BnF Gallica

Introduction à l'étude du droit civil : notions générales (5e édition) par Henri Capitant,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BnF Gallica

Capitant, Henri (1865-1937). Introduction à l'étude du droit civil : notions générales (5e édition) par Henri Capitant,.... 1929.

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
utilisationcommerciale@bnf.fr.

DOUARIN REL

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT CIVIL

NOTIONS GÉNÉRALES

PAR

Henri CAPITANT

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL

A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CINQUIÈME ÉDITION

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

—

1929

679

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT CIVIL

33201

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT CIVIL

NOTIONS GÉNÉRALES

PAR

Henri CAPITANT

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL

A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CINQUIÈME ÉDITION

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

INTRODUCTION

A LA PREMIÈRE ÉDITION

De l'ordre à suivre dans l'exposition des règles du Droit civil. Nécessité d'une partie générale consacrée à l'étude des notions premières et des éléments communs qui se rencontrent dans les diverses institutions juridiques.

Le droit civil a pour objet l'étude des institutions juridiques destinées à régir les rapports de droit qui se forment entre les hommes considérés en tant que particuliers, c'est-à-dire en tant que personnes privées. Ces rapports de droit proviennent de deux sources différentes : ils naissent de la communauté de sang, qui réunit certains individus en un groupe qu'on appelle la famille, ou bien, ils résultent du pouvoir que l'homme peut exercer sur les choses du monde extérieur, sur la nature non libre qu'il domine et soumet à sa volonté. L'ensemble des rapports de la première espèce constitue le droit de la famille, et ceux de la seconde forment le droit des biens et des obligations, ou, en d'autres termes, le droit du patrimoine.

L'ordre dans lequel doit être présentée l'étude des diverses institutions juridiques qui composent l'un et l'autre de ces deux groupes, offre une grande importance, car c'est grâce à la méthode qui sera suivie qu'il sera possible d'entrevoir l'unité de l'édifice, les points de contact de ses différentes parties, la place que chaque institution occupe, le rôle qu'elle joue dans l'ensemble de l'organisme du droit privé.

Cette question de méthode n'avait pas, jusqu'à ce jour, en France, attiré l'attention des jurisconsultes, et, bien que le plan adopté par les rédacteurs du Code civil fût l'objet de

critiques nombreuses et méritées, le respect et l'autorité qui s'attachaient à cette grande œuvre avaient imposé en quelque sorte aux commentateurs l'obligation de suivre et d'exposer pas à pas les dispositions légales, dans l'ordre même des articles.

C'est ainsi que, pendant près d'un siècle, non seulement les commentaires destinés à la pratique, mais les œuvres de science, les exposés de principes et l'enseignement ont suivi dans l'étude du droit civil la route qu'avait creusée le Code de 1804. Quelques ouvrages, parmi les plus considérables, avaient encore exagéré les inconvénients de cette pratique, en adoptant, comme division matérielle, les articles du Code eux-mêmes.

Avec cette forme d'exposition, les idées générales disparaissent, s'effacent derrière l'interprétation étroite et sèche du texte. L'exposé des théories d'ensemble, qui projette une si vive lumière sur les diverses parties de l'organisme juridique, ne trouve plus sa place et cesse peu à peu d'être présenté. Les notions les plus diverses, les plus éloignées se trouvent accidentellement rapprochées ; d'autres, au contraire, entre lesquelles existe un rapport de parenté indiscutable, sont rejetées dans des catégories différentes, et l'esprit, caboté sur une route couverte de difficultés et tournant à chaque pas, perd de vue le point de départ et le point d'arrivée ; il s'égare au milieu des obstacles qu'il rencontre et ne peut plus concevoir les liens qui unissent les différentes institutions juridiques entre elles et donnent à l'œuvre entière son unité.

Ce n'est pas, parmi beaucoup d'autres, un des moindres défauts de la codification, et si elle présente le grand avantage de fixer, d'éclairer, de simplifier le droit, de le mettre plus aisément à la portée de tous, elle arrive, par contre, presque toujours, à en entraver la libre évolution, le libre développement, en imposant à la pensée des jurisconsultes un ordre plus ou moins artificiel, qu'ils sont presque contraints d'adopter et qui tue l'esprit scientifique.

Un seul ouvrage, parmi les plus importants et les plus justement renommés, inspiré de la doctrine allemande, le livre de MM. Aubry et Rau, avait rompu dans une certaine mesure

avec cette tyrannie, mais l'usage fut plus fort que la raison, et leur exemple n'eut pas d'imitateurs. Or, il n'est pas douteux que l'ordre de développement adopté par les rédacteurs du Code civil est défectueux et illogique, nous le montrerons dans un instant, et ces défauts se manifestaient surtout dans l'enseignement. La tâche du professeur était rendue très difficile, car il se heurtait, presque dès le début, à des dispositions dont l'explication quelque peu exacte supposait connus des principes et des doctrines qui ne devaient trouver que plus tard leur formule ; et, d'autre part, il était obligé de grouper, dans chaque année d'études, des matières disparates entres lesquelle n'existait aucun lien logique (1).

L'arrêté du 24 juillet 1895 a enfin rompu avec cette tradition détestable, et donné, nous n'en doutons pas, un nouvel essor à l'enseignement du droit civil, d'abord, en accordant à chaque professeur une liberté très grande, ensuite en esquissant les grandes lignes d'un plan conçu d'une façon rationnelle. Ce plan, qui a du reste le très grand avantage d'être excessivement souple et de ne pas s'imposer nécessairement à la volonté du professeur, est élaboré d'après la méthode suivie depuis de longues années en Allemagne pour l'exposition du droit romain et de la législation actuelle, méthode qui s'est dégagée peu à peu de l'étude des principes juridiques, librement, en dehors de l'étreinte de textes positifs, et dont l'emploi a fait reconnaître la valeur et les avantages, à tel point que tous les auteurs l'ont adoptée. Elle remonte à Hugo, le fondateur de l'Ecole historique, elle a été magistralement développée depuis par Savigny (2), par Unger (3), etc., et voici comment on la résume ordinairement (4) :

L'homme ne peut satisfaire ses besoins qu'en soumettant à son pouvoir la nature non libre au milieu de laquelle il vit.

(1) Rapport de M. Bufnoir, voir Circulaire du ministre de l'Instruction publique du 24 octobre 1895.

(2) *Traité de droit romain*, t. I., § 52 à 59, trad. Guénoux.

(3) Unger, *System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I, § 24, 5e édit.

(4) Voir Savigny, Unger, *loc. cit.* ; Goudsmit, *Cours de Pandectes*, t. I, § 10, traduit par Vuylsteke; Windscheid, *Lehrbuch des Pandecktenrechts*, t. I, § 13.

Mais il ne peut s'emparer que de parcelles de cette nature, d'objets finis, déterminés, dont l'usage ou la consommation présentent une utilité pour lui. Ces objets s'appellent des *choses*. Le rapport qui s'établit entre l'homme et la chose dont il s'est emparé, est un rapport purement physique, matériel, un rapport de domination ; mais il devient un rapport de droit, parce que les tiers, les autres hommes, sont obligés de le respecter et doivent s'abstenir de tout acte qui y porterait atteinte. Ce rapport de droit qui relie la chose à l'homme et qui, indirectement, le met en relation avec ses semblables est susceptible de varier quant à son étendue, à son contenu ; ou bien il attribue à l'homme toute l'utilité, tous les avantages que la chose est susceptible de produire, ou, au contraire, il ne lui en procure que quelques-uns ; en d'autres termes, les droits que l'homme exerce sur les objets du monde extérieur peuvent être de nature diverse. L'ensemble des institutions juridiques qui se rapportent aux choses forme le *droit des choses*.

Mais le nombre des choses que l'homme fait servir à la satisfaction de ses besoins est limité, et d'autre part, l'homme ne peut s'en emparer ou les produire qu'au prix d'efforts qui exigent dans la plupart des cas le concours de ses semblables. Il est donc obligé de demander à autrui la chose que celui-ci possède et dont il n'a pas besoin, pour lui rendre à son tour le même service ; il est également obligé d'unir son activité à celle de son semblable pour augmenter sa puissance, ses moyens d'action sur le monde extérieur. De là, tout un ensemble de relations entre les hommes, ayant pour but l'échange de services et de forces, relations en vertu desquelles un rapport de droit se forme entre deux ou plusieurs personnes, rapport qui permet à l'une d'exiger de l'autre que celle-ci lui donne un objet, ou fasse quelque chose, accomplisse un acte dont la première retirera quelque utilité. Ces rapports de droit s'appellent des rapports d'*obligations*, et l'ensemble des institutions juridiques qui les régissent constitue le *droit des obligations*.

Le droit des obligations forme donc le complément, le pendant du droit des choses. La réunion de l'un et de l'autre nous

montre dans quelle mesure la volonté de l'individu peut s'imposer à celle des autres, soit indirectement en soumettant à la domination de l'homme certaines choses, soit directement en exigeant des services de ses semblables avec lesquels il se trouve engagé dans un rapport d'obligation.

Les deux espèces de rapports de droit que nous venons d'envisager ont pour objet des choses ou des faits représentant une valeur pécuniaire pour celui au profit duquel ils existent ; c'est en considération de ce caractère commun qu'on les appelle *des biens*. L'ensemble des biens appartenant à un individu et des obligations passives, qui existent d'autre part à sa charge, constitue le *patrimoine*, qui nous apparaît comme une abstraction représentant la masse des droits et des obligations susceptibles d'être ramenés à l'idée de valeur pécuniaire. Le patrimoine d'une personne peut être, par conséquent, soit une quantité positive, soit une quantité négative, soit enfin égal à zéro. La réunion du droit des choses et du droit des obligations forme *le droit du patrimoine*.

Telle est la première classe des rapports de droit, ceux dans lesquels l'homme est considéré comme un être isolé, étendant sa domination dans une certaine mesure sur le monde entier.

« Dans le second groupe de rapports de droit, dit de Savi-
« gny, l'homme nous apparaît sous un aspect bien différent.
« Il ne figure plus comme un être isolé, mais comme membre
« du tout organique qui compose l'humanité. Or, il tient à
« ce grand tout par des individus déterminés, et sa position
« vis-à-vis de ces individus devient la base d'une espèce de
« rapports de droits particulière et entièrement nouvelle. A
« la différence des obligations, ces rapports nous montrent
« l'homme non comme existant par lui-même, mais comme
« un être défectueux, ayant besoin de se compléter au sein de
« son organisme général » (1).

L'homme est un être incomplet par suite de la différence des sexes et parce que son existence est de durée limitée.

(1) *Traité de droit romain*, t. I, § 53, traduct. Guénoux, p. 334 et 335.

Au premier point de vue, le mariage corrige son imperfection ; son union avec la femme engendre toute une série de rapports de droit, d'abord entre l'un et l'autre, ensuite entre eux et les enfants qui naissent du mariage et qui perpétueront leur personnalité. D'autre part, la procréation des enfants et la communauté de sang qui en résulte crée la parenté, c'est-à-dire un lien naturel entre les diverses personnes qui sont nées les unes des autres, ou qui sont nées d'un auteur commun. De nombreux rapports de droit, très variés, résultent donc de ce premier point de vue, l'union des sexes : rapports de droit entre gens mariés, puissance paternelle, parenté, et enfin tutelle, qui n'est que l'extension, la copie de la puissance paternelle. L'ensemble de ces rapports de droit s'appelle les rapports de famille, et les institutions juridiques qui les régissent constituent par leur réunion le *droit de famille.*

Le droit de famille se distingue par des caractères très marqués du droit du patrimoine.

En ce qui concerne la famille, comme l'ont très justement observé les auteurs précités, le rôle du droit se borne presque exclusivement à déterminer le mode de formation et de dissolution de ses rapports, mais il ne réglemente qu'exceptionnellement leur contenu, parce que ce contenu appartient avant tout au domaine de la morale. Par exemple, c'est à la morale qu'il appartient de déterminer quels sont les devoirs des époux entre eux, des enfants vis-à-vis de leurs parents, et des parents vis-à-vis de leurs enfants. Le droit ne fait que rappeler ces règles, mais il ne peut les sanctionner qu'exceptionnellement ; dans la plupart des cas, l'accomplissement de ces devoirs ne relève que de la conscience et des mœurs. Ces rapports ne donnent donc pas tous naissance, comme ceux de la première classe, à des droits et des obligations sanctionnés par un moyen de contrainte légale.

Au reste, bien que les rapports de famille ne soient pas de nature purement juridique, ils exercent cependant une influence profonde sur le droit du patrimoine qu'ils modifient dans une très large mesure. La qualité d'époux, de père, d'enfant, de parent, produit des conséquences importantes

sur le patrimoine de l'individu : par exemple, le mariage modifie dans une certaine mesure le droit de chacun des époux sur ses biens ; la puissance paternelle exerce son influence sur les biens qui peuvent appartenir aux enfants. En un mot, il y a toute une série de droits patrimoniaux, de droits sur les biens qui naissent des rapports de famille. On appelle quelquefois l'ensemble de ces droits, le *droit patrimonial de la famille.*

Enfin, à un second point de vue, l'homme est un être incomplet, parce que son existence est limitée. Par la mort, la personnalité de l'homme disparaît, et tous les droits qu'il possédait, tous les rapports de droit qui l'unissaient à ses semblables s'éteignent ; son patrimoine va donc se dissoudre. Pour éviter ce résultat, qui causerait un arrêt dans la marche de la vie juridique et produirait un trouble très grave dans le commerce des hommes, le droit prolonge, perpétue la personnalité de l'individu, par une sorte de fiction, en la transmettant à certaines personnes qui recueillent le patrimoine du défunt et sont mises en son lieu et place, tant au point de vue des droits qui lui appartenaient que des obligations dont il était tenu. Le patrimoine subsiste donc, mais il change de titulaire. Grâce à cette fiction de la représentation, la continuité des rapports de droit est assurée, la mort n'est qu'un accident qui n'interrompt pas, qui n'arrête pas la vie juridique. Les institutions juridiques qui déterminent cette représentation et réglementent les nouveaux rapports de droit que fait surgir le décès d'un individu, forment le *droit de succession.*

Unger remarque très justement que le droit de succession, bien qu'ayant pour objet le patrimoine du défunt, se distingue cependant des autres droits du patrimoine (droit des choses, droit des obligations), par ce fait qu'il s'agit ici du patrimoine d'un défunt. En effet, dans le droit du patrimoine d'un être vivant, la personne constitue l'élément principal, essentiel, autour duquel les droits viennent se grouper ; les choses qui composent le patrimoine ne sont que l'élément accidentel. Au contraire, dans le droit de succession, le patrimoine devient la chose stable, persistante, il passe au pre-

mier rang ; les personnes ne sont plus que l'élément accidentel et changeant (1).

« Le droit de succession complète et achève l'organisme du droit en l'étendant au-delà de la vie des individus (2). »

Telle est la classification des institutions juridiques adoptée depuis longtemps en Allemagne et à laquelle l'arrêté de 1895 s'est conformé pour la distribution des matières du droit civil entre les trois années d'enseignement. (Voir l'observation faite ci-dessus, p. 7, note 1). Cette classification reproduit l'ordre naturel dans lequel les diverses institutions se présentent à l'esprit. On pourrait être tenté cependant de mettre en tête l'étude des institutions qui rattachent l'homme à sa famille, puisque celle-ci nous apparaît certainement comme le premier groupement des individus et le fondement même de la société. Mais Savigny a très justement expliqué qu'il valait mieux placer l'exposé du droit de famille après le droit des biens, pour l'étudier en même temps que le droit patrimonial de la famille. « Sans doute, dit-il, il n'est pas impossible de séparer le droit de famille appliqué du droit de famille pur, et d'en faire une subdivision du droit des biens. Mais la réalité vivante des rapports de la famille ressortira bien mieux si, après avoir étudié la famille, nous passons immédiatement aux influences qu'elle exerce sur les biens ; et alors, il devient nécessaire de placer le droit de famille après le droit des biens. En effet, sans une exposition complète du droit des choses et des obligations, comment comprendre l'influence de la famille sur les biens ? » (3).

La classification exposée est donc en même temps la plus simple et la plus logique.

Tout autre est la méthode qui a été suivie par les rédacteurs du Code civil. Ils ont divisé leur œuvre en trois livres consacrés : le premier aux personnes, le second aux biens et aux différentes modifications de la propriété, le troisième aux diverses manières dont on acquiert les biens. Il n'est pas difficile de voir que cette division a pour base les droits sur les

(1) Unger, *op. cit.*, t. I., § 24, p. 218, *in fine.*
(2) Savigny, *op. cit.*, *t.* I, § 57, traduction Guénoux, p. 380.
(3) Savigny, *op. cit.*, t. I, § 58, traduction Guénoux, p. 383.

choses, qui sont considérés comme étant l'objet unique des règles de droit, tandis que les obligations, les successions, les donations entre vifs et les testaments ne sont envisagés que comme des moyens d'acquérir les biens. Le côté artificiel de cette classification apparaît immédiatement : elle a le tort de ne mettre en relief qu'une sorte de rapports de droit, les rapports de l'homme avec les choses, en rejetant à l'arrière-plan, au second rang, les rapports de l'homme avec ses semblables. Elle considère les rapports de succession, les rapports d'obligation, comme n'étant que des moyens d'arriver à l'acquisition des droits sur les choses, alors que ce sont des rapports primordiaux, de même importance que les premiers. Ajoutons que cette classification ne suffit pas à embrasser tous les droits privés, car il est certaines opérations juridiques, telles que les créances ayant pour objet un fait ou une abstention, qui n'ont pas pour résultat de nous faire acquérir une chose. Elle a en outre l'inconvénient de séparer l'étude du droit de la famille pur et celle des conséquences que ce droit exerce sur le patrimoine.

Enfin, il y a certaines notions générales qui dominent le droit privé tout entier, par exemple, la notion du patrimoine, la distinction des droits de famille et des droits du patrimoine, la notion du fait juridique générateur du droit, qui ne trouvent aucune place dans cette classification.

L'étude des différents groupes d'institutions dont l'ensemble forme le droit privé, doit être précédée d'une partie générale, qui constitue précisément l'objet du présent livre. Cette partie générale a pour but d'exposer les éléments communs qui se rencontrent dans tous les rapports de droit, quels qu'ils soient, ou dans les plus importants, et dont la connaissance est indispensable avant d'aborder l'étude des caractères particuliers et distinctifs de chaque institution juridique. Ces éléments communs sont en petit nombre et il est aisé de les énumérer :

1° Dans tout rapport juridique, on trouve des *personnes* entre lesquelles le rapport s'établit ; les droits qui appartiennent à un individu lui appartiennent soit contre une personne déterminée, soit contre tout le monde. La notion de personne est donc une notion qui se présente tout d'abord : qu'est-ce

qu'une personne, quelle est sa capacité d'agir, par quels événements cette capacité peut-elle être modifiée ? Autant de questions qui se poseront à propos de chaque institution juridique et qui doivent être préalablement résolues.

2° De même, à la base du droit patrimonial, nous rencontrons la notion de *choses*, sur lesquelles nous exerçons des droits, soit directement, soit par l'intermédiaire d'autrui, et que nous transmettrons à nos héritiers après la mort. Par conséquent, il faut commencer par donner une définition des choses, et par déterminer quelles sont les différentes espèces de choses susceptibles de faire partie de notre patrimoine.

3° En troisième lieu, les rapports juridiques naissent, se modifient, s'éteignent sous l'influence de certains faits qu'on appelle des *faits juridiques*. Quels sont les faits capables de créer ou d'éteindre des rapports de droit, quelle est leur nature, comment doivent-ils être classés ? Autant de questions dont la solution doit être préalablement donnée pour faciliter et éclairer l'étude postérieure de chaque institution qui régit ces rapports.

4° Enfin, lorsque les droits appartenant à une personne sont méconnus ou violés, comment peut-elle les faire reconnaître et en assurer le respect et le maintien ? Ce dernier problème nous transporte sur le terrain de la procédure civile ; il est donc étranger au droit civil proprement dit. Il y rentre cependant dans une certaine mesure, car c'est au droit civil qu'il appartient de déterminer quelle influence le litige exerce sur la nature et l'étendue du droit.

L'exposé de ces notions générales doit servir d'introduction à l'étude des diverses institutions juridiques.

Suivant l'heureuse expression de Puchta, reprise par Unger, ces notions communes forment « l'atmosphère immatérielle dans laquelle se meuvent les diverses institutions juridiques » (1). L'utilité de cette partie générale est donc incontestable, et presque tous les jurisconsultes allemands adoptent cette méthode. Pourtant, ce procédé d'exposition présente

(1) Unger, I, § 24, p. 228 ; Puchta, *Institutionen*, t. II, § 189, *in fine*.

des difficultés et n'est pas sans écueils. Ces difficultés existent surtout chez nous, parce que, depuis la promulgation du Code civil, aucune tentative de ce genre n'a été faite, et qu'on peut se trouver conduit, en sortant ainsi des chemins battus, à donner à certaines règles une importance qu'elles n'ont pas. Il faut donc se garder de faire figurer dans une partie générale des principes qui ne doivent s'appliquer qu'à des institutions juridiques déterminées (1).

Néanmoins l'utilité qu'il y a, d'autre part, à exposer sous forme d'introduction les notions communes aux diverses institutions, notions que le Code a trop souvent négligées, à donner à certaines règles de droit toute l'étendue qu'elles comportent, alors que le Code paraît en restreindre arbitrairement l'application, nous semble si grande que nous avons essayé de réunir dans le présent volume les éléments de cette partie générale. Nous croyons que cette méthode rendra moins difficiles et moins hésitants les premiers pas des jeunes étudiants dans

(1) C'est ainsi que, comme on pourra le constater par la suite, j'ai négligé certaines théories, parce qu'elles ne s'appliquent en réalité qu'à la matière des obligations, et non à tous les actes juridiques.

Une autre difficulté se présentait. Certains chapitres du Code civil pourraient être tout entiers expliqués, à propos de l'exposition de ces notions générales; par exemple, pour ne citer que les principaux cas, on pourrait évidemment, à l'occasion de la distinction des choses, étudier les articles relatifs à la division des meubles et des immeubles, et, dans la matière des actes juridiques, presque tous les textes de la théorie des obligations (articles 1108 à 1125, 1304 à 1314, etc. ; en y joignant aussi les articles 901 à 912, 931 à 937, etc, du titre des donations et testaments).

Une semblable méthode peut être employée par le professeur dans son enseignement oral; elle lui permet de donner aux théories générales dont il présente l'explication un caractère plus concret (voir la circulaire ministérielle du 24 octobre 1895), et elle offre en même temps l'avantage de décharger le programme un peu lourd des matières comprises dans la seconde et dans la troisième années. Mais dans un livre élémentaire, qui n'est qu'un essai, cette méthode aurait, croyons-nous, des inconvénients; elle romprait l'exposition des notions générales auxquelles il est consacré et lui donnerait un caractère exégétique qui serait en contradiction avec son but; enfin elle en augmenterait démesurément l'étendue. Aussi, nous sommes-nous attachés à ne présenter nulle part l'explication des matières spéciales traitées dans le Code, nous contentant de nous appuyer sur les textes du Code relatifs à ces matières pour les généraliser et en déduire les règles applicables aux éléments communs qui se rencontrent dans les divers rapports de droit.

le domaine aride du droit civil, dans lequel ils pénétraient brusquement jusqu'ici, se trouvant immédiatement aux prises avec les textes, sans avoir pu prendre une vue d'ensemble de l'organisme qu'ils devaient étudier dans ses différentes parties.

Je tiens, en terminant, à répondre à deux objections qu'on pourrait être tenté d'adresser à cette méthode. La première consisterait à dire qu'il faut tout d'abord étudier l'histoire des institutions, et qu'il conviendrait bien plutôt de préluder à l'enseignement du droit civil par une introduction historique détaillée, ayant pour but de montrer la marche du droit, ses transformations, et de mettre en relief les mille liens qui rattachent le présent au passé, que de débuter par une exposition purement rationnelle, dans laquelle le point de vue historique doit être nécessairement négligé. Ce reproche serait injuste, et la meilleure preuve que j'en puisse fournir, c'est que ce sont les jurisconsultes qui furent en Allemagne les fondateurs de l'école historique, Hugo, Savigny, Puchta et leurs successeurs, qui ont eu soin de commencer leurs ouvrages de Pandectes par une introduction consacrée à « la partie générale » (*allgemeiner Theil*) du droit. J'ajoute que cette introduction ne dispense nullement de faire précéder l'explication des principes du droit civil d'une exposition historique, assez brève d'ailleurs. C'est surtout lorsqu'on est entré dans le système du droit civil proprement dit, à propos de chaque groupe d'institutions et de chaque institution, que l'étude approfondie de l'histoire présente de l'importance et de l'intérêt pour l'explication et la justification du droit moderne. Qui le contesterait aujourd'hui ? De nombreux travaux publiés dans ces dernières années ont montré que l'enseignement du droit civil pouvait être renouvelé par un examen approfondi de l'ancien droit, et que les besoins de la pratique, manifestés par les courants de la jurisprudence, étaient, sur bien des points, déjà les mêmes dans notre ancienne France que de nos jours.

L'introduction générale au système du droit civil n'est donc nullement en contradiction avec la méthode historique.

En second lieu, quelques esprits seront peut-être portés à

prétendre que les idées générales ne doivent pas faire l'objet d'une introduction et qu'il est plus logique de commencer l'exposition du droit civil par l'étude des textes, pour s'élever peu à peu du particulier au général. C'est, dira-t-on, quand on connaît bien le fonctionnement et le rôle des institutions civiles, qu'il est possible de les rapprocher les unes des autres, afin de montrer le but vers lequel elles tendent, et de mettre en évidence les idées communes qui donnent à l'œuvre son unité. C'est sous forme de conclusion et non d'introduction que doit être présentée la synthèse des principes juridiques.

L'objection serait vraie, si cette partie générale était une étude philosophique et économique du droit civil, mais son but est autre, il est beaucoup plus modeste, comme on l'a vu par les pages précédentes. Il s'agit, en effet, d'exposer les notions simples et élémentaires qui se retrouvent au fond de tous les rapports de droit, et qui en forment comme le *substratum* ; notion du droit entendu au point de vue subjectif, définition de la personne et de sa capacité juridique, distinction des diverses espèces de choses qui peuvent être l'objet d'un droit, étude des faits qui donnent naissance aux droits ou qui les éteignent, etc.

Ce sont là incontestablement des notions préliminaires dont la connaissance est la préparation naturelle à l'étude des différentes institutions du droit civil.

Grenoble, octobre 1897.

PRÉFACE

DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Depuis que l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 a établi une nouvelle répartition des matières de droit civil entre les trois années de licence (1), la plupart des professeurs de droit civil, se ralliant à la pensée qui avait inspiré cette réforme, ont pris l'habitude de placer au début de leur enseignement une partie générale consacrée à l'étude des notions fondamentales que l'on retrouve à propos de chaque institution.

On peut dire sans exagération, je crois, que tous ceux qui ont suivi cette nouvelle méthode ne l'ont plus abandonnée, parce qu'ils ont constaté combien elle était supérieure à l'ancienne, et combien elle favorisait la bonne formation juridique de nos étudiants.

C'est parce que je suis, pour ma part, convaincu que cette introduction, destinée à l'exposition des principes généraux qui forment l'armature du droit civil, est le préliminaire indispensable de l'exposé des règles spéciales à chaque matière, que je publie aujourd'hui une deuxième édition de ce petit livre, dans laquelle je me suis efforcé de faire disparaître des imperfections que je ressentais plus que tout autre.

Par beaucoup de points, cette deuxième édition diffère de la première, et il me paraît utile d'indiquer les plus importantes modifications que j'ai cru devoir apporter à l'œuvre primitive.

(1) Depuis la publication de cette préface, un nouvel arrêté ministériel du 20 juillet 1904 a ajouté au programme de l'examen de première année les articles relatifs à l'organisation de la famille (art. 144 à 370 du Code civil), et ceux qui concernent la protection des incapables (art. 371 à 515 C. civ.).

J'ai tenu, tout d'abord, à donner en débutant quelques notions philosophiques, bien insuffisantes, je le crains, sur le droit, sur sa formation, et sur la vieille distinction, toujours vivace et toujours combattue, du droit naturel et du droit positif.

Il était impossible aussi de ne pas tenir compte du mouvement d'idées suscité par le beau livre, si suggestif, de M. Geny : *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif* (Paris, 1899). Les questions relatives aux sources du droit, à l'interprétation des lois, aux conséquences de la codification, sont trop importantes pour être passées sous silence.

Dans la partie consacrée aux objets des droits, la théorie du patrimoine, telle qu'elle a été élaborée et exposée par Aubry et Rau (1), a été supprimée, parce que je suis aujourd'hui convaincu que cette théorie présente un caractère purement déductif et artificiel, qui, ainsi que l'a montré M. Geny (2), la rend inutile et dangereuse. La notion du patrimoine conçu comme une universalité juridique composée de l'ensemble des droits pécuniaires qui appartiennent à une personne et des obligations de même nature dont elle est tenue, mérite seule d'être conservée.

Dans la matière des actes juridiques, j'ai également supprimé les pages relatives aux actes illicites, parce que je crois, après mûre réflexion, qu'il est préférable d'en rattacher l'étude au droit des obligations.

Enfin, la théorie générale de la preuve forme, à elle seule, l'objet de la dernière partie. Cette théorie qui offre une si grande importance et dont la connaissance est indispensable pour comprendre un certain nombre de textes qui rentrent dans le programme de première année, méritait d'être traitée avec plus d'ampleur que je ne l'avais fait tout d'abord.

Il m'est arrivé parfois aussi d'abandonner des solutions que j'avais adoptées dans la première édition, pour me rallier à d'autres qui me paraissent mieux fondées et plus conformes aux besoins du commerce juridique.

(1) *Cours de droit civil français*, 4e édit., t. VI, § 573 à 583.
(2) *Op. cit.*, n° 67, p. 126 à 128.

Enfin, je me suis efforcé de donner à la jurisprudence la place qui lui convient et d'attacher à ses décisions toute l'importance qu'elles méritent, car c'est surtout dans l'exposition des notions générales qu'il faut prendre garde au danger de faire une œuvre purement rationnelle, et éviter d'encourir le reproche d'ignorer le vrai droit, le droit vivant, tel que l'appliquent les tribunaux.

La Tronche, octobre 1903.

La troisième édition que nous publions aujourd'hui a fait l'objet d'une mise au point aussi consciencieuse que possible. Elle contient, en dehors de nombreuses modifications de détail, un essai sur la non rétroactivité des lois qui ne se trouvait pas dans les éditions précédentes. Le chapitre consacré aux personnes juridiques a subi aussi d'assez importants remaniements.

Paris, novembre 1911.

PRÉFACE

DE LA QUATRIÈME ÉDITION

Bien des changement ont été apportés au texte primitif de cet ouvrage dans les éditions successives que j'en ai publiées. On ne s'en étonnera pas. Lorsqu'il a paru pour la première fois, il était un essai nouveau dans notre littérature juridique française, et ne pouvait recevoir dès le début sa forme définitive, ni quant au fond ni quant à la forme. Les notions générales qui y sont exposées demandaient à être revisées avec soin, et cette revision m'a conduit à en supprimer quelques-unes, à en ajouter d'autres, et surtout à apporter plus de rigueur, plus de précision dans leur exposition.

Tel qu'il se présente actuellement dans cette quatrième édition, il me paraît avoir à peu près sa forme définitive. J'ai évité autant que possible d'en augmenter l'étendue, car il doit rester un livre élémentaire.

On trouvera dans cette quatrième édition l'indication des innovations législatives survenues depuis 1911 sur les diverses matières qui y sont traitées, ainsi que celle des décisions nouvelles de la jurisprudence et des travaux récents de la Doctrine.

Un certain nombre de passages ont été encore modifiés. Ainsi notamment j'ai marqué d'une façon plus accentuée que je ne l'avais fait précédemment les différences si profondes qui séparent le Droit de la famille du Droit du patrimoine. Entre ces deux domaines, il me semble aujourd'hui qu'il n'y a presque rien de commun, et très rares sont, à mon avis, les règles qui s'appliquent à l'un et à l'autre.

Dans le Droit du patrimoine, la division fondamentale des droits subjectifs en trois groupes, droits réels, droits de

créance, droits intellectuels, de même que la subdivision des droit réels en droits principaux et droits accessoires, ont été mieux précisées.

J'ai apporté aussi quelques changements et fait quelques additions dans le chapitre des personnes juridiques et dans la matière si importante des actes juridiques.

J'ajouterai enfin que les notions générales exposées en ce livre ne forment, dans ma pensée, que la première partie d'une introduction complète à l'étude du Droit civil. Une seconde pourrait s'y ajouter, qui comprendrait l'exposé des principes fondamentaux des différentes matières dont se compose le Droit civil. J'espère pouvoir la publier un jour.

Paris, septembre 1921.

A la différence des précédentes, cette cinquième édition ne contient pas de modifications du fond de cet ouvrage qui vaillent d'être signalées. Je disais, en effet, dans la précédente préface, que je ne voyais plus rien à changer à la composition de ce livre qui doit rester une introduction élémentaire à l'étude du droit civil. Les quelques changements que j'ai apportés à la rédaction n'ont pour objet que de rendre plus clairs certains passages. Quant à la bibliographie et à la jurisprudence, elles ont été revues avec soin et complétées comme il convenait.

Gioux, août 1927.

PREMIÈRE PARTIE

DU DROIT EN GÉNÉRAL. — DES SOURCES DU DROIT THÉORIE GÉNÉRALE DES LOIS

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT EN GÉNÉRAL

DÉFINITION DU DROIT. — DROIT OBJECTIF. — DROIT SUBJECTIF. FORMATION DU DROIT. — LE DROIT POSITIF. — LE DROIT NATUREL. — PRINCIPALES DIVISIONS DU DROIT POSITIF.

Définition du mot droit (1)

1. — On donne au mot *droit* deux significations différentes, suivant qu'on considère son objet ou les personnes dont il protège les intérêts.

Le droit objectif. — L'homme est fait pour vivre en société, il ne peut pas rester isolé de ses semblables. Quand il vient au monde, il a besoin de l'appui et de la protection de ses parents, et, plus tard, même quand il est arrivé à l'âge adulte, il ne peut satisfaire ses besoins, se développer physiquement et

(1) Cons. Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913; Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I, *La définition du Droit*, 1917; Bonnecase, *La notion du Droit en France au* XIX^e^ *siècle* (1920); *Introduction à l'étude du Droit, le problème du Droit devant la Philosophie, la Science et la Morale* (1926); Gaston May, *Introduction à la science du Droit*, 2^e^ édit. (1925); Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 52; Geny, *Science et technique en Droit privé positif* (1914), I, p. 42 et s.

intellectuellement que par un échange incessant de services avec ses semblables. L'homme isolé n'existe pas, il est une hypothèse : *Unus homo, nullus homo.*

La vie en société est la condition naturelle de l'homme. Or, elle suppose une organisation, une réglementation des rapports qui en forment la trame. Pour qu'elle soit possible, il faut qu'un ordre soit établi, et que l'observation des règles qui le constituent soit imposée à tous ceux qui font partie de la société. Cet ordre est réalisé par le Droit. Le Droit apparaît partout où il y a un groupement d'êtres humains ; il n'y a pas de société possible sans Droit. *Ubi societas, ibi jus.*

On peut donc définir le Droit : l'ensemble des règles obligatoires qui régissent les relations si complexes des hommes vivant en société (1).

Ces règles présentent les traits distinctifs suivants :

Elles sont établies pour les rapports des hommes.

Elles sont édictées par les intéressés eux-mêmes ou par l'autorité à laquelle ce pouvoir est délégué.

Elles sont revêtues de la force obligatoire, c'est-à-dire que leur observation est sanctionnée par la contrainte matérielle.

Pourtant, il y a des préceptes de Droit auxquels manque ce dernier caractère. Il en est ainsi du Droit international public, qui a pour objet de régler les rapports qui se forment entre les divers Etats. Il n'y a pas de pouvoir supérieur aux Etats qui soit capable d'imposer par la contrainte le respect de ses principes. Le Droit international public est donc un Droit imparfait, car la possibilité de la contrainte est nécessaire pour donner au Droit une complète garantie d'efficacité.

Néanmoins, l'idée de contrainte n'est pas indispensable à la notion de Droit. L'autorité de la loi réside dans la conviction,

(1) Le Droit ne s'occupe pas de toutes les relations qui s'établissent entre les hommes. Tout d'abord il y a des relations qui doivent être exclusivement réglées par la morale, sans qu'il soit utile de leur attacher une sanction extérieure. Il en est ainsi, par exemple, de l'amitié. De plus il y a d'autres rapports que le Droit ne réglemente pas, parce qu'ils ne méritent pas de l'être. Tels sont les rapports de politesse, les usages du monde, etc. Cf. Savigny, *Traité de droit romain*, traduction Guénoux, t. I, p. 328 ; Regelsberger, *Pandekten*, 1893, t. I, § 13, I, 1.

qui existe chez la très grande majorité des hommes, que ses prescriptions sont nécessaires au maintien de l'ordre social.

2. — *Le droit subjectif.* — Dans la réglementation des rapports sociaux, le Droit poursuit un double but : protéger le développement de l'activité de chaque individu, dans la mesure où les actes de l'initiative individuelle sont compatibles avec les intérêts du groupe lui-même ; assurer la satisfaction des besoins communs à tous les membres composant la société.

Pour atteindre ce double but, le Droit objectif détermine quels sont les droits qui appartiennent, soit à chaque individu vis-à-vis des autres, droits individuels, droits de famille, droits du patrimoine, soit aux divers groupements de personnes qui forment le corps social.

Ce sont les droits subjectifs. Le droit subjectif est un intérêt d'ordre matériel ou moral, protégé par le Droit objectif qui donne à cet effet, à celui qui en est investi, le pouvoir de faire les actes nécessaires pour obtenir la satisfaction de cet intérêt (1). Ainsi le droit de créance, le droit de propriété sur une chose, le droit de l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire sont des droits subjectifs. Celui qui a une créance contre une autre personne peut exiger le payement de ce qui lui est dû, et, en cas de refus du débiteur, recourir à l'emploi de la force publique pour obtenir satisfaction. De même, le propriétaire d'une chose jouit seul de l'utilité de cette chose ; personne ne peut s'en emparer contre son gré, et si quelqu'un tente de la lui arracher, le propriétaire obtiendra des tribunaux la cessation du trouble apporté à sa jouissance.

Distinction de la morale et du Droit (2)

3. — L'organisation sociale ne repose pas tout entière sur le Droit. Elle est également fondée sur la Morale. Celle-ci com-

(1) Cf. Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 2e édit., t. IV, p. 326 ; Regelsberger, *Pandekten*, 1893, t. I, § 14, p. 74 à 76 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, t. I, § 27, p. 253, 254.

(2) Cons. Demogue, *Des notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 13 et s. ; Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e édit., 1927 ; Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, Paris 1928.

prend l'ensemble des préceptes qui, aux diverses époques de la vie d'un peuple, sont considérés par la très grande majorité des hommes comme des règles de conduite obligatoires, que chacun doit, par conséquent, respecter sous peine d'encourir la réprobation générale. Elle est formée par ce fonds d'idées communes sur le bien et le juste qui se retrouve dans les consciences individuelles et forment, peut-on dire, la conscience d'un peuple, à un moment donné de son évolution.

Voici donc le trait commun qui rapproche ces deux régulateurs de la vie sociale : les préceptes qu'ils édictent ont un caractère obligatoire, l'homme est obligé de s'y conformer. Mais le mode de sanction qui s'attache aux ums et aux autres diffère. Les prescriptions de la Morale ne s'adressent qu'à la conscience de l'individu ; celui qui les viole ne s'expose à aucune répression matérielle, il encourt seulement le blâme de ses concitoyens. Au contraire, la violation du Droit est réprimée par l'intervention des pouvoirs publics.

Du reste, le Droit prête sa force de contrainte aux préceptes fondamentaux de la Morale et les inscrit dans ses lois. Ainsi les crimes et les délits punis par le Code pénal sont presque tous des actes que la Morale réprouve. De même, le Code civil frappe de nullité toute convention qui serait contraire aux bonnes mœurs (1).

En dehors de là, chacun de ces deux facteurs sociaux garde son domaine propre. Il y a beaucoup de règles de conduite, imposées par la Morale, qu'il n'est pas nécessaire de faire entrer dans le cadre des prescriptions juridiques. D'autre part, une grande partie des règles consacrées par nos lois ont un caracière amoral, en ce sens qu'elles sont fondées non pas sur la Morale, mais sur des raisons d'utilité sociale, d'intérêt général, ou ont simplement pour objet de déterminer les effets des actes librement passés par les particuliers.

(1) Art. 6, 900, 1172, C. civ.

De la formation du Droit

4. — Le Droit est un produit nécessaire de la société, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, mais il est édicté et formulé par l'homme lui-même.

Comment donc s'élabore-t-il ?

Pendant longtemps, on a cru qu'il était une création purement rationnelle, fruit des méditations du législateur. Cette conception avait été mise en honneur par les jurisconsultes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, qui formèrent une école, comptant des représentants dans les divers pays, que l'on désigne sous le nom d'*école du droit de la nature et du droit des gens* (1). Elle fut ensuite reprise par les philosophes du XVIII^e^ siècle. C'est la conception rationaliste du Droit : l'ordre juridique est le produit de la pensée humaine ; c'est par l'effort de la réflexion, en s'interrogeant sur sa fin, sur sa destinée, que l'homme construit et perfectionne le système législatif. Sa raison lui permet, en effet, de découvrir un droit idéal, immuable et parfait qu'il doit prendre pour modèle et dont il doit s'efforcer de rapprocher les institutions existantes.

Ainsi cette doctrine ne tenait aucun compte du milieu social dans lequel le Droit se développe. Elle ne comprenait pas qu'il est un produit de ce milieu, qu'il y plonge ses racines, comme la plante est un produit du sol (2).

5. — C'est Montesquieu qui lui a porté les premiers coups. Dans son *Traité de l'Esprit des Lois*, il s'est attaché à prouver

(1) Les premiers jurisconsultes de cette école sont le Hollandais Grotius, qu'on a dénommé le père de la philosophie du Droit, en Allemagne Puffendorf, en France Domat, qui, d'après ses contemporains, fut « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence ». V. le ch. XI du *Traité des lois* de Domat, *passim*, *Œuvres complètes*, édit. Rémy, t. I, p. 36 et s.

(2) Cette théorie dont l'inexactitude est depuis longtemps prouvée, n'en a pas moins conservé son influence jusqu'à nos jours. C'est elle qui dominait l'esprit de nos législateurs, quand ils introduisirent en Algérie, pour les appliquer à un peuple dont la civilisation diffère si profondément de la nôtre, nos institutions et nos codes, comme si l'Algérie n'était qu'un prolongement de la France. Mais l'expérience a prouvé, comme le disait Jules Ferry, dans son rapport sur la question algérienne, qu'il n'était pas une seule de nos institutions, une seule de nos lois du continent qui pût, sans des modifications profondes, s'adapter à notre empire algérien.

que « les hommes ne sont pas uniquement conduits par leurs fantaisies », que les lois qu'ils font leur sont dictées par « la nature des choses », c'est-à-dire « par un ensemble de circonstances qui en expliquent l'infinie variété, comme le physique du pays, la qualité du terrain, sa situation, sa grandeur, le genre de vie des habitants, leur religion, leurs inclinations, leur commerce, leurs mœurs » (1).

Cette vérité, proclamée par lui, a été mise en pleine lumière, au début du XIX^e^ siècle, par l'école historique allemande et sa brillante pléiade de jurisconsultes, dont les chefs furent de Savigny, Hugo, Puchta. Cette école s'est efforcée de démontrer que le Droit est un produit de l'histoire et non du raisonnement, qu'il naît des rapports sociaux, des besoins économiques et des aspirations de chaque époque, de la lutte des classes pour la défense de leurs intérêts divergents. Son développement, loin d'être arbitraire, est en quelque sorte nécessaire ; il se réalise conformément aux traditions, aux mœurs, au tempérament de la société qu'il régit. Aussi le présent tient-il au passé par des liens indissolubles ; l'histoire d'un peuple nous montre que son Droit est dans un état permanent d'évolution, qu'il se transforme incessamment, insensiblement, comme la langue elle-même (2).

6. — Mais l'école historique est tombée à son tour dans l'exagération. Elle a perdu de vue la part qui revient à la volonté de l'homme dans la formation du Droit. D'après elle, le Droit naît, pour ainsi dire, automatiquement ; il se dégage de l'ensemble des relations humaines ; il ne peut pas être autre qu'il n'est ; il sort de la conscience commune du peuple, sorte d'entité abstraite résumant les désirs, les besoins, les aspirations de tous. Une espèce de fatalisme préside à son développement. Ce qui a été et ce qui est ne peuvent pas ne pas être. Le rôle du législateur se borne donc à constater les règles juridiques qui se sont élaborées en dehors de lui.

(1) *L'Esprit des Lois*, préface et livre I, ch. III.

(2) Cons. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit zur Gezetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814). Voir un résumé des idées développées dans cet opuscule dans Lerminier, *Introduction à l'histoire du droit* (1829), p. 245 et s.

Ainsi cette école part d'un point de vue exact, et c'est son grand mérite de l'avoir mis en lumière et d'avoir montré la vanité du pur rationalisme. Il est bien vrai que le Droit n'est pas une création arbitraire du législateur ; il est le produit du milieu social ; il s'adapte aux conditions économiques et morales de chaque société ; il se modifie incessamment sous leur poussée ; il évolue. C'est cette idée d'évolution que l'école historique a mise en honneur. Le Droit est en état de constante transformation ; il se rattache au Droit passé ; il prépare le Droit à venir par un lent et incessant travail d'adaptation.

Mais il n'en résulte pas que sa création soit purement automatique et soustraite à la volonté de l'homme. C'est là qu'est l'exagération. Il y a une part d'initiative laissée à l'homme, au législateur. Sans doute, celui-ci agit sous l'influence de causes extérieures, indépendantes de sa volonté ; il ne dépend pas de lui de transformer le Droit, de rompre brusquement avec la tradition, sous peine de faire une œuvre éphémère ; mais, quand il a constaté les besoins qui demandent satisfaction, les nécessités qui imposent la modification du Droit existant, il lui reste une part de liberté. Car, pour atteindre le but poursuivi, plusieurs voies s'ouvrent devant lui ; pour réaliser la réforme, il y a divers systèmes entre lesquels il doit choisir.

