
	<u>Sect. VI. - De quelques autres conditions requises pour pouvoir contracter mariage</u>
	<u>CHAPITRE II. - Des formalités relatives à la célébration du mariage</u>
	<u>Sect. I. - Des mariages célébrés en France entre Français</u>
	<u>Sect. II. - Des mariages contractés en pays étranger par des Français ou en France par des étrangers</u>
	<u>CHAPITRE III. - Des oppositions au mariage</u>
	<u>Sect. I. - Des personnes qui ont qualité pour former opposition</u>
	<u>Sect. II. - Des formes de l'opposition</u>
	<u>Sect. III. - Des effets de l'opposition</u>
	<u>CHAPITRE IV. - Des demandes en nullité de mariage</u>
	<u>Sect. I. - Des nullités de mariage</u>
	<u>Sect. II. - Des mariages putatifs</u>
	<u>Sect. III. - De la preuve de la célébration du mariage</u>
	<u>CHAPITRE V. - Des obligations qui naissent du mariage</u>
	<u>Sect. I. - De l'obligation imposée aux époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants</u>
	<u>Sect. II. - De l'obligation alimentaire</u>
	<u>CHAPITRE VI. - Des droits et des devoirs respectifs des époux</u>
	<u>Sect. I. - Des devoirs communs aux deux époux</u>
	<u>Sect. II. - Des devoirs spéciaux à chaque époux</u>
	<u>CHAPITRE VII. - De la dissolution du mariage</u>
	<u>CHAPITRE VIII. - Des seconds mariages</u>
	<u>Titre VI. - Du divorce</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - Des causes du divorce</u>
	<u>CHAPITRE II. - De la procédure du divorce</u>
	<u>Sect. I. - Des formes du divorce</u>
	<u>Sect. II. - Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles peut donner lieu de la demande en divorce</u>
	<u>Sect. III. - Des causes d'extinction de l'action en divorce</u>
	<u>CHAPITRE III. - Des effets du divorce</u>
	<u>Sect. I. - De la dissolution du mariage</u>
	<u>Sect. II. - Des déchéances résultant du divorce</u>
	<u>CHAPITRE IV. - De la séparation de corps</u>
	<u>Sect. I. - Des causes de la séparation de corps</u>
	<u>Sect. II. - De la procédure de la séparation de corps</u>
	<u>Sect. III. - Des effets de la séparation de corps</u>
	<u>Sect. IV. - De la cessation de la séparation de corps</u>
	<u>Titre VII. - De la paternité et de la filiation</u>
	<u>CHAPITRE PREMIER. - De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage</u>
	<u>Sect. I. - Des présomptions sur lesquelles repose la preuve de la filiation paternelle</u>
	<u>Sect. II. - De l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité</u>
	<u>CHAPITRE II. - Des preuves de la filiation des enfants légitimes</u>
	<u>Sect. I. - Des preuves de la maternité légitime</u>
	<u>Sect. II. - Des actions en réclamation et en contestation d'état</u>
	<u>CHAPITRE III. - Des enfants naturels</u>

Sect. I. - De la légitimation des enfants naturels

Sect. II. - De la reconnaissance des enfants naturels

Sect. III. - Des enfants adultérins ou incestueux

Titre VIII. - De l'adoption et de la tutelle officieuse

CHAPITRE PREMIER. - De l'adoption contractuelle

Sect. I. - Des conditions requises dans la personne de l'adoptant et dans celle de l'adopté

Sect. II. - Des formes de l'adoption

Sect. III. - Des effets de l'adoption

Sect. IV. - Des causes de nullité de l'adoption

CHAPITRE II. - De la tutelle officieuse et de l'adoption testamentaire

Sect. I. - Des conditions requises pour la tutelle officieuse

Sect. II. - Des formes de la tutelle officieuse

Sect. III. - Des effets de la tutelle officieuse

Titre IX. - De la puissance paternelle

CHAPITRE PREMIER. - De la puissance paternelle sur les enfants légitimes

Sect. I. - A qui appartient la puissance paternelle

Sect. II. - Des droits dérivant de la puissance paternelle

Sect. III. - De l'extinction de la puissance paternelle et spécialement de la déchéance des père et mère

CHAPITRE II. - De la puissance paternelle sur les enfants naturels

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 l'organisation de la tutelle

Sect. II. - De l'administration du tuteur

Sect. III. - De la cessation de la tutelle

CHAPITRE III. - De l'émancipation

Sect. I. - Comment s'opère l'émancipation

Sect. II. - Des effets de l'émancipation

Sect. III. - De la cessation de l'émancipation

CHAPITRE IV. - De la tutelle hospitalière ou tutelle administrative

Titre XI. - De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire

CHAPITRE PREMIER. - De la majorité

CHAPITRE II. - De l'interdiction

Sect. I. - Des causes de l'interdiction

Sect. II. - Des personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction

Sect. III. - De la procédure de l'interdiction

Sect. IV. - Des effets de l'interdiction

Sect. V. - De la cessation de l'interdiction

CHAPITRE III. - Du conseil judiciaire

Sect. I. - Des causes qui donnent lieu à la nomination d'un conseil judiciaire

Sect. II. - Des personnes qui ont qualité pour provoquer la nomination d'un conseil judiciaire et des formes à suivre pour l'obtenir. - De la cessation de l'incapacité résultant de la dation d'un conseil

Sect. III. - Des effets de la nomination d'un conseil judiciaire

CHAPITRE IV. - Des personnes placées dans un établissement d'aliénés

Sect. I. - Des règles relatives à l'admission dans les établissements d'aliénés

Sect. II. - De la situation juridique des personnes placées dans un établissement d'aliénés

Sect. III. - De la sortie des personnes retenues dans un établissement d'aliénés

LIVRE DEUXIEME

DES BIENS ET DES DIFFERENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIETE

Titre premier. - De la distinction des biens

CHAPITRE PREMIER. - Des immeubles

Sect. I. - Des immeubles par leur nature

Sect. II. - Des immeubles par destination

Sect. III. - Des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent

Sect. IV. - Des immeubles par la détermination de la loi

CHAPITRE II. - Des meubles

Sect. I. - Des biens meubles par leur nature

Sect. II. - Des meubles par la détermination de la loi

Sect. III. - De la terminologie en matière de meubles

CHAPITRE III. - Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent

Sect. I. - Des biens de l'Etat

Sect. II. - Des biens des communes

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

Sect. I. - Des eaux

Sect. II. - Du bornage des propriétés contiguës

Sect. III. - De la clôture

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 auquel la servitude est due

Sect. IV. - Comment les servitudes s'éteignent