Le législateur n'est donc pas une machine inconsciente qui se borne à constater le droit (1).

(1) Ihering a vivement combattu cette exagération dans laquelle l'école historique était tombée. Voir spécialement, *Histoire du développement du droit romain*, traduction Meulenaere, 1900, p. 11 et 12, 25 et 26.

La législation de protection ouvrière qui a pris une si grande extension dans tous les pays industriels d'Europe, fournit une illustration de cette idée. Les lois ouvrières sont nées sous l'empire de causes qui ont agi, en même temps, chez les divers peuples. Ces causes sont, pour ne citer que les principales : le développement de la grande industrie et les vastes agglomérations ouvrières qui en ont été la conséquence, le suffrage universel et l'association des forces ouvrières qui ont permis à la classe des travailleurs de défendre et de faire triompher leurs revendications. Voilà quelle est la part des phénomènes sociaux dans la formation de cette législation. Mais, entre ces lois ouvrières, qui sont écloses en même temps dans les divers pays, on rencontre des différences qui

Droit positif — Droit naturel

7. — L'expression Droit positif est facile à définir. Elle s'applique au Droit qui est en vigueur chez un peuple déterminé. Par exemple, le Droit positif français comprend l'ensemble des règles qui constituent notre législation, c'est-à-dire le Droit privé et le Droit public.

Le terme de Droit naturel, au contraire, est plus vague. On parle beaucoup de Droit naturel, les uns pour en invoquer les préceptes, les autres pour en contester la réalité.

L'idée qu'il existe un Droit écrit, révélé à l'homme par sa raison, par le sentiment du juste et de l'injuste, supérieur au droit existant, a toujours hanté l'imagination de l'homme. Socrate, Aristote parlent d'un Droit naturel, c'est-à-dire de lois non écrites, qui partout sont en vigueur et viennent de Dieu. Cicéron oppose, à plusieurs reprises, la loi éternelle, immuable, universelle, *vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna,* à la loi humaine (1).

attestent la part d'autonomie du législateur national. Ainsi, pour prendre un exemple, la plupart des Etats d'Europe ont adopté, en matière d'accidents du travail, le principe du risque professionnel, qui impose au chef d'entreprise l'obligation de payer une indemnité à l'ouvrier victime d'un accident à l'occasion de son travail. Mais certaines législations sont allées plus loin. Les unes ont complété ce principe, en obligeant les patrons à assurer les ouvriers contre les accidents, et en organisant le mode d'assurance; d'autres, comme la France, se sont contentées de donner aux ouvriers des garanties de payement, et, en France même, l'assurance obligatoire, d'abord adoptée par la Chambre des députés à une énorme majorité, n'a été rejetée définitivement qu'après de longues discussions.

Cons. Geny, *Science et technique en Droit privé positif*, seconde partie (1915) ; *Les procédés d'élaboration du Droit civil,* dans *Les méthodes juridiques*, leçons faites au collège libre des Sciences sociales en 1910, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 173 à 196, notamment p. 190-191.

(1) *De re publica*, III, 17. Les Institutes de Justinien, I, 2, pr. et 1, distinguent trois sortes de Droits : le *droit naturel* que la nature enseigne à tous les animaux, et duquel vient l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants; le *droit des gens* qui est le droit que la *raison naturelle* a établi chez tous les hommes, c'est-à-dire celui qui est en vigueur chez tous les peuples; et enfin le *droit civil* (*jus civile*) qui est le droit propre à chaque peuple.

Cette notion se retrouve dans tout le moyen âge. Mais c'est surtout au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècles que le Droit naturel a pris une importance décisive et a constitué un véritable corps de doctrine. Partant de cette idée que le Droit est un produit de la raison humaine, les jurisconsultes et les philosophes enseignent qu'au-dessus des législations positives il y a un Droit idéal, composé de principes immuables, vrais en tout temps et en tout lieu, que l'homme découvre par l'effort de sa pensée. Chaque institution humaine a ainsi son modèle, dont elle n'est que la reproduction plus ou moins grossière. Le rôle du législateur consiste donc à effacer peu à peu les différences entre la copie et le modèle, à modifier, redresser, corriger celle-là, comme l'ouvrier qui reproduit dans le marbre l'œuvre de l'artiste. « Le Droit naturel, a dit un disciple de cette école, est la collection des règles qu'il est souhaitable de voir immédiatement transformer en lois positives » (1).

8. — Cette doctrine a exercé une influence prépondérante sur la confection des Codes du début du XIX^e^ siècle (2).

L'école historique l'a définitivement ruinée en prouvant que le Droit n'est ni un produit de la raison pure, ni une création arbitraire du législateur. C'est donc méconnaître les enseignements de l'histoire que de chercher à découvrir, *a priori*, par simple déduction, les traits principaux d'un ordre juridique parfait. C'est une tentative vaine et antiscientifique que de

(1) Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, p. 67. La philosophie du droit de la première moitié du XIX^e^ siècle est, en France, imprégnée de cette doctrine. Voir, outre l'ouvrage précité, Toullier, *Droit civ. franç.*, n^os^ 9 et 10 ; Eschbach, *Introduction générale à l'étude du droit*, p. 16 et s. (Paris, 1856) et les auteurs qu'il cite, p. 26.

L'œuvre plus récente de M. Franck, *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886, se rattache par son inspiration à l'école rationaliste.

(2) Les rédacteurs du Code civil français avaient inscrit, en tête de leur œuvre, cette formule, qu'ils effacèrent ensuite, non point comme inexacte, mais comme inutile dans un corps de lois positives : « Il existe un droit universel, immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre. »

Le Code civil autrichien de 1811 décide, dans son article 7, que lorsque la loi est muette et ne contient aucune disposition qu'on puisse appliquer par analogie à la question de droit qu'il s'agit de résoudre, cette question doit être tranchée par les principes du droit naturel.

vouloir dégager par la seule force du raisonnement un système de Droit idéal applicable à une société. La construction rationaliste aboutit au subjectivisme pur et simple. Chacun élève à la dignité de Droit naturel ses conceptions personnelles, sans s'apercevoir qu'il se laisse guider par ses idées, ses sentiments, ses opinions sociales et religieuses, et enfin par ses préjugés (1).

L'illusion n'est pas douteuse, elle est aujourd'hui reconnue par tous les auteurs (2). Aussi, la doctrine du Droit naturel est-elle tombée dans un profond discrédit ; elle a péri sous les coups de l'école de Savigny et ne compte plus guère d'adeptes aujourd'hui.

Mais cette école ne s'est pas contentée de ruiner l'ancien concept ; elle s'est attaquée à l'idée même de droit idéal qui était incompatible avec son propre système. En effet, si le Droit positif se forme automatiquement, si son développement

(1) La condamnation de cette méthode tient tout entière dans cette phrase de Bentham : « Comment voulez-vous qu'on raisonne avec ces fanatiques armés d'un droit naturel que chacun applique à sa façon ? Que répondre à des gens qui ont des hallucinations du juste, sinon qu'ils se trompent. » *Principes de législation*, éd. Dumont, t. I, ch. 13, p. 129. M. Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 39, ajoute fort judicieusement : « Ceux qui invoquent à tout propos le droit naturel, ne prennent pas garde qu'ils ne font qu'abriter leurs propres conceptions sous un mot vague qui les trompe, ou dont ils abusent pour en imposer aux autres. » V. aussi Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 156.

N'est-ce pas au nom du doit naturel que les économistes de l'école libérale ont combattu, avec tant d'ardeur, l'introduction dans notre législation de ce principe du risque professionnel, que consacre la loi du 9 avril 1898 sur les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et qui a été accepté par la plupart des législations européennes ?

(2) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat* (1891), p. 36 à 39 ; Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. 2, n° 160 ; *Science et technique*, 2e partie, ch. IX ; Saleilles, *Ecole hist. et droit naturel*, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 80; Boistel, *Philosophie du droit*, 1889, t. I, p. 1 à 4; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, nos 5 et s.; Ambroise Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil français*, 5e éd., t. I, p. 3 et s. ; Demogue, *op. cit.*, p. 18. V. Bonnecase, *La notion de droit en France au XIXe siècle*, 1920 ; Georges Connil, *Le Droit privé, essai de sociologie juridique*, 1924; Davy, *Le Droit et l'idéalisme juridique*, Paris, 1921 ; Le Fur, *Le Droit naturel et le Droit rationnel ou scientifique*, Revue de Droit international, 1927, p. 658 et s. ; Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, Paris, 1928.

obéit à des lois supérieures à la volonté de l'homme, il n'y a pas de droit autre que le droit sorti des faits, créé par le commerce des hommes. Le Droit idéal n'est qu'un leurre, une illusion de notre raison (1).

9. — Nous avons déjà montré que cette conclusion est excessive, et malgré les attaques des coryphées de l'école historique et les efforts répétés de leurs successeurs, le Droit naturel n'a pas été définitivement vaincu. Il est reparu sous une forme nouvelle, il s'est simplifié et épuré, et l'on peut dire qu'en France il garde de fervents et nombreux adeptes.

Sans doute, ce n'est plus de l'ancienne conception qu'il s'agit ; sur ce point tout le monde est d'accord. Le Droit naturel n'est pas une collection de règles, un code de la perfection, il n'est qu'un principe directeur, « l'idée qui inspire et oriente » (2) l'homme dans ses efforts incessants pour améliorer et perfectionner l'ordre social. Or, ce principe directeur ne saurait être nié. C'est l'idéal de justice que l'homme s'efforce de découvrir et dont il tend à rapprocher la société, l'idéal de justice présent à l'esprit du législateur comme du philosophe, du moraliste, du jurisconsulte et du juge. Il n'y a pas de peuple, pas de génération qui ne poursuive la réalisation de cet idéal. L'esprit humain ne peut se passer de direction (3). Voilà ce qu'est le Droit naturel, mais il n'est que cela.

Ainsi, ce principe directeur ne dictera pas au législateur les solutions positives en vue de la réglementation des rapports sociaux, car c'est dans l'observation des faits, dans l'étude des besoins économiques et sociaux, dans l'appréciation des exigences du commerce juridique, que le législateur devra cher-

(1) Voir Bergbohm, *Jurisprudence und Rechtsphilosophie*, 1892, t. I, p. 480-530; cf. Saleilles, *Ecole histor. et droit naturel*, Revue trimestrielle de droit civ., 1902, p. 81-82.

(2) Beudant, *op. cit.*, p. 38.

(3) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 96 et 97 ; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier, 1910. Voir aussi Geny, *Science et technique, loc., cit.*, Demogue, *op. cit.*, p. 13 et s. ;Georges Renard, *Le droit, la justice et la volonté, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit*, Paris 1924 ; *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925 ; *Le droit, l'ordre et la raison*, 1927 ; Le Fur, *op. cit.*

cher les bases solides des lois qu'il promulguera. Mais c'est le Droit naturel qui lui découvrira le but à atteindre, c'est lui qui donnera à son œuvre ce caractère d'unité, en l'absence duquel l'appareil législatif ne serait qu'une agglomération de règles sans liens entre elles.

Il convient donc de rechercher quel doit être cet idéal de justice qui inspirera le législateur (1).

Or, nous rencontrons ici deux tendances différentes.

10. — La doctrine individualiste, qui est issue de l'école du Droit naturel et du mouvement philosophique du XVIII[e] siècle, et qui peut être considérée comme étant la doctrine encore dominante en France, où elle règne depuis plus d'un siècle, part de ce principe que le Droit a son fondement dans la personnalité humaine. L'homme a, en tant que personne pensante et voulante, des droits innés dont la loi humaine ne se borne pas à constater l'existence.

Les philosophes du XVIII[e] siècle, considérant que la société repose sur un contrat, déclaraient que l'homme, en consentant à entrer dans la communauté, n'abdique qu'une partie de son indépendance, et garde de sa liberté primitive tout ce qui est compatible avec la vie en commun. Cette portion de liberté qu'il conserve forme des droits absolus auxquels l'Etat ne peut toucher, puisqu'ils sont antérieurs à sa constitution.

Les partisans modernes de cette théorie ont abandonné l'hypothèse du contrat social, mais ils affirment que tout droit a sa source dans l'individu, parce que l'homme est le seul être réel, et que le Droit est fait pour réglementer son activité (2).

(1) Nous ne prétendons pas, du reste, que cet idéal présente un caractère immuable, absolu. Il ne peut être que relatif, car la notion de justice varie avec chaque époque. « L'idéal, suivant la formule de M. Fouillée, est une sorte de foyer où viennent converger les idées et désirs d'une société. C'est le prolongement anticipé des directions que cette société prend en vertu de son évolution même. L'idéal d'un Européen du XIX[e] siècle n'est plus celui d'un Européen du X[e]. Il n'est pas non plus celui d'un Asiatique. » *Le mouvement idéaliste en France,* Revue des Deux-Mondes, 15 mars 1896, p. 257.

(2) V. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat,* Paris, 1891, *passim*, spécialement p. 134 à 150; Esmein, *Elémenis de droit constitutionnel,* 5[e] éd., p. 232, 478 à 481; Boistel, *Cours de philos. du droit,* Paris, 1899 t. I, p. 71 et s.

Le droit individuel est la source du Droit ; il est le fait primordial, antérieur à l'Etat, supéreur à la loi. C'est sur cette donnée première que l'ordre juridique doit être établi.

Dès lors, la mission du Droit objectif consiste exclusivement à assurer l'exercice de ces droits concurrents et rivaux, à délimiter la sphère de liberté de chaque homme. Son but est, suivant la formule célèbre de Kant, de réaliser la coexistence des droits subjectifs ; et, par conséquent, il doit se borner à limiter la liberté de chacun dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la liberté de tous. Son rôle est purement négatif ; il impose des abstentions, non des obligations positives. Il n'oblige pas l'homme à concourir, à travailler au bien commun.

Cette théorie a pour conséquence de restreindre étroitement la sphère d'action de la loi. En principe, toute loi est un mal, parce que toute loi a pour objet de régler, c'est-à-dire de limiter l'usage des droits (1). L'idéal est donc de réduire de plus en plus le domaine de la loi, de laisser à l'activité individuelle le plus large champ de développement (2).

On peut objecter à cette doctrine qu'elle prend pour point de départ une hypothèse inexacte. Elle considère l'homme comme un être abstrait, vivant dans l'état d'isolement, séparé de ses semblables, et portant, dans sa personne même, le principe de ses droits. Elle ne voit pas la réalité : la société, donnée première, atmosphère dans laquelle l'homme se meut, milieu indispensable à sa vie ; la société, origine, cause véritable du Droit (3). Le Droit n'a pas sa source dans l'homme isolé ; il naît des rapports de l'homme avec ses semblables. Si un individu pouvait exister seul, il n'aurait pas la notion du Droit, car celui-ci suppose nécessairement le contact de plusieurs individus. C'est le groupement des hommes, c'est-à-dire la société, qui lui donne naissance.

(1) Beudant, *op. cit.*, p. 148.

(2) M. Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, Paris, 1896, a cherché cependant à démontrer que la thèse individualiste n'entraîne pas un semblable antagonisme entre l'individu et l'Etat.

(3) Cf. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, § 5 ; Ihering, *Zweck im Recht*, trad. par Meulenaere, sous le titre de : *L'Evolution du droit*, 1901, n° 220.

Ce n'est pas à dire pourtant que cette doctrine n'ait pas rendu un immense service. Elle a eu cet avantage inappréciable de faire pénétrer dans les esprits cette vérité, que le respect de la liberté individuelle et le développement de l'activité personnelle sont des conditions essentielles à l'existence même de la société (1). Mais la formule proposée par l'école individualiste est insuffisante ; aucune société ne pourrait s'organiser et vivre en prenant pour base le seul principe qu'elle proclame (2).

11. — Pour résoudre le problème, il faut donc partir, non point de ce concept *a priori,* l'homme abstrait et isolé, mais de cette réalité, l'homme social, l'homme élément d'une collectivité.

Le but du Droit doit consister à réglementer les relations humaines dans le sens qui sera le plus favorable au développement et au progrès du groupe humain pour lequel il est fait.

Or, comme la société se compose d'êtres vivants et agissants, la première condition de son existence est incontestablement de garantir à chaque individu la sphère de liberté nécessaire pour le déploiement de son activité personnelle. « Le groupe ne subsiste et ne se développe que si chacun des individus qui le composent se développe lui-même, jouit de sa pleine activité, agit sur le monde extérieur dans la plénitude de ses facultés » (3).

Mais, pour assurer à chaque homme le libre exercice de ses facultés, il ne suffit pas, comme le dit l'école individualiste, que le Droit délimite la sphère des activités concurrentes. Il faut, en outre, qu'il donne à chacun le pouvoir de profiter utilement de cette liberté ; il faut qu'il répare l'injustice provenant des inégalités sociales. Le Droit doit donc protéger l'individu, et lui assurer la participation aux avantages que donne le groupe social. Ainsi l'Etat a vis-à-vis de l'homme,

(1) Cf. Duguit, *op. cit.*, t. I, § 15.

(2) Du reste, les faits ont donné un éclatant démenti à cette doctrine. Il n'est pas contestable que, dans tous les pays civilisés, le nombre des prescriptions légales s'accroît de plus en plus, et que les fonctions de l'Etat moderne vont en se multipliant.

(3) Bourgeois, *L'idée de solidarité et ses conséquences sociales,* p. 6, dans *Essai d'une philosophie de la solidarité* (Alcan, 1902).

non seulement des obligations négatives, mais des obligations positives.

D'autre part, les droits subjectifs reconnus à l'individu par le Droit objectif doivent être réglementés, non pas dans l'intérêt exclusif de l'individu, mais dans l'intérêt de la collectivité elle-même. Ils doivent être socialement organisés, parce que, suivant l'expression d'Ihering, les droits privés ont un caractère social (1).

Enfin, et en dernier lieu, l'individu n'a pas que des droits envers le groupe social, il a aussi des devoirs. Il est tenu de supporter une partie des charges imposées par la vie en commun. « A mesure qu'ils se développent, l'Etat et le Droit exigent de plus en plus de l'individu. La société réclame sans cesse de nouveaux sacrifices ; un besoin satisfait engendre un besoin nouveau. Chaque but nouveau, qui vient s'ajouter aux anciens buts sociaux, appelle une force active plus puissante,

(1) Ihering, *L'Evolution du droit*, traduction Meulanaere, Paris, 1901, n°s 212 et s. Voir notamment n° 219, p. 351 : « Tous les droits du droit privé, même ceux qui ont l'individu pour but immédiat, sont influencés et vinculés par des considérations sociales. Il n'en est pas un seul dont le sujet puisse dire : ce droit, je le possède exclusivement pour moi, j'en suis le seigneur et maître, et la logique juridique met obstacle à ce que la société apporte des restrictions à l'exercice de mon droit. »

Ihering a fait application de cette théorie au droit de propriété individuelle, et il a irréfutablement prouvé que la propriété est en réalité, dans le Droit moderne, conçue, non pas du point de vue strictement individualiste, mais du point de vue social (n°s 215 et s.) :

« Il n'est pas vrai de dire que la propriété, d'après sa conception, implique le pouvoir absolu de disposer des choses. Jamais la société n'a toléré une propriété aussi illimitée. La conception de la propriété ne peut contenir rien qui soit en opposition avec celle de la société. Cette compréhension absolutiste de la propriété est le dernier écho de la théorie vicieuse du droit naturel, qui isolait l'individu de tous les éléments sociaux au milieu desquels il se meut. Il est inutile d'insister sur les conséquences qu'entraînerait le droit donné au propriétaire de se retrancher dans sa propriété, comme dans une forteresse inviolable. L'opposition d'un seul mettrait obstacle à la construction d'une route, d'un chemin de fer, à l'établissement de fortifications, tous ouvrages dont peut dépendre le bien-être de milliers d'hommes, la prospérité d'une contrée, la sûreté de l'Etat. » Et plus loin : « On méconnaît, à mon avis, l'importance de l'expropriation (pour cause d'utilité publique), si l'on veut y voir une *atteinte* portée *au droit de propriété*, une *anomalie* en contradiction avec la conception de ce droit. Elle ne peut avoir cette signification que pour celui qui conçoit la société uniquement au point de vue de l'individu. »

et des moyens financiers plus étendus auxquels l'individu doit apporter sa contribution » (1).

Il ne faut pas, du reste, se méprendre sur le caractère de ces charges. C'est toujours, en dernière analyse, au profit de l'individu, dans son intérêt, qu'elles sont établies. Car l'homme recueille, en définitive, le bénéfice de toutes les règles établies par le Droit. Il est toujours le destinataire du Droit. Mais de ces charges à lui imposées dans l'intérêt commun, il ne profite que comme élément du groupe. Ces charges forment donc une nouvelle catégorie de droits qui existent, non plus, dans l'intérêt de l'individu, mais dans celui du groupe, de telle sorte que c'est le groupe lui-même, la collectivité qui en est le titulaire. De même que le Droit objectif détermine et réglemente les droits privés, c'est-à-dire les droits qui sont destinés à garantir le libre exercice de l'activité de l'individu, de même, il détermine et réglemente les droits du groupe à l'encontre des individus. Ces deux sortes de droits, répétons-le, ne sont opposées qu'en apparence, parce que tous ont pour destination dernière l'intérêt de l'homme social.

Faire à chacune de ces tendances, la tendance individualiste et la tendance socialiste, la part qui lui revient (2), protéger la liberté de l'individu contre les exigences excessives du groupe, mais lui imposer les obligations que réclame le développement de celui-ci ; concilier les intérêts propres de l'individu avec ceux de la collectivité, tel est le but de toute organisation juridique (3).

(1) Ihering, *op. cit.*, n° 212.

(2) V. Regelsberger, *op. cit.*, t. I, § 9, p. 59.

(3) On a essayé de donner une formule plus précise de l'idée de justice, en la déduisant de la notion de solidarité.

La solidarité des êtres vivants est un fait réel que les sciences biologiques ont mis en lumière de nos jours. Dans la société humaine, il y a une solidarité qui unit chaque génération aux générations passées, chaque homme aux autres hommes. Chaque individu est, vis-à-vis des autres, dans un état de dépendance absolue, non seulement en ce qui concerne les conditions de sa vie physique, mais aussi au point de vue des phénomènes intellectuels. L'homme est nécessaire à l'homme, comme le sol l'est à la plante, il ne peut vivre et se développer qu'à la condition d'emprunter et de donner aux autres son travail, son activité, ses pensées. La solidarité se

Principales divisions du droit positif

12. — Une classification traditionnelle, qui remonte aux jurisconsultes romains (1), divise le domaine du Droit en deux parties : le *droit public* et le *droit privé*.

Elle correspond aux deux ordres principaux de rapports qui forment le tissu de la vie sociale : 1° rapports de l'individu avec le groupe social auquel il appartient, et rapports de ces divers groupes entre eux ; 2° rapports de l'individu avec ses semblables pour la satisfaction de ses besoins personnels.

Et d'abord, les hommes nous apparaissent comme faisant

rencontre dans le mal comme dans le bien. Nous héritons de nos ancêtres leurs passions et leurs vices ; notre vie est menacée par les maladies de nos semblables.

M. Durkheim a montré que cette solidarité s'accroît à mesure que progresse la civilisation ; elle se manifeste par la division du travail, qui augmente encore la dépendance des hommes les uns vis-à-vis des autres.

C'est de ce fait indéniable qu'on a voulu tirer une règle de conduite, un idéal. On a voulu transformer la solidarité naturelle en solidarité morale. Voir, en particulier, M. Léon Bourgeois, *Solidarité*, 1896, et conférence, dans *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, 1902. Mais, ainsi que l'a remarqué M. Boutroux, en transportant le fait de la solidarité dans le domaine de la morale, cette doctrine en dénature nécessairement la portée. Car la solidarité naturelle agit en mal comme en bien. « C'est elle qui engendre les maladies et les vices héréditaires, l'élimination des faibles et la survivance des forts. Dès lors, comment en faire un principe de la morale sans transformer la notion, sans lui enlever tout ce qui fait sa valeur scientifique, et tomber dans le rationalisme ? » Boutroux, *Rôle de l'idée de solidarité*, dans *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 273 et s. Voir aussi observations de M. Malapert, *eod. loc.*, p. 19 et s. et p. 103 et s. En réalité, la notion de solidarité doit rester ce qu'elle est, « une donnée de l'observation extérieure », une vérité scientifique que le législateur ne doit jamais perdre de vue dans l'élaboration du Droit, afin de prévoir les contre-coups sociaux de ses décisions.

Voir, en particulier, sur la doctrine solidariste, Marion, *La solidarité morale* ; Durkheim, *La division du travail social* ; Fouillée, *La science sociale contemporaine;* Duguit, *Droit constit.*, t. I, § 5; Tanon, *L'évolution du droit de la conscience sociale;* Ch. Brunot, *Etude sur la solidarité sociale comme principe des lois*, séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1903, 2e sem., p. 306 et s., voir les *observations*, p. 364 et s.

(1) Fr. 1, § 2, D. *de just. et jure*, I, 1 ; § 4, Inst. *de just. et jure*, I, 1 : *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.*

partie d'une collectivité plus ou moins étendue qui s'appelle Etat.

Le **droit public** comprend tous les rapports de droit dans lesquels l'Etat apparaît en tant que représentant de la puissance publique, accomplissant sa mission à l'intérieur comme organe du gouvernement, maintenant l'ordre, organisant les services publics, levant l'impôt, et, à l'extérieur, entrant en relations avec les autres Etats.

Il se subdivise en plusieurs rameaux :

1° Le *droit constitutionnel* a un triple objet. Il détermine la forme de l'Etat, la forme et les organes de gouvernement, les limites des droits de l'Etat (1).

2° Le *droit administratif* a pour but de réglementer le fonctionnement des services publics sur le territoire, et d'organiser la surveillance des services d'utilité publique rendus par les associations de personnes privées. L'Etat se compose d'un certain nombre de personnes morales publiques : l'Etat lui-même, *stricto sensu,* les départements, les communes, les colonies, les établissements publics qui eux aussi sont des sujets de droits. Les rapports de ces personnes avec les particuliers forment l'objet principal du droit administratif.

3° Le *droit criminel* rentre également dans le droit public, car c'est une des fonctions de l'Etat de poursuivre et de punir les actes dangereux pour l'ordre social. Le droit de punir ne peut appartenir qu'à la société, c'est-à-dire à sa personnification juridique, l'Etat.

4° Enfin, le *droit international public* est encore une ramification du droit public. Il règle les relations d'Etat à Etat, relations diplomatiques, traités, conflits, etc.

13. — Le **droit privé** comprend toutes les institutions qui régissent les rapports individuels des hommes, rapports de famille nés de la communauté du sang, rapports pécuniaires provenant des échanges incessants qui se font entre eux. Il est formé d'une branche unique et de trois rameaux secondaires qui s'en sont détachés. La branche principale est le *droit*

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, introduction.

civil (1). Aussi prend-on souvent cette expression comme synonyme de la première : le droit civil, c'est, en effet, le droit privé applicable à la généralité des membres d'une nation. Il comprend deux parties : le droit de la famille et le droit des biens.

Les rameaux secondaires sont :

1° La *procédure civile*. C'est une portion du droit civil qui s'en est séparée sous notre ancien droit. Elle détermine l'ordre des juridictions instituées pour trancher les procès entre particuliers et les règles relatives à l'instruction et au jugement de ces procès (2).

2° Le *droit commercial*. C'est encore un rameau qui s'est détaché du droit civil. « Le commerce a besoin de règles juridiques et d'institutions favorables à la rapidité des transactions et au développement du crédit » (3). En effet, par sa profession, le commerçant renouvelle incessamment une série d'opérations d'achat et de vente, opérations qui doivent être rapidement conclues, facilement prouvées, opérations qui, d'autre part, ne peuvent, à cause de leur répétition, se solder comptant, et obligent le commerçant à user du crédit.

En tant que non commerçants, c'est-à-dire pour les actes autres que ceux de leur commerce, les commerçants demeurent régis par les dispositions du droit civil.

3° Le *droit international privé* vise aussi une situation spéciale ; il étudie les hypothèses dans lesquelles une situation juridique relève à la fois des lois des deux Etats, et édicte les mesures qui permettent de résoudre ce conflit.

(1) Cette expression de *droit civil* a changé de sens. Chez les Romains les mots *jus civile* désignaient le droit propre aux citoyens d'une cité, droit qui ne s'appliquait que dans les rapports de ces citoyens les uns avec les autres. Pour les Romains c'était le droit des Quirites, le *jus Quiritium*. Au *jus civile* les jurisconsultes opposaient le *jus gentium* qui s'appliquait, au contraire, à tous les hommes libres, citoyens ou étrangers.

M. Planiol explique très clairement dans son *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 25, comment s'est produit ce changement de signification.

(2) Il y a également, en droit public, des lois qui organisent les juridictions destinées à connaître des procès entre les personnes publiques et les particuliers et les règles d'instruction et de jugement de ces procès, mais elles font partie du droit administratif.

(3) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., n° 5, p. 3.

CHAPITRE II

DES SOURCES DU DROIT

LA COUTUME. — LA LOI. — LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX

14. — Le Droit apparaît partout où il y a une réunion d'individus. Il existe avant qu'il ait été constaté et formulé par le législateur. A l'origine même, chez les peuples primitifs, le législateur n'intervient qu'exceptionnellement pour préciser et édicter les règles de droit.

Le Droit s'établit et se consolide par l'habitude que prennent les hommes de se soumettre à l'observation d'une même règle, toutes les fois que se renouvelle le même fait.

C'est donc l'usage qui dégage d'abord les premiers traits de l'organisation juridique. La règle de droit tire son autorité de la conviction qui se forme peu à peu dans les esprits, à la suite de la répétition constante des mêmes situations, que cette règle doit nécessairement s'appliquer, lorsque la même opération, le même événement se reproduisent.

Le Droit qui s'élabore ainsi dans le commerce des hommes s'appelle le *Droit coutumier*, et c'est certainement la première forme sous laquelle il est apparu.

Ce qui caractérise le Droit coutumier, c'est qu'il surgit peu à peu de la masse des relations humaines. D'abord établi, adopté par quelques-uns comme norme d'un rapport juridique concret, il se généralise, il est accepté par tous ceux entre lesquels le même rapport se reproduit, et ainsi, dans l'esprit de tous, il acquiert la force d'une règle abstraite (1).

(1) Sur la coutume, cons. Geny, *Méthodes d'interprétation*, 2e éd., t. I, nos 109 à 137 ; Saleilles, *Introd. à l'étude du droit civil all.*, 1904, p. 66 et s. ; Duguit, *Droit constit.*, t. I, § 11 ; Bonnecase, *La Thémis*, 1914 ; *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 1920 ; Réglade, *La coutume en droit public*, thèse, Bordeaux, 1919.

Pour qu'un usage se transforme ainsi en précepte de droit coutumier, il faut qu'il réunisse les deux conditions suivantes :

Il faut d'abord qu'il soit pratiqué depuis de longues années et d'une façon constante, régulière, c'est-à-dire qu'il soit entré dans les mœurs, qu'il constitue une habitude et mérite le nom de *coutume*. Pour bien marquer cette nécessité, les textes romains disent : *longa, inveterata, diuturna consuetudo* (1).

En outre, il faut que cet usage soit tenu pour obligatoire, qu'il soit respecté comme règle de droit, c'est-à-dire comme règle sanctionnée par le pouvoir public (2). La coutume se distingue donc des simples pratiques, si répandues, si invétérées qu'elles soient, auxquelles les hommes se conforment par habitude, par tradition, ou par respect des convenances, mais qu'ils ne considèrent point comme *obligatoires*. Ainsi, lorsque le Code civil, dans les articles 590 et 591, dit que l'usufruitier de bois taillis est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes conformément à l'usage constant des propriétaires, il est évident que cet usage dont il parle ne constitue pas une disposition obligatoire pour les propriétaires qui suivent les habitudes de leurs auteurs, mais auraient le droit de les changer (3).

(1) Fr. 32 § 1, 33, 35, D. *de legibus*, I, 3.

(2) On désigne ce deuxième élément par l'expression *opinio necessitatis*. V. Regelsberger, *Pandekten* (1893), t. I, § 20, II, p. 96.

Cf. Geny, *op. cit.*, t I, p. 357-360, et les autorités qu'il cite.

M. Lambert, *Etudes de droit commun légis.*, introd., t. I, Paris, 1903, attaque vigoureusement cette théorie de la formation du Droit coutumier, sous le nom de *Théorie romano-canonique de la coutume*. D'après lui, le Droit coutumier doit son origine à la jurisprudence, c'est-à-dire à la suite des sentences judiciaires qui, par leur répétition et leur uniformité, dégagent la règle de droit, et lui donnent sa forme précise. « La jurisprudence, dit-il, p. 802, est l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en forme de Droit. Son intervention est indispensable pour métamorphoser les simples usages, les habitudes du commerce, les convenances en véritables coutumes juridiques sanctionnées par l'ordre permanent d'exécution. La jurisprudence a, dans l'élaboration du Droit coutumier, un rôle analogue à celui que jouent l'ouvrier et l'outillage industriel dans la transformation de la matière première en produits manufacturés. » Voir aussi, p. 210, 212-214. Du reste, il reconnaît, p. 813, que la pratique extra-judiciaire joue un rôle important dans la création du Droit coutumier. Elle « en prépare l'éclosion et amasse des matériaux que la jurisprudence se contentera le plus souvent de marquer du sceau de la consécration pour les transformer en éléments de droit coutumier ».

(3) Voir aussi les art. 591, 593, 608, etc. Cf. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 320.

De même, l'usage qui consiste à faire des cadeaux au jour de l'an, ou à propos de certains événements, comme le mariage, ne saurait être considéré comme ayant force coercitive.

Le Droit coutumier est donc le produit naturel du commerce juridique. Créé par une longue tradition, par un usage indéfiniment répété, il est moulé sur les situations qu'il régit ; ses solutions sont en accord parfait avec les nécessités de la vie pratique. En outre, il se modifie à mesure que changent les mœurs, les besoins, les conditions économiques du peuple qu'il régit. Suivant l'expression d'Ihering, il est un avec la vie ; avec elle, il se meurt et se transforme (1).

Mais, par d'autres côtés, la coutume n'est qu'un mode inférieur et primitif de production du Droit. D'abord et surtout, les règles du Droit coutumier sont toujours difficiles à constater et à préciser. On peut discuter sur leur ancienneté et sur leur degré d'autorité. Le Droit coutumier doit être péniblement cherché et prouvé, et cette incertitude est son plus grave défaut, car il favorise l'esprit de chicane (2).

En outre, l'usage ne s'établit que dans les cercles de personnes qui vivent en contact, qui sont en relations d'affaires constantes. Il s'implante sur un point du territoire ; d'autres usages différents et souvent contraires se créent en d'autres lieux, si bien que, dans le même Etat, le Droit coutumier varie suivant les régions.

15. — Aussi, dès que le commerce se développe, dès que la vie juridique devient plus intense et plus compliquée, le Droit coutumier cède la place à un mode de formation plus perfectionné, la loi.

La loi consiste dans l'élaboration, par un organe spécial, appelé le pouvoir législatif, des dispositions juridiques reconnues nécessaires. Elle est édictée par le législateur. On lui donne le nom de *Droit écrit*, parce qu'elle est consignée dans un texte écrit. On l'oppose ainsi au Droit coutumier qui, ordi-

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2e éd., t. II, p. 35.

(2) C'est parce que le Droit était obscur et incertain que les Plébéiens à Rome demandèrent la rédaction des XII Tables. Voir Girard, *Manuel de droit romain*, 6e éd., p. 22 ; voir aussi l'observation très exacte de Saleilles, *Introd. à l'étude du D. civ. allemand*, p. 11.

nairement, n'est pas constaté par l'écriture, mais est révélé soit par l'opinion publique, soit par la tradition des hommes de loi, soit affirmé par les décisions des tribunaux (1).

Le Droit écrit arrive donc, dans toute législation qui se perfectionne, à occuper une place prépondérante. Il doit à sa forme (2) des avantages incontestables et précieux pour la pratique. Ses dispositions sont claires, faciles à connaître ; sa fixité constitue une grande sécurité pour tous ; enfin, son unité favorise la multiplicité des échanges.

Aussi le Droit écrit a-t-il, chez les peuples modernes, remplacé le Droit coutumier (3).

16. — Notre droit français actuel est un droit écrit. La loi embrasse presque tout le domaine juridique. Le droit civil, dont nous nous occupons plus spécialement, a fait, au commencement du XIX^e^ siècle, l'objet d'une codification qui en a réglementé avec détail toutes les institutions.

On peut même se demander si la coutume est encore une source active de production juridique, si elle crée encore le Droit ou si, au contraire, elle est privée de toute force génératrice (4).

Il faut tout d'abord observer qu'un certain nombre d'usages ont été formellement respectés par les textes, de telle sorte que leur maintien ne peut être mis en doute. Ce sont :

1° Les usages relatifs à la propriété foncière, usages ruraux,

(1) Le Droit coutumier peut faire l'objet d'une rédaction officielle et se transformer en Droit écrit. Ainsi les coutumes de notre ancienne France ont été officiellement rédigées par écrit au XV^e^ et au XVI^e^ siècles, et sont devenues de véritables lois émanées de l'autorité royale.

(2) Voir Ihering, *Esprit du droit rom.*, trad. Meulenaere, 2^e^ édit., t. II, p. 28 et s.

(3) Cons. Glasson, *La codification en Europe au* XIX^e^ *siècle,* Revue politique et parlementaire, 1894, t. II, p. 202 à 208.

(4) La loi du 30 ventôse an XII, qui a réuni les diverses lois constitutives de notre Code civil, a abrogé, dans son article 7, les coutumes générales ou locales antérieurement en vigueur, pour les matières qui font l'objet des articles du Code. L'article 1041 du Code de procédure civile en a fait autant pour les coutumes et usages relatifs à la procédure. Mais cette abrogation ne vise expressément que les coutumes anciennes relatives aux matières que ces deux Codes ont réglementées. Elle a pour but d'empêcher le conflit du Droit ancien et du Droit moderne.

usages se rapportant aux servitudes urbaines, aux relations de voisinage dans les villes (Voir la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 sur la police rurale ; les articles 645, 663, 671, 674 du Code civil renvoyant à ces usages ; la loi du 9 juillet 1889 sur le Code rural, articles 4, 8, 15 ; la loi du 22 juin 1890, article 2 (vaine pâture) ; la loi du 21 juin 1898 sur le Code rural, article 75).

2° Les usages commerciaux. En matière commerciale, l'usage a une importance plus grande que partout ailleurs ; « c'est, en réalité, de l'usage que tout ce droit est sorti » (1). La loi du 15 septembre 1807, qui a mis en vigueur notre Code de commerce, n'a pas abrogé les anciens usages, comme l'avait fait la loi du 30 ventôse an XII, pour le droit civil (2). Aussi admet-on qu'ils ont conservé leur force obligatoire, en tant qu'ils ne sont pas contraires à une loi postérieure (3). Tantôt ils sont généraux, tantôt ils ne s'appliquent qu'à une industrie déterminée, ou sur une place particulière.

3° Les usages conventionnels, tant civils que commerciaux, adoptés par la pratique et servant à interpréter ou à compléter la volonté des parties qui font un contrat (4).

17. — La plupart des jurisconsultes français considèrent la coutume comme une source définitivement tarie, et voici la raison qu'ils en donnent : La coutume est une sorte de loi tacitement consentie, elle est la loi faite directement, immédiatement par le peuple. Or, sous notre régime constitutionnel,

(1) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 49.

(2) Une loi du 13 juin 1866 concernant les usages commerciaux, a constaté les principaux usages qui s'appliquent dans la vente d'un certain nombre de denrées, et qui doivent être suivis à défaut de convention contraire. Son but a été de les préciser pour éviter les contestations.

(3) Thaller et Percerou, *op. cit.*, n° 50 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n°s 77 à 83 ; Boistel, *Cours de droit commercial*, 1890, n°s 21 à 23.

(4) Les usages conventionnels visent les effets tacitement attachés par la volonté des parties aux actes juridiques et surtout aux contrats qu'elles passent. Ils se rencontrent soit en matière civile, soit en matière commerciale. Le Code civil y fait allusion dans maints articles, voir 1135, 1736, 1748, 1753, 1780, al. 4, etc.

Voir Geny, *op. cit.*, t. I, n° 131, sur la nature de ces usages.

le pouvoir de faire la loi est confié à des représentants qui seuls peuvent légiférer. Il est donc inadmissible que la nation, qui a délégué son pouvoir aux deux Chambres, puisse elle-même participer à l'exercice de ce pouvoir (1) ; seules, les Chambres ont le droit de légiférer ; il ne leur est pas permis de déléguer à leur tour à ceux dont elles le tiennent, la mission qui leur est confiée.

Mais ce raisonnement est basé sur une fausse assimilation de la loi et de la coutume. On considère la coutume comme une sorte de loi tacitement consentie. Or, cette analyse est inexacte. Nous avons dit que le Droit se forme spontanément ; il est produit par les rapports humains. Ce n'est pas le législateur qui le crée ; il ne fait qu'en reconnaître le besoin et le formuler. La loi n'est pas la source originaire du droit ; elle n'en est que la constatation. Il n'est donc pas possible de voir dans la coutume une loi tacite, car la coutume est la première manifestation du sentiment juridique, antérieure à la loi. Loi et coutume sont deux modes de production différents, inassimilables. En déléguant à des représentants le soin de faire la loi, la nation n'a pas entendu tarir cette source, distincte de la première, l'usage constant et répété.

Cette objection se trouvant écartée, il ne faut pas hésiter à dire que la *coutume doit conserver sa force génératrice*, car, fondée sur la volonté de ceux qui l'adoptent, créée et acceptée par les intéressés eux-mêmes comme étant la règle qui s'adapte le mieux à une situation déterminée, elle trouve sa justification dans son origine.

Mais si la coutume doit être admise comme source du droit moderne, à côté de la loi, il faut bien reconnaître que son

(1) Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. I, n^os^ 32-35 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civ. franç.*, 5^e^ édit., t. I, p. 96, 97. Contrà, Huc, *Commentaire du Code civil*, t. I, n^os^ 49 à 51 ; Beudant, *Cours de droit civ. franç.*, introd., 1896, n^os^ 54-56, p. 61-65 ; Boistel, *Philosophie du droit*, 1889, t. II, p. 413-415 ; Geny, *op. cit.*, t. I, p. 37 et 337. Cf. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 3^e^ édit., t. I, n^o^ 20 ; Esmein, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* Rapport présenté à la 1^re^ sous-commission de revision du Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533.

domaine est d'autant plus restreint que celui de cette dernière est plus étendu.

Cependant elle joue encore un rôle plus important qu'on ne le croit ordinairement. En effet, il ne faut pas se laisser tromper par le nombre relativement considérable des prescriptions insérées dans le Code civil, et croire que tout notre droit civil trouve une expression dans les 2.281 articles dont ce Code se compose. Ce serait une grossière erreur. Il y a beaucoup de matières sur lesquelles le Code ne contient que quelques dispositions insuffisantes. On peut citer comme exemples, parmi beaucoup d'autres, l'action paulienne, ou droit des créanciers de demander la révocation des actes frauduleux de leur débiteur, que l'article 1167 se contente d'énoncer, sans rien dire de ses conditions d'exercice et de ses effets, et le régime dotal, dont les articles 1540 à 1581 ne donnent qu'une esquisse fort incomplète. Aussi, les solutions adoptées par nos anciens auteurs dans ces diverses matières continuent-elles à s'appliquer, bien qu'elles ne soient pas écrites dans la loi. Il y a ainsi un fond important de règles coutumières qui sont toujours en vigueur et viennent compléter notre système législatif.

Mais, en dehors de ces cas, l'action de la coutume est fort limitée. Une société, telle que la nôtre, n'est pas favorable à l'éclosion de coutumes générales, car l'adhésion de tous les individus, vivant d'une vie de plus en plus autonome, à une pratique créée par quelques-uns d'entre eux, paraît difficile à concevoir (1).

(1) On peut cependant citer quelques règles qui sont d'origine purement coutumière et qui ont une force obligatoire incontestable. La plus intéressante à signaler est celle en vertu de laquelle la femme prend le nom de son mari. V. Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e *éd.*, t. I, p. 357. Cette pratique, générale en France et établie depuis longtemps, a été consacrée par la loi du 6 février 1893 (art. 299, C. civ.), qui décide que, par l'effet du divorce, la femme perd le droit de porter le nom du mari Toutefois, comme il s'agit là d'une disposition de droit coutumier, beaucoup d'auteurs en ont constaté la validité. Aucun texte, prétendent-ils, ne dit que la femme mariée prenne le nom de son mari ; il n'y a là qu'un usage qui ne peut avoir force de loi. Cf. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nos 390 et s. ; Planiol, Ripert et Savatier, *Traité prat. de Dt français*, t. I, n° 110.

Pourtant le droit coutumier conservera son autorité dans les cercles d'individus qui sont en contact constant, soit par leur position sociale, soit par leur profession, comme les paysans, les commerçants, les patrons et les ouvriers. Dans les rapports quotidiens qui s'établissent entre individus appartenant à ces classes, l'usage jouera toujours un rôle important, et il est à prévoir que ce rôle s'agrandira encore avec le développement de la vie corporative qui, de plus en plus, réunira les individus pour la défense de leurs intérêts communs.

Il se rencontrera enfin à l'état de coutumes locales, pour le règlement de questions de détail non prévues par les législateurs (1).

18. — *Y a-t-il d'autres sources génératrices du Droit que la loi et la coutume ?* (2).

La question peut se poser en ce qui concerne les travaux des jurisconsultes et les décisions des tribunaux, et demande à être discutée séparément pour ces deux organes de diffusion du Droit.

19. — I. — *Autorités doctrinales.* — La mission du jurisconsulte consiste à interpréter la loi, c'est-à-dire à dégager de son texte tout ce qu'a voulu le législateur. Mais lorsque le texte est muet, ou qu'il s'agit de questions récentes que posent des rapports suscités par de nouveaux besoins, le jurisconsulte s'applique à découvrir, par des procédés que nous verrons plus loin, la solution qu'il convient d'appliquer. Ce travail considéré à l'état isolé, fragmentaire, est bien un travail de

M. Geny cite aussi des coutumes acclimatées par la pratique notariale et vraiment passées en usage aujourd'hui, comme, par exemple, celle qui a érigé en modes de preuve de la qualité d'héritier ou d'époux commun en biens, les intitulés d'inventaire ou les actes de notoriété ; et l'usage du *bon pour*, étendu, en matière d'actes sous seings privés, bien au delà des termes de l'article 1326 du Code civil et appliqué couramment aux procurations, octrois d'autorisation maritale, quittances, etc.

Enfin, la doctrine et la jurisprudence des tribunaux peuvent donner naissance à des pratiques juridiques qui constituent de véritables usages coutumiers. V. Geny, t. I, p. 386 et 387.

(1) Cf. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 326 et 327.

(2) Pour bien comprendre les développements qui suivent, il faut les rapprocher du chapitre consacré à l'interprétation des lois (Voir ci-dessous, chap. V).

création, d'élaboration, mais la décision proposée par le jurisconsulte ne peut acquérir *force de loi* ; elle n'a pas d'autorité propre, elle ne présente pas le caractère obligatoire qui se rencontre à la base de toute règle de droit. Œuvre du cerveau d'un seul, fruit du travail d'un individu, comment s'élèverait-elle à cette dignité ? Quand donc tous les auteurs seraient d'accord sur une question déterminée, quand donc tous appliqueraient la même solution, celle-ci n'en resterait pas moins une prescription non obligatoire, obtenue par le jeu du raisonnement, peut-être si claire, si logique, si satisfaisante que personne n'en contestera le fondement, mais, néanmoins, simple formule dépourvue du signe qui ferait d'elle une règle de droit (1).

20. — II. — *Décisions des tribunaux.* — Les tribunaux sont chargés d'appliquer le Droit aux rapports humains, de transformer ses décisions abstraites en solutions concrètes pour chaque cas porté devant eux. Ils doivent, suivant l'expression consacrée, « dire le Droit », c'est-à-dire déterminer pour chaque situation de fait soumise à leur appréciation, la norme qui doit la régir. Pour y parvenir, ils s'adressent d'abord à la loi écrite, et recherchent quelle est celle de ses dispositions qui répond à la question qui est posée devant eux.

Cet effort d'adaptation des prescriptions légales aux situations de fait, cette mise en mouvement du mécanisme juridique constituent l'interprétation proprement dite. Mais lorsque la loi est muette et qu'il est impossible d'y trouver la solution du litige, le magistrat doit la chercher en dehors des textes, dans le vaste domaine du Droit, au moyen des procédés que nous indiquerons plus loin (2); car son devoir est de juger dans tous les cas, de donner aux parties la réponse qu'elles réclament de lui. L'article 4 de notre Code civil déclare qu'il pourrait être poursuivi comme coupable de déni de justice, s'il refusait de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

(1) Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, t. I, § 21, III, p. 80 et 181 ; Geny, *op. cit.*, t. II, n° 150.
(2) Voir ci-dessous, chap. V.

Mais les tribunaux ne doivent pas sortir de leur mission. Notre droit public établit une séparation bien tranchée entre les fonctions du pouvoir judiciaire et celles du pouvoir législatif (1). Au premier, il interdit sévèrement d'empiéter sur les attributions du second ; il lui défend d'édicter des dispositions qui auraient force de loi. Pour compléter cette prohibition, l'article 5 du Code civil interdit aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Cela signifie qu'ils ne peuvent pas rendre de sentence ayant une portée générale et fixant pour l'avenir la façon dont ils résoudront tel point de droit. Leurs jugements ne peuvent avoir qu'une force relative, limitée à l'affaire sur laquelle ils statuent. Ce sont des décisions concrètes, qui ne sont obligatoires que pour les parties en cause (2).

21. — La séparation entre les deux pouvoirs est donc bien nette : le législateur fait la loi, le juge l'applique.

Il semble résulter de ce principe que jamais les décisions judiciaires ne peuvent acquérir force de loi. Et cependant, malgré cette règle, les solutions consacrées par les tribunaux jouissent d'une autorité comparable à celle de la loi. Voici comment cela se produit.

Lorsqu'une question de droit se trouve soumise d'une façon répétée, dans une série de litiges, à l'appréciation des juges, ceux-ci peuvent d'abord la trancher de façon différente, mais au bout d'un certain temps, sous la direction de la Cour de Cassation qui a pour mission d'assurer l'exacte interprétation de la loi et d'annuler les jugements à elle déférés s'ils contiennent une contravention expresse au texte de la loi (3), l'accord s'établit, et la même solution arrive à être définitivement adoptée par tous les tribunaux du pays (4).

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 5e éd., p. 473 et s.
(2) Art. 1351, C. civ.
(3) Loi du 27 novembre-1er décembre 1790, art. 3.
(4) Cf. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, Revue trimest. de droit civil, 1902, n° 1, p. 7 à 9.
Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 187, explique par l'imitation cette tendance de la jurisprudence à s'uniformiser. Du reste, ajoute-t-il, cette imitation « hautement consciente et réfléchie », « répond à un besoin d'uniformité et de stabilité si nécessaires à la sécurité du justiciable, qu'elle est le plus souvent obligatoire. »

A partir de ce moment, les procès se font de plus en plus rares ; on cesse de plaider sur le point en question, parce que la conviction se répand que la jurisprudence est fixée ; la décision consacrée par elle est tenue pour définitive. Cette conviction est telle que souvent le législateur juge inutile de confirmer par un texte ces règles qui émergent du faisceau des décisions judiciaires, parce qu'il estime que leur consécration par la loi n'ajouterait rien à leur caractère obligatoire, parce qu'il reconnaît que *la jurisprudence fait loi* (1).

Ainsi, peu à peu, et sans qu'il y ait eu aucune violation du principe de la séparation des pouvoirs, se dégagent de l'ensemble des sentences des tribunaux de véritables préceptes abstraits, élevés au rang des règles de droit, et tenus pour obligatoires comme les prescriptions légales elles-mêmes.

22. — Mais ne pourrait-on pas soutenir que ces règles de droit, affirmées par les décisions répétées des tribunaux, tirent en réalité leur force de la loi, qui en est la véritable source, de sorte que c'est seulement par une illusion qu'on attribue à la jurisprudence un pouvoir qu'elle n'a pas ?

Cette observation est exacte pour le cas où la loi manque de précision, présente quelque ambiguïté et où il faut dégager le sens qui se cache sous son texte (2). La jurisprudence, utilisant les procédés ordinaires d'investigation, recherche l'intention du législateur et s'arrête à la solution qui lui paraît la plus conforme à cette intention. Il est vrai de dire alors qu'elle ne fait qu'interpréter les textes, et, en pareil cas, on a le droit d'affirmer que ses décisions découlent de la loi elle-même.

(1) Certes, un changement de jurisprudence est toujours possible, car, chez nous, à la différence de ce qui a lieu en Angleterre, les tribunaux ne sont pas liés par les précédents. Mais ces revirements sont très rares, et ils ne se produisent que quand ils sont imposés par les besoins de la vie juridique.

(2) Beudant, *Cours de droit civil,* introduction, p. 116 : « Si la loi, tout en prévoyant le fait qui donne lieu au différend ou à la poursuite, est obscure soit en elle-même, c'est-à-dire dans le sens spécial qu'elle a, soit dans son application au cas spécial dont il s'agit, le juge l'applique d'après l'interprétation qu'il croit la plus plausible et la meilleure. C'est le cas habituel en justice, On ne plaide pas contre un texte clair et précis ; il n'y a litige qu'autant qu'il y a doute possible, ou au moins apparent, soit sur le sens et la portée du texte, soit sur la façon dont on prétend l'appliquer à un fait déterminé. »

Mais il en est souvent autrement. D'abord, il peut arriver que la disposition légale, au sujet de laquelle s'élèvent les contestations, ne soit plus en accord avec les besoins économiques actuels, et gêne l'essor du commerce juridique. Bien que le sens du texte ne soit guère contestable, ou qu'il soit aisé de soulever le voile qui recouvre la pensée du législateur, le défaut de concordance de la règle et des faits engendre des protestations qui se manifestent sous forme de litiges. Quand il en est ainsi, la jurisprudence ne reste pas ordinairement insensible aux réclamations des plaignants. Par une interprétation libre et audacieuse, elle cherche à donner satisfaction à ces exigences, en adoptant une solution plus équitable, plus conforme aux besoins sociaux (1). Quand, par une longue suite d'arrêts, elle a ainsi consacré une règle nouvelle, il n'est pas possible de rattacher cette règle à la volonté du législateur ; il faut bien reconnaître son caractère propre et indépendant.

Le phénomène est encore plus frappant quand il s'agit de trancher les litiges que soulève la conclusion de contrats nouveaux, comme, par exemple, les contrats d'assurances, non usités à l'époque de la rédaction du Code civil. Ici, le juge n'interprète plus, il crée le Droit. Il le crée d'abord d'une façon concrète, car son jugement n'a de valeur et d'autorité que pour le litige qui lui est soumis. Mais quand, par suite de la reproduction de la même espèce, la solution adoptée s'est généralisée et uniformisée et n'est plus mise en doute, elle prend, dans l'opinion générale, le caractère d'un véritable précepte abstrait, accepté par tous comme obligatoire. Et ce précepte ne doit son autorité qu'à la masse des décisions qui l'ont formulé.

En résumé, on voit que, même dans un Etat dont la consti-

(1) Un des exemples les plus remarquables de cette interprétation s'est rencontré à propos de l'article 340 du Code civil qui interdisait, avant la loi du 16 décembre 1912, la recherche de la paternité. Malgré cette prohibition, les tribunaux condamnaient le séducteur à payer des dommages-intérêts à la fille séduite, en réparation du préjudice causé, et reconnaissaient la validité de l'engagement pris par le père, dans un acte sous seing privé et le plus souvent par une simple lettre, de pourvoir aux besoins de l'enfant. Cons. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 300.

tution est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, la jurisprudence des tribunaux est, dans une certaine mesure, une source productive du Droit.

Le Droit qui sort ainsi de la masse des décisions judiciaires se rapproche très sensiblement du Droit coutumier par ses caractères. Comme lui, il subit une longue et lente élaboration, et le moment précis où il prend naissance est difficile à constater. S'il est malaisé de dire quand un usage est définitivement implanté, il l'est encore plus de déterminer l'instant où cessent les oscillations de la jurisprudence. Il présente aussi les avantages du Droit coutumier. Comme ce dernier, c'est un Droit vivant, issu du commerce juridique, né de la lutte des intérêts en présence, éprouvé par une suite d'applications à des rapports divers, moulé sur le vif, après une série d'expériences et, par suite, bien adapté aux situations qu'il doit régler (1).

(1) Cette question du *pouvoir prétorien* de la jurisprudence est fort discutée. M. Geny, *op. cit.*, t. II, nos 146 à 149, refuse de voir dans la jurisprudence des tribunaux une source formelle du droit. Pour lui, l'opinion des magistrats, manifestée dans les décisions qu'ils rendent, même quand elle a été consolidée par le nombre et l'uniformité de ces décisions, n'a pas plus de valeur que celle du jurisconsulte qui étudie le droit. Le principe de la séparation des pouvoirs interdit au juge d'émettre une règle ayant force de loi. Mais nous nous sommes attaché à montrer que cette participation à la création du droit s'accomplissait sans que les tribunaux sortent de leurs attributions, et sans qu'aucune atteinte fût portée aux principes de notre droit public. Dans le même sens que Geny, Tissier, *Compte rendu du livre de M. Geny*, Revue bourguignonne, 1900, p. 161, 162 et 166 ; Percerou, *Compte rendu du même livre*, Annales de droit commercial, 1900, p. 145 ; Esmein, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit français ?* Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 533 et suiv. ; Duguit, *Droit constitutionnel*, t. I, § 11.

Bien des auteurs admettent du reste l'opinion que nous défendons: Voir surtout Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, p. 19 (extrait de la Revue internationale de l'Enseignement supérieur, 1900) ; *Etudes de droit commun législ.*, introduction, t. I, p. 33, et p. 151 à 173 ; voir aussi Bartin, *Etudes sur le régime dotal* (1892), préface, p. IV, V ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 14 ; Meynial, *Compte rendu du livre de M. Geny*, Nouvelle Revue historique, 1901, p. 390 ; Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, Thèse de doctorat, Caen, 1897. *Conf.* Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 49. Cons. aussi les auteurs cités par Geny, *op. cit.*, t. II, p. 444, note 1. Voir aussi, en faveur du pouvoir créateur de la jurisprudence, Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 21, II, p. 177 à 180.

CHAPITRE III

DES LOIS

CARACTÈRES DES LOIS DU DROIT PRIVÉ. — CONFECTION ET PROMULGATION DES LOIS. — NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS. — ABROGATION DES LOIS.

23. — Définition. — La loi est aujourd'hui le mode ordinaire de constatation du droit. Elle peut être définie : *la règle édictée par le pouvoir social qui ordonne, défend ou permet, et à laquelle obéissance est due par tous* (1).

La loi est une règle générale et abstraite, c'est-à-dire qu'elle est faite, non pour une espèce particulière, mais pour tous les cas où le rapport qu'elle réglemente se reproduira (2).

Elle émane du pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif est chargé de veiller à son exécution. En effet, elle est toujours accompagnée d'une sanction qui en assure le respect et l'observation. Il n'y a pas de loi sans sanction, puisque la loi est la règle nécessaire, indispensable, qui préside aux rapports de droit, et qu'elle ne peut être violée sans que l'organisation sociale soit menacée.

Elle suppose donc nécessairement l'idée d'obéissance et de contrainte, et toute infraction aux défenses ou aux ordres édictés par elle entraîne, suivant les cas, des dommages-intérêts, des amendes, l'annulation ou l'inefficacité de l'acte qui a été indûment fait, ou, en même temps, plusieurs de ces conséquences.

(1) Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1re édit., p. 18 ; V. Georges Renard, *La valeur de la loi*, Paris, 1928.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 146 ; Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e édit., t. I, p. 10 et s.

Caractères des lois du droit privé

24. — Les lois du droit privé se divisent en trois groupes (1) :

Les unes, les plus nombreuses, sont simplement interprétatives ou supplétives de la volonté des intéressés ;

Les autres sont impératives ou prohibitives ;

Celles du troisième groupe sont dispositives.

25. — *Lois purement déclaratives ou supplétives de la volonté des intéressés.* — Le Droit privé a pour but principal de tracer les limites dans lesquelles pourra s'exercer la libre activité des individus. La réglementation des intérêts pécuniaires des personnes doit être laissée à leur propre volonté, et non établie d'office par le législateur. Le Droit est fait, non point pour gêner l'initiative des parties, lui imposer des lisières, l'enfermer dans des règles fixes, mais, au contraire, pour favoriser l'expansion du commerce des hommes. Les individus règlent, à leur gré, les effets des contrats qu'ils passent entre eux. Ils ont aussi le pouvoir de procéder à la répartition de leurs biens pour le temps qui suivra leur mort. Le Droit se contente, pour la sécurité du commerce juridique, de préciser sous quelles conditions, dans quelle mesure la volonté des parties pourra atteindre le but que celles-ci se proposent (2).

Notre Code civil proclame, à maintes reprises et sous différentes formes, ce principe de l'autonomie de la volonté qui domine tout le Droit du patrimoine (3).

Mais cette liberté ne dispense pas le législateur de réglementer les rapports pécuniaires des individus. Il doit ici jouer le rôle de guide et de conseiller. Car il arrive très souvent que les contractants ne profitent qu'en partie de la liberté

(1) Cf. Geny, *op. cit.*, t. I, n° 128, et t. II, n° 170.

(2) « Le principe de la liberté de la volonté doit dominer toute la matière du droit privé. Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public et les bonnes mœurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousseer une opération juridique, uniquement parce qu'elle est contraire aux principes juridiques. » Ihering, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, IV, *Mélanges* (1902).

(3) Art. 537, al. 1 ; 686 ; 1134 ; 1156 ; 1387 ; 6, Code civil.

qui leur est laissée ou n'en profitent pas du tout. Il est indispensable que la loi supplée à leur silence, afin qu'ils puissent trouver en elle la règle qu'ils n'ont pas pris la peine d'exprimer. La plupart des dispositions concernant le Droit patrimonial sont ainsi destinées à compléter ou à suppléer la volonté des parties.

Pour les édicter, le législateur s'inspire de deux idées (1) :

Ou bien, il s'attache à reproduire la volonté présumée des parties ; il réglemente le rapport juridique, comme elles l'auraient fait elles-mêmes, si elles avaient exprimé leur volonté (2). Ou bien, il tient compte avant tout des traditions, des mœurs, des habitudes, de l'intérêt général (3).

Ainsi, la plupart des dispositions du droit privé sont simplement interprétatives ou supplétives, c'est-à-dire que les parties peuvent en écarter l'application pour les remplacer par d'autres (4).

26. — *Lois impératives ou prohibitives.* — Mais toutes les lois civiles ne présentent pas ce caractère. Le droit privé contient, à côté des lois précédentes, des auxquelles il n'est pas permis de déroger.

Les motifs qui déterminent le législateur à édicter des règles présentant ce caractère sont de deux sortes :

(1) Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8e édit., t. I, § 10, p. 40 ; Regelsberger, *Pand.*, 1893, § 32, p. 128-129 ; Geny, *op. cit.*, t. II, n° 171, p. 151, note 1.

(2) C'est ainsi que dans les contrats usuels, comme la vente, le louage, etc., le législateur s'inspire surtout de l'intention des parties.

(3) Par exemple, quand il établit le régime matrimonial auquel seront soumis les biens des époux qui se marient sans faire de contrat de mariage (art. 1400, C. civ.), ou édicte les règles de la succession *ab intestat*.

(4) Les dispositions légales qui rentrent dans cette catégorie ne sont pas, semble-t-il, de véritables lois, puisqu'il est permis d'y déroger. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence, car les règles supplétives établies par le législateur doivent être respectées et obéies, lorsqu'on n'en a pas expressément écarté l'application. Que si les parties profitent de la liberté qui leur est accordée et règlent elles-mêmes leur rapport de droit dans toutes ses conséquences, elles font une loi spéciale, concrète, qui, elle aussi, présente au même titre que la première le caractère obligatoire, mais n'est applicable que dans ce cas particulier. C'est ainsi que l'article 1134 du Code civil décide que les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites.

1° assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre nécessaire à l'organisation sociale, et le respect de la morale en interdisant tous les actes qui sont de nature à troubler l'économie, l'harmonie de la société et à porter atteinte aux bonnes mœurs ; 2° protéger les personnes que leur âge, leur sexe, leurs infirmités rendent incapables de défendre elles-mêmes leurs intérêts et qui pourraient être victimes de leur faiblesse ou de leur inexpérience ; d'une façon plus générale, protéger tout individu contre de préjudice qu'un acte pouvait, dans certaines circonstances, lui causer. Cette seconde catégorie de dispositions doit être nécessairement impérative, car il est évident que ces mesures manqueraient leur but, si elles pouvaient être écartées par la volonté des contractants.

Il suffit de parcourir le Code civil pour rencontrer, parmi les dispositions à caractère obligatoire qui s'y trouvent, les deux catégories que nous venons de signaler. L'article 6 nous dit tout d'abord : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (1), et bien des prescriptions contenues dans le Code font application de ce principe. D'autre part, un grand nombre d'articles, conçus dans la forme impérative ou prohibitive, édictent des mesures de protection que l'on peut répartir en deux groupes.

Les unes ont un caractère objectif et visent certains actes fort importants, dont les suites peuvent être graves, et qui en conséquence, ne doivent être faits qu'après mûre réflexion. La loi veut que ces actes soient passés dans une forme déterminée, devant des officiers publics dont la présence constitue une garantie et une protection pour ceux qui les concluent. On les appelle des actes solennels ; ils sont du reste en petit nombre. Ce sont en premier lieu tous les actes concernant les rapports de famille, mariage, adoption, émancipation, reconnaissance d'enfant naturel, et dans le Droit du patrimoine, le contrat

(1) Voir aussi les articles 1133, relatif à la cause des obligations contractuelles : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », 1172, 1387, C. civ.

de mariage, la donation entre vifs, l'hypothèque, le testament, etc. (art. 165, 360, 477, 334, 1394, 931, 2127, 969). Ces formalités sont bien sans doute, dans une certaine mesure, destinées à assurer la conservation de l'acte et à faciliter sa preuve, mais, avant tout, elles sont établies dans l'intérêt des personnes qui passent ces actes, car elles ont pour but d'appeler l'attention sur l'importance qu'ils présentent et les conséquences qu'ils entraînent, et d'assurer l'indépendance et la liberté des parties.

Les autres sont à proprement parler des mesures de protection. Par exemple celui qui contracte sous l'empire de l'erreur, du dol, de la violence peut demander la nullité du contrat (art. 1117). De même, le mineur, l'interdit, la femme mariée qui ont passé une acte, sans se conformer aux prescriptions que la loi établit en leur faveur, peuvent en faire prononcer la nullité (art. 1125). Pourquoi, dans ces différents cas, le législateur impose-t-il aux parties l'obligation, sous peine de nullité, de se conformer aux règles qu'il édicte ? Evidemment dans l'intérêt des incapables ou de ceux qui onté été trompés, violentés, lésés (1).

En résumé, les lois impératives du Droit privé sont ou bien des lois d'ordre public, ou bien des lois de protection d'intérêts privés (2).

(1) Sans doute, les mesures de protection édictées par le législateur en faveur des incapables touchent à l'ordre public, car il est indispensable que dans une société civilisée les personnes que l'âge, la condition, les infirmités mettent dans une situation d'infériorité, soient défendues contre les embûches des tiers de mauvaise foi et les conséquences dommageables d'une administration inexpérimentée de leur patrimoine. Le principe de la protection due aux incapables est donc d'ordre public. Aussi faudrait-il décider que toute clause, par laquelle un incapable renoncerait à l'avance, en passant un acte, à se prévaloir de son incapacité, serait nulle et non avenue comme contraire à l'ordre public. Mais, comme le remarque très exactement M. Pillet, *De l'ordre public en droit int. privé* (Paris, Grenoble, 1890, p. 34), c'est le principe de la protection seul qui est d'ordre public. Quant au mode d'organisation de cette protection, quant aux dispositions positives établies par la loi, elles sont avant tout des mesures de protection d'intérêts privés.

(2) Alglave, *Action du ministère public*, t. I, p. 601 et suiv. ; Toullier, *Droit civil*, I, n° 108 ; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, p. 33 et 34 ; *Principes de droit intern. privé*, 1903, p. 367 ; *Traité pratique de droit intern. privé*, Paris, 1923, t. I, p. 114 et s. ; On peut invoquer, à l'appui de cette distinction,

Il nous reste maintenant à déterminer quelles sont, parmi les lois impératives, celles qui reposent sur des considérations d'ordre public ou le respect des bonnes mœurs.

Que faut-il entendre par ces mots : l'ordre public et les bonnes mœurs (1) ?

27. — Ordre public. — Déterminer quelles sont les lois d'ordre public est chose difficile, parce qu'il s'agit d'une expression un peu vague que le Code n'a nulle part définie ; mais cette détermination est importante et doit être tentée, car ces lois présentent des caractères particuliers qui les distinguent profondément des autres.

D'abord, comme nous venons de le voir, il n'est pas permis d'y déroger ; et toutes les fois qu'une personne aura, dans un acte juridique, méconnu une disposition légale fondée sur des considérations se rattachant à l'ordre public, cet acte sera inefficace, c'est-à-dire ne produira aucun effet, quand bien même la loi n'aurait pas expressément attaché cette sanction à la règle par elle édictée. En effet, si le législateur reconnaissait quelque valeur à l'acte fait en violation de ses dispositions, il se mettrait en contradiction avec lui-même (2).

un passage des travaux préparatoires du Code civil qui la confirme d'une façon très claire. Dans un discours au Corps législatif, Portalis opposait le droit public au droit privé et disait que le premier est celui qui intéresse plus directement la société que les particuliers, tandis que le second intéresse plus les particuliers que la société. Il ajoutait qu'à cette distinction correspondait celle des nullités absolues et des nullités relatives. Or, les dispositions de la loi qui ont pour objet de protéger les incapables sont sanctionnées non pas par la nullité absolue ou l'inexistence, mais par la nullité relative. Art 1125, C. civ. Voir Locré, *Législation*, t. I, p. 483. L'art. 83, C. Proc. civ, montre bien aussi que le législateur a eu l'intention de distinguer les lois d'ordre public et les lois de protection, car il soumet à la communication au ministère public : 1° les causes qui concernent l'ordre public ; 2° celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles.

(1) Consulter en dehors des auteurs cités ci-dessus ; Despagnet, *Journal de droit international privé*, 1889, p. 5 et 207 ; Beudant, *Cours de droit civil*, INTRODUCTION, § 119 à 125 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I^er^, § 265 à 285 ; de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (1899) ; Marmion, *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Thèse, Paris, 1924.

(2) Ainsi l'article 900 du Code civil décide que, dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites. L'art. 1172, C. civ., dispose

En outre, il résulte de l'article 3 du Code civil que les lois de police et de sûreté sont territoriales, c'est-à-dire obligent tous ceux qui habitent le territoire, non seulement les nationaux, mais les étrangers ; et, par cette expression, les rédacteurs du Code ont certainement voulu désigner les lois d'ordre public.

Enfin, le ministère public a le droit de poursuivre d'office l'exécution des lois en matière civile, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public (1).

On peut définir l'ordre public, l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'Etat. Le mot ordre public indique, en effet, l'idée d'une disposition logique, d'une subordination qui donne à l'ensemble l'unité et la vie.

28. — Par leur nature même, les lois civiles d'ordre public doivent être l'exception, puisque le Droit civil est destiné à régler les rapports des individus entre eux, c'est-à-dire des intérêts purement privés ; ces lois ne touchent à l'ordre public que dans la mesure où elles limitent la liberté des individus, afin d'empêcher que cette liberté ne devienne une cause de trouble, un danger pour l'ordre et la sécurité générale. C'est seulement dans les cas où il peut y avoir conflit, opposition entre l'intérêt privé et l'intérêt général, que le législateur a le droit d'édicter des dispositions qui, tout en réglant les rapports des particuliers, s'imposent à leur volonté.

que toute condition d'une chose prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. De même, enfin, l'art. 1131, C. civ., déclare que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Cependant, en matière de mariage, il y a une particularité à signaler : La loi établit un certain nombre d'empêchements au mariage, qui, bien que fondés sur des considérations d'ordre public, sont simplement prohibitifs. Cela signifie que, si, malgré la défense faite, l'officier de l'état civil procède à la célébration du mariage, le mariage ne peut pas être attaqué de ce chef. L'annulation du mariage est un parti extrême, dont les conséquences sont très graves pour la famille, et le législateur ne s'y résout que dans certains cas limitativement déterminés.

(1) Art. 46, 2e al., loi du 20 avril 1810. — Voir sur ce texte, qui soulève une grave difficulté, Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, t. Ier.

Parcourons rapidement les différentes matières du Code pour signaler les principales dispositions qui revêtent ce caractère.

Tout d'abord, il ne faut pas hésiter à ranger dans cette catégorie les lois qui ont pour objet d'assurer le respect de l'ordre matériel et d'empêcher qu'une personne ne cause injustement un préjudice à autrui. Aux dispositions de la loi pénale punissant certaines infractions contre les personnes ou contre la propriété, correspond un principe du Droit civil plus large, plus extensif, ainsi conçu : tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1). Ce principe est certainement d'ordre public, car si son application pouvait être écartée, méconnue, la sécurité, la justice seraient menacées.

29. — Dans le Droit de la famille, il semble que toutes les dispositions de la loi soient aussi d'ordre public, puisque, suivant une phrase devenue banale à force d'être répétée, la famille est la base de la société. L'organisation des rapports de famille, les obligations qui en découlent, les droits de puissance qu'elle établit entre certaines personnes rentrent-ils donc dans l'ordre public ? Une réponse affirmative serait exagérée : toutes ces règles ont sans doute un caractère moral, toutes ont pour but d'assurer le bon fonctionnement de la vie sociale ; mais, parmi elles, « il en est beaucoup qui ne sont pas nécessaires, mais simplement utiles, qui ne consacrent pas des principes essentiels à la conservation des mœurs nationales, qui édictent simplement des règles propres à établir entre les personnes des relations juridiques conformes à ce que la conscience nous présente comme étant le plus moral » (2).

A ce point de vue, il importe de faire une distinction entre le Droit de la famille pur et le Droit patrimonial de la famille. Dans le Droit de la famille pur, il s'agit exclusivement des rapports moraux des membres de la famille, et il faut reconnaître que ces rapports ont une importance de premier ordre ; droits et devoirs entre époux, entre parents et enfants, puissance maritale, puissance paternelle, modes de preuve de la

(1) Art. 1382, C. civ.
(2) Pillet, *op. cit.*, p. 21.

filiation, prohibition de la constatation d'une filiation adultérine et incestueuse, toutes ces dispositions sont d'ordre public, à n'en pas douter (1).

30. — Le Droit patrimonial de la famille intéresse d'une façon moins directe l'ordre public, et les règles qui déterminent les rapports pécuniaires que la famille fait naître entre ses membres ne sont pas toutes des lois de conservation sociale. La suppression ou la modification de plusieurs d'entre elles pourrait être fâcheuse mais ne toucherait pas à l'organisation même de la famille. Ainsi il peut être utile que les père et mère aient un droit d'usufruit sur les biens de leurs enfants, mais cela n'est pas nécessaire. Au contraire, les dispositions relatives à la réserve des enfants et des ascendants sont des règles d'ordre public dont la disparition altérerait profondément les traits caractéristiques de la famille (2).

(1) Les auteurs disent ordinairement que les lois qui règlent l'état des personnes, la capacité ou l'incapacité sont d'ordre public. Laurent, *Droit civil*, 2e édit., I, p. 83 ; Aubry et Rau, I, § 36 ; Demante, 2e édit., I, n° 12 *bis*, 3 ; Demolombe, I, nos 16 et suiv. ; Beudant, *Droit civil*, INTRODUCTION, n° 120 ; Houques-Fourcade et Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, I, n° 269 ; mais à notre avis cette affirmation est critiquable et provient de la confusion si souvent faite entre les lois impératives et les lois d'ordre public. On ne peut pas déroger aux lois concernant l'état et la capacité des personnes, et on en a conclu qu'elles étaient d'ordre public.

Pour les lois relatives à l'état des personnes, il est exact de dire qu'elles sont d'ordre public, car nous verrons plus loin que l'état est la réunion des divers attributs qui constituent la personnalité de l'individu, qualité de père, de fils, d'époux, de national, etc. Ces lois sont d'ordre public, parce qu'il est indispensable au bon ordre que la situation de chaque individu, les droits et les devoirs qui en découlent soient nettement et uniformément fixés. Mais on ne peut pas dire la même chose des lois concernant la capacité. Celles-ci sont avant tout des lois de protection.

(2) M. Pillet, *op. cit.*, p. 52, déclare au contraire que les lois sur la réserve ne rentrent pas dans l'ordre public. L'idée de réserve, dit-il, ne s'explique plus actuellement par la nécessité toute politique de la conservation des biens dans les familles, car alors le législateur n'aurait pas dû laisser les héritiers sans garantie contre les aliénations à titre onéreux de leur auteur ; elle se justifie beaucoup mieux par une idée de protection, par la nécessité qui s'impose de garantir un mourant contre les défaillances de sa volonté, de le sauver des tentatives de captation qui pourraient être dirigées contre lui, si la loi ne veillait pas à ses côtés.

Cette observation nous laisse des doutes ; la réserve se rattache directement à l'organisation de la famille ; il suffit, pour s'en rendre compte, de se rappeler les arguments invoqués par Le Play

31. — Dans le Droit du patrimoine, les lois d'ordre public sont beaucoup plus rares. Cette branche du Droit civil a pour principal objet de régler les intérêts privés des individus, et la plupart des dispositions impératives qui s'y rencontrent sont établies dans une pensée de protection bien plus que pour une raison de conservation sociale. Cependant, l'énumération des différents droits que l'homme peut avoir sur les choses, l'organisation de la propriété, du crédit foncier et mobilier, la publicité des transmissions immobilières (1) et du transport

et ses disciples qui, voulant rendre la puissance du père de famille plus réelle, plus efficace, en réclament précisément la suppression. Pour eux, la liberté testamentaire doit être une des bases de la réforme sociale et marquer la renaissance des vraies traditions de la famille. Ils reprochent à la réserve d'avoir détruit l'autorité paternelle.

(1) Les lois qui subordonnent l'efficacité de certains actes à la publicité, comme celles que nous indiquons au texte, lois organisant la publicité des privilèges et hypothèques, des aliénations immobilières, etc., sont des lois de protection, en ce sens qu'elles ont pour but de faire connaître ces actes à toutes les personnes auxquelles ils pourraient être postérieurement opposés ; mais en même temps elles sont d'ordre public, parce que leurs dispositions sont destinées à donner plus de garantie, plus de sécurité aux mutations de la propriété et à consolider ainsi le crédit des propriétaires, en leur permettant d'établir leur droit sur la chose d'une façon certaine et incontestable. Ces lois intéressent donc l'organisation sociale, puisque leur suppression amènerait une perturbation profonde dans le régime de la propriété et aurait pour conséquence immédiate une diminution du profit que chaque individu peut retirer des choses qu'il possède.

Cette observation nous montre que certaines lois rentrent à la fois dans les deux groupes. Il en est ainsi de toutes les lois de publicité : publicité du contrat de mariage, signification des cessions de créances, etc. La plupart des auteurs, partant de ce point de vue, disent qu'il faut considérer comme étant d'ordre public toutes les lois dont le but est de sauvegarder l'intérêt des tiers, parce que l'intérêt des tiers se confond avec l'intérêt général. Laurent, *Droit civil*, I, n° 63 ; Beudant, *Droit civil*, INTRODUCTION, n° 120. Cette conclusion est logique. Les mesures édictées dans l'intérêt des tiers sont destinées à empêcher le trouble, l'incertitude qu'apporterait dans les relations juridiques le fait de pouvoir opposer les clauses de certains actes à des personnes qui n'y ont pas été parties. Ce trouble, cette incertitude favoriseraient la mauvaise foi et feraient naître un grand nombre de procès, et par là, causeraient un danger pour le bon ordre et la sécurité des transactions. Donc, les lois qui ont pour but de protéger les tiers sont des lois d'ordre public. On peut en donner comme exemple, en dehors des lois citées précédemment, l'article 1395 du Code civil, qui décide que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Cette prescription a pour but principal de protéger les tiers qui contracteront avec les époux pendant le mariage. Voir Locré, *Législation*, t. XIII, p. 277, n° 8, et p. 453, n° 15.

des créances, le droit d'aliéner ses biens, l'interdiction de rester dans l'indivision, etc., voilà autant de questions dont la solution intéresse au premier chef la société, et qui, à ce titre, rentrent certainement dans l'ordre public.

32. — Enfin, en ce qui concerne le Droit des successions, l'ordre public n'intervient encore qu'à titre exceptionnel. Les dispositions qu'édicte le législateur en cette matière sont essentiellement supplétives de la volonté des particuliers. Seules, certaines prohibitions ont un caractère d'intérêt général : telle est la prohibition des substitutions qui est certainement d'ordre public ; telles sont aussi, à notre avis, les règles sur la réserve héréditaire, comme nous l'avons dit ci-dessus.

Il faut se contenter de ces indications générales. La question de savoir si telle ou telle règle est d'ordre public sera souvent fort délicate à trancher. Si le doute n'est guère possible dans la majorité des cas, il en est autrement toutes les fois qu'on arrive à la zone où finit le domaine de l'ordre public ; les contours, ici comme partout, sont vagues, indécis et il faut, pour les déterminer, beaucoup d'attention et de prudence.

33. — **Bonnes mœurs.** — La notion de bonnes mœurs se rattache étroitement à celle d'ordre public (1) ; toute atteinte aux bonnes mœurs compromet l'ordre social par le trouble qu'elle cause, par le danger de l'imitation, et doit être soigneusement réprimée. Les lois concernant les bonnes mœurs offrent donc les mêmes caractères que les lois d'ordre public. La délimitation de leur domaine exact est une question d'appréciation que le juge tranchera en s'inspirant de ce qu'on a appelé justement la morale coutumière, c'est-à-dire des règles de conduite qu'accepte la conscience générale d'un pays (2).

34. — *Lois dispositives.* — Enfin, il y a encore dans le Droit civil un troisième groupe de dispositions qui se réfèrent à des situations dans lesquelles la volonté ne joue aucun rôle (3).

(1) Alglave, *op. cit.*, p. 592.

(2) Beudant, *Droit civil*, INTRODUCTION, n° 125 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e édit., Paris, 1927, p. 39 et suiv.

(3) Geny, *op. cit.*, t. II, p. 149 à 151.

Il se présente, en effet, dans la vie juridique, des questions que la volonté des intéressés ne peut pas trancher, parce qu'elles surgissent sous la forme de conflits d'intérêts entre deux personnes qui n'ont pas contracté l'une avec l'autre. Par exemple, un débiteur a vendu à un tiers un immeuble à vil prix, en fraude des droits de ses créanciers. Ceux-ci attaquent cette vente, comme leur étant préjudiciable. Pourront-ils la faire annuler au détriment de l'acheteur ? (1). De même, une personne a acheté de bonne foi une chose qui n'appartenait pas au vendeur et l'a possédée pendant un certain temps. Le vrai propriétaire la revendique contre ce possesseur. Ce dernier pourra-t-il conserver les fruits qu'il a perçus ? (2). De même, une personne achète de bonne foi un objet volé : le propriétaire de cet objet pourra-t-il le revendiquer contre lui ? (3). De même enfin, la loi accorde à certaines créances un privilège, c'est-à-dire le droit d'être payées par préférence aux autres sur le prix de tous les biens ou de certains biens du débiteur (4).

Dans tous ces cas, il y a un conflit d'intérêts privés. Pour le résoudre, le législateur compare ces intérêts, les pèse et donne la prépondérance à ceux qui lui paraissent les plus dignes de protection.

Ces prescriptions légales, inspirées par des considérations d'équité, forment une classe bien distincte des deux premières; elles ne sont ni supplétives ni impératives, puisqu'elles règlent des questions qui se posent entre personnes n'ayant pas contracté les unes avec les autres.

Confection et promulgation des lois

35. — Le pouvoir législatif appartient au Parlement, composé de la Chambre des députés et du Sénat. La loi n'existe

(1) V. art. 1167, C. civ.
(2) V. art. 549, C. civ.
(3) V. art. 2279 et 2280, C. civ. — On pourrait citer bien d'aures cas où il y a ainsi opposition d'intérêts entre deux personnes qui n'ont pas traité ensemble. Voir les exemples donnés par Geny, *op. it.*, t. II, p. 168.
(4) Art. 2095, C. civ.

que lorsqu'un texte identique a été successivement adopté par les deux assemblées (1).

Lorsque la loi est votée par les deux Chambres, le pouvoir exécutif doit la promulguer dans un certain délai (article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875). La promulgation est, comme on l'a dit (2), l'acte de naissance de la loi. « Elle rend son existence certaine, authentique, incontestable, et lui donne la force coercitive qu'elle n'avait pas auparavant. »

La loi promulguée est exécutoire, mais il reste encore à la porter à la connaissance effective des intéressés, pour la rendre obligatoire. C'est le rôle de la publication. Nul n'est censé ignorer la loi, *nemo censetur ignorare legem*, ce qui signifie que « personne n'est admis à invoquer son ignorance pour s'excuser de l'inobservation de la loi et pour se faire relever des conséquences de cette inobservation » (3). De ce principe, il résulte nécessairement que la loi doit être notifiée à tout le monde ; une notification individuelle étant évidemment impossible, il faut trouver un mode de publication collective aussi efficace que possible (4).

Non-rétroactivité des lois (5)

36. — Le principe de la non-rétroactivité des lois, principe fondamental, nécessaire à la stabilité du commerce juridique, est formulé par l'article 2 du Code civil en ces termes :

(1) V. art. 1 et 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et art. 8 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875.

Il convient d'ajouter que la loi n'est pas toujours l'œuvre du Parlement. Certaines autorités administratives ont le droit d'édicter des règlements obligatoires, ayant force de loi. Ces règlements consistent en mesures d'importance secondaire. « Ils forment une législation subsidiaire et subordonnée. » Hauriou, *Précis de droit admin.*, 8e édition, p. 59. Le pouvoir réglementaire appartient au Président de la République, au préfet, pour le département, au maire, pour la commune. Les actes émanés du Président de la République s'appellent des décrets ; ceux des préfets et des maires portent le nom d'arrêtés.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, § 32.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, I, § 28.

(4) Je crois inutile d'entrer dans les détails de la publication des lois. On les trouvera dans tous les ouvrages élémentaires : Baudry-Lacantinerie, t. I, nos 32 à 41 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 163 à179 ; Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 42 et s.

(5) Cons. de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, Rev. crit, de législ., 1893 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 240 et suiv. ; Popovilief, *Le droit civil transitoire*

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

Que signifie ce principe ? Quelle est sa raison d'être ? Quelle est sa portée d'application ? Telles sont les trois questions qui se posent.

§ 1

37. — L'article 2 signifie que le juge ne doit pas *remonter dans le passé* pour appliquer une loi nouvelle à des faits (1) qui se sont produits antérieurement et modifier dans le passé les conséquences juridiques qu'ils ont engendrées.

Nous devons nous contenter pour le moment de cette formule un peu vague, quitte à l'éclairer par des exemples.

1er *exemple.* — Une loi qui touche à l'ordre légal des successions, ou augmente les droits d'un héritier (2), ne peut être appliquée aux successions qui se sont ouvertes avant sa promulgation.

2e *exemple.* — Une loi qui, comme celle du 9 avril 1898, modifie la responsabilité des chefs d'entreprise pour les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, ne peut pas non plus être appliquée aux accidents qui se sont produits antérieurement.

3e *exemple.* — La loi du 8 avril 1898 (article 3) décide que le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux

ou intertemporal, Revue trim. de droit civil, 1908, p. 461 ; Valette, *Nouvelle interprétation de l'art. 2, C. civ.*, Thèse Lyon, 1909 ; Duguit, *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois*, Revue de droit public, 1910, p. 764 ; *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, §§ 21, 22 ; Jèze, Les *principes généraux du Droit administratif*, 3e édit., 1925, p. 111 et suiv. ; Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 47 et suiv..

(1) Par ce mot « fait » nous entendons non seulement les événements indépendants de la volonté de l'homme, mais les actes volontairement accomplis par lui en vue de produire des effets juridiques.

(2) Par exemple, la loi du 9 mars 1891 (art. 767, C. civ.), qui a modifié les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé ; la loi du 25 mars 1896 (art. 756 à 765 et autres, C. civ.) relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère ; l'art. 17 de la loi du 31 décembre 1917, qui limite au 6e degré le droit de succession entre collatéraux.

propriétaires des deux rives. Le riverain ne pourrait pas invoquer cette loi pour réclamer une indemnité à l'occasion de travaux exécutés auparavant sur le lit de la rivière (1).

De même encore violerait la règle de non-rétroactivité le juge qui, en se fondant sur une loi postérieure, annulerait ou validerait une donation, une vente, un mariage faits antérieurement, ou déclarerait qu'une prescription achevée est non avenue (2).

Il résulte de notre proposition que la défense prononcée par l'article 2 ne *s'adresse qu'au juge, non au législateur. Elle ne vise que l'interprétation, non la confection des lois. Elle lie le pouvoir judiciaire, mais non le pouvoir législatif.* En effet, ce n'est pas une règle inscrite dans la Constitution. Le législateur reste donc libre d'attribuer, quand il le croit utile, un effet rétroactif à la loi qu'il édicte, de la faire remonter dans

(1) A supposer, bien entendu, que, comme le décide la chambre civile de la Cour de cassation (11 janvier 1905, S. 09.1.366), cette loi ne soit pas purement interprétative. La chambre des requêtes (16 février 1904, *ibid.*) s'était prononcée en sens contraire. L'arrêt du 11 janvier 1905 a fait une autre application de la non-rétroactivité : le riverain qui a été exproprié pour cause d'utilité publique d'une parcelle contiguë au cours d'eau et a requis l'acquisition totale de son terrain conformément à l'article 50 de la loi du 3 mai 1841, ne peut pas soutenir aujourd'hui que la moitié du lit aurait dû être prise en considération pour le calcul de la contenance.

(2) Voir notamment Cass., 28 décembre 1903, S. 06.1.72, à propos de la prescription de l'action en indemnité pour accidents du travail.

A la suite de l'annexion de la Savoie et du Comté de Nice, le sénatus-consulte de 1860 ayant étendu nos lois à ces nouvelles portions du sol français, la question de non-rétroactivité s'est posée fréquemment. La Cour de Chambéry a décidé notamment, le 7 février 1885, S. 86.2.217, note de Chavegrin, à l'occasion d'un mariage contracté en 1855 par un habitant de la Savoie devenu Français lors de l'annexion, mariage dont la nullité était demandée pour une cause admise par la loi sarde, mais non par notre Code civil, que la validité d'un mariage doit s'apprécier d'après les règles en vigueur au moment où il a été contracté.

Citons un dernier exemple. Sous l'empire de l'ancien art. 252, C. civ., le mariage n'était dissous qu'à dater de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, et par suite l'enfant né des relations de l'un des époux avec une tierce personne avant la transcription devait être tenu pour adultérin, encore qu'il eût été conçu après que le jugement était devenu définitif. Depuis la loi du 26 juin 1919, au contraire, le mariage est dissous à compter du jour où la décision qui prononce le divorce est devenue définitive. Mais cette loi n'a pas pu effacer le caractère adultérin de l'enfant conçu et né avant sa promulgation. Civ., 14 déc. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.302 ; D. hebd., 1926.85

le passé et de substituer ainsi au règlement ancien établi par la loi antérieure un ordre juridique différent. Mais, en ce faisant, il risque de causer un trouble profond dans l'organisme social, de jeter le désordre dans les rapports des individus ; aussi est-il rare qu'il porte atteinte au principe de non-rétroactivité (1).

§ 2

38. — Il n'est pas difficile maintenant d'apercevoir la raison d'être du principe de non-rétroactivité. Ce principe est une garantie indispensable de l'ordre social. Comme le dit fort bien M. Planiol (2), « il n'y aurait aucune sécurité pour les particuliers, si leurs droits, leur fortune, leur condition personnelle, les effets de leurs actes et de leurs contrats pouvaient à chaque instant être remis en ques-

(1) Voici deux exemples de lois rétroactives :

1° Sous la Révolution, le décret du 17 nivôse an II, relatif aux donations et successions, avait annulé toutes les donations faites depuis le 1er juillet 1789 et réglé à nouveau la dévolution de toutes les successions qui s'étaient ouvertes depuis la même date. Cette mesure causa une telle perturbation qu'il fallut bientôt la rapporter. Pour prévenir le retour de pareils abus, la Convention inséra la règle de non-rétroactivité dans la constitution du 5 fructidor an III, Déclaration des droits, art. 14. Mais aucune constitution postérieure n'a reproduit ce principe. Lors de la discussion de la constitution de 1848, un membre de l'Assemblée constituante demanda que la constitution nouvelle le proclamât de nouveau. Il lui fut répondu que, dans certains cas, la rétroactivité pouvait être juste, humaine et nécessaire, et qu'il serait dangereux d'enlever au législateur le droit de décréter ce que la justice et l'humanité réclament.

2° La loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, a enlevé (art. 9, 3e al.) aux héritiers en ligne collatérale des donateurs et testateurs qui avaient fait des libéralités avec charge aux établissements du culte supprimés par elle, notamment des fondations de messe, le droit d'en demander la révocation pour inexécution, droit que leur accordait l'article 953 du Code civil.

En revanche, il arrive assez souvent au législateur de modifier par une loi les effets des contrats antérieurement conclus entre particuliers, lorsqu'il le juge nécessaire dans l'intérêt général. Voir notamment la loi du 9 mars 1918, relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre et celles du 6 juillet 1925 et du 9 juin 1927 sur la révision des baux à long terme.

Dans ces cas, il n'y a pas à proprement parler rétroactivité, mais échec au principe qui veut que le législateur respecte les conventions librement conclues par les particuliers, comme nous le montrerons dans les pages suivantes.

(2) *Op. cit.*, t. II, n° 240.

tion, modifiés, supprimés, par un changement de volonté du législateur ».

§ 3

39. — Nous arrivons au point le plus difficile du sujet. Quelle est la portée d'application de la règle de non-rétroactivité ? En d'autres termes, quelle est la limite exacte qui doit séparer le domaine de l'ancienne loi de celui de la nouvelle ? Depuis la promulgation du Code civil, cette question a exercé la sagacité des jurisconsultes sans qu'ils aient pu arriver à se mettre d'accord. Pour la résoudre, il est nécessaire de distinguer trois situations.

En effet, ce n'est pas une ligne droite qui trace la limite entre les deux lois successives, mais une ligne qui s'infléchit par moments. A certains endroits, elle s'enfonce dans le domaine de la loi ancienne ; dans d'autres, bien plus nombreux, elle s'incurve et laisse encore place pour l'avenir à l'application de celle-ci.

40. — I. — Et d'abord, nous savons déjà que la loi nouvelle ne remonte pas dans le passé pour régler à nouveau les faits qui se sont antérieurement produits. Ceux-ci ont été régis par la loi en vigueur au moment de leur arrivée, et les effets qu'ils ont produits dans le passé ne peuvent plus être modifiés par l'apparition d'une mesure postérieure. Nous avons donné ci-dessus plusieurs exemples qui nous dispensent d'insister davantage.

Ajoutons que la règle s'applique non seulement dans le Droit privé, mais dans toutes les branches du Droit. Une de ses applications les plus intéressantes concerne les infractions à la loi pénale. Elle se trouve consacrée par l'article 4 du Code pénal : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

Les exceptions qu'elle supporte sont fort rares et faciles à justifier. On en trouve une première dans le Droit criminel. Quand une loi nouvelle vient supprimer ou atténuer une peine antérieurement en vigueur, cette dernière cesse immédiate-

ment d'être appliquée même aux infractions commises avant la promulgation de la loi, et qui ne sont pas encore jugées. Il serait, en effet, illogique de continuer à prononcer une peine que le législateur a déclarée inutile ou trop sévère.

Une seconde se rencontre dans la procédure civile. Les lois relatives à la compétence et à la procédure régissent les faits accomplis et les instances engagées antérieurement à leur publication (1). En effet, elles sont présumées assurer une meilleure distribution de la justice que les précédentes, et doivent pour ce motif s'étendre au passé (2).

On indique enfin comme dernière exception le cas des lois interprétatives. Mais ces lois, comme leur nom l'indique, ne sont pas modificatives des lois précédentes. Elles ne font qu'en préciser le sens pour mettre fin à une difficulté d'interprétation soulevée par l'obscurité du texte (3). Elles sont donc censées avoir été votées au même moment que le texte ancien.

(1) Voir notamment Aix, 18 février 1886, D. P. 87.2.37, S. 86.2.169, note de M. Naquet ; Cass., 29 mars 1897, S. 98.1.441 ; Grenoble, 12 août 1902, D. P. 04.2.77, note de M. Thaller, S. 04.2.206.

(2) Mais la jurisprudence a soin d'apporter un tempérament qu'elle formule ainsi ; « à moins que l'application rétroactive de la loi de compétence ne porte atteinte à des droits acquis ».

Les lois de procédure ne sont pas rétroactives au même titre que les lois de compétence. Sans doute, elles s'appliquent sur-le-champ à tous les procès dont la cause était déjà née au jour de leur mise en vigueur ; sans doute même, elles s'appliquent aux instances pendantes au même moment, mais les actes de procédure déjà accomplis demeurent valables, alors même qu'ils ne seraient pas conformes aux exigences de la loi nouvelle. Voir Paris, 11 juin 1896, D. P. 97.2.8, S. 96.2.245.

(3) Les lois interprétatives sont rares. On peut citer comme exemples : 1° la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés, interprétative de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI. Cet article 9 exigeait que les actes notariés fussent reçus par deux notaires, ou un notaire assisté de deux témoins. L'usage s'était implanté dans la pratique de faire signer l'acte après sa réception par le notaire en second ou les deux témoins, lesquels n'assistaient pas à sa rédaction. La Cour de cassation ayant reconnu l'illégalité de cette pratique, la loi de 1843 donna de l'article 9 une interprétation qui la validait; 2° la loi du 13 avril 1908, dont l'article 3 interprète le paragraphe 3 de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, relatif aux actions en reprise des biens des établissements ecclésiastiques (V. *supra*, p. 70, note 1 ; 3° la loi du 7 novembre 1922, qui a modifié l'article 1384, C. civ.

Le législateur se sert parfois de ce subterfuge pour dissimuler le caractère rétroactif qu'il veut donner à la loi (1).

41. — II. — Au contraire, à partir du jour où elle a été mise en vigueur, la loi nouvelle doit régir exclusivement l'avenir. Par l'effet de sa force obligatoire, elle devient la règle unique applicable à tous les faits nouveaux qui se produiront dorénavant (2). Cette seconde règle est simple et ne souffre aucune exception.

42. — III. — Mais il y a des situations juridiques et des rapports de droit qui, nés sous l'empire de la loi ancienne, continuent à produire leurs effets au moment où la loi nouvelle est promulguée, et la question se pose alors de savoir s'ils restent soumis à la loi en vigueur au jour de leur formation, ou si, au contraire, ils vont être dorénavant régis par les dispositions nouvellement édictées.

La question se présente pour les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes ; pour celles qui suppriment des droits existants sur certains biens (3) ; elle se pose également dans tous les cas où il s'agit d'actes volontaires et notamment de contrats qui sont encore en cours au moment où est promulgué un texte qui en modifie les effets.

Voici quelques exemples :

1° *Etat et capacité.* — Une loi diminuant ou supprimant l'incapacité des femmes mariées s'applique-t-elle aux femmes qui sont déjà dans les liens du mariage ? Une loi introdui-

(1) Voir les deux derniers exemples cités à la note précédente.

(2) Si, par exemple, une loi nouvelle vient modifier les règles admises en matière héréditaire, elle s'appliquera à toutes les successions qui s'ouvriront postérieurement à la promulgation, même à celles qui auraient fait l'objet de testaments rédigés auparavant, car le testament ne produit son effet qu'au jour du décès de son auteur. Ainsi la loi du 14 février 1900 qui a restreint la quotité disponible entre époux au cas où le prédécédé laisse des ascendants (art. 1094, C. civ.) a été appliquée par la jurisprudence au legs d'usufruit fait à son conjoint par un époux décédé après la promulgation de cette loi (Cass., 29 juillet 1907, S. 08.1.393).

(3) Par exemple : lois abolitives des droits féodaux, lois restreignant la saisie des salaires et petits traitements, lois qui supprimeraient les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

sant le divorce peut-elle être invoquée par les époux qui se sont mariés antérieurement ? (1). Un enfant naturel né antérieurement peut-il invoquer la loi du 16 novembre 1912 qui autorise la recherche de la paternité ?

2° *Puissance paternelle.* — Si une loi supprimait l'usufruit légal des père et mère (2), mettrait-elle fin immédiatement à la jouissance des père et mère sur les biens de leurs enfants actuellement mineurs ?

3° *Droit de propriété.* — Supposons qu'une loi abolisse le droit de propriété reconnu en 1898 aux riverains sur le lit des cours d'eau non navigables, ni flottables. Cette loi devrait-elle être considérée comme rétroactive ?

4° *Actes volontaires.* — A. — La loi du 14 novembre 1792 qui a prohibé les substitutions fidéicommissaires imposées par les testateurs à leurs héritiers devait-elle s'appliquer aux successions ouvertes avant sa promulgation et qui étaient encore grevées de cette charge ? (3).

B. — Enfin la loi précitée du 18 avril 1918 a élevé le taux de l'intérêt légal en matière civile à cinq pour cent, et en matière commerciale à six pour cent. Si, antérieurement à cette loi, un prêteur a stipulé que l'emprunteur lui paierait les intérêts au taux légal qui était alors de quatre pour cent en matière civile et de cinq pour cent en matière commerciale,

(1) La loi du 6 février 1893 portant modification au régime de la séparation de corps, qui a donné à la femme séparée le plein exercice de sa capacité civile, a été déclarée (par son art. 5) applicable aux séparations de corps prononcées ou demandées avant sa promulgation. De même la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce (art. 4) a permis de convertir en jugements de divorce les jugements de séparation de corps devenus définitifs avant sa promulgation.

On trouve fréquemment dans les lois des dispositions ayant pour objet de trancher la question d'application de la loi nouvelle aux situations juridiques antérieures. On leur donne le nom de *dispositions transitoires.*

(2) Art. 384, C. civ.

(3) La loi de 1792 a tranché la question. Elle a déclaré sans effet toutes les substitutions qui n'étaient pas encore ouvertes au jour de la loi, c'est-à-dire n'avaient pas encore été recueillies par ceux en faveur desquels elles avaient été établies. Quant à ces dernières, elles ont conservé leur effet, mais seulement en faveur des appelés au profit desquels elles s'étaient ouvertes.

est-il en droit, à partir de la promulgation de la loi nouvelle, d'exiger de son débiteur le taux plus élevé fixé par celle-ci ? La même question se poserait aussi au cas où un jugement de condamnation aurait, avant la promulgation de la loi, condamné un débiteur au paiement des intérêts au taux légal (1).

Dans ces divers exemples, il ne s'agit plus, à proprement parler, de rétroactivité, mais, au contraire, de survivance de la loi ancienne.

43. — Pour résoudre cette question, les auteurs recourent ordinairement à une distinction entre *les droits acquis* et les *simples expectatives*. Cette distinction est fondée sur l'idée suivante. L'homme qui jouit d'un droit subjectif reconnu par la loi ne peut pas en être privé par une loi nouvelle ; sinon, la confiance dans la protection sociale serait ébranlée, l'ordre juridique menacé. Le législateur doit donc respecter les droits acquis aux particuliers, et, dans le doute, quand il ne le dit pas expressément, il faut admettre que telle a été sa volonté. Par exemple, un héritier collatéral qui a recueilli la succession d'un cousin au huitième degré, a un droit acquis à la conserver, nonobstant la promulgation de la loi du 31 décembre 1917, article 17, qui limite le droit de succéder au sixième degré en ligne collatérale. Au contraire, les simples espérances non encore transformées en droits doivent s'évanouir au cas où le droit espéré est supprimé par la loi. Ainsi, le collatéral au delà du sixième degré a perdu, à dater de la loi précitée, l'espoir de succéder à son cousin encore vivant à cette date.

Bien qu'il continue à être suivi par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence, ce critérium est fort imparfait. Tout d'abord, il est parfois très difficile de dire si l'on est en présence d'un droit acquis ou d'une simple expectative. Les auteurs ne s'entendent guère que sur les cas non douteux, comme ceux que nous avons pris pour exemples (2). Pour les

(1) Voir Cass., 23 juin 1902, S. 04.1.188, et 8 juin 1904, D. P. 1905.1.136, S. 05.1.319.

(2) Il suffit de parcourir la jurisprudence pour constater que les arrêts désignent sous le nom de droits acquis les effets passés des actes antérieurs à la loi nouvelle. Ainsi un arrêt de la Chambre

autres, il y a discussion. Ainsi, un époux marié avant la loi introduisant le divorce pourrait-il soutenir qu'il a un droit acquis à empêcher son conjoint de demander le divorce ? Il faut certainement répondre non, et pourtant on pourrait être tenté de soutenir qu'il y a ici un droit acquis.

D'autre part, la distinction se trouve parfois en défaut, car il y a des lois qu'il faut appliquer sans hésiter dès le jour de leur promulgation, bien qu'elles suppriment des droits acquis. Telles sont les lois révolutionnaires qui ont aboli les droits féodaux. Et pourtant ces lois ne portent pas atteinte au principe de non-rétroactivité.

En réalité, la distinction précitée ne peut pas s'adapter aux faits parce qu'elle repose sur une proposition vraie en elle-même, mais dont on exagère la portée (1).

44. — L'idée que la loi nouvelle doit respecter les droits acquis n'est vraie que pour le passé, non pour l'avenir. Le jour où le législateur juge que le maintien de tel ou tel droit est nuisible à l'ordre social, il peut le supprimer ou le restreindre, et, en appliquant immédiatement la règle nouvelle à tous les droits de cette nature existant au moment de la promulgation, il ne viole pas le principe de non-rétroactivité. Il est bien certain notamment que si une loi abolissait l'usufruit légal des père et mère, le juge devrait déclarer éteints les droits de jouissance alors en vigueur. Il en serait de même pour une loi qui supprimerait l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit. Il n'est pas vrai de dire

civile du 31 octobre 1900, S. 02.1.241, décide que le créancier qui a fait une saisie-arrêt sur le salaire d'un ouvrier avant la loi du 12 janvier 1895, a un droit acquis aux sommes arrêtées sur les salaires échus antérieurement à cette date. Voir de même Cass., 12 juillet 1888, S. 91.1.71, déclarant que la loi du 28 mars 1885, abrogative de l'exception de jeu dans les marchés à terme, n'a pas pu porter atteinte au droit acquis par le débiteur avant la promulgation de cette loi d'invoquer l'exception de jeu pour des opérations accomplies sous l'empire de l'art. 1965, C. civ.

(1) Voir les très justes critiques qui lui ont été adressées par M. de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, Revue critique de législation, 1893, et par M. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 241. Voir aussi Demogue, note S. 10.2.25, 3e col. et p. 27 et 28. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 594 ; Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 50 et s.

que des lois de ce genre sont rétroactives, ni que le juge en les appliquant sur-le-champ méconnaît le principe susvisé (1).

C'est pourquoi il faut, croyons-nous, abandonner cette distinction, et poser la règle suivante :

45. — Toute loi nouvelle est présumée meilleure que celle qu'elle remplace ; car, lorsque le législateur innove, ce ne peut être que dans des vues d'amélioration et pour corriger des abus existants (2). Dès lors, il est naturel de supposer qu'il a entendu soumettre à son empire, non seulement les événements qui pourront s'accomplir dans l'avenir, mais encore les faits antérieurs, quant à celles de leurs conséquences qui se produiront et se développeront après la promulgation. Il serait illogique de prolonger dans l'avenir les effets de la loi abrogée et de maintenir en vigueur, au détriment de la règle nouvelle, des dispositions que le législateur a jugées surannées. En conséquence, il faut appliquer la loi récente à toutes les situations juridiques, à tous les rapports de droit existant au moment de sa promulgation, et régler d'après ses dispositions les effets qu'ils produiront dans l'avenir (3).

(1) Cette proposition se trouve confirmée par les déclarations de Portalis dans les travaux préparatoires du Code : « Détruire une institution qui existe, disait-il, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive ; car si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. Or voilà tout ce qu'ont fait les lois qui ont détruit les fiefs, les substitutions. » Locré, t. I, p. 477 ; Fenet, t. VI, p. 265. — Conf. dans notre sens, note de M. Demogue, S. 10.2.25.

(2) Voir Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11e édit., t. I, n° 67, à qui nous empruntons cette phrase. V. aussi l'art. de M. Gaudemet, Rev. trim. de D. civ., 1914, p. 105 et s.

(3) V. Civ. 20 février 1917, D. P. 17.1.81, trois arrêts, avec les conclusions de M. le Proc. gén. Sarrut, et ma note. « Toute loi nouvelle, disent ces arrêts, s'applique même aux situations établies ou aux rapports juridiques formés avant sa promulgation. » En conséquence, ces arrêts ont décidé que la loi du 16 novembre 1912, qui a permis aux enfants naturels d'exercer contre leur père une action en reconnaissance de leur filiation, a pu être invoquée par les enfants naturels nés antérieurement à la loi nouvelle, c'est-à-dire à une époque où la recherche de la paternité naturelle était interdite. V. aussi, en matière de prescription, Civ. 20 juin 1904, D. P. 1905, 1.113, S. 1907, 1.235 ; Cf. Civ. 16 mars 1923, S. 23.1.337 et note de M. Rouast au D. P., 1921, 2.33.

Tel est le principe auquel on doit, croyons-nous, s'attacher. Il conduit, on le voit, à refuser toute survivance à la loi ancienne.

46. — Pourtant il faut bien se garder de l'appliquer aveuglément dans tous les cas, car il conduirait parfois, lui aussi, à des solutions inacceptables. Il convient de faire sa part à l'idée dont s'inspirait la doctrine classique, car cette idée, bien qu'exagérée, contenait une parcelle de vérité. Il est certain qu'il y a des rapports de droit pour lesquels la substitution d'une règle nouvelle à l'ancienne serait injuste et nuirait gravement aux intérêts privés. Ce sont les rapports de droit qui naissent des conventions librement conclues par les individus. Dans cette matière, en effet, la volonté des parties règne en maîtresse souveraine ; c'est elle qui fait la loi, soit expressément, soit tacitement, en se référant à la réglementation légale. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, proclame le Code civil (1). Si le juge appliquait aux rapports de droit qu'elles engendrent et qui n'ont pas encore épuisé leurs effets au jour de la promulgation d'un nouveau texte, les règles édictées par celui-ci, il violerait la loi du contrat ; il tromperait la confiance des intéressés ; il troublerait profondément l'ordre social. Quand donc il est appelé à déterminer les conséquences juridiques produites par un contrat, le juge doit toujours se référer soit aux énonciations expresses des parties, soit à la loi en vigueur au jour de leur accord. Ainsi, dans cette matière, le principe de la souveraineté de la volonté des contractants fait échec à l'application de la règle nouvelle et exige le maintien de la loi abrogée. Celle-ci prolonge donc ses effets dans l'avenir au détriment de la nouvelle (2).

(1) Art. 1134, 1er al.

(2) On trouve dans la jurisprudence de très nombreuses applications de cette proposition. En voici quelques-unes :

1° Lorsqu'une femme mariée sous l'empire de la législation sarde a, conformément à cette loi, consenti dans son contrat de mariage et de l'aveu de son père, la restriction de son hypothèque légale à un immeuble appartenant à son beau-père, expressément ou tacitement obligé pour sa dot, la promulgation du Code civil français en Savoie n'a pu porter atteinte à cette stipulation, ni

47. — Mais il reste maintenant à déterminer le domaine d'application de cette seconde règle et, ici encore, on rencontre des difficultés. Il importe, en effet, de ne pas en exagérer l'étendue. Fondée sur le respect dû à la volonté des contractants, il faut la restreindre aux limites imposées à celle-ci. Or, la liberté des parties n'est pas absolue. Elle n'est souveraine que dans la matière des droits du patrimoine, c'est-à-dire dans le règlement des intérêts pécuniaires. Le Droit de la famille est soustrait à son empire. C'est la loi et non plus la volonté des individus qui règle les actes juridiques comme le mariage, l'adoption, desquels naissent des rapports de famille. Aussi tout changement législatif apporté dans ce domaine doit-il s'appliquer immédiatement et sans restriction. C'est par application de cette idée que la loi du 27 juillet 1884 a

conférer à la femme une hypothèque générale, dispensée d'inscription, sur les biens de son mari qui s'en trouvaient affranchis par la convention. Cass., 23 mai 1883, D. P. 83.1.381, S. 83.1,397 ; Grenoble, 6 juillet 1882, S. 84.2.209, note de M. Labbé.

2° Les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé ; notamment, les causes de nullité ou de résolution dérivant d'une loi nouvelle ne touchent pas aux droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne. Cass., 7 juin 1901, D. P. 02.1.105, S. 02.1.513.

3° La loi du 7 avril 1900 qui a abaissé le taux légal de l'intérêt n'a pas modifié les intérêts d'une créance fixés au taux légal par une convention antérieure. Trib. civ. Seine, 13 juin 1901, S. 03.2.149, D. P. 02.2.340.

Au contraire, s'il s'agissait d'un jugement de condamnation passé en force de chose jugée avant la promulgation, le débiteur jouirait à partir de la loi nouvelle de la réduction du taux de l'intérêt. Cass., 25 juin 1902, S. 04.1.188 ; 8 juin 1904, S. 05.1.319, D. P. 05.1.136. Rapprocher Caen, 25 février 1883, S. 86.2.29, qui distingue très nettement entre les obligations nées d'un contrat et les droits qui reposent uniquement sur la loi.

4° L'art. 1912, C. civ., selon lequel le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années, n'est pas applicable aux rentes constituées avant le Code. Rennes, 23 août 1879, S. 80.2.198.

5° Voir aussi Cass., 26 avril 1906, S. 06.1.456 ; Paris, 19 février 1897, S. 99.2.185. Ce dernier arrêt est fort intéressant ; il décide que l'article 4 de la loi du 1er août 1893, aux termes duquel les propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis à l'assemblée générale d'une Société anonyme, peuvent se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux, ne s'applique pas aux assemblées, postérieures à la mise en vigueur de la loi, des sociétés constituées antérieurement, car « admettre le contraire serait porter atteinte à des conventions librement consenties ».

permis aux époux déjà mariés d'introduire une instance en divorce, et que la loi du 6 février 1893 a rendu le plein exercice de la capacité civile aux femmes dont la séparation de corps avait été antérieurement prononcée.

Mais, même dans les contrats relatifs à leurs intérêts pécuniaires, les particuliers ne jouissent pas d'une complète liberté. Ils sont obligés de se conformer aux ordres du législateur, interdisant l'emploi de certaines clauses, édictant des règles impératives. Quand donc la loi nouvelle présente ce caractère, ne faut-il pas revenir à notre premier principe et l'appliquer sur-le-champ aux contrats qui sont en cours ? La plupart des auteurs soutiennent l'affirmative, mais nous ne pouvons nous rallier entièrement à cette opinion.

48. — A notre avis, il faut se reporter ici à la distinction précédemment faite entre les lois impératives fondées sur l'ordre public et les lois impératives de protection d'intérêts privés.

Les lois d'ordre public doivent être appliquées sur-le-champ, sans réserve, quand même elles modifient les conventions antérieurement faites et n'ayant pas encore épuisé leurs effets. L'ordre public ne peut pas souffrir de dérogation ; devant lui, les intérêts privés doivent s'incliner. Ainsi, la jurisprudence a décidé avec raison que les contrats stipulant qu'un débiteur devra s'acquitter en monnaie d'or cessent d'être obligatoires pour celui-ci du jour où la législation décrète le cours forcé du billet de banque (1), car l'établissement du cours forcé est une mesure de salut public. Le débiteur pourra donc désormais et nonobstant son engagement antérieur s'acquitter en billets de banque.

Au contraire, il n'y a plus la même raison pour appliquer immédiatement, sans restriction, les lois impératives de protection. Il ne s'agit plus dans ce cas que d'intérêts privés ; dès lors le principe du respect de la volonté des contractants doit être appliqué.

C'est ainsi que la loi du 11 février 1900, qui a modifié l'ar-

(1) V. Civ., 10 février 1873, D. P. 73.1.177, S. 73.1.97 ; Req. 7 juin 1920, D. P. 20.1.137, S. 20.1.193, 17 mai 1927, D. P. 1928, 1.25.

ticle 1094 du Code civil, a bien fait de conserver leurs effets aux contrats de mariage par lesquels les époux s'étaient fait donation de tout ou partie de l'usufruit compris dans la réserve de leurs ascendants. Et de même, une loi qui limiterait le taux de l'intérêt conventionnel, aujourd'hui libre depuis la loi du 18 avril 1918, ne modifierait pas, croyons-nous, les effets d'un prêt antérieur stipulant un intérêt supérieur.

Abrogation des lois

49. — L'abrogation consiste à enlever à la loi sa force obligatoire, soit qu'on la supprime purement et simplement (1), soit qu'on la remplace par une loi nouvelle.

L'abrogation peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse quand elle est formulée par un article de la loi nouvelle qui déclare que la loi antérieure est abrogée. Le meilleur exemple qu'on puisse donner est celui de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui a promulgué le Code civil. Cet article a abrogé en bloc toutes les lois antérieures dans les matières qui sont l'objet du Code.

L'abrogation tacite résulte de l'incompatibilité qui existe entre les dispositions de la loi nouvelle et celles des lois antérieures. Ces dernières se trouvent abrogées dans la mesure où leur contenu est incompatible avec celui de la nouvelle loi. Leur abrogation peut donc être complète ou partielle, suivant que la contradiction qui existe entre le nouveau texte et l'ancien porte sur un point spécial, ou, au contraire, sur le principe même qui a inspiré les deux lois.

Les lois modernes contiennent, pour la plupart, un article qui abroge les textes antérieurs dans ce qu'ils ont de contraire à la nouvelle. C'est une façon de procéder qui n'a aucune utilité, car elle ne fait que constater le principe de l'abrogation tacite.

(1) Ainsi la loi du 22 juillet 1867, qui a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale et contre les étrangers, a abrogé les articles 2059 à 2070 du Code civil. De même la loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce, avait abrogé tous les articles du Code relatifs à cette institution.

50. — *La loi perd-elle sa force obligatoire lorsque les circonstances qui ont inspiré et dicté ses dispositions viennent à disparaître définitivement ?*

En principe, non. La loi, une fois promulguée, reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée par une loi postérieure. C'est au législateur qu'incombe la mission de remplacer une règle vieillie et surannée par une autre, mieux appropriée aux conditions économiques actuelles (1). Le caractère de certitude, qui est le signe distinctif de la loi et en fait un mode perfectionné de production juridique, exige que la force obligatoire de la loi ne puisse être discutée en aucun cas, quand même ses dispositions seraient devenues gênantes ou inutiles. Même s'il est certain que le législateur ne referait pas, dans les conditions présentes, la loi en question, on n'a pas le droit d'en conclure qu'elle est abrogée (2).

Cependant, le bon sens dit qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette affirmation. La loi a été faite pour un milieu social déterminé et pour répondre à des nécessités dont ce milieu révélait l'existence. Le jour où, par suite des transformations accomplies, elle n'a plus sa raison d'être, où ses dispositions ont perdu toute utilité, elle cesse naturellement de s'appliquer, elle n'est plus qu'un corps mort et sans importance. C'est ainsi que les articles 1265 à 1270, consacrés par le Code civil à la cession de biens, sont devenus sans objet en matière civile, depuis l'abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867.

De même, les lois qui ont été rendues en vue de circonstances précises, déterminées, et dont l'application ne doit, dans l'intention de leurs auteurs, durer qu'un certain temps, cessent d'être en vigueur lorsque ces circonstances ont disparu (3).

(1) Nous laissons de côté, bien entendu, le rôle créateur de la jurisprudence dont nous avons parlé ci-dessus.

(2) Cf. Unger, *System.*, I, p. 102 et 103 ; Regelsberger, *op. cit.*, § 26, p. 110, n° 2.

Ainsi les articles du Code civil fondés sur l'adage *res mobilis, res vilis*, qui subsistent encore, ne peuvent être considérés comme abrogés par ce fait que, depuis le Code civil, la fortune mobilière a pris une importance presque égale à celle de la fortune immobilière.

(3) Voir l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du

Mais ce mode d'abrogation reste nécessairement exceptionnel ; il ne se produit que dans le cas où l'inapplicabilité de la loi ressort des faits eux-mêmes (1). C'est dans cette mesure seulement qu'il est exact de dire avec le vieil adage : *Cessante ratione legis, cessat lex ipsa.*

51. — *La loi peut-elle être abrogée par l'établissement d'un usage contraire ou par la désuétude, c'est-à-dire par le non-usage prolongé pendant une longue période de temps ?*

Du moment que l'on admet la coutume comme source génératrice du droit, il semble qu'on doive répondre affirmativement. D'autant plus que la loi ne peut se flatter d'être éternelle. Quand le commerce juridique en a constaté l'inutilité et ne l'applique plus, ou quand il en a démontré la gêne et s'en est affranchi en établissant un usage contraire, le texte doit être tenu pour abrogé. La loi, peut-on dire, est morte. Mais il faut pour cela qu'il soit prouvé que les intéressés ont entendu l'abandonner définitivement, sans retour (2).

11 avril 1820, Sirey chronol., qui cite comme abrogées les deux lois des 19 floréal an VI et 2 prairial an VII, lesquelles déterminaient dans quels cas et de quelle manière la lésion pourrait être invoquée contre les ventes ou contre les partages faits pendant la dépréciation du papier monnaie.

Voir aussi Cass. civ., 11 janv. 1886, S. 88.1.461.

(1) M. Geny, *op. cit.*, t. I, nos 94, 99 et 129, paraît aller plus loin. Il admet que la loi « doit perdre son application, du moment que les conditions expresses ou tacites, dont elle dépendait, se trouvent disparues ou changées par le cours des circonstances sociales. » Comp. Merlin. *Question de droit*, 4e éd., vo Tribunal d'appel, p. 547-548 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, no 129 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, 2e éd., t. I, no 20.

(2) Il convient de faire une exception pour les dispositions légales impératives qui peuvent être considérées comme les principes essentiels de l'organisation sociale. V. Geny, *op. cit.*, t. I, no 128 ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, no 50.

Consulter sur cette question de l'abrogation de la loi par l'usage ou la désuétude la si complète discussion de M. Geny, *op. cit.*, t. I, nos 124 à 129. M. Geny conclut d'une façon différente. Il admet que, dans notre organisation sociale actuelle, la loi est le mode normal de production juridique, et que ce sont ses incontestables avantages qui lui ont donné cette suprématie. La coutume est un procédé de formation trop lent, trop incertain pour les besoins économiques de nos sociétés modernes. Elle ne doit donc être qu'un mode subsidiaire, destiné simplement à combler les lacunes du premier. De là, il conclut que la coutume ne doit jamais entrer en lutte avec la loi. Donc, il ne faut pas admettre la validité d'un usage qui serait en opposition directe avec une

Néanmoins la jurisprudence est contraire ; plusieurs arrêts ont décidé que la loi ne pouvait être abrogée ni par un usage contraire, ni par la désuétude (1).

Au surplus, le seul fait de la non-application de la loi, même pendant un long espace de temps, ne suffit pas à prouver que les intéressés renoncent à en invoquer les dispositions. Combien de lois sociales demeurent inappliquées, simplement parce que les organes de contrôle, destinés à en assurer le respect, ne sont pas suffisants (2).

décision expresse de la loi. D'autre part, il faut également décider que la coutume ne peut pas entraîner l'abrogation de la loi par suite d'un non-usage prolongé, c'est-à-dire par désuétude.

Les auteurs se rallient ordinairement à cette solution, mais c'est parce qu'ils refusent toute force productive à la coutume. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 29 ; Demolombe, *op. cit.*, t. I, nos 35 et 130 ; Baudry-Lacant, et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, n° 123 ; Huc, *Commentaire du Code civ.*, t. I, nos 49-50 ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 231. *Contrà* : Beudant, *Cours de droit civil*, introduction, n° 105 ; Boistel, *Etudes sur le droit maritime*, Revue générale de droit, 1879, p. 176 à 182 ; Cf. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 58 et 59.

(1) Riom, 14 juin 1843, S. 43.2.329 ; Paris, 1er mai 1848, S. 49.1.110; Cass. civ., 20 juin 1848, S. 48.1.433 ; Paris, 20 avril 1849, S. 49.2.298; Cass. crim., 14 mai 1852, S. 52.1.855 ; Cass. civ., 13 avril 1897, S. 97.1.401.

Mais il convient d'ajouter qu'un certain nombre d'arrêts ont admis, en matière commerciale, la validité d'usages dérogeant à des dispositions du Code civil, Voir Geny, *op. cit.*, t. I, n° 129, p. 413 et s.

(2) On peut citer, comme exemples, la loi du 18 novembre 1814, abrogée en 1880, qui interdisait de travailler le dimanche et les jours de fêtes religieuses ; la loi du 9 septembre 1848 qui fixait à 12 heures le maximum de la journée de travail dans les usines et manufactures ; le décret du 2 mars et l'arrêté du 21 mars 1848 prohibant le marchandage.

CHAPITRE IV

DE LA CODIFICATION (1)

52. — La codification est une loi qui présente un caractère particulier, en ce sens qu'elle s'applique à toute une branche du Droit positif. Un Code est un ensemble de textes législatifs qui réglementent les diverses institutions constitutives de l'une des ramifications du Droit. Par exemple, le Code civil est le corps des lois qui régissent les rapports des hommes considérés en tant que particuliers, rapports de famille ou rapports pécuniaires. Le Code de procédure civile contient les règles sur la manière de procéder devant les tribunaux (2).

La codification est un phénomène qui se produit chez la plupart des peuples, à un moment donné de leur existence. Elle sert principalement à unifier le droit. C'est ainsi qu'au commencement du XIX^e^ siècle, en France, on a éprouvé l'impérieux besoin de codifier le Droit civil (3), pour mettre un terme à la diversité de notre ancien Droit.

De même l'Italie, puis l'Allemagne, après avoir consommé

(1) Consulter *Le Code civil : Livre du Centenaire*, Paris, 1904, t. I, Introduction, par Albert Sorel, et 1re partie, *le Code civil, Généralités* ; t. II, 4e partie, *La question de la revision*. Voir aussi Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, 1896 ; Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904 ; Geny, *Méthode*, t. I, n° 31.

(2) Aubry et Rau, 5e édition, t I, § 17, p. 40.
Beudant, *Cours de droit civ. franç.*, n° 32, p. 37 : « On donne le nom de Code à quelques lois qui renferment un système de législation sur une matière déterminée. Un Code est une loi qui ne diffère des autres que par une étendue et une importance plus grandes ».

(3) Nous ne nous occupons que du Droit civil. Le mouvement de codification s'est étendu en France, au début du XIX^e^ *siècle*, aux branches les plus importantes du droit. V. Glasson, *La Codification en Europe au XIX^e^ siècle*, Rev. pol. et parl., 1894, t. II, p. 201 et 402 ; 1895, t. III, p. 198.

leur unité politique, l'ont complétée par la confection d'un Code civil (1).

La codification peut également devenir nécessaire, même dans les pays où le droit est déjà unifié, lorsque les lois relatives aux institutions d'une même famille juridique forment une masse compacte au milieu de laquelle la pratique a peine à se reconnaître. Codifier, c'est alors réunir en un seul corps, afin d'en faciliter l'étude et d'en faire un tout homogène et méthodique, ces différentes lois. C'est ainsi qu'à l'époque actuelle, les divers Etats codifient les lois dites ouvrières, c'est-à dire les lois qui réglementent le travail.

Enfin, la codification remplit le même office dans les pays à Droit coutumier, qui éprouvent le besoin de fixer une partie de ce Droit par écrit.

53. — *Des avantages et des inconvénients de la codification.* — Une querelle célèbre s'est engagée à ce sujet au commencement du XIX^e^ siècle en Allemagne. L'apparition du Code civil français, au début de ce siècle, avait été un événement considérable. La plupart des nations le considérèrent comme un modèle digne d'être imité.

En Allemagne, toute une école, composée tant de philosophes que de jurisconsultes, entraînée par l'exemple de la France, prôna les avantages de la codification, qui aurait, disait-elle, pour résultat de mettre fin à la diversité des législations (2).

54. — Mais le chef de l'école historique, l'illustre Savigny,

(1) Le Code civil italien est entré en vigueur le 1^er^ janvier 1866 ; le Code civil allemand, le 1^er^ janvier 1900. Le Code civil suisse, publié le 2 janvier 1908, est entré en vigueur le 1^er^ janvier 1912.

(2) Les idées de cette école furent défendues dans une brochure, émanée de la plume d'un de ses chefs, le jurisconsulte Thibaud, et intitulée : *Ueber die Notwendigkeit eines allegemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814).
Le tableau complet de la polémique sur la codification se trouve au début du tome troisième de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fondée par Savigny. Il est reproduit à la fin de la 3^e^ édition de l'opuscule de Savigny : *Vom Beruf unserer Zeit...* (Heidelberg, 1840). Cf. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 1829, p. 243 et s.

s'éleva vivement contre cette tendance, et lança en 1814 un manifeste (1) où il dénonçait les points faibles de toute codification. Il fondait sa thèse sur cette idée, qui allait inspirer tous les travaux de son école, que le Droit est un produit de l'histoire, qu'il s'élabore dans la conscience populaire, qu'il évolue et se transforme incessamment comme le langage. La codification, disait-il, méconnaît cette constatation historique ; elle fixe le Droit comme s'il était immuable, et, en tarissant les autres sources de production, elle paralyse son développement ultérieur. Le Droit perd donc sa souplesse et sa plasticité. On l'enferme dans un moule qui le déforme. De plus, l'Allemagne lui paraissait être un terrain particulièrement propice au développement coutumier du Droit et réfractaire à la codification.

Les faits se sont chargés de trancher ce fameux débat ; ils ont donné tort à Savigny. Presque tous les peuples ont, au cours du XIX^e^ ou au début du XX^e^ siècles, codifié leur législation (2).

55. — Il y a, en effet, un moment où, dans la vie d'un peuple, la codification devient un véritable besoin social. Elle est alors accueillie comme un bienfait, parce qu'elle simplifie et vulgarise le Droit et le met à la portée de tous, et surtout, parce que les prescriptions légales se trouvent désormais condensées dans un livre unique et qu'il n'est plus besoin, pour les découvrir, de l'érudition qu'exige la connaissance de coutumes anciennes et variées ou de lois nombreuses et distinctes.

Mais, à côté de ces avantages, il faut bien reconnaître les inconvénients de la codification, ou, du moins, noter les conséquences fâcheuses qu'elle entraîne ordinairement.

La codification produit une sorte de mirage tout à fait défavorable aux progrès de la science juridique. Un Code, une fois

(1) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenchaft* (1814).

(2) Glasson, *Revue pol. et parl.*, 1894, t. II, p. 201 : « Les historiens des institutions ne manqueront pas, dans l'avenir, de relever comme un des traits caractéristiques de notre temps, l'œuvre générale de codification entreprise dans toute l'Europe, en Amérique et même chez certains peuples de l'Asie et de l'Afrique. »

promulgué, acquiert un prestige tel qu'il voile, pour un temps, aux yeux des jurisconsultes, le jeu de l'évolution du Droit. Ce prestige tient à deux causes : à la grandeur de l'effort nécessaire pour mener à bien l'œuvre de codification, et à l'avantage que présente pour le commerce juridique la condensation des lois en articles brefs et précis. De là naît la tendance à considérer l'œuvre nouvelle comme un monument définitif, indestructible, dont il faut respecter l'ordonnance, auquel on ne doit toucher qu'avec circonspection, et lorsqu'une modification en a été reconnue absolument indispensable. Aussi les projets de réforme sont-ils pendant de longues années vus avec défaveur et combattus par ceux mêmes qui ont pour mission d'interpréter la loi.

56. — En outre et surtout, les jurisconsultes ne tardent pas à considérer le Code comme étant la source unique de formation du Droit, et comme devant fournir, en conséquence, la solution de toutes les questions que feront naître les rapports quotidiens des hommes. En effet, cette croyance se trouve corroborée par les faits eux-mêmes. Le Droit ancien, jusqu'alors en vigueur, a été abrogé en bloc par le Code sur tous les points que celui-ci a réglés (1). De plus, comme l'ensemble du Droit privé est censé désormais contenu dans les articles de la loi, le rôle de la coutume paraît naturellement terminé.

Cette méconnaissance de la loi d'évolution ne peut manquer de produire une vive opposition entre le Droit, ainsi maintenu en stagnation, et les exigences du commerce juridique, dont le mouvement ne s'arrête pas.

57. — Et d'abord, parmi les règles édictées par un Code, il y en a qui, plus rapidement que d'autres, se trouvent en désaccord avec les changements survenus dans le milieu social.

Le commerce juridique proteste contre l'application de mesures qui ne lui donnent plus satisfaction et cette protestation éclate tous les jours, devant les tribunaux, en réclamations émanant des intérêts lésés. Les magistrats qui, à la différence du jurisconsulte, opèrent sur le vif, ressentent plus

(1) Voir l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII.

vivement le défaut d'adaptation de la loi aux nouvelles conditions économiques de la société. Ils cherchent à le corriger, et y arrivent le plus souvent par une interprétation tendancieuse des textes qui ne correspond plus à la volonté de leurs rédacteurs. Moins scrupuleux que le théoricien, parce qu'ils vivent dans le domaine des faits et non dans celui des idées pures, ils assouplissent ainsi la loi et la modifient. De là une lutte presque inévitable entre ces deux organes de l'interprétation, la *doctrine* d'une part, la *jurisprudence* de l'autre ; la première s'inspirant uniquement de la pensée du législateur et protestant contre les libertés que prend la seconde, plus préoccupée de rendre une bonne et équitable justice.

D'autre part, les progrès de la civilisation, la complication toujours croissante du régime économique font naître des opérations nouvelles destinées à pourvoir à des nécessités révélées par les faits. L'interprète, chargé d'en préciser les effets juridiques, les dégage, par voie de déduction, des règles écrites dans le Code, au risque de déformer ces opérations ou d'en entraver le développement, tandis que les tribunaux, moins préoccupés de systématiser, se contentent le plus souvent de résoudre au jour le jour les contestations que soulèvent ces nouveaux rapports, en conformité des intérêts qui leur ont donné naissance.

Ainsi peu peu, une véritable scission se produit entre la doctrine et la jurisprudence, entre le droit théorique et le droit appliqué (1).

(1) Cf. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine,* Revue trimest. de droit civil, 1902, n° 1, p. 1. V. aussi, Charmont et Chausse, *Les interprètes du Code civil,* Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 131 et s. ; Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse en Droit civil,* Rev. gén. du Droit, de la Législ. et de la Jurispr., 1919.

Cet antagonisme entre la jurisprudence et la doctrine se renouvelle fréquemment, même à l'occasion des lois partielles. Je n'entends pas dire qu'il soit en lui-même mauvais. Bien au contraire, il est utile, car il oblige la jurisprudence à reviser les motifs de ses décisions, et il attire vivement l'attention des magistrats sur les solutions qu'ils adoptent. Bien souvent il les arrête dans la voie où ils allaient s'engager aventureusement, ou les détermine à des retours en arrière. La doctrine peut citer à son actif plusieurs succès de ce genre, célèbres dans les annales juridiques par la vivacité des discussions qui les ont précédés. Mais

58. — Mais cet état de choses ne dure pas indéfiniment. Les deux organes d'interprétation, faits pour se prêter une aide mutuelle, se rapprochent de nouveau. Il ne s'agit que d'une phase presque inévitable dont il faut maintenant indiquer et le début et la fin. Elle ne prend pas, en effet, immédiatement naissance au jour où la codification s'accomplit. Il est même curieux de remarquer que ni les rédacteurs, ni les jurisconsultes contemporains ne cèdent à l'illusion dont seront victimes leurs successeurs. « Aux premiers, le nouveau Code n'apparaît que comme le précipité de la théorie de leur temps ; ils ne le considèrent pas comme quelque chose de parfait, d'absolument complet, mais comme une chose bonne, mais relative, qui, avec le temps, aura nécessairement besoin d'être améliorée ; ils sont convaincus que leur œuvre est incomplète ainsi que tout ce qui est humain » (1). Nourris du droit antérieur, habitués au processus normal de sa formation, ils sont armés par là même contre la tendance qui consiste à ne plus voir que le Code, à l'extraire du milieu historique (2). Ce n'est que quelques années plus tard, lorsque l'ombre de l'œuvre nouvelle a eu le temps de se projeter autour d'elle, que le monument peut éblouir par sa masse et cacher la lente évolution du droit.

59. — Mais la période d'exégèse pure prend fin à son tour. La séparation qui s'accentue de plus en plus entre le Droit théorique et le Droit appliqué, l'antagonisme de la doctrine et de la jurisprudence ne peuvent manquer de frapper les théoriciens. Quand, malgré leurs efforts et leurs protestations pour maintenir l'interprétation droite et logique des textes,

il ne faut pas que cet antagonisme dure trop longtemps. Voir l'article de M. Esmein.

Dans un article qui date de 1855 « *Uber die Entwickelung des œsterreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* », et a été publié en appendice de son *System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts* (1892), p. 635 et s., Unger a très finement noté ces inconvénients de la codification.

(1) Unger, *loc. cit.*

(2) Voyez ce que dit Geny, *Méthode d'interprétation et sources...* t. I, p. 98 et s. à propos de Portalis et de Merlin. Le discours préliminaire du projet de Code civil, rédigé par Portalis, mérite d'être lu dans son entier : Locré, *La législation civile de la France*, t. I, p. 251.

la jurisprudence persiste dans un système qui ne respecte qu'en apparence le texte de la loi, mais s'inspire des besoins de la pratique, les auteurs finissent par abandonner la lutte. Ils recherchent les causes profondes qui ont déterminé le courant jurisprudentiel, et les découvrent dans les transformations sociales, politiques, économiques qui se sont accomplies, dans les idées nouvelles qui ont imposé leur domination. Alors s'opère un rapprochement entre les deux courants. Loin de continuer à combattre sans profit les solutions définitivement admises par la jurisprudence, la doctrine s'attache à les justifier. En même temps, dans le travail incessant d'adaptation du Droit aux faits, qui est l'œuvre des tribunaux, la doctrine reprend le rôle qui lui appartient en propre. Elle dirige la jurisprudence, elle lui montre la voie, et surtout, elle facilite son orientation en travaillant sur la masse des solutions concrètes, ou en dégageant le principe, l'idée, souvent inaperçue ou confusément entrevue, qui les explique, et en construisant avec tous ces matériaux épars un système bien charpenté, bien ordonné (1).

60.— Le passage de la seconde à la troisième phase s'opère insensiblement à mesure qu'on s'éloigne de l'époque de la rédaction du Code. En France, cette collaboration si féconde entre la doctrine et la jurisprudence date de la seconde moitié du XIX^e^ siècle (2).

Si ces constatations sont exactes, il faut en conclure que la codification ne doit pas être trop souvent répétée. Il est préférable de vivre sur un Code vieux, tout en le modifiant par des lois spéciales, plus faciles à élaborer, quant à ses parties

(1) Voir l'article de M. Esmein, ci-dessus cité.

(2) Voir mon rapport sur *les transformations du Droit civil en France depuis cinquante ans*, à l'occasion du Cinquantenaire de la Société de Législation comparée (avril 1921).

L'éminent et regretté professeur M. Labbé a beaucoup contribué à ce progrès par ses notes de jurisprudence, publiées dans le *Recueil général des lois et arrêts* de Sirey, notes dans lesquelles apparaît sans cesse la préoccupation d'adapter la loi à l'évolution des faits. Cons. Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 173 ; Georges Cohendy, *la méthode d'un arrêtiste* au XIX^e^ siècle, Labbé, Thèse de Doctorat, Lyon, 1910.

qui ne correspondent plus aux conceptions actuelles, et de laisser à la jurisprudence, éclairée et dirigée par la doctrine, le soin de travailler sur ce fonds de textes, de les remanier, de les transformer insensiblement. C'est à elle qu'il faut, en première ligne, confier la tâche de réparer les fissures qui se produisent dans l'édifice, au besoin même d'y changer quelques pierres, d'en modifier quelques parties. C'est par elle, toujours en contact avec la vie, que se fera désormais le progrès du Droit, son adaptation au milieu social, et ainsi, avec une base solide et résistante faite de droit écrit, on laissera au Droit toute sa souplesse, toute son aptitude à se modifier, en même temps que les faits eux-mêmes, pour être toujours d'accord avec eux. Pourtant, au bout d'un certain temps, la revision s'impose, parce que les lois de plus en plus nombreuses votées depuis la codification d'une part, et les solutions nouvelles consacrées par la jurisprudence de l'autre, forment une végétation touffue qui recouvre presque complètement les articles du Code. Il est alors nécessaire de rétablir l'harmonie, l'unité dans cet ensemble, de le simplifier et de l'éclairer par une nouvelle rédaction des textes (1).

(1) Voir Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles,* dans le Recueil publié par l'Université de Lausanne (1896) ; Lambert, *Droit commun législatif,* introd., t. I, p. 805.

Sur cette question, consulter les divers articles favorables ou contraires à la révision publiées dans la quatrième partie du *Livre du Centenaire du Code civil,* t. II, p. 901 et suiv.

CHAPITRE V

INTERPRÉTATION DES LOIS

61.— Interpréter une loi consiste à déterminer le véritable sens du contenu de la règle édictée par le législateur.

Il y a deux espèces d'interprétations :

1° Celle qui émane du législateur lui-même ; 2° celle qui est faite, soit par la doctrine, soit par les tribunaux dont la mission est d'appliquer la loi aux contestations portées devant eux.

I

Interprétation par voie d'autorité législative

62.— Lorsque le sens d'une loi est obscur et donne lieu à des incertitudes dont se plaint le commerce juridique, le législateur peut faire une nouvelle loi pour déterminer le sens exact de la première. La loi interprétative est élaborée et promulguée dans les formes ordinaires par le pouvoir législatif. Mais, comme elle a pour but d'expliquer une loi antérieure, elle doit être immédiatement appliquée, non seulement aux contestations à venir, mais même à celles qui sont déjà nées au moment de sa promulgation. Aussi admet-on que les lois interprétatives produisent un effet rétroactif (1).

II

Interprétation doctrinale et judiciaire

63. — C'est la véritable interprétation juridique, qui a pour but de préciser la signification et l'étendue de la règle contenue dans le texte de la loi.

(1) Voir ci-dessus, n° 40. Sur l'interprétation législative, voir Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 208 à 214 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 40.

Pourtant, il y a une différence notable entre l'interprétation faite par les jurisconsultes et celle qui émane des tribunaux. La première est purement théorique ; elle est un acte de pur raisonnement ; elle n'est pas destinée à trancher un litige entre deux personnes. Le jurisconsulte interprète la loi dans le silence du cabinet, en dehors de tout conflit d'intérêts. Le juge, au contraire, recherche le sens de la règle pour l'adapter aux faits soumis à son appréciation ; il interprète la loi et l'applique à un rapport de droit déterminé. Par là même, son interprétation se trouve influencée par les faits de la cause, par les intérêts en présence. Elle n'est pas abstraite, comme celle du juriste ; elle est concrète, limitée à l'espèce soumise à son appréciation.

Du reste, la liberté des juges est aussi complète que celle du jurisconsulte. L'article 4 du Code civil leur ordonne de juger, dans tous les cas, quand même la loi serait obscure ou muette, sous peine de se rendre coupables d'un déni de justice. Mais le Code ne leur impose aucune règle d'interprétation, il ne leur trace pas la voie qu'ils devront suivre pour résoudre le conflit porté devant eux. Bien plus, ils sont libres d'adopter la solution qui leur paraît la meilleure. Ils ne sont liés ni par leurs décisions antérieures, ni par celles des autres tribunaux (1), ni par l'opinion des jurisconsultes.

64. — *Régles à suivre pour l'interprétation des lois.* — Interpréter les lois ne suffit pas pour satisfaire les besoins du commerce juridique. Car la loi, même quand elle se présente

(1) Il y a pourtant une exception. Lorsque la décision rendue par un tribunal a été cassée par la Cour de cassation, l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal du même ordre que le premier. Si la sentence de ce second tribunal est conforme à celle qui a été cassée, un second pourvoi peut être formé et, cette fois, la Cour suprême siège toutes chambres réunies. Si la Cour de cassation casse de nouveau la décision, l'arrêt qu'elle rend tranche définitivement la question ; le tribunal de renvoi est obligé de se conformer à la solution qu'elle a adoptée, loi du 1er avril 1837, art. 2. Du reste, cet arrêt solennel de la Cour suprême n'a force obligatoire que pour l'affaire à l'occasion de laquelle il a été rendu (art. 5, C. civ.). Si donc la même question vient à se présenter plus tard, le tribunal chargé de la trancher conservera sa pleine liberté d'appréciation et la Cour de cassation elle-même pourra se déjuger.

sous forme d'une codification, est nécessairement incomplète, et cela à un double point de vue.

D'abord, quels que soient l'étendue d'un code et le nombre de ses articles, il ne peut pas, à l'occasion de chaque institution qu'il réglemente, résoudre toutes les difficultés qu'engendre la vie juridique. Le choc des intérêts fait naître, chaque jour, des questions nouvelles dont on ne peut à l'avance prévoir l'éclosion. En outre, nous savons que la codification n'arrête pas la marche du Droit, et ne trace d'une façon définitive ni les limites de son domaine, ni ses divisions. Les transformations sociales et économiques amènent l'application de nouveaux rapports entre les hommes, dont la réglementation ne saurait se trouver dans un code fait à une époque où ils n'étaient pas encore connus.

Il faut donc que le jurisconsulte, théoricien ou praticien, supplée aux lacunes de la loi écrite.

I. — *Interprétation proprement dite.*

II. — *Cas où la loi n'a pas statué.*

65. — I. — *Interprétation proprement dite.* — Pour déterminer quel est le sens de la règle contenue dans la formule légale, il faut rechercher ce qu'ont voulu dire ses auteurs. La loi est l'œuvre consciente et réfléchie de l'homme ; elle est le résultat des délibérations des législateurs ; elle se présente donc comme l'expression de la pensée commune de ceux qui l'ont édictée. Pour en découvrir le vrai sens, il faut le demander à l'intention du législateur (1).

Donc interpréter une loi, c'est préciser la manifestation de

(1) Il n'y a pas lieu de parler de l'interprétation du Droit coutumier, parce que, à la différence de la loi, il ne consiste pas en formules émanées d'une volonté, mais qu'au contraire, il est une production directe de la vie juridique, un usage suivi et observé par les individus. Il ne s'élève donc pas de doute, en principe, sur le sens d'une règle coutumière.

On peut en dire autant des créations de la jurisprudence, parce qu'elles sont établies par une suite de décisions judiciaires et éclairées par les circonstances des procès à l'occasion desquels elles ont été formulées.

volonté qui lui a donné naissance, c'est rechercher quelle était la pensée de ses rédacteurs (1).

Pour la découvrir, il faut évidemment se placer au moment de la promulgation de la loi.

Pourtant, si logique que soit cette règle, il convient d'y apporter un tempérament. En effet, le législateur statue pour l'avenir ; il doit nécessairement tenir compte des modifications qui ne manqueront pas de se produire dans le milieu social et qui auront leur répercussion sur le champ d'application de la loi. Il sait que celle-ci ne peut garder sa force qu'à condi-

(1) Une théorie nouvelle soutient que la loi, une fois promulguée, se détache de la volonté du législateur, et devient un organisme indépendant, vivant d'une vie propre, s'adaptant aux transformations du milieu ambiant. « On est à peu près d'accord pour admettre que l'interprétation en matière de loi n'a pas pour but une recherche de volonté et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur, chose impossible et but purement fictif. Car, s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu, et dégager de cette moyenne la volonté générale, qui a été celle de la majorité, toutes choses irréalisables. » Saleilles, *Déclaration de volonté,* Paris, 1901, art. 133, n° 43. Voir aussi *eod. loc.,* n^{os} 49, 94, et article 138, n° 81. Cons. également la préface du même auteur pour le livre de M. Geny : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.*

Il faudrait donc, d'après cette conception, interpréter la loi en tenant compte exclusivement des conditions sociales et économiques de l'époque présente. Laissant de côté une manifestation de volonté qui est morte avec le passé, il faudrait adapter le texte de la loi au milieu qu'il doit régir. Ainsi l'interprétation d'un même texte varierait suivant les transformations qui se seraient accomplies. Dans le même sens, Lambert, *Droit commun législatif,* introduction, t. I, p. 32 ; *Une réforme nécessaire dans les études de Droit civil,* p. 15 ; Percerou, *Compte rendu du livre de M. Geny,* Annales de droit commercial, 1900, p. 149 ; Meynial, *La déclaration de volonté,* Revue trimestr. de droit civil, 1902, p. 569 ; Cons. pour la doctrine allemande, les références données par Regelsberger, *op. cit.,* t. I, § 35, note 10. L'auteur critique cette théorie.

Ainsi présentée, cette conception nous paraît inacceptable. La loi ne vaut que comme déclaration de volonté ; séparée de la pensée qui l'a inspirée, elle perd toute portée, elle devient un texte mort susceptible de recevoir les plus diverses interprétations. Seule, la volonté qui a présidé à sa naissance lui donne la fermeté et la fixité qui font la supériorité du droit écrit. Dans notre sens, Geny, *Méthode d'interprétation et sources,* t. I, n° 97 ; *Revue critique de législation,* 1900, p. 108 et s., notamment, p. 125 ; Tissier, *Revue bourguignonne,* 1903, bibliographie, p. 190 et 200. « On n'aperçoit pas quelle base rationnelle peut rester à un système *d'interprétation de la loi,* qui se sert du texte légal pour justifier tout autre chose que ce que son auteur a voulu établir. » Geny, *op. cit.,* t. I, p. 263.

tion de se plier à ces changements. De par la volonté même du législateur, la disposition qu'il formule est susceptible de s'assouplir pour s'adapter aux faits qu'elle régit (1). En conséquence, l'interprète chargé d'appliquer la loi doit prendre en considération les conditions nouvelles du commerce juridique, *tout en respectant la volonté qui l'a inspirée* (2).

(1) Voir Tissier, *Revue bourguignonne*, 1900, p. 165 et 1903, p. 200. Rapprocher ce que dit Regelsberger, *Pandekten*, 1893, t. I, § 35, VI, n° 2 : « Tout acte humain peut entraîner des conséquences qui n'avaient pas été comprises dans les prévisions de son auteur. Comme phénomène se produisant dans le monde extérieur, il s'inscrit dans un ensemble plus grand de faits, et met en mouvement certaine force qui ne pouvait être à l'avance calculée. La loi, elle aussi, n'est pas située dans un espace vide d'air. En tant que loi, elle est destinée à influer sur la vie pratique, non pas comme une chose existant pour soi, mais comme organe de l'ensemble du droit en vigueur. Il en résulte que la loi peut avoir un contenu qui, au moment de sa promulgation, ne se présentait pas clairement aux yeux du législateur ; ou tout au moins, dans beaucoup de cas, la certitude manquera sur ce point. La loi peut donc avoir un contenu qui ne recouvre pas exactement la prévision concrète qui a été celle du législateur. Quand on dit : Le contenu de la loi est la volonté même du législateur, on entend par là une volonté qui embrasse même le contenu non prévu. »

(2) Voici quelques exemples qui feront mieux comprendre notre pensée, et corrigeront l'imperfection de notre formule :

L'article 525 du Code civil déclare que les glaces, tableaux et autres ornements, placés dans un appartement, sont immeubles par destination, lorsque le parquet sur lequel ils sont attachés fait corps avec la boiserie. Depuis le premier Empire, l'emploi des lambris en bois a beaucoup diminué ; il n'est plus d'usage d'encastrer dans la boiserie les glaces, tableaux et ornements. C'est donc avec raison que la jurisprudence a tenu compte de ces changements dans le mode de décoration des appartements, et décidé que l'article 525 devait s'appliquer aux glaces et tableaux fixés au mur par le propriétaire, conformément aux usages modernes, avec l'intention de les attacher au fond à perpétuelle demeure. Req. rej., 8 mai 1850, S. 50.1.522 ; Req. rej., 15 février 1878, S. 78.1.353 ; Limoges, 29 juin 1888, S. 88.2.205. Il faut en dire autant à propos de l'article 1754 du Code civil qui énumère les réparations locatives ou de menu entretien. Cet article ne correspond plus à l'état actuel de nos appartements. On doit, bien entendu, l'interpréter conformément aux transformations que l'art de l'architecte a apportées dans l'aménagement intérieur des maisons.

De même encore, l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, déclare que la veuve doit inscrire son hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage. Depuis le rétablissement du divorce en 1884, on applique, avec raison, cette disposition à la femme divorcée. Aix, 9 mai 1898, S. 98.2.210 ; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2999.

Il convient également de décider, sur l'article 1304 du Code civil, que la prescription de l'action en nullité contre les actes passés par

66. — En outre, tout en maintenant le principe précité, il convient de reconnaître que, conformément à l'observation faite par Regelsberger (1), « l'importance de la volonté du législateur pour le contenu de la loi s'affaiblit à mesure qu'on s'éloigne de l'époque de sa naissance. De nouvelles conceptions juridiques emplissent l'esprit de l'interprète de l'époque postérieure, et le conduisent inconsciemment à donner une autre interprétation de la loi ». C'est surtout pour l'interprétation judiciaire que cette observation est vraie. Le magistrat n'est pas libre comme le théoricien ; il est dominé par les intérêts qui s'agitent devant lui ; un besoin irrésistible le pousse à adapter la règle aux faits, et, quand il y a désaccord entre elle et eux, à négliger la volonté du législateur, pour chercher une interprétation conforme aux nécessités présentes (2).

67. —Voyons maintenant quels sont les divers procédés qui devront être mis en œuvre pour découvrir la volonté du

la femme mariée sans autorisation, commence à courir à dater du jugement de séparation de corps, puisque la loi du 6 février 1893 a rendu à la femme séparée sa pleine capacité civile.

Cf. sur la plupart de ces points. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 273 et s. qui justifie ces solutions par une autre idée.

M. Geny fait aussi très justement observer que la notion d'ordre public est une notion mobile et changeante, qui se rattache à un ensemble d'idées sur l'organisation sociale, et qui varie en même temps que se modifient les traits de cette organisation. Par conséquent, pour décider si une clause insérée dans un acte juridique est ou non contraire à l'ordre public, on doit se placer, non pas à une époque antérieure, mais au moment précis où la difficulté est soulevée. Mais il ne faudrait pas exagérer la portée de cette dernière observation et en conclure qu'une prohibition expresse prononcée par la loi et fondée sur l'ordre public pourrait être considérée comme abrogée de plein droit, le jour où les conceptions sociales se seraient modifiées. C'est seulement quand il s'agit d'apprécier si un acte est ou non contraire à l'ordre public, en dehors de toute prévision spéciale de la loi, que l'interprète doit se placer au moment même où il fait cette appréciation. Comp. ce que dit Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, p. 210 à 212, nos 37 à 39.

(1) *Eod. loc.*, n° 3 ; Cf. Geny, *op. cit.*, t. I, n° 97.

(2) Cf. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, n° 1, p. 7 à 9.

Nous avons admis ci-dessus que les solutions nouvelles, consacrées par les décisions répétées des tribunaux, devenaient de véritables règles de droit et entraînaient l'abrogation des dispositions légales antérieures. Le jurisconsulte doit donc reconnaître la force obligatoire de ces créations de la jurisprudence.

législateur. La doctrine les a, depuis longtemps, étudiés. Mais il ne faut pas se dissimuler que leur énumération ne donne qu'une faible idée du travail d'élaboration de l'interprète. La théorie est, ici plus qu'ailleurs, différente de la pratique, « elle sépare ce qui est intimement uni dans la mise en œuvre » (1). De même l'indication des diverses pièces d'une machine ne peut pas donner l'idée de ce qu'en est le fonctionnement.

On peut donc se contenter de brèves explications (2).

L'interprétation se présente dans toute sa simplicité lorsque le texte est clair et qu'aucun doute ne s'élève sur sa portée d'application. Il laisse alors nettement apparaître la volonté de ses auteurs, et la concordance entre celle-ci et sa manifestation supprime toute difficulté.

Mais lorsque cette concordance n'est pas parfaite et que la formule employée laisse quelque doute soit sur le sens même de la règle, soit sur son étendue d'application, il faut rechercher, sous l'imperfection des termes, l'exacte pensée qui les a dictés.

68. — 1° C'est à la formule du texte qu'il convient tout d'abord de demander son secret. Quelquefois la simple détermination du sens technique des termes employés, le rapprochement des divers membres de la phrase suffiront à en éclaircir la signification. Mais c'est surtout du contact de la formule douteuse avec les autres textes du Code que pourra jaillir la lumière. Chaque disposition spéciale est un élément de l'œuvre législative. Elle est intimement liée à toutes les autres par un rapport de dépendance, qui unit les règles pour former les institutions et qui groupe celles-ci en diverses catégories. Le sens d'une disposition obscure ressortira, dans bien des cas, de son rapprochement avec d'autres textes.

(1) Regelsberger, *op. cit.*, § 36, p. 145.

(2) Voir Geny, *op. cit.*, t. I, p. 275 à 316. Dans le livre préliminaire du projet de Code civil de l'an VIII, qui a été supprimé de la rédaction définitive, parce qu'on a jugé que ses dispositions n'étaient pas à leur place dans une œuvre législative, un titre spécial était consacré à l'interprétation des lois. Voir Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 7.

« Pour fixer le vrai sens d'une loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions », disait l'article 6 du livre préliminaire du projet de l'an VIII.

69.— 2° Si ce premier effort d'investigation ne suffit pas à éclairer la formule de la loi, il convient de demander à des éléments étrangers au texte ce qu'a voulu le législateur.

A. Les travaux préparatoires, c'est-à-dire les documents officiels qui ont accompagné l'élaboration de la loi, exposé des motifs, discussions devant les Chambres, rapports, etc., pourront être utilement consultés. Pourtant il ne faut pas attacher trop d'importance à ces documents, car bien souvent ils ne révéleront que l'opinion isolée de telle ou telle personnalité, ou ne laisseront apparaître que des divergences de sentiments entre les corps et les personnes qui ont participé à l'élaboration ou à la discussion de la loi. Ils ne fourniront, en conséquence, des renseignements probants qu'autant qu'ils découvriront avec certitude la pensée qui a présidé à la confection de la loi (exposé des motifs), ou l'opinion commune qui s'est dégagée des discussions parlementaires. Il faut, du reste, reconnaître que ces conditions se trouvent rarement remplies, quand le pouvoir législatif est exercé par des chambres composées d'un grand nombre de représentants.

B. Les précédents historiques permettent de préciser quel était l'état du Droit à l'époque où la loi a été rendue. Or, cette constatation a une grande utilité pour la recherche de la volonté du législateur, lorsque le texte n'a fait que consacrer le Droit en vigueur, ce qui est le cas le plus fréquent, quand il s'agit d'une codification. Il convient alors de se reporter aux auteurs qui ont servi de guides au législateur, et de chercher dans leurs œuvres le sens des dispositions qui leur ont été empruntées.

C. L'interprète devra aussi se demander quel a été le but poursuivi par le législateur, quels sont les intérêts qu'il a voulu sauvegarder, les besoins économiques qu'il s'est proposé de satisfaire, les considérations sociales, morales, politiques qui ont inspiré sa décision (*ratio legis*).

Il semble même que la détermination du but doive être le mode le plus sûr de découvrir la pensée du législateur, car la

loi, comme tout acte humain, est édictée pour réaliser une fin déterminée. Mais il faut songer qu'il y a souvent plusieurs moyens pour atteindre le même but, et, d'autre part, le législateur a pu se tromper sur celui qu'il a employé. Enfin, la considération du but est quelquefois restée trop vague à l'esprit du législateur pour permettre de dégager exactement la portée des dispositions qu'il a prescrites (1). Néanmoins, l'interprète devra commencer par préciser le but pratique voulu par le législateur, et cette recherche sera presque toujours profitable, car la règle de droit est faite pour être appliquée, et pour en saisir toute la valeur, il est indispensable de se représenter le rôle qu'elle doit jouer dans le commerce juridique (2).

D. Enfin, le sens du texte ressortira quelquefois de la mise en lumière du principe auquel il se rattache, et dont il n'est, dans l'intention de ses auteurs, qu'une conséquence logique.

Ainsi, par l'emploi et la combinaison de ces divers procédés, auxquels il doit joindre aussi les moyens secondaires que fournit la logique, l'interprète arrivera à rétablir la véritable pensée du législateur. Tantôt le texte est trop étroit, et pour se conformer à la volonté qu'il cache, il faut en étendre l'application à des cas qu'il ne prévoit pas expressément ; tantôt, au contraire, il est trop large et doit être restreint par l'adjonction d'une condition non formellement exprimée ; tantôt enfin, l'expression employée demande à être rectifiée, parce qu'elle est impropre et ne correspond pas à l'intention de ses auteurs.

70. — II. — *Cas où la loi n'a pas statué.* — Il ne peut plus s'agir d'interpréter une volonté qui fait défaut, puisque la question est restée en dehors des prévisions du législateur.

La découverte de la règle sera donc l'œuvre exclusive du jurisconsulte. Mais *pour donner au résultat de son travail d'élaboration la certitude et la solidité dont il a besoin, pour*

(1) Ces observations sont empruntées à Regelsberger, *Pandekten*, 1893, t. I, p. 149.
(2) Cf. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1900, préf., p. VI.

éviter le danger de l'arbitraire résultant d'une appréciation purement subjective et personnelle, la recherche doit encore prendre son point d'appui sur la loi écrite. A ce titre seulement, et en tant qu'elle se présente sous le couvert et la recommandation de celle-ci, comme son prolongement et son développement normal, la solution proposée pourra acquérir l'autorité nécessaire et obtenir l'adhésion générale des intéressés.

71. — Le procédé fécond qui permettra ce raccordement est connu sous le nom d'*analogie.* L'analogie repose sur cette idée que les rapports, qui présentent les mêmes caractères essentiels, doivent être soumis à la même règle : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* (1). Suivant l'observation de Regelsberger (2), « c'est un besoin profondément enraciné dans notre nature morale qui veut qu'aux situations de fait semblables on applique la même règle juridique. » Le besoin « d'égalité juridique » exige que la règle de droit, établie pour une espèce déterminée, soit étendue à toutes les espèces identiques (3).

(1) Geny, *op. cit.*, t. I, nos 107, 108, et t. II, n° 165 ; Regelsberger, *op. cit.*, t. I, § 38. Dans le raisonnement par analogie, on ne recherche plus la volonté du législateur, puisqu'il s'agit de questions que celui-ci n'a pas prévues. Mais comme ce procédé prend son point d'appui dans les dispositions mêmes de la loi, il faut bien que le juriste qui l'emploie tienne compte de cette volonté, en ce sens que les solutions auxquelles il aboutira devront toujours être dans le prolongement, pour ainsi dire, des décisions expresses de la loi, et qu'elles ne devront jamais se trouver en opposition avec la volonté du législateur.

C'est ainsi que le raisonnement par analogie doit être écarté, toutes les fois qu'il aboutirait à donner à une prescription légale une étendue d'application contraire à l'intention de ses auteurs. V. ci-dessous, p. 103, note 2.

Sur le point de savoir si l'analogie rentre dans l'interprétation proprement dite et consiste à rechercher ce que le législateur aurait décidé s'il avait prévu la question, ou si, au contraire, elle est un mode de recherche complètement indépendant de la volonté législative, voir la discussion de M. Geny, *op. cit.*, t. I, n° 107, et la conclusion à laquelle il aboutit. Pour lui, l'analogie « n'opère avec la loi qu'en la prenant comme élément objectif de notre organisation sociale, absolument détachée de la volonté subjective du législateur, ayant en elle-même sa valeur propre, composant dans son ensemble l'organisation juridique positive. » Cons. aussi Saleilles : *Introd. à l'étude du droit allemand,* p. 88 et s.

(2) *Op. cit.*, § 38, p. 156.

(3) Geny, *op. cit.*, t. II, n° 165, p. 119.

A l'aide de ce procédé l'interprète peut développer et élargir le système juridique organisé par le législateur. De la situation réglementée par la loi, il rapproche celles qui n'ont pas été prévues, il note les points de ressemblance qui existent entre elles, et si ces points de ressemblance sont assez nombreux pour qu'on puisse dire qu'il y a similitude fondamentale, il généralise la règle posée par le législateur et l'applique à tous ces cas.

72. — L'opération peut être plus ou moins compliquée. Tantôt, elle se présente dans toute sa simplicité, et consiste simplement à appliquer une disposition précise et formelle de la loi à d'autres cas identiques à celui qui a été réglementé (1).

Tantôt, et c'est surtout sous cette forme que l'emploi de ce procédé d'investigation rendra des services à l'interprète, il faut dégager les idées qui expliquent et justifient les solutions positives édictées par le législateur pour construire une théorie plus large qui embrassera tous les rapports de droit analogues à celui que le législateur a prévu (2). Dans ce cas,

(1) Par exemple, on décide que les articles 1429 et 1430 du Code civil, relatifs aux baux que le mari fait des immeubles de sa femme, sous le régime de la communauté, s'appliquent à tous les régimes matrimoniaux dans lesquels le mari est administrateur et usufruitier des biens de sa femme. Voir d'autres exemples dans Geny, *op. cit.*, t. I, p. 305, 306 ; t. II, p. 121, 122.

Les Allemands appellent cette première variété d'analogie *Gesetzes-analogie.*

(2) Les jurisconsultes allemands distinguent cette deuxième sorte d'interprétation analogique de la première, en l'appelant *Rechts-analogie.* On peut citer comme exemples, l'application à tous les contrats à titre onéreux des articles du titre de la vente (1625 et suiv.) qui décident que le vendeur doit garantie à l'acheteur, et celle de l'article 1384 à la responsabilité du fait des choses inanimées.

Mais le procédé de l'extension par voie d'analogie ne doit pas aller à l'encontre de la volonté du législateur. Les règles juridiques présentant un caractère exceptionnel résistent à l'application de ce procédé. Elles ont été établies pour une situation spéciale, et il faut bien se garder de leur donner une extension contraire à la volonté même de leurs auteurs. Ainsi, il ne serait pas possible d'appliquer, sous prétexte d'analogie, le principe du risque professionnel à d'autres cas que ceux que prévoit la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. Comp. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel,* Revue trim. de droit civ., 1902, n° 1, p. 106-107.

l'analogie opère non plus sur un texte isolé, mais sur un ensemble de textes régissant une situation juridique donnée, et elle les applique aux situations analogues.

Enfin, et par une extension tout à fait rationnelle de ce procédé, l'interprétation scientifique s'élèvera au-dessus de la sphère des dispositions formelles, pour remonter aux sources, aux idées premières dont elle découle. Elle s'efforcera, par un effort d'analyse, de découvrir les principes généraux, rarement aperçus et formulés par le législateur préoccupé surtout d'édicter des décisions de fait, principes qui dominent cependant l'organisation juridique. Puis, une fois en possession de ces règles d'ordre général, elle les mettra en mouvement, les combinera et leur donnera une vie nouvelle en en déduisant des conséquences inaperçues du législateur.

C'est en cela que consiste le rôle scientifique du jurisconsulte, c'est par ce travail d'induction et de déduction qu'il étend le domaine du Droit écrit, qu'il en rajeunit et féconde les diverses parties (1).

Ainsi par l'analogie, le Droit écrit garde sa vitalité ; son contenu augmente avec les besoins du milieu social, et, en même temps, par leur insertion dans le cadre législatif, les règles nouvelles prennent une certitude plus grande.

73. — Mais si féconde que soit la méthode déductive, elle ne doit pas être employée sans précaution. L'interprète doit prendre garde de se laisser entraîner à poursuivre trop rigoureusement, jusque dans leurs conséquences extrêmes, le développement des principes qu'il met au jour. Il aboutirait ainsi, par un abus de logique, à des solutions rigides, manquant de la qualité première que doit présenter toute règle de droit : l'exacte adaptation aux faits. Il déformerait la nature et les effets des rapports sociaux pour les plier sous le joug d'un

(1) Cf. Geny, *op. cit.*, t. II, n° 167 ; rappr. n° 68, n° 81 ; Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2e éd., t. III, §§ 44, 45, 46, p. 26 et suiv. ; Saleilles, *Le rôle de la méthode historique*, Revue internationale de l'enseignement supérieur, 1890, t. 19, p. 491 et s. ; Ch. Appleton, *Méthode de l'enseignement du droit*, Revue internanale de l'enseignement supérieur, 1891, t. XXI, p. 244 et s. ; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains, l'ancien droit*, 1891, p. 727 et 728.

principe ; il gênerait ainsi le commerce juridique, oubliant que le Droit doit, avant tout, s'accommoder aux besoins nouveaux, réglementer les rapports des hommes, mais non les entraver (1). Quand il y a contradiction entre la règle abstraite et les nécessités pratiques, la règle doit être laissée de côté. Quand donc le jurisconsulte se trouvera en face d'une institution nouvelle, et qu'il ne pourra, sans la déformer et lui enlever son utilité économique, la classer dans une des catégories dominées et alimentées par les principes du Droit formel, il devra abandonner ce terrain. Il en sera réduit à ses propres forces. La direction, dont il a nécessairement besoin pour donner à ses déductions un caractère positif, sera plus difficile à découvrir. Il devra chercher une base solide pour ses décisions dans l'observation des faits, dans l'étude des besoins du commerce juridique, dans les enseignements de l'histoire, qui lui montrera le sens dans lequel se fait l'évolution de chaque institution, dans les aspirations du milieu social, et aussi dans l'examen des solutions positives que lui offriront les législations des peuples arrivés au même degré de civilisation (2).

Ce n'est, du reste, que dans des cas exceptionnels, quand il sera en présence de rapports de droit entièrement nouveaux, qu'il ne pourra pas ranger dans une des catégories juridiques préexistantes, que le jurisconsulte se trouvera réduit à ces modes d'investigation qui laissent nécessairement une assez

(1) « C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du Droit. La vie ne doit pas se plier aux principes, ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique, qui réclament ce qui doit être, et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici. » Ihering, *Esprit du droit romain,* traduction Meulenaere, 2e éd., t. IV, § 69, p. 310.

Sur l'abus des constructions logiques, voir Geny, *op. cit.*, t. I, p. 43 et s., 124 et s., t. II, p. 82 et s. ; Saleilles, *Annales de droit commercial,* 1892, p. 287 ; Ihering, *Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain,* t. IV, Mélanges, traduction Meulenaere, 1902, p. 71 à 83, p. 309 à 382.

(2) Cf. Lambert, *Droit commun législ.,* introduction, t. I, p. 892 à 913 ; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel,* Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 109.

grande place à l'appréciation subjective et à l'arbitraire. Grâce au procédé si précieux de l'analogie et à l'emploi de la méthode déductive, il arrivera le plus souvent à trouver dans le système juridique en vigueur le point d'appui sur lequel il fondera ses solutions (1).

(1) M. Geny, *op. cit.*, fait une très large part à la libre recherche scientifique du juriconsulte, et il se préoccupe de donner à cette libre recherche des bases objectives prises dans la réalité des choses, afin d'éviter l'écueil du subjectivisme et de l'arbitraire. Cet écueil nous paraît redoutable et c'est pour cela que nous croyons qu'il faut restreindre fort étroitement cette liberté. Cette critique lui est également faite par MM. Tissier, compte rendu du livre de M. Geny, Revue bourguignonne, 1900, p. 175 et s. ; Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, p. 20 à 25 ; *Droit commun législatif*, introd., t. I, p. 34 à 38.

DEUXIÈME PARTIE

DES DROITS SUBJECTIFS

CHAPITRE UNIQUE

DROITS SUBJECTIFS. — DIVISION DES DROITS

§ 1. — *Classification et division des droits subjectifs.*
§ 2. — *Division des droits civils.*
§ 3. — *De l'action en justice.*
§ 4. — *Notion du patrimoine.*

§ 1. — Classification et division des droits subjectifs

74. — Droits absolus, droits relatifs. — Le droit subjectif est un intérêt d'ordre matériel ou intellectuel, protégé par le Droit objectif qui donne, à cet effet, à celui qui en est investi le pouvoir de faire les actes nécessaires pour obtenir la satisfaction de cet intérêt (1).

Les droits subjectifs sont de deux sortes : relatifs ou absolus.

Les droits relatifs sont ainsi dénommés parce qu'ils existent au profit d'une personne contre une autre personne déterminée. Ils s'analysent en un rapport d'obligation entre deux individus. Le type en est le droit de créance, ou lien existant entre un créancier et un débiteur, en vertu duquel ce dernier

(1) Voir ci-dessus, n° 2. Sur la notion de droit subjectif, lire les pages intéressantes de M. Geny, *Science et technique*, 3e partie, 1921, p. 212 et s.

est obligé soit de donner ou de faire quelque chose, soit de s'abstenir d'un acte déterminé qu'il aurait la faculté d'accomplir, s'il n'était pas débiteur. De même, le droit de puissance des père et mère sur les enfants rentre dans cette catégorie.

Au contraire, les droits absolus ne consistent pas dans un rapport d'obligation entre deux personnes. Ce sont à proprement parler des prérogatives accordées à un individu et sanctionnées par le Droit objectif, en dehors de tout lien juridique unissant cette personne à autrui. C'est de cette différence qu'ils tirent leur nom. On dit aussi, pour les distinguer des précédents, qu'ils existent *erga omnes*. L'exemple le plus parfait est le droit de propriété qui confère à son titulaire le pouvoir d'user, de jouir d'une chose et d'en tirer tout le profit qu'elle peut donner, à l'exclusion de tout autre. En dehors du patrimoine, cette catégorie comprend les droits politiques et les droits publics.

75. — Division des Droits. Droits politiques. Droits civils. — Les droits se divisent en deux classes : les droits politiques et les droits civils.

Les *droits politiques* font participer l'individu au gouvernement de son pays (1) ; ainsi le droit de suffrage politique, le droit d'être juré, d'être investi d'une fonction publique, etc. Ils n'appartiennent pas à tous les individus, mais seulement à ceux auxquels la Constitution et la loi en accordent la jouissance et l'exercice. L'article 7 du Code civil dit qu'ils s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales. Pour en jouir, il faut être majeur et appartenir au sexe masculin.

Les *droits civils* forment la sphère d'activité garantie à l'individu par le Droit objectif. A la différence des précédents, ils appartiennent à toute personne, sans distinction d'âge, ni de sexe, ni même de nationalité. L'article 8 semble en réserver la jouissance aux Français, mais en réalité ils appartiennent également aux étrangers, voir *infrà* n° 118, car l'homme ne peut

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 7e éd., p. 549 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, n° 45.

participer à la vie sociale qu'autant qu'il jouit dans ses rapports avec ses semblables, au milieu desquels il vit, de certains droits indispensables, droits de faire respecter sa liberté, sa personnalité, d'acheter, de vendre, d'être propriétaire, etc. Un homme peut vivre sans droits politiques, il ne le peut pas sans droits privés.

§ 2. — Division des droits civils

Les droits civils se divisent en trois groupes : les droits publics, les droits du patrimoine et les droits de famille.

76. — I. — **Droits publics.** — Ce sont les droits nécessaires à l'individu pour la protection de sa personnalité. Ils assurent à l'homme le libre développement de sa liberté, sous les différentes formes sous lesquelles elle peut se manifester, et dans les limites établies par la loi. Ils protègent la liberté de l'individu au point de vue matériel, en reconnaissant l'inviolabilité de sa personne et de son domicile, en lui garantissant la faculté de travailler, de devenir propriétaire, etc. Au point de vue intellectuel, ils défendent sa liberté de penser, sa liberté religieuse, etc. (1).

Au XVIII[e] siècle, on les appelait *droits naturels*, ou *droits de l'homme*, parce qu'on considérait qu'ils avaient leur source dans l'état d'indépendance primitive de l'homme, indépendance à laquelle celui-ci n'avait renoncé qu'en partie en entrant dans la société.

On leur donne aujourd'hui le nom de *droits publics*, ou *encore*, suivant une expression récente, celui de *droits de la personnalité* (2).

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 7[e] éd., p. 544 et s. ; Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 187 et s.

(2) Voir Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, p. 96. V. aussi, E.-H. Perreau, *Des droits de la personnalité*, Rev. trim. de Droit civ., 1909, p. 501-536.

Ce sont les chartes de 1814 et de 1830 qui remplacèrent les termes de « droits de l'homme » par ceux de « droits publics ».

En fait, l'étude de ces droits relève du Droit public, sauf le droit de propriété qui, à cause de son importance dans les transactions humaines, rentre dans le Droit civil.

77. — II. — **Droits du patrimoine.** — Les droits du patrimoine sont des droits pécuniaires, ce qui veut dire qu'ils aboutissent, en dernière analyse, à procurer à leurs titulaires des avantages appréciables en argent. Ils se subdivisent eux-mêmes en trois classes : les droits de créance, les drois réels, les propriétés incorporelles.

78. — **1° Droits de créance.** — Le droit de créance ou obligation est un rapport entre deux personnes (1), en vertu duquel l'une d'elles, le débiteur, est obligé d'accomplir au profit de l'autre, le créancier, une prestation consistant à donner, à faire ou à ne pas faire. Prenons pour exemple la vente d'un fonds de commerce. Le vendeur s'oblige à transférer à l'acheteur tous les éléments constituant le fonds de commerce (marchandises, matériel, clientèle, marque, droit au bail) et, en outre, à ne pas lui faire concurrence dans l'avenir. Il contracte donc à la fois des obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Quant à l'acheteur, il s'oblige à payer le prix convenu.

L'obligation peut aussi résulter de la loi. Ainsi, celui qui cause un dommage à autrui par sa faute est obligé de le réparer (art. 1382, C. civ.).

L'obligation, on le voit, se présente sous deux faces, elle est à la fois créance et dette.

79. — 2° **Droits réels.** — Les droits réels ont pour objet les choses du monde extérieur : fonds de terre, constructions, choses inanimées, animaux. On les appelle droits réels ou *jura in re*, parce qu'ils portent directement sur ces choses, à la différence du droit de créance qui est un droit du créancier contre le débiteur. Ils mettent leurs titulaires en contact im-

(1) Les auteurs emploient aussi l'expression de *droits personnels* qu'ils opposent à celle de droits réels, mais il faut éviter de s'en servir parce qu'elle est ambiguë. En effet, les mots droits personnels servent également à désigner certains droits qui sont attachés à la personne de leur titulaire et s'éteignent avec lui, par opposition aux autres droits qui sont au contraire transmissibles aux héritiers. En ce sens, l'usufruit, droit réel, est un droit personnel.

médiat avec les choses, abstraction faite de toute autre personne (1).

Les droits réels se subdivisent en deux catégories qu'il est important de bien distinguer pour la clarté des idées : les droits réels principaux et les droits réels accessoires à une créance.

80. — A. *Droits réels principaux.* — Les droits réels principaux consistent dans le pouvoir d'user et de jouir, pour totalité ou pour partie seulement, des avantages qu'une chose est susceptible de procurer.

81.— Le plus complet, le plus étendu de ces droits est *la propriété*, que l'article 544 du Code civil définit 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. Ce pouvoir est si étendu qu'on le matérialise dans la chose elle-même et qu'on dit couramment ma terre, ma maison, mon cheval, en parlant de la chose dont on est propriétaire.

(1) Le droit réel suppose bien, si l'on veut, un rapport entre personnes, en ce sens que tout individu est obligé de respecter le pouvoir que j'exerce sur la chose. Quelques auteurs, Planiol *Traité élémentaire*, t. I, n° 2159 ; Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911, p. 411 et suiv., donnant à cette remarque une importance exagérée, ont proposé d'abandonner la définition traditionnelle et de dire : un droit réel est un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. A notre avis, cette définition est mauvaise et doit être rejetée. D'abord, l'obligation purement négative à laquelle elle fait allusion n'est pas un vrai lien juridique, comme l'obligation née du droit de créance ; c'est l'expression pure et simple de ce principe que nous ne devons pas empiéter sur la liberté d'autrui. En se plaçant à ce point de vue, on peut dire que tous les hommes sont tenus de l'obligation de ne pas porter atteinte à la libre activité de leurs semblables, mais à quoi cela sert-il ? Et n'est-ce pas détourner le mot obligation de son vrai sens juridique que de lui donner cette signification ? Ce qui fait naître l'obligation proprement dite, c'est précisément le fait de porter atteinte au droit d'autrui ou de se lier à autrui par un contrat. De plus, il ne nous paraît pas possible de définir le droit réel sans parler de l'objet sur lequel il porte, car c'est là l'idée essentielle. Aussi la définition proposée est-elle si vague, si imprécise qu'elle pourrait s'appliquer à tous les droits absolus. Baudry-Lacant. et Chauveau, *Des biens*, n° 3 ; Hauriou, *Principes de Droit public*, p. 104, note 1, 167 et s., ; Geny, *Science et technique*, 3e partie, 1921, p. 232 à 242 ; Planiol, Ripert et Picard, *Des biens*, nos 36 à 40.

82. — Les autres droits réels principaux sont des droits existant au profit d'une personne sur une chose dont une autre est propriétaire. Ils constituent donc des démembrements du droit de propriété. Leur nombre est limitativement fixé par la loi. Ce sont : l'*usufruit*, droit viager, qui consiste à jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance (art. 578, C. civ.) ; l'*usage* et l'*habitation*, qui sont des usufruits restreints (art. 630 et 632 C. civ.) ; les *servitudes*, ou charges imposées sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire (art. 637 C. civ.), (comme les servitudes de vue, de ne pas bâtir, de passage, etc.); l'*emphytéose*, variété de bail à long terme, qui donne à l'emphytéote un droit réel sur l'immeuble qui lui a été remis à bail.

83.— B. *Droits réels accessoires.* — Le rôle de ces droits consiste à garantir une créance. Pour en saisir l'utilité, il faut d'abord savoir quels sont les droits des créanciers sur les biens de leur débiteur.

Les obligations dont une personne est débitrice donnent aux créanciers le droit de poursuivre tous ses biens : quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents et à venir (1). On exprime cette règle en disant que les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Ce droit de gage permet aux créanciers de saisir et de faire vendre les biens de leur débiteur, si celui-ci n'exécute pas ses obligations. Ce droit de gage ne constitue pas un droit réel, il s'exerce seulement sur les droits pécuniaires qui appartiennent au débiteur au moment où le créancier engage ses poursuites. Le créancier ne peut plus saisir les biens que le débiteur a aliénés, c'est-à-dire transmis à un tiers. Le débiteur peut vendre ses biens, les donner, en acquérir d'autres. Les éléments du patrimoine sont choses fongibles, et les créanciers ne peuvent saisir que ceux qui s'y trouvent au moment où ils agissent.

Il résulte de là que tous les créanciers d'un débiteur ont des

(1) Art. 2092, C. civ.

droits égaux sur son patrimoine, sans qu'il y ait à tenir compte ni de l'époque à laquelle leur créance est née, ni de la façon dont le patrimoine était composé à cette époque. Donc, si le prix des biens est insuffisant pour les payer intégralement, ils viendront tous en concurrence, au marc le franc de leurs créances respectives (1).

84. — Les droits réels accessoires protègent précisément le créancier contre ce risque d'insolvabilité. Ce sont : l'hypothèque, le nantissement, le privilège.

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (2) ; elle peut être conventionnelle, c'est-à-dire stipulée par le créancier sur un ou plusieurs immeubles de son débiteur, ou légale, c'est-à-dire accordée par la loi elle-même (3). ou enfin judiciaire (4).

Le gage, ou nantissement d'un meuble, consiste dans la remise d'un objet mobilier que le créancier conserve jusqu'à son entier paiement (5).

Enfin, le privilège est un droit réel qui peut porter sur tous les biens du débiteur, ou sur un de ses meubles ou un de ses immeubles, et que la loi attache à certaines créances qu'elle juge dignes de cette faveur (6).

85. — Ces droits réels donnent au créancier le précieux avantage d'être payé sur le prix du ou des biens qui en sont grevés avant tout autre créancier. C'est là le *droit de préférence* qui constitue la garantie du créancier et différencie sa condition de celle des créanciers ordinaires (appelés chirographaires), lesquels sont, comme nous l'avons dit, payés au marc le franc en cas d'insuffisance de l'actif du débiteur.

En outre et en second lieu, lorsque le droit réel accessoire porte sur un immeuble (hypothèque, privilège immobilier), il donne au créancier le *droit de suite,* c'est-à-dire le droit

(1) Art. 2093, C. civ.
(2) Art. 2114, C. civ.
(3) Art. 2121, C. civ.
(4) Art. 2123, C. civ.
(5) Art. 2073, C. civ.
(6) Art. 2095, C. civ.

de saisir l'immeuble, même quand il a été aliéné par le débiteur et est devenu la propriété d'un tiers. Le droit de suite vient ainsi compléter et renforcer le droit de préférence, en permettant au créancier d'exercer celui-ci quand même l'immeuble n'appartient plus à son débiteur.

Le droit de préférence et son complément le droit de suite constituent donc les deux avantages que le droit réel accessoire procure au créancier (1).

86. — *Comparaison du droit réel et du droit de créance.* — Le droit réel est un droit absolu, opposable à tout le monde ; chacun est tenu de s'abstenir de tout acte qui pourrait en entraver l'exercice. L'obligation, au contraire, est un droit relatif qui existe à l'encontre d'une personne déterminée, le débiteur. Le débiteur n'est pas seulement tenu d'un devoir d'abstention analogue à celui qui forme la contre-partie du droit absolu. Il est obligé, soit d'accomplir une prestation déterminée, soit de s'abstenir d'un acte qui lui serait permis, s'il n'était pas engagé dans les liens de l'obligation. La charge qui pèse sur lui est une vraie dette, puisqu'elle représente une valeur pécuniaire pour le créancier.

Dans la plupart des cas, le droit de créance a pour but final de faire obtenir au créancier une chose que le débiteur devra lui remettre. Par exemple : je vous ai prêté 1.000 francs ; j'ai contre vous un droit de créance qui a pour objet le remboursement de l'argent prêté. Aussi appelle-t-on quelquefois le droit de créance, *jus ad rem*, pour montrer que ce droit tend à procurer à son titulaire la propriété d'une chose par l'intermédiaire d'un tiers (2). Mais il n'en est pas toujours

(1) Ordinairement les auteurs indiquent ces deux attributs, droit de préférence, droit de suite, comme étant attachés aussi bien aux droits réels principaux qu'aux droits réels accessoires. Mais c'est une façon inexacte de présenter les choses, car le droit de préférence qui est le droit essentiel suppose, par son effet même, un conflit entre créanciers d'un même débiteur, et par conséquent un droit réel accessoire à une créance.

(2) « Le droit réel, dit très bien Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11e édit., t. I, n° 1335, est un droit acquis, établi dès à présent sur une chose ; le droit personnel est un titre pour avoir une chose, un acheminement vers le droit réel. Ainsi, quand je suis propriétaire, j'ai un droit acquis sur une chose ; mon droit

ainsi ; l'obligation dont le débiteur est tenu peut avoir pour objet, non pas la remise d'une chose, mais un fait ou une abstention représentant pour le créancier un intérêt appréciable en argent.

Enfin, même quand le rapport d'obligation a pour objet une chose que le débiteur s'oblige à remettre entre les mains du créancier, il se peut que le débiteur conserve intact son droit de propriété sur cette chose, et ne transmette au créancier que la faculté de s'en servir pendant un temps plus ou moins long. Tel est l'effet du contrat de louage (1) ou du prêt à usage (2). Le locataire, l'emprunteur à usage pourront user de la chose pendant le délai fixé par la convention, mais elle reste la propriété du bailleur, du prêteur, et le locataire ou l'emprunteur ne font que la détenir au nom de ceux-ci.

87. — Cette distinction entre les droits réels et les droits de créance est fondée sur la nature même des choses et se rencontre dans toutes les législations. Il est facile d'apercevoir les liens étroits qui rattachent l'un à l'autre ces deux groupes. D'abord l'objet de chacun de ces droits représente une valeur, c'est-à-dire un intérêt appréciable en argent, et constitue, par conséquent, un bien susceptible de figurer dans le patrimoine. En second lieu, dans un Etat civilisé, la plupart des choses est *réel*. Si quelqu'un est obligé de me rendre propriétaire d'une chose qu'il se propose d'acquérir, j'ai un titre pour acquérir cette chose ; mon droit est *personnel ;* il sera réel au contraire, lorsque mon débiteur m'aura, par l'exécution de son obligation, procuré le droit qu'il m'a promis. »

De son côté, Pothier définit ainsi le droit réel et le droit personnel : « *Le jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient au moins à certains égards. *Le jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner. » *Traité du droit de domaine de propriété,* n° 1, éd. Bugnet, t. IX, p. 101.

Ces expressions *jus in re, jus ad rem,* ne sont pas romaines. Elles ont été empruntées par les interprètes du Droit romain aux canonistes qui les employaient au sujet de la collation des bénéfices. V. Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens,* L. 4, ch. 9, § 8, note 2 de Barbeyrac. Voir aussi une dissertation de Thomasius, *Philosophia juris de obligationibus,* ch. 2, § 115.

(1) Art. 1708 et suiv. C. civ.

(2) Art. 1875 et suiv. C. civ.

ayant une valeur pécuniaire sont l'objet d'une appropriation individuelle, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'un homme peut s'emparer par voie d'occupation d'un bien n'appartenant à personne et acquérir directement et immédiatement un droit sur ce bien. Pour devenir propriétaire, il faut recevoir la propriété d'une autre personne, et, pour cela, il faut préalablement qu'entre les deux intéressés se forme un rapport d'obligation, en vertu duquel l'acquéreur pourra exiger que l'aliénateur lui transfère son droit sur la chose. Le droit de créance est donc, en principe, le préliminaire obligatoire du droit réel.

Le contact entre ces deux parties du Droit du patrimoine est encore plus intime dans notre législation moderne qu'il ne l'était à Rome et dans notre ancienne France. A Rome, le Droit des obligations et le Droit des biens étaient nettement séparés ; ils avaient l'un et l'autre leurs institutions propres. Les actes qui transféraient ou faisaient acquérir un droit réel étaient des actes spéciaux, différents de ceux qui faisaient naître une créance. Ainsi le contrat de vente engendrait pour le vendeur l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue. L'acheteur devenait créancier, mais non propriétaire. Le transfert de propriété ne se réalisait que par un acte juridique d'un genre spécial, *mancipatio, in jure cessio* ou *traditio* (1). Chez nous, au contraire, les mêmes actes juridiques font naître des obligations et opèrent le transfert des droits réels. Toutes les fois que la vente a pour objet un corps certain, elle transporte de plein droit, du jour où le contrat est conclu, la propriété de la chose vendue à l'acheteur (2).

Mais il ne faut pas oublier que la créance peut avoir pour objet autre chose que l'acquisition d'un droit réel, c'est-à-dire l'accomplissement d'un acte ou d'une abstention. Dans ce cas,

(1) Cf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 6e éd., p. 290 et s.

(2) Art. 1138, art. 1583, C. civ. L'article 1138 du Code civil exprime ainsi ce résultat : « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. *Elle rend le créancier propriétaire* et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite... »

le but final du droit de créance n'est pas de procurer au créancier un *jus in re*.

88. — *Détermination de l'objet du droit réel et du droit de créance.* — Le droit réel étant, comme le dit Pothier, un droit dans la chose, ne peut porter que sur un objet individuellement déterminé. Ainsi, je ne puis avoir la propriété d'une chose qu'autant qu'elle est déterminée dans son individualité, puisque ce droit donne le pouvoir de se servir de la chose et d'en faire tel usage que l'on veut.

Au contraire, le droit de créance peut avoir pour objet une prestation consistant dans la livraison d'une chose qui n'est déterminée que dans son genre.

Exemple : Vous me vendez un des tonneaux de vin qui sont dans votre cave. Je ne deviendrai propriétaire que le jour où nous aurons déterminé quel est le tonneau que vous m'avez vendu, car il est évident que, jusqu'à ce moment, je ne puis pas dire : je suis propriétaire de tel tonneau de vin. Mais, à partir du jour où nous avons contracté, j'ai acquis contre le vendeur un droit de créance, qui a pour objet une chose déterminée seulement dans son genre, un des tonneaux qui sont dans la cave.

89. — 3° **Propriétés incorporelles ou droits intellectuels.** — En dehors des droits réels et des droits de créance, il y a un troisième groupe de droits pécuniaires dont les principaux sont les suivants :

A. *La propriété littéraire et artistique*, ou droit des auteurs et des artistes sur leurs œuvres (écrits, tableaux, statues, gravures, partitions). Le créateur est non seulement propriétaire de son œuvre, il a en outre le droit de la publier, c'est-à-dire d'en vendre les reproductions. A la différence de la propriété, ce droit est temporaire, il s'éteint cinquante ans après la mort de l'auteur (1). Les œuvres littéraires et artistiques doivent, au bout d'un certain temps, s'ajouter au patrimoine intellectuel de l'humanité, auquel elles ont été puisées, du reste, dans une large mesure.

(1) Loi du 14 juillet 1866.

B. *La propriété industrielle,* qui comprend le droit des commerçants et industriels sur leur nom, sur leur clientèle, leurs marques, leurs dessins et modèles de fabrique, et le droit de l'inventeur sur sa découverte.

Ce dernier droit ou droit exclusif de l'inventeur d'exploiter à son profit sa découverte ou invention est restreint à un temps bien plus court que celui des auteurs. La durée des brevets d'invention a été fixée par la loi du 5 juillet 1844 à cinq, dix ou quinze années.

C. *Les offices ministériels.* On désigne sous ce nom les charges de notaires, avoués, greffiers, huissiers, avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, agents de change, commissaires-priseurs. Ces charges, étant des fonctions publiques, ne sont pas aujourd'hui la propriété de leurs titulaires, mais la loi de finances du 28 avril 1816, article 91, a conféré à ceux-ci le droit de présenter un successeur à la Chancellerie et de se faire payer par celui qu'ils présentent ainsi une somme équivalente à la valeur de leur office. Les officiers ministériels ont donc en définitive le droit de céder, moyennant argent, leur office.

Ces différents droits ressemblent aux droits réels en ce qu'ils sont absolus, mais ce ne sont pas des droits réels, car ils ne portent pas sur une chose du monde extérieur. L'expression de propriété qu'on leur applique est inexacte, car l'idée, l'invention, la clientèle, l'office ministériel, etc., ne sont pas susceptibles d'un droit de propriété comme les choses matérielles.

90. — III. — **Droits de famille.** — Enfin, il y a un troisième groupe de droits privés. Ce sont ceux qui naissent des rapports de famille, de la qualité d'époux, de parent, d'allié, d'enfant ou de père adoptifs. A la différence des précédents, ces droits sont inhérents à la personne et ne sont pas susceptibles de succession. Leur ensemble forme l'état de chaque individu et sert à distinguer sa personnalité de celle des autres hommes. Les droits de famille présentent un caractère particulier qui les sépare profondément des autres. Ils sont à la fois des droits et des devoirs, c'est-à-dire qu'ils constituent non seulement des prérogatives, mais imposent en outre à

celui auquel ils appartiennent certaines obligations corrélatives (1).

Par exemple, les droits qui résultent du mariage engendrent en même temps des obligations pour chaque époux. L'article 214 du Code civil met bien en relief ce double caractère quand il dit : « 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 ». De même, le droit de puissance paternelle n'est qu'une des faces du rapport qui unit les enfants et les parents ; à l'autre face, se trouve le devoir qui incombe aux parents d'élever et de nourrir les enfants.

Au fond, ce ne sont pas à proprement parler des droits, mais des rapports entre personnes réglementés à la fois par le Droit et par la Morale.

La classe des droits de famille ne comprend que les rapports de personne à personne unies par les liens de la parenté. Les rapports de famille créent en outre des droits pécuniaires, tels que le droit de succession, le droit à des aliments. Ces droits sont des conséquences des relations de famille, mais ils font partie des droits de patrimoine.

§ 3. — De l'action en justice

91. — Tout droit emporte avec lui l'idée de contrainte et donne naissance à une action qui permet de poursuivre devant

(1) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 41 ; Goudsmit, *op. cit.*, § 18, note 1 : « La famille n'est pas uniquement, ni même principalement un rapport de droit. Elle reçoit ses règles directement de la loi morale. Elle impose des devoirs et ne confère pas de droits, et ces devoirs ont pour objet, moins une conduite déterminée à tenir extérieurement, que la mise en œuvre d'un certain sentiment. Le Droit trouve la famille ainsi réglée et s'efforce de procurer, autant que possible, une consécration extérieure aux prescriptions d'ordre moral qui se manifestent en elle spontanément. En tant que par là il ordonne alors à l'un de soumettre sa volonté à l'autre, on peut dire qu'il confère à celui-ci un droit. Mais un pareil droit reste cependant bien différent de tous les autres. Il a sa source première dans le devoir ; le devoir est ici le principal, le droit n'est que la conséquence, tandis qu'aucun autre droit ne présente ce caractère ; aucun ne naît du devoir ; tous, au contraire, préexistent au devoir et l'engendrent. »

les tribunaux toute violation de l'obligation corrélative, commise par ceux qui en sont tenus. L'action est donc la sanction du droit. Elle prend naissance dès que le droit est contesté.

On dit ordinairement que l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même exercé en justice, le droit à l'état de lutte (1). Mais cette analyse n'est pas très exacte. Il ne faut pas confondre l'action avec le droit qu'elle garantit (2).

L'action constitue un élément distinct, accessoire du droit qui l'engendre. Ainsi, le propriétaire, troublé dans l'exercice de son droit, a deux sortes d'actions pour se défendre, les actions possessoires et l'action en revendication (3).

En outre, le droit peut se trouver, dans certains cas, privé de l'action. Le créancier qui reste pendant 30 ans sans poursuivre son débiteur, ne peut plus réclamer le payement de la dette ; son action est paralysée par la prescription extinctive (4). Le droit du créancier survit, mais à l'état de droit imparfait, puisqu'il est dépourvu de son principal avantage (5).

Enfin, l'action n'accompagne pas toujours un droit déterminé. La loi, dans certains cas, donne une action à une personne, alors même qu'elle n'a pas un droit spécial à défendre. Ainsi le simple possesseur du bien d'autrui, qui n'a aucun droit sur cette chose, jouit cependant, sous certaines conditions, des actions possessoires.

De même, il y a des cas dans lesquels une personne possède une action pour faire prononcer par la justice la nullité, la

(1) Goudsmit, *op. cit.*, § 87 ; Garsonnet, *Traité de procéd. civ.*, t. I, n° CXVI ; Baudry-Lacant. et Chauveau, *Des biens*, n° 98.

(2) Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique.* Procédure civile, 1925, t. I, n° 172, t. I, p. 423 ; Japiot, *Les actions et demandes en justice*, Rev. trim. de droit civ., 1915, p. 419.

(3) De même, l'action Paulienne (art. 1167, C. civ.) qui permet aux créanciers de demander la révocation des actes frauduleux passés par leur débiteur est distincte de leur droit de créance.

(4) Art. 2262, C. civ.

(5) On dit, en pareil cas, que l'obligation est *naturelle.* Le débiteur ne peut pas être contraint à payer, mais s'il lui répugne de se prévaloir de la prescription et qu'il acquitte volontairement sa dette, le paiement est valable (art. 1235, 2° C. civ.). Cf. Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1925, t. I, n° 175, p. 429 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, § 297 ; Baudry-Lacant. et Barde, *Des obligations*, t. II, n°s 1652 et s.

révocation ou la résolution d'un acte juridique. Par exemple, celui qui contracte sous l'empire d'une erreur qui vicie son consentement, peut demander la nullité du contrat. L'action naît alors directement au profit de la personne ; elle constitue un droit indépendant ; elle ne se présente plus comme l'accessoire et la garantie d'un autre droit.

Lorsque l'action accompagne un droit déterminé, ce qui est le cas ordinaire, elle lui est indissolublement attachée. On ne comprendrait pas, en effet, qu'elle pût en être séparée. Elle s'éteint nécessairement avec lui. Elle a aussi la même nature que le droit. Elle est personnelle ou réelle, suivant qu'il s'agit d'un droit de créance ou d'un droit réel.

§ 4. — Notion du patrimoine (1)

92. — L'ensemble des rapports de droit, appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne, forme le patrimoine de cette personne (2).

Le patrimoine comprend donc tous les biens qui appartiennent à un homme et toutes les obligations, représentant une valeur pécuniaire, dont il est tenu vis-à-vis d'autrui. Les biens sont la partie active, les dettes le passif du patrimoine.

Au contraire, restent en dehors du patrimoine les droits qui n'ont pas un caractère pécuniaire : les droits de famille, puissance paternelle, puissance maritale, et les droits inhérents à l'individu ou droits publics. Cependant la violation de ces derniers droits engendre une action civile en réparation contre le coupable, action qui présente un caractère pécuniaire et rentre, à ce titre, dans le patrimoine.

Le patrimoine représente une universalité juridique indépendante des éléments qui le composent. Les modifications qui se produisent dans le nombre de ces éléments, les fluctuations qui augmentent ou réduisent le passif ou l'actif, n'altèrent pas le caractère de cette universalité et ne l'empêchent

(1) Cons. Demogue, *Notions fondam. de droit privé*, p. 383 et s. ; Gazin, *Etude critique de la notion de patrim.*, thèse, Dijon, 1910 ; Aubry et Rau, 5e édit., t. IX, § 333 et suiv. Planiol, Ripert et Picard, *Des biens*, n° 15.

(2) Regelsberger, *Pandekten*, § 25.

pas de subsister comme entité distincte. Les droits qui composent le patrimoine peuvent s'éteindre et être remplacés par d'autres ; les dettes peuvent également disparaître et faire place à de nouvelles dettes ; il peut même arriver que la somme des obligations dépasse la valeur du montant des biens, que le passif soit supérieur à l'actif ; toutes ces transformations ne modifient pas l'unité et l'existence du patrimoine. Bien plus, il subsiste même quand il n'y a ni droits ni obligations ; l'enfant qui vient de naître a un patrimoine ; toute personne a nécessairement un patrimoine.

On peut se demander quel intérêt il y a à faire ainsi de l'ensemble des obligations et des biens présents et futurs d'une personne une unité, une entité, au lieu de considérer seulement chacun des biens et chacune des obligations. Cet intérêt se présente à deux points de vue principaux : en premier lieu, comme nous l'avons déjà dit, les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire un droit qui frappe tous ses biens présents et à venir. En second lieu, au moment de la mort de la personne, le patrimoine se trouve définitivement fixé ; il n'est plus susceptible de s'accroître ni de diminuer, il va passer tel quel aux héritiers du défunt, et se fondre dans le leur propre. Insistons un peu sur ce second point.

93. — *Transmission du patrimoine au décès de la personne.* — Au décès de la personne, le patrimoine ne disparaît pas, il conserve son unité et, sous le nom d'hérédité, il est transmis automatiquement aux successeurs du défunt. Les jurisconsultes romains avaient imaginé une fiction pour expliquer que l'hérédité pût ainsi conserver son unité, après la mort du propriétaire et jusqu'au jour où elle était dévolue à un héritier. Ils la considéraient comme une personne morale, de telle sorte que, durant la période où elle était sans maître, elle devenait elle-même, le sujet des droits et des obligations dont elle était composée. *Hereditas personam domini sustinet ; dominus hereditas habibetur* (1). Dans notre Droit, cette fic-

(1) Lois 13, 2, D., *Ad leg. aquil.*, IX, 2 ; 31, t. I, D., *De hered. ins.*, XXVIII, 5 ; 9, C., *Depositi*, IV, 34; etc.

tion est devenue inutile, parce que la transmission du patrimoine s'opère immédiatement, au moment de la mort, de la tête du défunt sur celle de ses successeurs.

L'hérédité peut être dévolue à une ou plusieurs personnes. Cette dévolution s'opère, soit par voie de succession *ab intestat* ou légitime, soit par voie de succession testamentaire.

Dans la succession *ab intestat*, c'est la loi qui détermine quelles sont les personnes appelées à recueillir l'hérédité.

Dans la succession testamentaire, c'est le propriétaire lui-même qui désigne les personnes auxquelles il veut transmettre ses biens.

Cette transmission s'applique non seulement aux biens mais aux obligations. Les successeurs à titre universel sont tenus d'acquitter les dettes du défunt.

TROISIÈME PARTIE

DES PERSONNES OU SUJETS DES DROITS

GÉNÉRALITÉS

94. — Le mot *personne* est, dans la langue juridique, synonyme de sujet de droit ; il désigne l'aptitude à acquérir des droits. Seul, parmi les êtres vivants, l'homme a cette aptitude ; seuls ses intérêts font l'objet de la réglementation établie par le Droit (1).

Tous les hommes sont des personnes, et tant qu'ils vivent, il n'y a pas d'événements qui puissent leur enlever cette qualité, parce que le Droit moderne la considère comme inhérente à la nature humaine.

Cependant, jusqu'en 1854, les condamnations à mort, aux travaux forcés à perpétuité, à la déportation, emportaient la mort civile (2). La mort civile était une fiction qui enlevait au condamné qu'elle atteignait la plupart de ses droits et le supprimait, pour ainsi dire, de la société. Toutefois, comme le mort civilement vivait encore de la vie physique (3), il conservait la jouissance et l'exercice des droits indispensables à la défense et au soutien de sa vie ; il pouvait passer avec autrui des contrats à titre onéreux, devenir propriétaire, recevoir des donations pour cause d'aliments, agir en justice par le ministère d'un curateur pour défendre les droits qui lui

(1) Il y a pourtant des lois qui protègent les animaux domestiques contre les mauvais traitements. Telle est, en France, la loi du 2 juillet 1850, dite loi Grammont. Mais ces lois ne confèrent pas un droit à ces animaux. Elles relèvent du Droit pénal ; elles punissent les actes de brutalité commis contre les animaux domestiques, parce que ces actes dénotent chez leurs auteurs de mauvais instincts qu'il faut réprimer.

(2) Code civil, livre I, art. 22 à 33, abrogés par la loi du 31 mai 1854.

(3) La mort civile frappait même le condamné à mort qui était exécuté.

restaient. Bien que privé de la jouissance de la plupart des droits civils, il était néanmoins une personne, et ceci montre bien que, dans la conception moderne du droit, la personnalité est un attribut inséparable de la qualité d'homme.

Dans les législations anciennes, il n'en était pas ainsi. L'esclave n'était pas une personne ; il ne jouissait ni des droits de famille ni des droits de patrimoine ; c'était une chose, et, à ce titre, il pouvait, comme les animaux, être l'objet d'un droit de propriété (1).

Aujourd'hui, l'esclavage est aboli (2) dans toutes les colonies françaises ; mais, avant même l'abolition définitive, les esclaves avaient été rangés dans la classe des personnes par la loi du 24 avril 1833, concernant le régime législatif des colonies, art. 3, 4° et 5°, et par l'ordonnance du 4 août 1833. La loi du 18 juillet 1845, concernant le régime des esclaves aux colonies, leur avait même attribué une capacité juridique assez étendue.

95.— Les hommes ne sont pas seuls des sujets de droits. Les groupements sociaux auxquels ils appartiennent, Etat, commune, associations de tous genres formées dans un but d'intérêt général ou privé, jouent dans la société un rôle prépondérant. Ils sont indispensables à l'homme, et, pour assurer le fonctionnement de ces groupes et de ces œuvres, il est nécessaire de leur donner le pouvoir de participer à la vie juridique. Du reste, s'ils ne sont pas des êtres réels, ils sont formés par la réunion et la collaboration d'êtres humains, et constitués pour la satisfaction de besoins qui exigent l'union des efforts. Il n'est donc pas contradictoire de leur accorder la personnalité. On les appelle des *personnes morales*, ou des *personnes juridiques*, parce qu'ils sont des êtres abstraits, dépourvus d'existence physique.

Il faut donc distinguer deux catégories de personnes : les personnes physiques et les personnes juridiques.

(1) Cependant, même dans les législations primitives, on ne méconnaît pas absolument la qualité d'être humain qui appartient à l'esclave, et cette qualité est la source de tempéraments qui constituent déjà une reconnaissance de sa personnalité. — Voir Girard, *Manuel de droit romain*, 6e éd., p. 96 et suiv.

(2) Décret du 27 avril 1848.

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES PHYSIQUES

§ 1. — *Commencement de la personnalité.*

§ 2. — *Fin de la personnalité. Notion de l'absence.*

§ 3. — *Du domicile.*

§ 4. — *De l'état des personnes. — Eléments qui le constituent : Nationalité, Famille. — Du nom des personnes.*

§ 5. — *Capacité des personnes. — Jouissance et exercice des droits. — Causes des incapacités d'exercice : âge, état de femme mariée, infirmités physiques ou morales. — Influence des condamnations pénales sur la capacité.*

§ 1. — Commencement de la personnalité

96. — Les personnes physiques jouissent des droits civils pendant leur existence. Avant leur naissance et après leur mort, elles ne peuvent être titulaires d'aucun droit, car elles n'ont pas encore ou elles n'ont plus la personnalité.

C'est le moment de la naissance qui marque le commencement de la personnalité, c'est-à-dire le moment « où la créature humaine est complètement séparée de sa mère » (1).

Mais, pour que l'enfant qui vient au monde constitue une personne, au point de vue de la vie juridique, il faut deux conditions, auxquelles le Code civil fait plusieurs fois allusion (2) :

1° Il faut qu'il naisse vivant ;

2° Il faut qu'il naisse viable.

1° Il faut qu'il naisse *vivant*. Les enfants morts-nés ne sont pas considérés comme des personnes. La question de savoir si le nouveau-né a vécu se décide « d'après le témoignage de ceux

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § LXI.
(2) Art. 314, 3° ; 825, 2° ; 906, 3° C. civ.

qui ont assisté à l'accouchement et d'après les procédés d'investigation qu'indique la médecine légale » (1).

2° Il faut qu'il naisse *viable*. Plusieurs articles du Code exigent cette condition (2). L'enfant né viable est le seul qui puisse recueillir une succession, recevoir une donation, et être l'objet d'un désaveu de paternité. Par conséquent, il s'agit là d'une condition distincte de la précédente. L'enfant est viable, lorsqu'il naît avec les organes nécessaires à la vie, lorsqu'il est conformé de telle sorte qu'il puisse vivre. La question de viabilité se tranchera d'après l'examen du cadavre et d'après l'avis des hommes de l'art (3).

97. — Ainsi, en principe, avant sa naissance, l'enfant n'a pas encore de personnalité. Cependant le Droit romain avait admis que l'enfant, simplement conçu et non encore né, était capable d'acquérir certains droits, à la condition qu'il naquît plus tard vivant (4). L'enfant simplement conçu est réputé né

(1) Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 53, p. 262. L'enfant est considéré comme ayant vécu, lorsqu'il a respiré d'une manière complète. Voir Montpellier, 25 juillet 1872, S. 72.2.189, et les auteurs cités en note de cet arrêt.

(2) Voir Art. 314, 3° ; 725, 2° ; 906, 3e al.

(3) Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, n° 3 ; Baudry- Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. I, n° 209 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, nos 291, 292 ; Demolombe, *Des successions*, t. I, n° 187 ; Demante et Colmet de Santerre, 2e édit., t. III, n° 232 *bis*, II ; Lyon, 24 mars 1876, S. 77.2.200 ; Angers, 31 mai 1880, S. 81.2.8. — Voir cependant Merlin, *Questions*, V° *Vie*, § 1 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 53, p. 262, 263. D'après ces auteurs, tout enfant né vivant doit être considéré comme né viable, bien qu'il soit mort immédiatement après sa naissance. Mais s'il s'est écoulé moins de 180 jours entre la conception et la naissance de l'enfant, la loi le déclare non viable, bien qu'il ait vécu quelques instants. En effet, le Code civil admet (art. 312 et s.) que les gestations les plus courtes durent au moins 180 jours. Ce système aurait le grand avantage de supprimer les difficultés que soulève la question de viabilité. Mais les textes du Code civil (art. 314, 725, 906) prouvent bien que les deux conditions citées au texte sont distinctes.

Quelques codes étrangers ont adopté la solution soutenue par Aubry et Rau. D'après le Code civil allemand (art. 1), l'enfant jouit de la personnalité, par le seul fait qu'il est né vivant. La condition de viabilité n'est pas exigée. V. Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8e éd., t. I, § 26, p. 115 et s. Voir aussi Code civil italien, art. 724.

(4) Loi 26, D. *De statu homin.*, I, 5. Voir Girard, *Manuel élém. de Droit romain*, 6e éd., p. 93 ; Regelsberger, *Pandekten* (1893), I, § 58, p. 252.

dans la mesure où son intérêt l'exige. On lui accorde toute une série d'avantages. En particulier, il peut recueillir les successions qui s'ouvrent pendant la grossesse et auxquelles il aurait été appelé, s'il était déjà né, et les libéralités testamentaires qui lui sont adressées.

Les interprètes ont formulé ces solutions dans les adages suivants : « *Nasciturus pro nato habetur ; Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

La règle énoncée par ces adages est toujours en vigueur. Sans la rappeler expressément, le Code civil en a fait de nombreuses applications. Ainsi l'enfant simplement conçu peut recueillir une succession (1), être institué donataire ou légataire (2) ; l'enfant naturel peut être reconnu par ses père et mère avant sa naissance. Enfin, pour protéger les droits de l'enfant et veiller sur ses intérêts, la loi prescrit de nommer un curateur au ventre, lorsque le mari meurt en laissant sa femme enceinte (3).

Toutefois, l'enfant simplement conçu n'acquiert les droits qui s'ouvrent en sa faveur qu'à la condition qu'il naîtra vivant et viable ; sinon, il n'a jamais existé aux yeux de la loi et n'a jamais eu la personnalité.

§ 2. — Fin de la personnalité. Notion de l'absence

98. — La personnalité de l'homme finit au moment où il meurt. L'individu décédé, de même que celui qui n'est pas encore conçu, ne peut plus être le sujet de droits. Les droits qui lui appartiennent ne s'éteignent cependant pas avec lui ; ils passent à ses héritiers.

Le fait de la mort, considérée comme le terme de la personnalité juridique, est un fait simple dont il n'y a pas à déterminer les éléments constitutifs comme pour la naissance ; mais sa preuve soulève, dans certains cas, des difficultés qui ont appelé l'attention du législateur et suscité certaines règles de droit positif.

(1) Art. 725, C. civ.
(2) Art. 906, C. civ.
(3) Art. 393, C. civ.

Ces difficultés se rencontrent principalement dans l'hypothèse suivante (1).

99. — Absence. — Un individu a disparu de son domicile ou de sa résidence sans donner de ses nouvelles, de telle sorte qu'on ignore s'il est vivant ou mort. Il y a doute sur son existence et, pour caractériser cette incertitude, on dit qu'il est en état d'*absence* (2).

Tandis que les législations anciennes négligeaient presque complètement cette matière le Code lui a consacré trente et un articles (3). C'est que, à l'époque où il fut rédigé, le nombre des absents était devenu considérable à la suite des guerres incessantes qui duraient depuis 1792 (4).

(1) Lorsque deux parents, réciproquement appelés à la succession l'un de l'autre, sont morts dans le même accident, naufrage, incendie, etc., il importe également de savoir lequel des deux est mort le premier, puisque c'est le survivant qui recueille la succession de l'autre. Le Code civil a établi, pour ce cas, des présomptions de survie (art. 720 à 722), en se basant sur l'âge et le sexe des comourants. Mais il ne faut recourir à ces présomptions qu'autant que les circonstances de fait ne fournissent pas d'indices suffisants pour trancher la question de prédécès. Nous laissons ce cas de côté ; il rentre dans la matière des successions.

(2) Le mot absence a donc, en matière juridique, une signification beaucoup plus étroite que dans le langage courant ; il désigne la situation de la personne dont l'existence est incertaine et de laquelle on ne peut dire ni si elle vit ni si elle est morte, tandis que, au sens vulgaire, l'absence signifie simplement le fait de n'être pas présent dans un lieu déterminé.

(3) Art. 112 à 143, C. civ.

(4) En temps de paix, l'absence est un fait moins fréquent qu'il ne l'était autrefois. Cela tient à plusieurs causes :

1° La facilité croissante des communications permet d'être rapidement renseigné sur les décès des nationaux qui meurent à l'étranger.

2° La France a passé des traités avec un certain nombre d'Etats, pour assurer l'échange des actes de l'état civil intéressant les nationaux de chaque pays. Cette communication se fait tous les six mois, pour les actes reçus dans le semestre précédent. Cf. Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, p. 202, 203, 267.

3° Enfin, dans le cas où la constatation matérielle du décès est impossible, parce que le corps du décédé ne peut être retrouvé, mais où aucun doute ne subsiste sur la certitude du décès, des textes spéciaux (décret du 3 janvier 1813, art. 19, accidents survenus dans les mines ; loi du 8 juin 1893, disparitions en mer) ont permis de faire constater le décès par les tribunaux. Cf. Beudant, *ib.*, p. 194 et s. et 267 ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 507 et s. ; Amb. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4° éd., t. III, p. 972 et s.

Néanmoins, le nombre des personnes qui disparaissent chaque année, sans qu'on sache ce qu'elles deviennent, est plus grand qu'on ne le

Tant que l'absence continue, on ne peut faire la preuve ni de l'existence, ni du décès de l'individu. Il y a donc là une situation dont le législateur doit se préoccuper, car elle est de nature à compromettre de nombreux intérêts. L'absent peut être marié, père de famille ; les biens qui constituent son patrimoine sont menacés de dépérissement, puisque leur maître n'est plus là pour les administrer ; enfin, les tiers qui ont traité avec l'absent, créanciers, associés, ne peuvent exercer les droits qu'ils ont acquis contre lui. Les inconvénients et les dangers de cet état de choses augmentent à mesure qu'il se prolonge ; la dépréciation des biens, conséquence certaine de leur abandon, amène une diminution de la richesse publique, et il faut que la loi prenne des dispositions pour éviter ces résultats.

A cet effet, le Code civil a édicté un ensemble de règles dont nous allons brièvement indiquer les principales. L'idée directrice qui les a inspirées est la suivante : plus l'absence dure, plus la présomption de mort augmente ; cependant, il ne faut jamais tenir l'absent pour réellement mort, tant que l'incertitude subsiste ; les mesures prises sont provisoires comme l'état d'absence lui-même ; mais si cet état dure indéfiniment, elles deviendront aussi définitives.

100. — Suivons l'application de cette idée aux différents droits qui appartenaient à l'absent :

Droits de famille. — Le mariage continue à subsister ; il n'est pas dissous par l'absence de l'un des conjoints, quel que soit le temps écoulé. Le conjoint présent ne peut pas

croit ordinairement. Il suffit, pour s'en convaincre de consulter les listes de jugements déclaratifs d'absence publiés au *Journal officiel.*

La guerre de 1914 a redonné un caractère d'actualité à ce sujet de l'absence. Bien qu'il y ait aujourd'hui un service de l'état civil aux armées chargé de dresser les actes de décès, beaucoup de combattants sont disparus sans qu'on sache ce qu'ils sont devenus. Le nombre de soldats et marins dont il a été impossible de constater le décès au cours de la guerre s'est élevé chez nous à plus de 300.000. Aux yeux de la loi, ces disparus sont des absents.

Une loi du 25 juin 1919 a édicté des règles spéciales mieux adaptées aux besoins nouveaux que celles du Code civil pour ces militaires et marins et pour les civils disparus pendant la guerre. Nous en parlerons plus loin (p. 133).

contracter un nouveau mariage, tant qu'il ne prouve pas le décès de l'absent.

Droits du patrimoine. — Il y a deux catégories de droits à distinguer : 1° ceux qui composaient le patrimoine au moment de la disparition ; 2° les droits éventuels qui ont pris naissance postérieurement, tels, par exemple, que le droit de succéder, ou de recevoir une libéralité. Ces derniers ne peuvent tomber dans le patrimoine de l'absent qu'autant qu'on prouve qu'il était encore vivant au moment de leur ouverture. A défaut de cette preuve, ils iront provisoirement à ceux qui les auraient recueillis à son défaut (1). Exemple : une personne meurt laissant pour héritiers deux cousins germains, Primus et Secundus, dont l'un, Primus, est absent. Les enfants de ce dernier ne pourront venir à la succession en concours avec Secundus, qu'à la condition de prouver que leur père vivait encore au moment où le défunt est mort.

Restent les droits les plus importants, ceux qui composaient le patrimoine de l'absent au moment de sa disparition. Il s'agit d'en régler le sort. A cet effet, la loi divise la durée de l'absence en trois périodes, en s'inspirant de l'idée suivante : on ne sait pas si l'absent est vivant ou mort, mais, à mesure que l'absence se prolonge, la présomption de mort s'affirme, grandit, sans jamais toutefois devenir absolue.

101. — Ces trois périodes sont : 1° la présomption d'absence : elle commence au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, et dure cinq ou onze ans, suivant les cas (2). Il y a encore beaucoup de chances pour que l'absent ne soit pas mort ; on peut espérer qu'il reviendra. Il suffit donc de pourvoir à l'administration de ses biens, si la nécessité le commande, c'est-à-dire si les biens sont en souffrance.

2° Cinq ans ou onze ans après la disparition, s'ouvre la seconde période. Les chances de mort sont déjà plus considérables ; par conséquent, on va agir provisoirement comme si l'absent était décédé. Cette période débute par un jugement de déclaration d'absence constatant que la personne a bien

(1) Art. 135, 136, C. civ.
(2) Art. 112 à 114, C. civ.

disparu et qu'il est impossible de savoir ce qu'elle est devenue. On distribue provisoirement les biens entre les héritiers présomptifs, tout en organisant de sérieuses garanties de restitution pour le cas où l'absent reviendrait (1).

3° Cette seconde période dure elle-même trente ans ; après quoi s'ouvre la troisième, celle de l'envoi en possession définitive (2). Le décès est devenu très probable ; on va donc consolider les droits des envoyés en possession, et les délivrer des entraves qu'on leur avait jusque-là imposées. Sans doute, si l'absent revient, les envoyés en possession devront toujours lui restituer ses biens, mais, en attendant, ils peuvent agir comme s'ils étaient vrais propriétaires ; ils peuvent administrer comme ils l'entendent, ils peuvent même aliéner. Si l'absent ne reparaît pas, cette situation se perpétuera.

En résumé, la loi présume que, plus l'absence dure, plus la mort devient probable ; mais elle ne tient jamais l'absent pour réellement mort. Ce système est au fond assez critiquable. « Sous prétexte de respecter les droits de l'absent, il compromet ceux des tiers, notamment du conjoint, et surtout il aboutit à l'institution d'un régime compliqué et gênant. La pratique prouve, du reste, que ce luxe de précautions est presque toujours inutile. Il est infiniment rare qu'un absent reparaisse. Les absents sont presque toujours des individus décédés, dont on ignore et dont on ignorera toujours à quel moment ils sont morts » (3).

La plupart des législations étrangères ont adopté un système plus simple que le nôtre, et qui consiste à considérer l'absent comme mort, au bout d'un certain temps, et à ouvrir sa succession (4).

(1) Art. 115 à 128, C. civ.
(2) Art. 129 et suiv., C. civ.
(3) Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 431.
(4) L'article 3 de la loi précitée du 25 juin 1919, relative aux militaires, marins et civils disparus pendant la guerre de 1914 a abrégé la durée des délais fixés par le Code civil pour la déclaration d'absence et l'envoi en possession définitif. Elle a en outre réalisé une importante innovation par son article 9 qui permet aux intéressés de l'absent de faire prononcer son décès par le tribunal, deux ans après la disparition constatée. C'est le système adopté, comme nous le disons au texte, par les législations étrangères.

§ 3. — Du domicile

1° *Notion du domicile. Son importance pratique.*

102.— Chaque homme se trouve rattaché à un lieu déterminé par ses affections de famille, par son travail, par ses intérêts, par l'habitude, et c'est dans ce lieu qu'il réside ordinairement. Cette stabilité est très favorable à la régularité des rapports juridiques. Ceux-ci deviendraient très précaires si l'homme changeait incessamment de place et pouvait échapper ainsi à toutes les recherches et à toutes les poursuites.

Le Droit tient compte de cette constatation de fait, et il en tire une notion juridique, celle de *domicile*. Il fixe pour chaque personne un lieu, qui est le siège légal de cette personne, siège où elle est censée être toujours présente, soit qu'elle s'y trouve corporellement, soit qu'elle ne s'y trouve pas (1).

103.— *Importance pratique du domicile.* — Il ne faudrait pas croire cependant que les droits civils ne peuvent être exercés qu'au lieu du domicile. L'homme peut prendre part au commerce juridique, acheter, vendre, prêter, emprunter, faire son testament, etc., partout où il se trouve. Néanmoins, la notion de domicile joue un rôle important, car il y a des opérations juridiques qui doivent nécessairement s'accomplir au lieu du domicile. Voici les principales :

1° Le paiement d'une obligation se fait ordinairement au domicile du débiteur (art. 1247 C. civ.). Si le créancier refuse

(1) Ortolan, *Institutes expl. ; Généralisation du Droit romain*, n° 80.

La notion de domicile apparaît comme nécessaire aussi bien au point de vue du Droit public et administratif qu'au point de vue du Droit privé. Il serait impossible d'administrer les hommes si on ne les rattachait pas à tel canton, à telle commune : « C'est en vain 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, si je puis dire ainsi, à être plus spécialement gouvernées dans le ressort de chacune d'elles, à y exercer certains droits, à y supporter certaines charges, à reconnaître la compétence et la juridiction des diverses autorités administratives et judiciaires qui y sont instituées. » Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 338.

de le recevoir parce que quelque difficulté s'élève au sujet de l'étendue de l'obligation, le débiteur, désireux de se décharger de sa dette, fera des offres à la personne du créancier ou à son domicile (art. 1258, 6°, C. civ.). Si, par contre, le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier lui adressera une sommation de payer ; il le citera en justice par un exploit d'ajournement, il lui fera signifier un commandement. Le créancier n'est pas tenu de remettre tous ces actes à la personne même de son débiteur, car il serait trop facile à ce dernier de se soustraire aux recherches. Aussi le créancier fera-t-il porter ces communications au domicile du débiteur, lieu connu, déterminé, où celui-ci est censé se trouver d'une façon permanente, ou être représenté par quelqu'un qui l'avertira.

2° En règle générale, lorsqu'une personne en poursuit une autre en justice, le tribunal compétent est le tribunal du domicile du défendeur. C'est un principe traditionnel emprunté au droit romain : *Actor sequitur forum rei* (1).

3° Il y a certains actes qui ne peuvent être conclus que dans la commune où la personne est domiciliée. Ainsi le mariage est célébré soit dans la commune où l'un des époux a son domicile, soit dans celle où il réside depuis un mois au moins (2) ; le contrat d'adoption est conclu devant le juge de paix du domicile de l'adoptant (3) ; l'émancipation s'opère par une déclaration du père ou de la mère reçue par le juge de paix du domicile (4), etc.

4° Il est nécessaire, dans certains cas, de centraliser au domicile de l'individu les opérations exigées par l'administration ou la liquidation de son patrimoine. Par exemple, le siège de l'administration tutélaire est fixé au lieu où le mineur est domicilié au jour où s'ouvre la tutelle ; c'est là que se tiendront les réunions du conseil de famille ; c'est le tribunal de ce lieu qui homologuera, dans les cas nécessaires, les décisions de ce conseil (5). La succession d'une personne s'ouvre au lieu

(1) Art. 2, 59, 420, C. proc. civ., 112, 492, 514, C. civ.
(2) Art. 74, 165, C. civ.
(3) Art. 353, C. civ.
(4) Art. 477, C. civ.
(5) Art. 406, C. civ.

où elle était domiciliée, et les opérations de liquidation et de partage de son hérédité y sont centralisées (1). Enfin, la faillite d'un commerçant est prononcée par le tribunal de son domicile, et toutes les formalités constitutives de la faillite s'accomplissent en cet endroit (2).

104.— *Observation.* — Dans notre ancien Droit, la détermination du domicile présentait un intérêt plus grand encore.

Les coutumes, fort nombreuses, qui se partageaient le territoire de la France, différaient sur beaucoup de points, et cette divergence donnait un grand intérêt à la question de savoir à quelle coutume était soumis chaque individu. On appliquait la coutume du lieu du domicile aux questions relatives à l'état, à la capacité et à la dévolution de la succession mobilière, en un mot, aux questions qui relevaient du statut personnel (3). C'était là le principal rôle du domicile.

Les conflits qui s'élevaient autrefois entre les différentes coutumes se présentent aujourd'hui entre la loi française et les lois étrangères. La théorie du domicile a conservé quelque importance pour la solution de ces difficultés (4), bien réduite

(1) Art. 110, C. civ.

(2) La détermination du domicile est encore utile à plusieurs autres points de vue. Quand un acte concernant l'état civil d'un Français a été dressé à l'étranger, ou aux armées, ou en mer, etc., la loi veut qu'il soit transcrit sur les registres du lieu du domicile en France (art. 60, 61, 80, 82, 86, 87, 97, 171 C. civ.).

De même, certains actes qui modifient la capacité des personnes doivent être l'objet de publications faites au domicile. Ces publications sont destinées à prévenir les tiers. Voir les art. 250 C. civ. pour le divorce ; 501 C. civ. pour l'interdiction judiciaire et la nomination d'un conseil judiciaire ; 1445 Civ. et 872 Pr. civ. pour la séparation de biens ; 67, 69 C. com. pour les époux commerçants.

(3) Voir Lainé, *Bulletin de la Société de législation comparée* 1890, p. 341 et suiv. Pothier commence son *Introduction générale* aux coutumes par l'étude des statuts personnels et du domicile qui y rend les personnes sujettes (t. I, ch. I, nos 6 et 7, éd. Bugnet).

(4) « On appelle statuts personnels, dit-il, les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes... Ces statuts personnels n'ont lieu qu'à l'égard des personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans le bailliage d'Orléans ou autres lieux régis par notre coutume. Au reste, ces statuts personnels exercent leur empire sur ces personnes par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés. Par exemple, une personne soumise à la coutume d'Orléans ne peut tester avant l'âge de vingt ans, réglé par cette coutume, même des biens qu'elle aurait dans les pays régis par le droit écrit, qui

cependant, car d'après l'article 3, C. c. les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. La loi régulatrice du statut personnel n'est donc plus, aux yeux du moins du législateur français, la loi du domicile, mais celle de la nationalité (1).

2° *Détermination du domicile.*

105. — La loi aurait pu se contenter de déclarer que chaque personne est domiciliée dans le lieu où elle réside ordinairement. Chacun de nous, en effet, a une résidence fixe, qu'il ne quitte que momentanément, provisoirement, avec l'intention d'y revenir. C'est le système adopté par la législation allemande (2).

Mais notre Code civil, suivant la tradition de nos anciens auteurs (3), fait une distinction entre ces deux notions. La résidence ne présente pas, à ses yeux, une stabilité suffisante. L'homme peut changer fréquemment de résidence ; en outre, il ne réside pas toujours dans l'endroit où se trouvent ses principaux intérêts.

En conséquence, l'article 102 détermine ainsi le domicile :

permet aux garçons de tester à quatorze ans et aux filles à douze ; une femme mariée, soumise à la coutume d'Orléans, ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, ni acquérir des biens, quoique situés dans le pays du droit écrit, qui n'exige point l'autorisation, etc. ». Et plus loin, n° 16 : « Le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile qu'elles quittent, et les assujettit à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent ».

(1) Cons. Loyseau, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence française depuis le Code civil,* Thèse de doctorat, Paris, 1893.

(2) Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 422.

Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht* (1895), § 57, p. 543. Le nouveau Code civil dit dans son art. 7 : « Celui qui se fixe d'une façon stable dans un lieu y établit son domicile ». Il en résulte que, dans le système allemand, une personne peut avoir plusieurs domiciles, tandis que, dans le nôtre, elle n'en a jamais qu'un.

(3) Pothier, éd. Bugnet, t. I, p. 3. Cette distinction entre le domicile et la résidence se comprenait autrefois, parce que, comme nous l'avons dit, le domicile servait surtout à déterminer le statut personnel de l'individu, c'est-à-dire la coutume qui réglait son état. Aujourd'hui cet intérêt n'existe plus, et la distinction maintenue par le Code a plus d'inconvénients que d'avantages.

« Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement » (1).

Par ces mots « le lieu du principal établissement », le Code veut désigner le lieu où l'homme a, à la fois sa demeure, le centre de ses affaires, le siège de sa fortune (2), ses affections de famille.

Le plus souvent, résidence et domicile ne font qu'un, car la plupart des gens habitent dans un lieu unique où ils vivent en exerçant leur métier ou leur profession. Mais une personne peut résider sur un point autre que celui où elle a son principal établissement. Le domicile est alors non plus le lieu où elle réside, mais celui auquel la rattache cet ensemble d'intérêts qui constitue le principal établissement. Exemple : Le commerçant, l'industriel a son domicile dans sa maison de commerce, dans son usine ; il peut habiter avec sa famille dans une commune voisine ; il peut même avoir plusieurs résidences.

Il y a même des cas où, d'après notre Code civil, un individu a son domicile dans un lieu où il n'a pas encore résidé (3) ; mais cela ne se produit qu'exceptionnellement.

Ainsi, le domicile se détermine ordinairement par le fait de l'habitation. Mais ce fait ne suffit pas toujours. Si l'homme habite en un endroit, et qu'il ait le centre de ses intérêts dans un autre, c'est en ce second lieu que la loi place son domicile.

106. — *Unité de domicile.* — Il résulte de la conception admise par les rédacteurs du Code civil qu'une personne ne peut avoir qu'un seul domicile, puisque ce domicile est le lieu du *principal* établissement.

Cette conséquence logique ne va pas sans inconvénients. Une personne peut avoir plusieurs établissements situés dans

(1) Voir la définition donnée par Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 8, éd. Bugnet, t. I, p. 3. « Le domicile est le lieu où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires. »

(2) « Le domicile, disait le tribun Eymery dans l'Exposé des motifs, est le lieu où une personne jouissant de ses droits a établi sa demeure, le centre de ses affaires, le siège de sa fortune ; le lieu d'où cette personne ne s'éloigne qu'avec le désir et l'espoir d'y revenir, dès que la cause de son absence aura cessé. » Locré, *Législ.*, t. III, p. 434, n° 1.

(3) Ex. art. 107, 108, C. civ.

des communes différentes, et il y aurait avantage, dans certains cas, surtout au point de vue des procès, à considérer qu'elle est domiciliée dans chacune de ces communes (1).

107. — *Détermination, par la loi, du domicile de certaines personnes.* — Il y a certains groupes de personnes auxquelles la loi assigne d'office un domicile, fixant ainsi à l'avance le lieu où se trouve nécessairement leur principal établissement :

1° Ce sont, d'abord, les personnes placées sous la dépendance légale ou effective d'une autre personne.

Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou chez son tuteur (2). Tant que les père et mère vivent, l'enfant a son domicile chez le père, car ce domicile est celui des époux. Après la mort de l'un d'eux, le mineur est domicilié chez le tuteur. Ce dernier sera ordinairement le survivant des père et mère, qui se trouvera ainsi investi à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle. Mais la tutelle peut être conférée à une autre personne (3). Dans ce cas, l'enfant reste

(1) Le Code civil allemand (art. 7, 2e al.) décide que le domicile peut exister en même temps en plusieurs lieux.

Les inconvénients du système du Code civil sont tels que la pratique a été obligée d'y remédier. Ainsi, la jurisprudence admet que les étudiants, les militaires peuvent être poursuivis devant les tribunaux de leur résidence, bien qu'ils soient domiciliés ailleurs, pour les fournitures courantes qui leur sont faites. Bordeaux, 21 février 1894, D. P. 95.2.33 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 145, note 4, p. 898 ; Amb. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 426.

Mais c'est surtout pour les Compagnies de chemins de fer qui ont autant d'établissements distincts que de gares d'une certaine importance sur le réseau qu'elles exploitent, et pour les Compagnies d'assurances, qui font des opérations sur tout le territoire, qu'apparaît le caractère artificiel du principe de l'unité du domicile. Comment obliger une personne qui a un procès avec une Compagnie de chemins de fer, à propos d'un fait qui s'est passé dans une ville de province, à assigner cette Compagnie à Paris, au siège social de son administration ? La jurisprudence a refusé de sanctionner cette conséquence, et elle admet, sans aucune divergence, que le tribunal du lieu de la succursale est compétent pour toutes les contestations provenant d'un acte ou d'un fait accompli dans son ressort. Cass. req., 19 juin 1876, S. 76.1.383 ; Cass. civ., 30 juin 1891, S. 91.1.479 ; Bordeaux, 18 janvier 1904, D. P. 04.2.267, S. 04.2.109 ; Cons. la note de M. Tissier sous Caen, 4 novembre 1897 et autres arrêts, S. 99.2.257.

2) Art. 108, C. civ.

(3) Cela se produira surtout en cas de survie de la mère, car la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle (art. 394, C. civ.).

sous la puissance paternelle du survivant des père et mère, il habite chez lui, mais il a son domicile chez son tuteur (1). C'est que le tuteur gère les biens du mineur et exerce tous les droits qui lui appartiennent.

Le majeur interdit est également domicilié chez son tuteur (2).

La femme mariée a pour domicile celui du mari (3). C'est une conséquence de la puissance maritale. La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider (4). Cette transmission de domicile s'opère au moment même du mariage. Il en résulte que la femme, qui se marie, peut n'avoir jamais résidé dans le lieu où elle se trouve domiciliée.

Les personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont le même domicile que la personne qu'elles servent ou chez laquelle elles travaillent, lorsqu'elles demeurent avec elle dans la même maison (5).

2° En second lieu, les fonctionnaires nommés à vie, c'est-à-dire qui exercent des fonctions à la fois perpétuelles et irrévocables, sont domiciliés dans le lieu où ils doivent exercer leurs fonctions, dès qu'ils les ont acceptées (6). Ces fonctionnaires acquièrent leur nouveau domicile au moment même de l'acceptation de la fonction, et avant qu'ils soient arrivés à leur poste.

Au contraire, les fonctions, soit temporaires, soit révocables, n'emportent pas, de plein droit, translation du domicile du

(1) Art. 450, C. civ.

(2) Art. 108, 1er al., C. civ. Il y a deux sortes d'interdits : l'interdit judiciaire, qui est un aliéné interdit par jugement du tribunal civil (art. 489, C. civ.) ; l'interdit légal, qui est l'individu condamné à une peine afflictive et infamante (art. 29, C. pén.). L'un et l'autre sont en tutelle, et leur tuteur, comme celui des mineurs, gère leurs biens et les représente dans tous les actes civils.

(3) Art. 108, 1er al., C. civ.

(4) Art. 214, C. civ.

(5) Art. 109, C. civ.

(6) Art. 107, C. civ. Ex. : Juges des tribunaux civils, conseillers des cours d'appel, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, notaires, etc.

titulaire (1). Celui-ci peut donc conserver le domicile qu'il avait auparavant, ou le transporter au lieu où il est nommé.

3° *Changement de domicile.*

108. — On peut toujours déplacer son domicile et le transporter dans un nouveau lieu. Mais cette faculté n'appartient pas aux personnes ci-dessus énumérées, dont le domicile est fixé par la loi, tant qu'elles restent dans une des situations prévues par les articles 107 à 109.

Le changement de domicile s'opère moyennant les deux conditions suivantes (2) :

1° Il faut que la personne aille habiter effectivement dans un autre lieu ; 2° il faut qu'elle ait l'intention d'y fixer son principal établissement.

Ces deux conditions sont nécessaires. L'habitation réelle dans le nouvel endroit choisi est le fait matériel qui porte à la connaissance des tiers la translation de domicile. En outre, cette habitation serait une simple résidence, si la personne ne faisait pas de ce lieu le centre de ses intérêts.

Comment se manifestera cette intention ?

L'article 104 du Code civil dit que l'intéressé peut l'annoncer par une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'il quitte qu'à celle du lieu où il transfère son domicile. Mais ce genre de déclaration n'est pas entré dans les mœurs. Celui qui change de domicile ne se préoccupe pas de faire connaître ce changement, car il n'y a pas d'intérêt immédiat. Dans la pratique, cette intention se dégagera d'un ensemble de circonstances (3), prouvant que la personne a entendu transporter son principal établissement au lieu où elle a fixé son habitation. Par exemple, l'intéressé n'a plus aucun point d'attache avec son ancien domicile ; il a installé son commerce, son industrie, dans sa nouvelle résidence ; il y paye la contribution mobilière ou l'impôt général sur le re-

(1) Art. 106, C. civ.
(2) Art. 103, C. civ.
(3) Art. 105, C. civ.

venu (1), lesquels ne sont dus qu'au lieu du domicile ; il déclare, dans les actes qu'il passe, qu'il est domicilié au lieu où il habite ; il se laisse assigner devant le tribunal de ce lieu sans opposer l'exception d'incompétence, etc. Il faut donc la réunion d'un certain nombre de faits. Ce sont les juges qui apprécieront souverainement la force probante de ces divers faits.

4° *Domiciles spéciaux et élection de domicile.*

109. — I. — **Domiciles spéciaux.** — A côté du domicile général, il y a des domiciles spéciaux établis par la loi pour l'exercice de certains droits. Il en est ainsi dans les cas suivants :

A. — Mariage. L'officier de l'état civil compétent pour célébrer le mariage est celui du domicile de l'une des parties. Mais, en outre, les époux peuvent se marier dans toute commune où ils ont résidé pendant un mois d'une façon continue (2).

B. — La femme mariée commerçante acquiert un domicile spécial à ses opérations de commerce, si le fonds qu'elle exploite est situé dans une autre commune que celle où son mari est domicilié. Mais elle conserve toujours son domicile général chez ce dernier (3).

C. — Les condamnés à la déportation et les condamnés à la transportation acquièrent un domicile spécial pour l'exercice des droits civils qui leur sont accordés dans le lieu où ils subissent leur peine (4). Leur domicile principal reste fixé chez leur tuteur, car ils sont frappés d'interdiction légale.

110. — II. — **Election de domicile.** — Les parties qui contractent ensemble peuvent faire *élection de domicile* dans une commune, pour l'exécution de l'acte qu'elles passent.

(1) Loi du 15 juillet 1914, art. 7.
(2) Art. 74, C. civ.
(3) Req., 12 juin 1883, S. 84.1.257, note de M. Esmein.
(4) Loi du 25 mars 1873, art. 17 ; Décret du 18 janvier 1895, art. 32.

Par exemple, si les deux contractants habitent des villes différentes, le débiteur fera élection de domicile chez un avoué près le tribunal de l'arrondissement où habite le créancier. Grâce à cette clause, si quelque difficulté surgit entre eux, le créancier pourra poursuivre le débiteur devant le tribunal du domicile élu, et il signifiera les actes de poursuite ou de procédure à l'avoué chez lequel l'élection a été faite. Ainsi, il échappera à l'obligation d'intenter un procès devant le tribunal du domicile du défendeur.

Le domicile d'élection est donc quelque chose de tout différent du domicile proprement dit. Ce n'est pas même un véritable domicile, car c'est un lieu avec lequel la personne qui le désigne n'a ordinairement pas d'attache. En somme, c'est un moyen de modifier les règles du droit commun pour l'exécution d'un acte ou d'une convention.

§ 4. — De l'état des personnes. Eléments qui le constituent: Nationalité; Famille. — Du nom des personnes

1° *Notion de l'état des personnes. — Des actes de l'état civil. Actions d'état.*

111. —L'expression *état* des personnes vient du mot latin *status*, qui était employé par les jurisconsultes romains pour désigner les divers attributs constitutifs de la personnalité juridique. Ces attributs étaient au nombre de trois : le *status libertatis*, le *status civitatis*, le *status familiæ*. La personnalité de l'homme n'était complète qu'autant qu'il était libre, citoyen romain, chef de famille (1).

De ces trois éléments, le droit moderne ne connaît plus que les deux derniers, car tous les hommes jouissent de la liberté et sont doués de la personnalité.

L'état peut donc être défini, la position de l'individu considéré comme membre d'un groupe politique appelé nation et d'un groupe plus étroit constitué par le mariage ou tout au moins par la filiation.

(1) Girard, *Manuel de droit romain*, 6e édit., p. 93 ; fr. 11, D. *de cap. min.*, IV, 5.

On donne souvent à ce mot une signification plus large, et on embrasse sous cette expression d'autres qualités, comme celles de majeur ou de mineur, interdit ou non interdit, etc., qui sont relatives à la *capacité juridique* de l'individu. On confond ainsi les deux mots : état et capacité (1). Mais nous croyons qu'il vaut mieux, comme le Code l'a fait dans l'article 3 alinéa 3, éviter cette confusion, et laisser à chacune de ces deux expressions sa signification propre.

Les diverses conditions dont la réunion forme l'état de la personne, national ou étranger, époux, père, mère, enfant légitime, naturel, adoptif, etc., sont la source de droits et d'obligations pour l'individu, aussi bien dans l'ordre politique que dans l'ordre privé.

Dans l'ordre politique, le Français jouit de droits que n'a pas l'étranger, et est tenu d'obligations qui n'incombent pas à ce dernier (2).

En droit privé, la nationalité présente également une grande importance. La parenté donne le droit de succéder (3). et crée entre les proches parents l'obligation alimentaire (4) ; le mariage engendre en outre des rapports juridiques d'ordre

(1) Domat, *Les lois civiles*, livre préliminaire, titre II, éd. Remy, t. I, p. 95 ; d'Aguesseau, *Essai sur l'état des personnes*, Œuvres complètes, édit. Pardessus, t. IX, p. 572 et suiv. ; Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 27. Voir Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, n° 312. « L'état d'une personne est la position qu'elle occupe dans la société. Cet état varie pour l'individu suivant qu'il est du sexe masculin ou du sexe féminin, Français ou étranger, *majeur ou mineur.* » Huc, *Commentaire du Code civil*, t. I, n° 309 : « L'état c'est la capacité juridique. » Vigié, *Cours de droit civil français*, 2e édit., t. I, n° 191 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. I, *Les personnes*, par Savatier, n°s 13 et 14.

Dans le sens de la distinction de l'état et de la capacité, Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 52, note 3, p. 260 ; Beudant, *op. cit.*, t. I, n° 93 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 383 ; Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*, Thèse de doctorat, Paris, 1895, p. 10, note.

Les jurisconsultes allemands ne distinguent pas ordinairement l'état et la capacité : Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § 60 et suiv. ; Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 56 et 57 ; Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, § 26 et 27.

(2) V. *infra*, n° 118.

(3) Art. 731 et suiv., C. civ.

(4) Art. 205 et suiv., C. civ.

non pécuniaire entre les époux (1), la filiation entre les père et mère et les enfants (2).

Pour exprimer ce double effet, nos anciens auteurs disaient qu'il y a deux états : l'état public et l'état privé (3). La première expression est tombée en désuétude, mais on a conservé l'habitude de dire état civil, quand on envisage l'état du point de vue du Droit privé (4).

L'état d'une personne est fixé par le fait de sa naissance. Dès ce moment, l'homme se trouve rattaché à une nation déterminée, et uni, par les liens de la filiation, à ses père et mère et, s'il est légitime, c'est-à-dire né de gens mariés, à leurs ascendants et aux autres membres de leur famille.

Pendant la vie de l'individu, certains actes volontaires viendront modifier son état : changement de nationalité, mariage, divorce, adoption. Ces actes qui amènent des changements dans l'état de l'individu, peuvent émaner aussi des père et mère de celui-ci : telles sont la reconnaissance de l'enfant naturel, ou sa légitimation par mariage subséquent.

112. — Actes de l'état civil. — Le Code civil a soumis les trois faits principaux qui fixent ou modifient l'état d'une personne, la naissance, le mariage et le décès, à une constatation officielle au moyen d'actes rédigés par des fonctionnaires spéciaux, dits officiers de l'état civil, et inscrits sur les registres de l'état civil (5).

(1) Art. 212 et suiv., C. civ.

(2) Art. 371 et suiv., C. civ.

(3) D'Aguesseau, *Essai sur l'état des personnes*, § VI, Œuvres complètes, édit. Pardessus, t. IX. Les premiers commentateurs du Code répètent cette proposition : Voir Toullier, *Droit civil français*, t. I, nos 173 à 175 ; Proudhon, *Cours de droit français*, t. I, ch. VII.

(4) Ainsi le Code civil appelle actes de l'état civil les actes destinés à constater les principaux faits qui influent sur l'état des personnes : la naissance, le mariage, le décès.

Dans l'ancienne France, la nation était divisée en classes, la noblesse, le clergé et le tiers état, et le fait d'appartenir à l'une de ces classes constituait un élément de l'état ; car la noblesse et le clergé conféraient à ceux qui en faisaient partie certains privilèges au point de vue juridique. Aujourd'hui ces privilèges ont disparu.

(5) Ce sont ces trois actes qui forment, d'après la terminologie du Code, art. 34 et s., les actes de l'état civil. Les autres, com-

Quelques autres faits doivent être également mentionnés sur ces registres ; ce sont l'adoption (1), le jugement prononçant le divorce (2), la reconnaissance d'enfant naturel, quand elle est faite devant un officier de l'état civil (3), la légitimation (4).

L'article 45 du Code civil décide que toute personne pourra se faire délivrer par les dépositaires des registres de l'état civil des copies des actes inscrits sur les registres (5).

Il est regrettable que les registres de l'état civil ne contiennent pas la constatation de tous les faits concernant l'état des personnes (6).

113. — Actions d'état (7). — L'état donne naissance à une double série d'actions, les actions en réclamation et les actions en contestation d'état.

Les actions en réclamation sont accordées à l'individu qui n'est pas en possession de l'une ou l'autre des qualités constitutives de l'état. On dit qu'une personne a la possession de

me l'acte d'adoption, l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel, sont bien aussi et sans aucun doute des actes de l'état civil, mais la loi réserve cette dénomination aux trois actes fondamentaux, les seuls dont le Code s'occupe, dans le titre deuxième du livre I, consacré aux actes de l'état civil. M. Ch. Beudant explique très bien la raison historique de cette particularité : « Antérieurement à 1792, les actes de l'état civil ont été reçus dans les paroisses par les curés ou desservants. C'est à la pratique de ce temps qu'est due la coutume qui a survécu de ne considérer comme actes de l'état civil que les actes de naissance, de mariage et de décès. En effet, les ministres du culte n'intervenaient qu'à propos de ceux-là, parce que c'était seulement à propos de la naissance, du mariage et de la mort que la religion intervenait par le baptême, le mariage et le service religieux des obsèques ; les actes constatant l'accomplissement de ces trois cérémonies religieuses furent regardés comme constatant en même temps les naissances, mariages et décès. L'usage s'est maintenu. » Beudant, *op. cit.*, t. I, n° 93.

(1) Art. 359, C. civ.

(2) Art. 251, C. civ.

(3) Art. 334, C. civ.

(4) Art. 331, C. civ.

(5) Sauf l'exception prévue à l'art. 57, C. civ.

(6) Cf. Baudry-Lacant. et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n°s 790, 791, 792 ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 454 à 458 ; Ambr. Colin et Capitant, 5e éd., t. I, p. 417, 418.

(7) Cons. Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 322 et s.

l'état de Français, d'époux, d'enfant légitime, lorsqu'elle jouit en fait de ce titre et des avantages qui y sont attachés, lorsqu'elle est considérée par tout le monde comme Française, comme mariée, comme enfant légitime (1).

Lorsqu'une personne soutient qu'elle n'a pas la possession de son véritable état, elle intente une action en réclamation pour prouver sa prétention.

En revanche, si quelqu'un se prévaut d'une qualité qui ne lui appartient pas en réalité, les tiers intéressés peuvent intenter contre lui une action en contestation d'état.

Ces actions présentent un caractère particulier : elles sont susceptibles d'être exercées en dehors de toute question d'intérêt appréciable en argent, et quand même le demandeur ne réclamerait aucun des droits pécuniaires qu'engendre la qualité de fils ou de parent. Mais comme l'état est la source d'une série de droits pécuniaires, dans la pratique, la question d'état est presque toujours soulevée à l'occasion de l'exercice d'un de ces droits ; par exemple, c'est un enfant qui se prétend le fils légitime ou naturel d'une femme, afin de recueillir tout ou partie de sa succession.

2° *Eléments qui constituent l'état : nationalité, famille*

114. — Les deux éléments principaux de l'état sont la nationalité et la famille. Il convient d'indiquer en quelques mots comment se déterminent l'un et l'autre, c'est-à-dire comment se forment les liens qui rattachent l'individu à ces deux groupes..

I. — Nationalité

115. — Tout individu, en venant au monde, acquiert une nationalité, car sa filiation, sa naissance, ses intérêts l'unissent à une nation déterminée et l'ordre public exige qu'il soit immédiatement rattaché à cette collectivité. En effet, la réglementation de ses droits sera différente suivant qu'il aura dans

(1) L'art. 321, C. civ. analyse la possession d'état à propos de la filiation des enfants légitimes. Il indique quels sont les principaux faits qui constituent cette possession.

un pays la qualité d'étranger ou de national. Il ne faut pas, d'autre part, qu'une personne puisse vivre en marge de la société sans se rattacher à aucun Etat, sans avoir de patrie (1).

La nationalité d'origine peut se déterminer soit d'après la nationalité des parents de l'enfant : c'est le système du *jus sanguinis*, qui apparut en France au XVIII^e^ siècle et fut consacré par le Code civil ; soit d'après le lieu de naissance de l'enfant, qui devient national du pays sur le territoire duquel il naît : c'est le système du *jus soli*, qui régna seul au moyen âge, et qui, abandonné au XVIII^e^ siècle, a retrouvé faveur en France pendant la seconde moitié du XIX^e^ ; soit, enfin, en combinant ces deux théories et en tenant compte en même temps et suivant les cas du *jus sanguinis* et du *jus soli*.

La législation française moderne a adopté cette troisième conception. Les règles édictées primitivement par le Code civil dans les articles 8, 9, 10 et 12, ont du reste été maintes fois modifiées, toujours en vue d'élargir le cercle des individus auxquels est accordée la qualité de Français, et, en dernier lieu, abrogées par la loi du 10 août 1927 sur la nationalité. L'esprit de notre législation s'explique par cette double raison qu'elle veut pallier les inconvénients de la faible natalité de la France et accélérer l'assimilation des nombreux étrangers qui viennent s'y fixer.

La loi française distingue, à ce point de vue, trois catégories de personnes :

1° Les enfants qui, au moment de leur naissance, acquièrent définitivement la qualité de Français (2) :

(1) On appelle *heimatlosat* (des mots allemands *heimat*, patrie, et *los*, privatif) l'état des individus qui n'ont pas de nationalité, et *heimatlos*, l'homme sans patrie. — Chaque nation cherche à lutter contre cette tendance des individus, qui vivent près des frontières de deux Etats voisins, à échapper aux charges incombant aux nationaux de l'un et de l'autre, et surtout à éviter l'obligation du service militaire, en invoquant successivement dans chacun leur qualité d'étrangers.

(2) Ce sont, d'après l'article 1^er^ de la loi de 1927 :

1° Les enfants légitimes : *a*) Nés d'un Français en France ou à l'étranger ; *b*) Nés en France d'une Française (mariée à un étranger) ; *c*) Nés en France d'un père (étranger) qui y est lui-même né ;

2° Les enfants qui naissent Français, mais auxquels la loi réserve la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suit leur majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française (1);

3° Les enfants qui, naissant étrangers, peuvent, jusqu'à l'âge de 21 ans accomplis, réclamer la qualité de Français (2). S'ils ne réclament pas la qualité de Français avant leur majorité, ces enfants deviennent Français de plein droit à 21 ans, s'ils sont domiciliés en France, à moins que, dans l'année qui suit leur majorité, ils ne déclinent la qualité de Français.

Ajoutons enfin que depuis la loi du 10 août 1927, la Française qui épouse un étranger ne perd plus sa nationalité, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir la nationalité de son mari, ou qu'elle n'acquière nécessairement celle-ci en vertu de la loi nationale de son mari, ou que les époux ne fixent leur premier domicile hors de France après la célébration du mariage (art. 8, 2e et 3e al.) (3).

116. — L'homme est libre de changer de nationalité au moyen de la *naturalisation*. La naturalisation consiste en une concession gracieuse accordée, après examen des titres du postulant, par l'Etat auquel la demande est adressée. D'après la loi du 10 août 1927, l'impétrant doit justifier d'une résidence non interrompue en France pendant trois ans. Dans certains cas, le stage est réduit à un an ou même supprimé (4).

L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. Néanmoins il

2° Les enfants naturels, dont la filiation est établie, dans les cas énoncés dans les nos 4°, 5°, 6° de l'article 1er ;

3° Les enfants nés en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue.

(1) Ce sont : 1° les enfants légitimes nés en France d'une mère étrangère qui y est elle-même née ; 2° les enfants naturels nés en France de parents étrangers, lorsque celui dont ils ne devaient pas suivre la nationalité (parce que leur filiation a été d'abord établie à l'égard de l'autre auteur), est lui-même né en France (art. 2 de la loi).

(2) Ce sont les enfants nés en France d'un étranger et domiciliés en France (art. 3).

(3) Réciproquement, la femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa demande expresse ou si, en conformité des dispositions de sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari (art. 8, 1er al.).

(4) Voir les art. 6, 7 et 11 de la loi de 1927.

ne peut être investi de fonctions ou mandats électifs que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'il n'ait accompli les obligations militaires du service actif dans l'armée française, ou que, pour des motifs exceptionnels, ce délai n'ait été abrégé par décret (1).

117. — Enfin, certains événements emportent la perte de la qualité de Français. Ils sont énumérés par l'article 9, 1° à 4° de la loi précitée (acquisition d'une nationalité étrangère, acceptation à l'étranger d'un service public).

La déchéance de la qualité de Français peut être, d'autre part, prononcée par jugement contre le Français qui a acquis, sur sa demande, la nationalité française lorsqu'il s'est rendu coupable de l'un des actes énoncés par l'article 9, 5°.

118. — *Condition des étrangers quant aux droits civils.* — Pendant longtemps, l'étranger a été très rigoureusement traité. Dans les législations anciennes, il était considéré comme un ennemi, et ne pouvait avoir aucune participation au droit de la cité ; il était placé hors la loi. Dans notre ancien droit, les étrangers étaient frappés de la double incapacité d'acquérir et de transmettre en France par succession légitime ou par succession testamentaire. Quand un étranger mourait, tous les biens qu'il possédait en France étaient confisqués au profit du roi, en vertu du droit d'aubaine, et réciproquement, quand un Français mourait en laissant pour héritier ou légataire un étranger, ce dernier ne pouvait pas recueillir les biens du défunt. A beaucoup d'autres points de vue, la situation de l'étranger était encore inférieure à celle du national (2).

La Révolution abolit toutes ces incapacités, et la Constituante, animée des idées généreuses de la philosophie du

(1) Art. 6, 3°, dernier alinéa.

(2) L'étranger était incapable de figurer comme témoin dans les actes solennels ; il devait payer en s'établissant en France le droit de chevage ; il ne pouvait se marier qu'en payant le droit de formariage. A la fin de l'ancien régime, la situation de la plupart des étrangers s'était améliorée, grâce aux nombreux traités passés entre la France et les principaux Etats étrangers. — Voir Viollet, *Histoire du Droit civil français*, 2e édition, p. 365 à 375.

XVIII[e] siècle, établit l'assimilation presque complète du Français et de l'étranger. Le Code civil a fait un pas en arrière et a inauguré le système de la réciprocité diplomatique, en vertu duquel l'étranger ne jouit en France des droits civils qu'autant qu'un traité, conclu avec la nation à laquelle il appartient, accorde au Français la jouissance des mêmes droits dans ce pays (1).

Quelle est donc la condition de l'étranger lorsqu'il n'y a pas de traité entre la France et le pays dont il fait partie ? Cette question a soulevé de vives controverses ; les auteurs ne s'accordent pas sur le sens qu'il faut donner à l'expression de « droits civils » employée dans l'article 11 du Code civil. Mais la question n'a pas grande importance et il n'y a qu''un nombre très restreint de droits au sujet desquels on se demande si, en dehors d'un traité, il faut en accorder ou en refuser la jouissance à l'étranger. Pour la plupart des droits civils, il n'y a pas de doute, et de l'aveu de tous les auteurs, les étrangers en ont la jouissance en l'absence de tout traité (2).

(1) Art. 11, C. civ. Par application de ce système, l'étranger n'était admis à recueillir des biens en France par voie de succession *ab intestat* et à recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire, que dans la mesure où les Français jouissaient de ces droits dans le pays de cet étranger, en vertu de conventions diplomatiques (Art. 726 et 912, C. civ.). La loi du 14 juillet 1819 a abrogé ces dispositions.

(2) Voir Beudant, *op. cit.*, t. I, n[os] 83 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n[os] 633 et suiv. ; Weiss, *op. cit.*, p. 238 et suiv. Le Code civil et les lois postérieures ont accordé explicitement ou implicitement aux étrangers la jouissance d'un grand nombre de droits civils.

Tout étranger, âgé de plus de 15 ans, devant résider en France plus de deux mois, est tenu, dans les quarante-huit heures de son arrivée, de se présenter au commissariat de police de sa résidence pour y faire une demande de carte d'identité (décret du 9 septembre 1925).

Nous n'avons envisagé la condition de l'étranger qu'au point de vue du droit privé. En dehors du droit privé, l'étranger ne participe pas aux droits politiques ni aux droits accessoires qui s'y rattachent (ainsi il ne peut pas être officier ministériel, avocat, témoin dans un acte authentique, etc). En outre, il peut être expulsé du territoire (art. 7, 8, 9, loi du 3 décembre 1849).

II. — Famille

119. — La famille est l'agrégation des individus unis par la communauté du sang. C'est le groupe primordial auquel se rattache l'individu. L'Etat est une réunion de familles. Les rapports de droit que la famille crée entre les individus sont fort importants. Ce sont soit des rapports purement moraux, comme l'autorité paternelle, l'autorité maritale, soit des rapports pécuniaires comme le droit de succession (1).

Les liens qui unissent les différentes personnes faisant partie de la famille sont la parenté et l'alliance ou affinité.

120. — Parenté (2). — La parenté repose sur la filiation, c'est-à-dire sur la communauté de sang. C'est le rapport existant entre personnes qui descendent les unes des autres, ou d'un auteur commun.

Il résulte de cette définition qu'il y a deux espèces de parenté :

La parenté en ligne directe ;

La parenté en ligne collatérale.

La ligne directe comprend la série des personnes qui sont nées les unes des autres, le grand-père, le père, le fils, le petit-fils, en d'autres termes les ascendants et les descendants (3). Elle est donc *ascendante* ou *descendante,* suivant que l'on considère les parents dont une personne descend, c'est-à-dire

(1) Nous n'avons pas à nous occuper ici des différentes conceptions de la famille, conceptions qui peuvent varier quant au degré de force des liens d'autorité et de subordination suivant l'âge et le sexe, et quant à l'étendue du cercle de la famille, c'est-à-dire des personnes qu'elle embrasse. Sur la transformation de la famille, sur la comparaison de la famille patriarcale et de la famille moderne, cons. Viollet, *Histoire du Droit civil français,* 2e édition, p. 383 et suiv. et la bibliogr. citée, p. 392 ; Cauwès, *Cours d'Economie politique,* 3e édit., t. I, nos 47 et suiv. ; Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France* (1851) ; Lerebours-Pigeonnière, *La famille et le Code civil,* Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 265 ; Charles Lefebvre, *La famille en France dans le Droit et dans les mœurs,* Paris, 1920.

(2) La parenté a été également conçue suivant des vues très diverses : nous ne parlerons que de la parenté moderne, telle qu'elle est sortie du droit romain et du droit canonique. — Voir Viollet, *loc. cit.*

(3) Art. 736, C. civ.

sees auteurs, ou les parents auxquels elle a donné le jour, c'est-à-dire sa postérité.

La ligne collatérale se compose de parents qui, sans être nés les uns des autres, descendent d'un auteur commun ; par exemple les frères et sœurs, oncles, tantes, neveux et nièces, cousins. La ligne collatérale est donc une ligne double qui a son point de départ dans la personne de l'auteur commun (1).

Le mot *ligne* se prend aussi dans une autre acception : il sert à désigner l'ensemble des parents qui sont unis à une personne par le père ou par la mère de cette personne. On dit alors la ligne paternelle, la ligne maternelle. Tous les parents de mon père sont également les miens ; par conséquent, la ligne paternelle comprend toutes les personnes qui sont mes parents par mon père, par exemple les ascendants de mon père, ses frères et sœurs, c'est-à-dire mes oncles et tantes paternels, etc. De même, la ligne maternelle est composée de tous ceux qui sont mes parents du côté de ma mère.

Le lien de parenté, qui unit deux individus, peut exister à la fois dans les deux lignes paternelle et maternelle. L'exemple le plus simple qu'on en puisse donner est celui des enfants nés du mariage de deux personnes. Ces enfants sont parents à la fois dans les deux lignes, puisqu'ils ont le même père et la même mère ; on les appelle des frères et sœurs germains.

Quand deux frères ou sœurs sont nés du même père mais non de la même mère, on dit qu'ils sont consanguins.

Quand ils ont la même mère, mais sont nés de pères différents, ils sont utérins.

Pour déterminer le lien de parenté qui unit deux personnes, on compte le nombre de générations qui les séparent. « La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations ; chaque génération s'appelle un degré » (2).

En ligne directe, le mode de computation est très facile, car il suffit de compter combien il y a de degrés, c'est-à-dire de

(1) Il est d'usage de figurer la parenté collatérale au moyen d'une échelle double partant de l'auteur commun et dans laquelle chaque génération représente un degré de l'échelle. Voir Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 10e édit., t. I, n° 130, p. 85.

(2) Art. 735, C. civ.

générations, entre les deux parents. Ainsi, nous dit l'article 737 du Code civil, « le fils est à l'égard du père au premier degré, le petit-fils au second ; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et des petits-fils ».

121. — En ligne collatérale, le calcul est un peu plus compliqué, parce qu'il faut remonter de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun, et redescendre ensuite de l'auteur commun à l'autre parent (1). Mais il suffit, pour le simplifier, de figurer la parenté collatérale, comme nous le disions plus haut, par une échelle double partant de l'auteur commun, en représentant chaque génération par un échelon. Deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu sont au troisième ; les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite (2). La parenté continue à l'infini, mais il est un moment à partir duquel il devient difficile de l'établir, et la loi ne lui accorde aujourd'hui effet, au point de vue civil, que jusqu'au sixième degré (3).

(1) Art. 738, C. civ.

(2) Art. 738, C. civ. — Le droit canonique compte la parenté en ligne collatérale d'une autre façon : il remonte de l'un des parents à l'auteur commun, mais ne redescend pas à l'autre ; donc, il ne compte les générations que d'un côté de l'échelle, en partant du parent qui est le plus éloigné de l'auteur commun. Lorsque les parents sont également distants de l'auteur commun, on compte les degrés d'un côté quelconque de l'échelle. Ainsi, deux frères sont parents au premier degré en ligne collatérale ; deux cousins germains au second degré. D'après le Code civil, au contraire, deux frères sont parents au second degré, deux cousins germains au quatrième. L'oncle et le neveu sont parents au deuxième degré (en droit civil, au troisième), le cousin germain et l'enfant du cousin germain au troisième degré (en droit civil, au cinquième).

On voit que, d'après cette façon de compter, les cousins germains, l'oncle et le neveu sont en même temps parents au deuxième degré ; afin d'éviter une confusion, on dit que les cousins germains sont parents au deuxième degré, *in linea collaterali æquali,* pour montrer qu'ils sont à la même distance l'un et l'autre de l'auteur commun, et l'oncle et le neveu, *in linea collaterali inæquali.*

Le mode de computation adoptée par le Code est celui du Droit romain.

(3) Art. 755, C. civ. : « Les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas ». L'article 17 de la loi de finances du 31 décembre 1917, entré en vigueur le 25 avril 1920, a modifié l'article 755 et limité le droit de succéder au sixième degré en ligne collatérale, sauf pour les descendants de frères et sœurs du défunt,

122. — *Différentes espèces de parentés.* — La parenté dont nous venons de déterminer les effets est la parenté légitime ; elle découle de la filiation légitime qui a sa source dans le mariage.

Il y a deux autres espèces de parentés : la parenté naturelle et la parenté adoptive.

123. — *Parenté naturelle.* — La parenté naturelle résulte de la filiation illégitime, c'est-à-dire de la naissance d'un enfant par suite des relations de deux personnes qui ne sont pas unies par les liens du mariage. Les enfants naturels sont, ou des *enfants naturels simples,* enfants nés de personnes qui auraient pu valablement contracter mariage au jour de la conception de l'enfant, ou des *enfants adultérins,* ou des *enfants incestueux.*

Les enfants naturels sont adultérins, lorsque l'un des père et mère était marié au moment de la conception, ou que chacun d'eux était marié de son côté. Dans les deux cas, la situation juridique de l'enfant né de leurs relations criminelles est la même.

Les enfants incestueux sont ceux qui naissent de deux personnes entre lesquelles existait, à l'époque de la conception, un empêchement au mariage résultant de leur parenté ou de leur alliance ; par exemple, l'enfant né d'un frère et d'une sœur, d'un oncle et d'une nièce.

La filiation naturelle est traitée rigoureusement par la loi, et les effets qu'elle produit sont bien différents de ceux de la filiation légitime. Le Code civil honore le mariage, qui est le véritable germe de la famille ; elle voit, au contraire, avec défaveur les unions illégitimes, parce qu'elles sont instables et incapables, par là même, de créer une affection assez solide, assez persistante entre les parents et les enfants.

Ainsi, pour ne citer que les principales dispositions du Code en cette matière :

(cas qui ne se produira qu'exceptionnellement, car les arrière-petits-neveux et nièces sont au cinquième degré du *de cujus*), et pour le cas où le défunt n'était pas capable de tester, et n'était pas frappé d'autre part d'interdiction légale, comme condamné à une peine afflictive ou infamante.

1° La preuve de la filiation naturelle est plus difficile à établir que celle de la filiation légitime. La loi veut que la filiation naturelle résulte d'une déclaration spontanée dans un acte authentique (1), au moment de la naissance ou postérieurement, de la part de ceux qui en sont les auteurs. Cette déclaration s'appelle la reconnaissance. L'acte de naissance ne prouve ni la paternité ni la maternité naturelles.

Lorsque la filiation n'a pas été volontairement reconnue par les parents de l'enfant naturel dans un acte authentique, l'enfant ne peut faire preuve qu'en intentant en justice une action en recherche de sa filiation. Mais ici encore le Code s'est montré très rigoureux.

Tout d'abord, il a interdit l'action en recherche de la paternité naturelle, aujourd'hui permise dans quelques cas depuis la loi du 16 novembre 1912 (2).

D'autre part, si l'enfant peut prouver en justice sa filiation maternelle, il faut pour cela non seulement qu'il produise des témoins, mais un commencement de preuve par écrit (3), ce qui rend la preuve très difficile et souvent impossible.

Tant que l'enfant naturel n'est pas volontairement reconnu ou n'a pas prouvé sa filiation, il n'a, aux yeux de la loi, ni père, ni mère.

2° La parenté naturelle une fois prouvée est beaucoup moins étendue que la parenté légitime. Elle ne crée de liens qu'entre

(1) Art. 334, C. civ.

(2) Art. 340, C. civ. Cette prohibition excessive avait été introduite par les rédacteurs du Code civil pour couper court aux scandales et aux procès abusifs qu'avaient suscités dans notre ancien Droit les actions en recherche de la paternité. « Les recherches de la paternité, disait Bigot-Préameneu, étaient regardées comme le fléau de la société ». Mais pour éviter un mal, on était tombé dans un autre. Aussi la règle trop protectrice et trop prévoyante de l'art. 340, C. civ., était-elle vivement attaquée. « La recherche de la paternité naturelle est interdite. Par conséquent, le sort de la femme et de l'enfant est abandonné à la générosité du père. Il est impossible d'ignorer (dirai-je : plus naïvement, ou plus perfidement ?) les lâchetés du cœur humain et de sacrifier plus sûrement les bâtards dont on pense avoir pris la cause en main ». Viollet, *Histoire du droit*, 2e édit., p. 469-470. Le législateur a bien fait de supprimer cette prohibition.

(3) Art. 341, C. civ.

l'enfant et ses père et mère ou celui d'entre eux qui l'a reconnu. Elle ne s'étend pas au delà ; l'enfant n'entre pas dans la famille de ses auteurs (1).

3° Les droits que la filiation naturelle établit entre les père et mère et l'enfant reconnu sont moins complets que ceux qui résultent de la filiation légitime. Ainsi, l'enfant naturel reconnu n'est appelé à la succession de ses parents que pour une part inférieure à celle de l'enfant légitime (2). Réciproquement, les père et mère naturels peuvent succéder à l'enfant qu'ils ont reconnu, mais, à la différence des ascendants légitimes, ils n'ont pas de réserve.

Enfin, la loi traite très rigoureusement les enfants adultérins et incestueux, parce qu'il sont le fruit de relations criminelles. Ils ne sont jamais admis à la recherche soit de leur paternité, soit de leur maternité ; le Code ne permet pas aux père et mère de les reconnaître (3). Lorsque leur filiation se trouve légalement établie, ces enfants sont exclus de la succession de leurs parents, ils n'ont droit qu'à des aliments (4). Les enfants adultérins et incestueux n'ont donc pas de parenté civile.

Ajoutons enfin que les enfants adultérins ne peuvent pas, sauf dans des cas exceptionnels énumérés par l'article 331, c. civ.,

(1) Art. 757, C. civ. modifié par la loi du 25 mars 1896.

(2) A ce point de vue, le Code civil s'était encore montré très sévère pour les enfants naturels. La loi du 25 mars 1896 a augmenté la part que les enfants naturels peuvent recueillir dans la succession de leurs père et mère, sans toutefois les assimiler aux enfants légitimes, car l'assimilation absolue aurait porté une très grave atteinte au principe de la famille fondée sur le mariage. D'autre part, la loi nouvelle a supprimé les entraves que le Code civil apportait aux libéralités testamentaires faites par les père et mère à l'enfant naturel. D'après le Code civil, l'enfant naturel reconnu ne pouvait jamais recevoir, par donation ou testament, au delà de la part qui lui était attribuée par la loi dans la succession *ab intestat*. La loi de 1896 a maintenu cette interdiction pour la donation entre-vifs, mais elle a permis au père et à la mère de donner par testament à l'enfant naturel une part de leurs biens égale à celle d'un enfant légitime le moins prenant (art. 908 nouveau, C. civ.).

(3) Art. 335, 342, C. civ.

(4) Art. 762, 908, C. civ. La loi du 25 mars 1896 n'a pas modifié les dispositions du Code civil relatives aux enfants adultérins et incestueux.

être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère.

En résumé, la filiation naturelle ne produit que des effets restreints et limités. La loi a voulu, en établissant cette distinction si marquée entre la situation de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime, protéger et favoriser le mariage qui est la seule et véritable source de la famille, et détourner des unions illégitimes qui entraînent le désordre, l'avilissement pour la mère et trop souvent l'abandon et la misère pour l'enfant (1).

124. — *Légitimation.* — Les enfants naturels simples et les enfants incestueux et, dans certains cas, les enfants adultérins, peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère (2) ; ils acquièrent alors tous les droits des enfants légitimes.

125. — *Adoption.* — L'adoption est un acte solennel qui crée une parenté fictive et artificielle entre l'adoptant et l'adopté (art. 343 et s. C. civ.). Elle imite la filiation en ce sens qu'elle établit des rapports de droit entre l'adoptant et l'enfant adopté ; ce dernier prend le nom de son père adoptif (3), et acquiert sur ses biens les mêmes droits de succession qu'un enfant légitime. Mais l'adoption ne produit que quelques-

(1) La loi de 1896 a adopté les mêmes principes et n'a en rien modifié l'esprit du Code civil ; elle s'est contentée d'augmenter les droits héréditaires de l'enfant naturel que, de l'avis de tout le monde, le Code avait restreints à l'excès.

On a vivement attaqué de nos jours cette différence traditionnelle entre les effets des deux filiations. L'enfant naturel ne doit pas supporter le poids de la faute de ses parents ; il n'est pas coupable de l'irrégularité de sa naissance, et le lien qui l'unit à ses père et mère est absolument le même, aux yeux de la nature, que celui qui serait consacré par le mariage. Mais ces considérations ne suffisent pas pour condamner le système du Code civil. Il y a deux intérêts en présence, celui de l'enfant naturel, celui de la famille, et la question revient à savoir quel est celui qui doit l'emporter ; or, l'intérêt de la famille touche à l'ordre social tout entier, tandis que l'intérêt de l'enfant naturel est purement individuel et privé.

(2) Art. 331 et s., C. civ.

(3) Toutefois, si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant pourra, par l'acte même de l'adoption, et du consentement des parties, lui être conféré purement et simplement, sans être ajouté à son propre nom (art. 351, 2e al., C. civ.).

urns des effets de la parenté. Elle ne crée de lien qu'entre l'adoptant et l'adopté ; l'adopté n'entre pas dans la famille dée l'adoptant (1), il reste dans la sienne et y conserve tous sees droits.

Cette institution semble avoir joué un rôle considérable chhez les peuples anciens (2) ; aujourd'hui elle offre peu d'utilitté. Elle sert le plus souvent à légitimer des enfants naturels, ett même des enfants adultérins. Cependant, depuis la loi du 199 juin 1923 qui en a simplifié les formes et les conditions, elle estst plus employée qu'auparavant (3).

1126. — Alliance. — L'alliance ou affinité est le lien créé paar le mariage entre un époux et les parents de l'autre (4).

LLa personne qui se marie devient l'alliée de tous les parents dee son conjoint. Ainsi, la femme devient la fille par alliance (*bœelle-fille*) des père et mère de son mari (*beau-père, belle-mèère*), la sœur par alliance (*belle-sœur*) des frères et sœurs de sonn mari (*beaux-frères, belles-sœurs*), la nièce de ses oncles et tanntes, etc. De même le mari devient le fils par alliance (*gendre* ou *beau-fils*) des père et mère de la femme.

MMais l'alliance n'existe qu'entre l'époux et les parents de sonn conjoint ; elle n'unit pas les parents d'un époux à ceux de l'autre. Ainsi les père et mère de la femme ne deviennent pass les alliés des père et mère du mari.

LL'alliance se calcule comme la parenté ; le mari est l'allié en ligne directe de tous les parents en ligne directe de sa

(1) Cependant, l'adoption entraîne certains empêchements de mmariage (art. 354, C. civ.).

(2) Viollet, *Histoire du droit*, 2e édit., p. 481 et s.

(3) L'adoption était inconnue dans notre ancien Droit. Elle repparut sous la Révolution. Lors de la rédaction du Code, elle futt vivement attaquée, mais Bonaparte la défendit énergiquement, non sans doute sans certaines arrière-pensées politiques, et la fit conserver. (Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 315).

(4) Les époux ne sont pas de simples alliés, car le mariage créée entre eux une union intime, une communauté de vie, d'où résultte un lien plus fort que celui de l'alliance (fr. 4, § 3, D. *De grad.*, XXXVIII, 10). Ainsi il n'y a pas de droit de successionn entre les alliés ; au contraire, la loi appelle l'époux survivvant à la succession de son conjoint (Art. 767, C. civ.).

femme ; il est l'allié en ligne collatérale de tous les collatéraux de celle-ci et réciproquement.

L'alliance naît avec le mariage, mais elle ne finit pas avec lui ; elle subsiste même après sa dissolution. Pourtant, si le mariage se dissout sans qu'il en reste d'enfants, la plupart des effets de l'alliance cessent de se produire (1).

127. — *Effets juridiques de la parenté et de l'alliance en général.* — La parenté fait naître toute une série de rapports de droit qui varient suivant le degré de proximité des parents ; il serait trop long de les énumérer ici. Contentons-nous de dire qu'ils sont de deux sortes : les uns sont d'ordre purement moral, par exemple, la puissance paternelle, la puissance maritale ; les autres engendrent des droits pécuniaires faisant partie du patrimoine : le plus important est le droit de succession que la loi établit entre parents et qu'elle limite aujourd'hui au sixième degré en ligne collatérale, sauf dans certains cas (2).

L'alliance ne produit que des effets beaucoup plus restreints : obligation alimentaire entre les proches alliés (3), obligation

(1) Art. 206, C. civ., 283, 378-2°, C. proc. civ D'après l'art- 206, l'obligation alimentaire que l'alliance a fait naître entre gendres et belles-filles d'une part, beaux-pères et belles-mères d'autre part, cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Les art. 283 et 378 2° C. proc. civ. limitent le droit de reprocher un témoin, ou de récuser un juge, pour cause d'alliance, en cas de décès du conjoint sans enfants. Mais il ne résulte pas de ces textes, comme on l'a prétendu, que l'alliance soit brisée lorsque l'époux qui l'a fait naître meurt et qu'il ne reste plus d'enfants du mariage. Les autres effets de l'alliance subsistent, notamment les empêchements au mariage, indiqués par les art. 161 et 162, C. civ. L'alliance crée entre les alliés un lien fondé sur l'affection qui doit durer autant que ces alliés eux-mêmes. « Le maintien de l'alliance après la dissolution du mariage est en harmonie avec les mœurs et les habitudes de la société actuelle. » La jurisprudence se prononce ordinairement en faveur de cette opinion qui est, du reste, adoptée aujourd'hui par la grande majorité des auteurs. Paris, 18 mars 1850, S. 50.2.593 ; Caen, 14 août 1867, S. 68.2.146 ; Cass., 4 novembre 1868, S. 69.1.18 ; Bordeaux, 23 février 1881, S. 82.2.106 ; Orléans, 15 novembre 1892, S. 94.2.18. Req., 30 octobre 1923, *Gaz. Pal.*, 21 décembre 1923 ; *contrà*, Lyon, 21 février 1891, S. 94.2.99 ; Paris, 18 mars 1897, S. 00.2.131. — Voir note de M. Charmont, Revue critique de législation, 1895, p. 1.

(2) Art. 755, C. civ. nouveau. V. ci-dessus, p. 154, note 3.

(3) Art. 206, 207, C. civ.

dde gérer la tutelle et de faire partie du conseil de famille (1), eempêchement au mariage (2).

3° *Du nom des personnes* (3).

128. — La personnalité de chaque individu est identifiée ett distinguée de celle des autres hommes par le nom, lequel est fformé, chez les peuples modernes, de deux appellations : 1° le nnom de famille ou nom patronymique, 2° les prénoms, qui sservent à individualiser chaque membre de la famille.

Pendant longtemps, le nom ne s'est composé que d'une dénommination unique et propre à chaque personne. Ainsi, chez les GGrecs, chaque homme portait un seul nom, qui lui était donné àà sa naissance, et différait du nom de son père.

Ce sont les Romains qui ont établi l'usage du nom patronymique. Tous les membres de la *gens* étaient désignés sous unn même nom, et ils se distinguaient les uns des autres en y ajjoutant d'autres appellations. Ce système présentait l'avantaage de faire du nom à la fois le signe distinctif de l'individu ett celui de la famille.

L'usage du nom individuel, employé chez les barbares, reparuut après la disparition de l'empire romain d'Occident et se mmaintint assez longtemps. Mais, par la force même des choses ett par suite de la limitation des mots employés pour la dési-

(1) Art. 407 à 410, C. civ., 432, C. civ.

(2) Art. 161, 162, C. civ. — Consulter pour l'énumération compplète des effets de la parenté et de l'alliance, Aubry et Rau, *op. cit.*, t.. I, § 68.

(3) Bibliographie : Amb. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e édit., t. I, pp. 355 et s. ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 375 et suiv. ; de SSalverte, *Essai historique et philos. sur les noms d'hommes*, Paris, 18824 ; Lallier, *De la propriété des noms et des titres*. Paris 1890 ; Saleilles. *Le drroit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, RRevue critique de législation, 1900, p. 94 à 101 ; Sudre, *Le droit au nom*, thhèse de doctorat, Paris 1903 ; Perreau, *De l'incessibilité du nom civil*, RRevue critique de législation, 1900, p. 548 ; *Du droit de chaque conjoint sur soon nom patronymique et celui de son conjoint*, Revue trim. de droit civil, 19903, p. 515 ; *De la longue possession en matière de nom patronymique, ib.* 19905, p. 65 ; *Les droits de la personnalité, ib.* 1909, p. 501 ; *Le droit au nom*, PParis, 1910 ; Bulletin de la Société d'études législatives, 1927, p. 115, *Le nom patronymique en matière civile et commerciale*, rapport de M. Hamel.

gnation des personnes, on fut obligé de préciser l'identité des individus en indiquant leur filiation, puis de revenir définitivement à l'emploi du nom héréditaire, en y adjoignant des prénoms, emploi qui se généralisa du XI^e^ au XIII^e^ siècles.

129. — *Comment se détermine le nom d'un enfant.* — L'enfant, né de deux personnes mariées, prend le nom de son père. Dans son acte de naissance, il est désigné par les prénoms qui lui sont donnés (art. 57, C. civ.). Ces prénoms peuvent être en nombre variable. Ils sont choisis par les parents. La loi du 11 germinal an XI décide que les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne peuvent seuls être reçus comme prénoms sur les registres de l'état civil, et elle interdit aux officiers de l'état civil d'en admettre aucun autre dans leurs actes (1).

L'enfant né hors du mariage porte aussi le nom de son père, lorsque celui-ci l'a reconnu, ou le nom de sa mère, s'il n'a été reconnu que par elle (2). S'il n'est reconnu ni par l'un ni par l'autre, il reçoit alors un nom et des prénoms qui lui sont choisis par celui qui fait la déclaration de sa naissance.

Enfin, quand il s'agit d'enfants trouvés, l'officier de l'état civil, ou l'administration de l'hospice dans lequel ils sont placés, leur attribue un nom et des prénoms (art. 58, C. civ.).

130. — *Changements de noms résultant d'événements postérieurs à la naissance.* — Certains événements peuvent modifier le nom qu'une personne a acquis au moment de sa naissance.

1^er^ *Cas.* — La filiation d'un enfant naturel est établie postérieurement à sa naissance. L'enfant prend, suivant le cas, soit le nom de son père, soit celui de sa mère.

(1) V. Edouard Lévy, *Le manuel des prénoms*, Paris, 1922.

(2) Pour le cas où l'enfant a été reconnu d'abord par sa mère, puis par son père, il peut y avoir doute, car la puissance paternelle est alors exercée par la mère (art. 383, C. civ.). Néanmoins il faut admettre que, conformément à l'usage, l'enfant portera le nom de son père. Dans ce sens, Perreau, *Le droit au nom*, p. 215 et 216 et les décisions qu'il cite p. 216, note 2.

2e *Cas*. — L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier (art. 351, C. civ.).

3e *Cas*. — La femme qui se marie prend, en vertu d'un usage immémorial, le nom patronymique de son mari (1). C'est une règle qui n'est nulle part inscrite dans nos lois, mais qui se trouve consacrée par la coutume (2). Du reste, la loi du 6 février 1893 a reconnu la légalité de cet usage, car elle décide que, par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom (art. 299 et 311, 1er al., C. civ.).

Cette solution est contestée par un certain nombre d'auteurs, parce que rien dans la loi ne suppose que le mariage entraîne le changement de nom de la femme (3) ; mais cet argument n'a pas de valeur, puisqu'il s'agit d'une règle de droit coutumier. Ces auteurs font en outre remarquer que, dans les actes civils et judiciaires où elle est partie, la femme continue à être désignée par son nom de famille, suivi de sa qualité de femme mariée. Cette seconde raison ne vaut pas mieux que la première. La double appellation dont on se sert dans les actes est utile, en effet, pour bien identifier la femme mariée, car celle-ci peut plus tard perdre le nom de son mari, et même en acquérir un autre par un second mariage. Il est donc nécessaire, dans les actes où elle apparaît, d'indiquer son nom patronymique (4).

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 401, éd. Bugnet, t. VI, p. 181 : « Un des effets civils du mariage, qui concerne particulièrement la femme, est que la femme acquiert par le mariage le nom de son mari. »

(2) Cf. Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, t. I, n° 301 ; Geny, *op. cit.*, t. I, p. 328 ; Baudry-Lac., Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, t. III, p. 317 2° ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 357 ; Perreau, Revue trim. de droit civil, 1903, p. 524 et suiv. La jurisprudence reconnaît à la femme le droit de porter le nom de son mari. Cons. Perreau, *Le droit au nom*, p. 228 et s.

(3) Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 390 ; Lallier, *op. cit.*, n° 112.

(4) M. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 392, explique comment s'est introduit l'usage de désigner la femme par le nom de son mari : « Jadis on disait : la femme Moreau, la femme Durand ; cela voulait dire, la femme de Moreau, la femme de Durand ; le nom du mari était au génitif. La formule moderne, madame Moreau, n'est qu'une tournure nouvelle, usitée par politesse, mais elle a le même sens... » Cette explication n'empêche pas que l'usage, devenu traditionnel, ait donné naissance à une règle de droit.

L'usage qui désigne la femme mariée par le nom de son mari est universel, indiscutable. Il a donc acquis force de loi. Nier que la femme acquière le nom de son mari, c'est nier que la coutume puisse aujourd'hui créer des règles de droit, car « jamais usage ne fut plus ancien, plus universel, mieux consacré » (1).

4e *Cas.* — La femme divorcée perd le nom de son mari et reprend son nom de famille (art. 299, 2e al., C. civ.).

Au contraire, la femme veuve continue à porter le nom de son mari (2).

131. — *Nature juridique du nom.* — Quelle est la nature juridique du nom ? La jurisprudence considère le nom comme étant l'objet d'un droit de propriété existant au profit de la famille qui le porte (3), mais il est facile de montrer que cette conception est inexacte. Le droit de propriété ne peut avoir pour objet qu'une chose représentant une valeur pécuniaire, susceptible de figurer dans le patrimoine d'une personne ; c'est un droit patrimonial. Or, le nom n'est pas appréciable en argent, il ne fait pas partie du patrimoine. Du reste, on parle d'un droit de propriété appartenant à la famille tout entière ; or, nulle part dans notre législation, on ne rencontre une propriété de ce genre. Enfin, l'individu ne peut ni céder son nom ni l'abandonner volontairement. Que serait-ce qu'un droit de propriété absolument hors du commerce des hommes ? Il faut donc rejeter cette conception (4).

La doctrine la repousse en effet. D'après l'opinion généralement admise par elle, le nom ne serait qu'un simple fait, une

(1) Ch. Beudant, *op. cit.*, t. I, n° 301.

(2) La séparation de corps ne dissolvant pas le mariage, la femme séparée conserve le nom de son mari. Mais le jugement qui prononce la séparation ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter ce nom, ou l'autoriser à ne pas le porter (art. 311, 1er al., C. civ.).

(3) Cass., 16 mars 1841, S. 41.1.532 ; Trib. civ., Seine, 15 février 1882, S. 84.2.21 ; Civ. rej., 15 et 16 avril 1878, D. P. 79.1.169 ; 16 mai 1900, D. P. 02.2.174, S. 02.2.15 ; 25 octobre 1911, D. P. 12.1.208, S. 12.1.95.

(4) En notre sens, Labbé, note sous Trib. Seine, 15 février 1882 et 30 mars 1882, S. 84.2.21 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. I, *Les personnes*, par Savatier, n° 114 ; Lallier, *op. cit.*, nos 2 et 3 ; Perreau, *Rev. critique*, 1900, p. 548 ; *Le droit au nom*, p. 26, 27.

institution de police civile, un procédé nécessaire pour désigner les personnes et rien de plus (1). Mais cette explication nous paraît, à son tour, insuffisante. Le nom constitue bien un véritable droit. Il assure le respect de la personnalité humaine et, comme tel, il est sanctionné par des actions contre les tiers qui tenteraient de l'usurper. Il fait donc partie des droits protecteurs de la personnalité de l'homme (2). A ce titre, c'est un droit absolu, et c'est ce caractère qui le rapproche de la propriété.

Le nom civil diffère profondément du nom commercial servant d'enseigne à un fonds de commerce ou de marque à un produit. Comme tel, ce dernier a une valeur précuniaire ; il est une recommandation du fonds ou du produit. Il devient donc un droit du patrimoine et peut être vendu.

132. — *Caractères particuliers du droit au nom.* — Le nom présente les caractères suivants qui se rencontrent, du reste, dans tous les droits publics :

1° Il *est imprescriptible* (3). La prescription est de deux sortes : acquisitive ou extinctive. La prescription acquisitive s'applique aux droits réels ; la possession d'une chose, prolongée pendant un certain temps, fait acquérir au possesseur la propriété de cette chose. Les droits qui ne sont pas exercés pendant le temps fixé par la loi s'éteignent par l'effet de la prescription extinctive. Ces deux prescriptions ne s'appliquent qu'aux droits du patrimoine. Donc une personne qui a usurpé

(1) Voir Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 398 ; *Lallier*, op. cit., n°s 2 et 3 ; Baudry-Lac. et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 3e éd., p. 307.

(2) En ce sens, Perreau, *Le droit au nom*, p. 27 et s.
D'après M. Ambroise Colin, note sous Paris, 21 janvier 1903, D. P. 04.2.1, le nom patronymique serait la *marque distinctive et extérieure de l'état*, ou plus exactement, *de cet élément de l'état qui réside dans la filiation*. Toute question relative au nom de famille serait donc une question d'état, et toute question s'y référant constituerait une action en réclamation, rectification ou contestation d'état. Cons. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 360.

(3) Cass., 10 mars 1862, S. 62.1.593 ; 2 février 1881, S. 82.1.11 ; 17 novembre 1891, D. P. 93.1.244, S. 93.1.25, note de M. Lallier ; Lyon, 29 juillet 1898, D. P. 99.2.61. Cons. Perreau, *Le droit au nom*, p. 162 et s.

le nom d'autrui ne peut pas, au bout de trente ans, soutenir qu'elle a le droit de porter ce nom. De même un nom de famille peut toujours être repris par les descendants de cette famille, quel que soit le temps pendant lequel ils auraient négligé de le porter (1).

Cependant, on comprend que l'usage joue un grand rôle en notre matière, et l'emploi d'un nom, prolongé pendant de longues années, donnera aux descendants le droit de continuer à le porter, pourvu qu'il n'y ait pas eu une usurpation contre laquelle les membres d'une autre famille protestent (2).

2° Le nom est *incessible* (3). Une personne ne peut céder son nom à un tiers, ni par convention, ni par testament.

3° Enfin, une personne ne peut pas, arbitrairement et par sa seule volonté, changer de nom. De tels changements, s'ils étaient fréquents, causeraient un véritable trouble dans les rapports sociaux (4).

Les changements de noms avaient été interdits à plusieurs reprises dans notre ancien droit (5). Le décret du 6 fructidor an II renouvela cette prohibition. Il interdit aux citoyens l'usage d'autres noms que ceux sous lesquels ils sont inscrits dans les actes de l'état civil, sous peine de six mois de prison et d'une amende égale au quart de leur revenu (6).

(1) Toulouse, 15 mars 1893, S. 93.2.181 ; Limoges, 22 juillet 1895, S. 97.2.278 ; Cass. req., 17 novembre 1891, S. 93.1.25, note Lallier.

(2) Cf. Riom, 9 janvier 1865, S. 65.2.7 ; Cass., 15 mai 1867, S. 67.1.241 ; Cass. req., 10 novembre 1897, S. 99.1.337, note Appert : « La règle toute négative, qui écarte en matière de nom la prescription acquisitive, définie par l'art. 2219, C. civ., n'empêche pas que l'usage et la possession ne puissent quelquefois être pris en considération en cette matière. » Cons. Cass., 25 mars 1908, S. 08, *Bulletin des sommaires*, 1.27.

(3) V. Perreau, *Le droit au nom*, p. 142 et s.

(4) Sur l'adjonction par le mari du nom de sa femme au sien, voir Paris, 21 janvier 1903, S. 04.2.161, D. P. 04.2.1, note de M. Ambr. Colin.

(5) *Edit d'Amboise*, 26 mars 1555, art. 8 ; *Ordonnance de Janvier* 1629 (Code Michaud), art. 211.

(6) Ce décret n'a jamais été expressément abrogé, mais les tribunaux l'ont toujours considéré comme une mesure de circonstance, tombée en désuétude. En effet, il avait été promulgué pour mettre un terme aux abus qu'avait suscités un décret du 26 brumaire an II, lequel avait déclaré que chacun était libre

Aujourd'hui, la prohibition des changements de noms n'est plus sanctionnée d'une façon générale. L'article 259 du Code pénal ne punit que le fait de changer, altérer ou modifier son nom, en vue de s'attribuer une distinction honorifique (1).

132. — *Changements par la voie administrative.* — Lorsqu'une personne a des raisons sérieuses pour modifier son nom ou le changer, elle peut en obtenir l'autorisation par voie de décret (2).

133. — *Des actions qui protègent le nom.* — Lorsqu'une personne est troublée dans l'usage de son nom, elle peut intenter une action en justice, soit pour faire constater son droit, soit pour empêcher qu'un tiers n'en usurpe l'emploi. Il y a lieu à l'action en réclamation, lorsque l'intéressé soutient, par exemple, que son nom a été mal reproduit ou mal orthographié sur les registres de l'état civil (3). Contre l'usurpateur, l'intéressé exerce l'action en contestation de nom. Toutes les fois qu'une personne fait usage d'un nom qu'elle n'a pas le droit de porter et que cet usage est de nature à créer une confusion, le titulaire du nom peut agir contre l'usurpateur et demander au tribunal qu'il lui soit fait défense de continuer à en faire emploi. La jurisprudence de nos tribunaux civils accueille très largement ces actions. Elle n'exige pas que le demandeur fasse preuve d'un dommage matériel ou moral. Du moment qu'il établit le risque de confusion, sa demande est justifiée, quelles que soient l'honorabilité et la

de changer de nom, en faisant une simple déclaration à la municipalité de son domicile. V. Lyon, 30 août 1827, S. 27.2.214. La loi du 2 juillet 1923 permet aux héritiers de relever le nom de leur auteur mort pour la patrie lorsque celui-ci était le dernier représentant mâle d'une famille dans l'ordre de la descendance.

(1) Voir Perreau, *op. cit.*, p. 92 et s. La loi du 5 août 1899, sur le casier judiciaire, punit, dans son article 11 (modifié par la loi du 11 juillet 1900), l'usurpation du nom d'un tiers pouvant déterminer l'inscription d'une condamnation à son casier judiciaire ou la délivrace du bulletin n° 3 de ce casier. Voir Perreau, *op. cit.*, p. 118 et s.

(2) La loi du 11 germinal an XI, titre II, a réglé la procédure de ces demandes. Voir Lallier, *op. cit.*, p. 205 et s. ; Perreau, *op. cit.*, p. 248 et s.

(3) Voir Perreau, *Le droit au nom*, p. 43 et s.

position sociale de l'usurpateur (1), ou l'absence d'intention diffamatoire. Mais il faut nécessairement qu'il y ait risque de confusion. Dès lors, l'action n'est plus possible lorsqu'il s'agit de noms communs à un grand nombre de personnes appartenant à des familles différentes (2).

De même, chacun a le droit d'empêcher qu'un auteur ne se serve de son nom pour désigner un personnage de théâtre ou de roman, lorsque le nom employé est de nature à créer une confusion entre le porteur réel du nom et le personnage imaginé par l'auteur. L'intéressé peut demander la modification du nom choisi par ce dernier, quand bien même il n'y aurait eu, dans la pensée de l'auteur, aucune intention de diffamation vis-à-vis du réclamant (3).

Quand il s'agit pour les membres d'une même famille de défendre l'emploi de leur nom à un étranger, la jurisprudence applique les mêmes règles. Le droit de poursuite appartient alors à tous les membres de la famille intéressée (4).

(1) Bordeaux, 4 juin 1862, S. 63.2.6 ; Paris, 16 mai 1900, D. P. 1902.2.174, S. 02.2.15 ; Cass. 10 novembre 1902, S. 03.1.505 ; Trib. civ. Seine, 19 avril 1902, S. 04.2.162. En faveur de cette jurisprudence, Perreau, *Le droit au nom*, p. 57 et s. — Les auteurs se montrent ordinairement plus sévères : d'après eux, le demandeur doit prouver que l'usurpation de son nom lui a causé un préjudice ou est de nature à lui en causer un dans l'avenir. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 400 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, p. 304.

Le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur les oppositions qui peuvent se produire contre les décrets autorisant les changements de nom, ne les accepte que si l'auteur prouve que la concession du nom à un tiers est de nature à causer une confusion préjudiciable à ses intérêts matériels ou moraux. Cons. d'Etat, 16 juillet 1880, D. P. 81.3.74 ; 24 mai 1901, D. P. 02.3.99. Voir Perreau, *op. cit.*, p. 63 et 263.

(2) En pratique, les réclamations se produisent le plus souvent pour des noms de terre ajoutés autrefois, sous l'ancien régime, au nom patronymique et qui s'y sont incorporés.

(3) Trib. civ. Seine, 15 février 1882, 30 mars 1882, S. 84.2.21 ; 13 novembre 1889, S. 90.2.119.

(4) Il n'est même pas toujours nécessaire que le demandeur porte le nom usurpé, il suffit qu'il appartienne à la famille. Voir Perreau, *op. cit.*, p. 322 à 325, et les décisions citées par lui.

§ 5. — Capacité des personnes physiques. — Jouissance et exercice des droits. — Causes des incapacités d'exercice : âge, état de femme mariée, infirmités physiques ou morales. Influence des condamnations pénales sur la capacité.

1° *Capacité de jouissance, capacité d'exercice.*

134. — La capacité juridique est l'aptitude à devenir le sujet de droits et à les faire valoir (1). Cette notion de capacité ainsi définie renferme deux éléments distincts et, pour ainsi dire, successifs. Devenir le sujet de droits, c'est acquérir des droits, en être titulaire, en avoir la jouissance ; faire valoir les droits, c'est les mettre en mouvement, pour retirer les avantages qu'ils sont susceptibles de procurer, ou pour les démembrer, les céder, les transmettre à des tiers, en un mot, les exercer.

Il y a donc deux sortes de capacités, ou plutôt deux degrés dans la capacité : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice (2).

La capacité d'exercice suppose nécessairement la capacité de jouissance, car pour pouvoir exercer un droit, il faut être capable d'en devenir titulaire. Au contraire, la capacité de jouissance se conçoit sans la capacité d'exercice. Celui qui a l'aptitude à devenir le sujet d'un droit peut être, suivant les cas, capable ou incapable de l'exercer. Il y a donc des personnes qui, tout en ayant la jouissance des droits civils, n'en ont pas l'exercice ; mais il ne peut pas y avoir de personnes ayant l'exercice de droits dont elles n'ont pas la jouissance.

(1) On définit ordinairement la capacité, l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations (Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. I, § 52, p. 260) ; mais cette définition est incomplète, car elle ne vise que la capacité de jouissance et non la capacité d'exercice, qui sont l'une et l'autre comprises dans le terme à définir.

(2) Les Allemands emploient pour caractériser ces deux capacités des termes plus expressifs que les nôtres : *Rechtsfæhigkeit* désigne l'aptitude à être titulaire de droits ; *Handlungsfæhigkeit*, c'est la capacité d'agir, de faire des actes juridiques qui produiront les conséquences légales qui y sont attachées. « La *Handlungsfæhigkeit*, dit Unger, *op. cit.*, t. I, § 25, note 3, consiste dans la capacité pour une personne de former, de conclure elle-même des rapports de droit dans lesquels elle peut jouer un rôle. »

135. — A. — *Capacité de jouissance.* — Nous avons dit ci-dessus que toute personne a la jouissance des droits civils, quels que soient son âge, son sexe, sa condition. Le mot même de personne entraîne cette déduction, puisque avoir la personnalité, c'est être capable de devenir sujet de droits ; or tous les hommes sont aujourd'hui des personnes. Par conséquent, la capacité de jouissance appartient en principe à tout le monde, et ce n'est qu'exceptionnellement et en vertu d'une disposition expresse de la loi qu'une personne sera frappée d'une incapacité de ce genre. Du reste, les incapacités de jouissance sont toujours spéciales ; elles ne s'appliquent qu'à un ou plusieurs droits déterminés ; il n'y a pas de personnes qui soient privées de la jouissance de tous les droits civils.

Ces incapacités sont assez rares. En voici des exemples :

1° Il y a des droits dont on n'acquiert la jouissance qu'à partir d'un âge déterminé : les mineurs ne peuvent se marier, faire leur testament, que lorsqu'ils ont atteint l'âge fixé ; ils ne peuvent pas faire de donations entre-vifs avant leur majorité (1) ; de même, l'adoption n'est permise qu'aux personnes âgées de plus de cinquante ans (2).

2° Il résulte de l'article 11 du Code civil que l'étranger non autorisé à fixer son domicile en France ne jouit pas de tous les droits civils.

3° Il y a un certain nombre d'articles du Code qui enlèvent à une personne le droit de disposer au profit d'une autre, à cause des liens qui existent entre ces deux personnes (3).

4° La loi prononce dans certains cas des privations de jouissance à titre de peine contre un individu : les condamnations pénales enlèvent au condamné la jouissance de certains droits civils ; la loi du 24 juillet 1889 a établi des causes de déchéance de la puissance paternelle contre les parents indignes (4).

(1) Art. 144, 904, C. civ.
(2) Art. 343, C. civ.
(3) V. art. 450, 908, 909, 1595, C. civ.
(4) Consulter aussi les art. 299, 792, 1442, C. civ.

On peut encore citer l'art. 442, C. civ. qui enlève à certaines classes de personnes le droit d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille.

5° Nous verrons, au chapitre suivant, que les associations déclarées et les établissements d'utilité publique sont privés de la jouissance totale ou partielle de certains droits civils.

136. — B. — *Capacité d'exercice.* — Exercer un droit, c'est user, dans les rapports avec les autres hommes, du pouvoir contenu dans ce droit.

Pour qu'une personne puisse exercer un droit, il faut :

1° Qu'elle soit capable de faire un acte réfléchi, ou, en d'autres termes, qu'elle soit douée de volonté ;

2° Que la loi ne la déclare pas incapable.

L'incapacité d'exercice peut donc provenir de deux causes différentes : elle est naturelle ou légale.

L'incapacité naturelle atteint les personnes privées de discernement : les enfants qui ne sont pas arrivés à l'âge de raison, les aliénés, pendant qu'ils sont sous l'empire de la maladie, les idiots. Ce genre d'incapacité est toujours général ; il enlève à celui qu'il frappe l'exercice de tous ses droits.

La loi frappe une personne d'incapacité pour l'une des causes suivantes : le défaut de maturité d'esprit, ou certaines infirmités morales, ou l'état de la femme mariée, ou enfin certaines condamnations pénales.

A la différence des incapacités de jouissance, celles-ci varient en étendue. Elles sont générales ou spéciales, suivant qu'elles s'appliquent à tous les droits civils, ou qu'au contraire elle sont limitées à certains, laissant à celui qui en est atteint le libre exercice des autres.

Les incapacités ont nécessairement un caractère exceptionnel.

La capacité est la règle, et l'incapacité l'exception. Le Code civil le déclare expressément à propos des contrats (1). Chaque personne peut exercer librement les droits civils dont elle a la jouissance, à moins que la loi ne lui en enlève l'exercice.

(1) Art. 1123, C. civ. — Voir aussi l'art. 902, C. civ.

Les règles relatives à la capacité sont d'ordre public (1). Elles sont impératives et ne peuvent être modifiées par la volonté des intéressés. Il ne dépend pas de l'incapable de renoncer au régime organisé à son profit par la loi. Il n'est pas permis non plus à une personne capable de faire abandon de tout ou partie de sa capacité.

137. — *Observation.* — Il y a certains droits civils qui ne peuvent pas être exercés par un autre que par le titulaire lui-même. Tels sont le droit de se marier, le droit de faire son testament, le droit de reconnaître un enfant naturel. Il en résulte que les incapables vont se trouver, en réalité, privés de la jouissance même des droits de cette espèce, puisqu'ils n'auront aucun moyen de les faire valoir. Aussi, les auteurs se demandent-ils s'il ne convient pas de leur en conserver l'exercice, nonobstant leur incapacité (2).

2° *Différentes causes des incapacités d'exercice.*

138. — Les causes de ces incapacités sont les suivantes : la minorité, l'état de femme mariée, les infirmités, certaines condamnations pénales (3).

139. — A. — *Minorité.* — La minorité est la situation de l'enfant qui n'a pas encore atteint son plein développement intellectuel et physique.

L'enfant qui vient de naître est en état d'incapacité naturelle, tant qu'il n'est pas parvenu à l'âge de raison. A cette

(1) L'article 1307 du Code civil fait application de cette règle. Il décide que la simple déclaration de majorité, faite par le mineur dans un acte juridique, ne l'empêche pas de se prévaloir de son incapacité.

(2) La question se pose à propos de l'interdit judiciaire, et l'on discute sur le point de savoir s'il peut, dans un intervalle lucide, se marier, faire son testament, reconnaître un enfant naturel. Voir Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 592. — Pour les mineurs, la loi a donné elle-même la solution (art. 144, 904, C. civ.); pour la femme mariée, voir les articles 226, 905 du Code civil.

(3) Nous ne rangeons pas l'absence parmi les causes d'incapacité, car la loi n'a pas déclaré l'absent incapable ; elle a organisé en sa faveur un mode particulier de protection dont nous avons parlé ci-dessus.

Les condamnations pénales entraînent à la fois des incapacités de jouissance et des incapacités d'exercice.

ppremière période en succède une seconde pendant laquelle l'enfant reste incapable, parce que ses facultés intellectuelles ne sont pas encore épanouies et qu'il n'a ni l'expérience ni laa maturité d'esprit nécessaires pour faire seul toute espèce dd'actes juridiques. Le moment précis où l'homme acquiert l'aptitude à diriger lui-même ses affaires varie, en réalité, aavec chaque individu. Mais le commerce juridique ne saurait sse contenter de cette constatation purement subjective ; la sécurité des rapports exige que le droit fixe une règle uniforme, eet détermine l'âge auquel prend fin la minorité et commence lda majorité, c'est-à-dire la période de pleine capacité.

Dans les législations primitives, cet âge est très précoce ; oon le fait coïncider avec l'état physique et on prend comme ccritérium l'époque de la puberté, qui, à Rome, avait été fixée àà 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons. La simpliccité des mœurs anciennes, la rudesse de l'éducation et surtout lda protection très efficace de la famille peuvent expliquer ccette concession de la capacité à un âge où l'enfant n'a pas eencore atteint son développement cérébral. Mais dès que la ffamille se désagrège et que la richesse augmente, les inconvénnients de ce régime se font sentir, et on prolonge l'état d'inccapacité jusqu'au moment où la formation intellectuelle de l'enfant est accomplie (1). Ainsi les Romains retardèrent jusqqu'à 25 ans l'âge auquel l'homme acquérait sa pleine capaccité.

Dans notre ancien droit, la diversité des coutumes faisait vvarier beaucoup l'âge de la majorité. Mais l'influence du ddroit romain finit par faire admettre la majorité de 25 ans, qqui était généralement adoptée à partir du XVII^e^ siècle (2).

Sous la Révolution, la loi du 20 septembre 1792 a abaissé cet ââge à 21 ans et le Code civil a conservé cette limite (3).

(1) Cons. Viollet, *Hist. du droit*, 2^e^ éd., p. 513 à 516.

(2) Voir Louis Amiable, *Essai hist. et crit. sur l'âge de la majorité*, RRevue hist. du droit franç. et étr., 1861, p. 205 et s. ; Brissaud, *MManuel d'histoire du droit privé*, p. 188 à 190.

(3) Art. 488, C. civ. « La majorité est fixée à vingt et un ans aaccomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie ccivile. »

Comment doit se déterminer le moment précis auquel l'enfant est rréputé avoir vingt et un ans accomplis ? Il y a deux façons de

Jusqu'à cet âge, l'enfant est en état de minorité et la loi lui donne un protecteur chargé de veiller sur lui et sur son patrimoine. Le mineur est placé sous la puissance paternelle de ses père et mère, et tant que ceux-ci sont vivants, c'est le père qui exerce cette puissance, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité physique, morale ou légale de le faire, auquel cas la mère le remplace (1). Si l'enfant possède des biens, la loi en confie l'administration au père, comme conséquence de la puissance paternelle (2).

140. — Lorsque l'un des père et mère est décédé, l'enfant reste toujours sous la puissance du survivant, mais il est mis en tutelle (3). En effet, la mort de l'un des parents modifie sa situation ; la loi organise en sa faveur une nouvelle protection destinée à remplacer celle que lui assurait la présence du défunt. De plus, l'enfant recueille, à ce moment, tout ou partie des biens laissés par l'époux prédécédé, et il faut pourvoir à l'administration de ses biens. Le survivant des père et mère exerce donc, à la fois, la puissance paternelle et la tutelle. Comme tuteur, il est assujetti à certaines obligations établies dans l'intérêt de l'enfant. D'abord, il a, à côté de lui, un subrogé tuteur, pour surveiller sa gestion, et un conseil de famille, composé de parents ou d'amis, sorte de tribunal domestique auquel il devra soumettre les questions les plus importantes concernant la personne ou les biens du mineur ; enfin ses pouvoirs sur les biens de l'enfant sont déterminés expressément par la loi et sont moins larges que ceux du père administrateur légal pendant le mariage. Comme garantie de sa bonne administration, les immeubles du tuteur sont grevés d'une hypothèque légale au profit de son pupille (4).

calculer : soit jour par jour, c'est-à-dire par intervalles de 24 heures, de minuit à minuit, en négligeant les premières heures qui se sont écoulées entre la naissance de l'enfant et le commencement du jour qui a suivi ; soit heure par heure, à dater du moment précis de la naissance lequel se trouve indiqué dans l'acte de naissance, art. 57, C. civ. C'est ce second système qui est adopté.

(1) Art. 373, 141, C. civ. En cas de divorce, le droit de puissance paternelle subsiste, mais son exercice peut se trouver modifié (art. 302, 303, C. civ.).

(2) Art. 389, C. civ..

(3) Art. 390 et suiv., C. civ.

(4) Art. 2121, C. civ.

Après la mort du survivant des père et mère, l'enfant passe sous la puissance d'un autre tuteur, qui peut être un ascendant, ou la personne désignée par le testament du père ou de la mère, ou celle que le conseil de famille choisira (1).

141. — A partir d'un certain âge, le mineur peut être émancipé, c'est-à-dire affranchi, soit de la puissance paternelle, soit de l'autorité tutélaire, ou de toutes les deux, lorsqu'il est soumis à l'une et à l'autre (2). En outre, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

L'enfant émancipé jouit d'une demi-capacité ; cet état constitue la transition de l'incapacité à la majorité ; c'est une espèce de stage pour arriver à la capacité complète. Il avait même été question, dans les travaux préparatoires du Code civil, d'accorder de plein droit le bénéfice de l'émancipation à tous les mineurs arrivés à l'âge de dix-huit ans (3).

En résumé, un mineur peut se trouver dans quatre situations différentes :

1° Il peut être sous la puissance paternelle ;

2° Il peut être en même temps sous la puissance paternelle et l'autorité tutélaire ;

(1) Art. 397, 402, 405, C. civ.

(2) Art. 476 et suiv., C. civ.

(3) Voir Locré, *Législ. civ.* t. VII, p. 145, et Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. X, p. 564, 565, 594. « Il peut être très utile, nécessaire même, d'être affranchi d'une puissance qui devient une gêne et une entrave, quand elle n'est plus nécessaire. Celui qui exerce une profession, un commerce, une industrie, doit jouir d'une certaine capacité juridique, sinon le droit serait à chaque instant en conflit avec le fait : obligé de contracter, il serait néanmoins incapable de contracter. L'émancipation lui donne la capacité dont il a besoin ; pour mieux dire, elle constate la capacité qu'il a acquise. Ce n'est pas encore une entière capacité ; dans le système du Code civil, on n'est capable de tous les actes civils qu'à la majorité ; jusque-là une présomption d'incapacité pèse sur tous les hommes ; elle ne cesse qu'en partie par l'émancipation. »

Mais « l'émancipation n'est qu'une mesure individuelle. Il résulte de là un grave inconvénient. Jusquà 21 ans, le mineur reste entièrement étranger à la gestion de ses affaires ; de cette incapacité absolue, il passe subitement à une capacité complète. Ce n'est pas là la marche de la nature, et les lois positives devraient toujours être l'expression des lois naturelles. La nature procède par gradations. Le législateur devrait l'imiter. » Laurent, *op. cit.*, t. V, n° 192.

3° Il peut être en tutelle seulement ;

4° Il peut être émancipé.

Nous verrons plus loin quelle est l'étendue de l'incapacité dont il est atteint.

A partir de vingt et un ans, l'homme acquiert une pleine capacité, et celle-ci reste complète jusqu'à la fin de sa vie (1).

142.— B. — *Etat de femme mariée.* — Au point de vue du droit privé, la femme n'est frappée d'aucune incapacité à raison de son sexe ; elle a l'exercice de ses droits civils, comme l'homme lui-même (2).

Dans les législations anciennes, au contraire, la femme est considérée comme une incapable pendant toute sa vie, à l'instar de l'enfant. Elle est en tutelle perpétuelle ; elle est sous la puissance de son père ou de ses héritiers ou de son mari. Cette institution de la tutelle des femmes se retrouve dans le vieux droit romain et dans l'ancien droit germanique. Elle a disparu peu à peu avec le progrès des mœurs. Elle ne se comprend, en effet, qu'aux époques de luttes violentes, où tout être faible est placé naturellement sous la protection et la domination du plus fort. A Rome, la tutelle des femmes est tombée en désuétude sous l'Empire. Dans notre ancien droit, elle s'est également éteinte et n'a laissé à sa place que l'incapacité spéciale de la femme mariée. Mais cette dernière a subsisté dans notre Droit actuel.

Ainsi, aujourd'hui, la femme, non mariée ou veuve, possède la même capacité civile que l'homme ; mais, par l'effet de son mariage, elle devient incapable. C'est donc l'état de femme mariée qui engendre l'incapacité.

(1) La vieillesse fait accorder certaines immunités. Ainsi, tout individu âgé de 65 ans peut refuser d'être tuteur (art. 433, C. civ.)

(2) Il y a bien quelques différences entre la situation de l'homme et celle de la femme, en matière de droit privé, mais elles ont aujourd'hui peu d'importance. Quand la femme exerce la puissance paternelle sur ses enfants, elle est soumise à certaines obligations qui n'incombent pas au père (art. 381, 391, 395, 399 et 400, C. civ.). En sens inverse, elle jouit de certaines faveurs fondées sur les intérêts et les devoirs particuliers de son sexe (art. 144, 394, C. civ.).

La différence la plus grave concernait l'incapacité des femmes d'être tutrices et membres d'un conseil de famille. Elle a été abolie par la loi du 20 mars 1917.

Quel est le fondement de cette incapacité ? A-t-elle pour raison d'être l'inexpérience, la faiblesse de la femme, la nécessité de la protéger, comme la loi protège le mineur ? Ou bien s'explique-t-elle par l'état de soumission, de dépendance, dans lequel le mariage place la femme vis-à-vis du mari ? Est-elle enfin établie dans l'intérêt du ménage, qui exige l'unité de direction des affaires ? C'est une question indécise et presque insoluble. « Les rédacteurs du Code, dit fort bien M. Ch. Beudant, n'ont pas eu d'idée bien arrêtée, de système bien défini. Les prescriptions de la loi se rattachent à des traditions d'origines diverses, qui, avec le temps, se sont combinées et ont amené, en définitive, un système sans principe, sans unité » (1). Les deux idées de protection de la femme et de subordination à l'autorité du mari ont certainement inspiré l'une et l'autre les décisions de notre loi.

Il y a du reste une tendance manifeste, de nos jours, à restreindre de plus en plus le domaine de cette incapacité qui n'a plus guère de raison d'être (2).

143.— C. — *Infirmités physiques ou morales.* — Les infirmités physiques n'ont, en principe, aucune influence sur la capacité juridique. Pourtant, elles peuvent par contre-coup agir sur elle, lorsque celui qui en est atteint ne remplit plus les conditions exigées par la loi pour accomplir certains actes. Ainsi l'aveugle ne peut pas faire de testament mystique, et le sourd-muet ne peut pas faire de testament public (3).

(1) Beudant, *op. cit.*, t. I, n° 343.

(2) Ce mouvement s'est accentué depuis quelques années. Plusieurs lois successives ont sensiblement restreint l'incapacité de la femme mariée. La loi du 9 avril 1881, qui a créé la caisse nationale d'épargne postale, autorise les femmes à faire des dépôts dans cette caisse ou à les retirer sans autorisation ; de même, la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (art. 13). Une réforme très importante a été réalisée par la loi du 6 février 1893, en vertu de laquelle la femme séparée de corps recouvre le plein exercice de sa capacité civile. La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, a fait une large brèche dans cette vieille institution et préparé sa disparition. Enfin, la loi du 12 mars 1920 permet à la femme de s'affilier à un syndicat sans autorisation maritale. V. art. 5, livre III, C. du trav.

(3) Art. 972, 978, 979, C. civ. ; Aubry et Rau, t. I, § 86, texte et note 9.

« A tous autres égards, disent Aubry et Rau, les sourds-muets

Les infirmités morales placent celui qu'elles atteignent dans un état d'infériorité ou de faiblesse qui le rend incapable de gérer et d'administrer son patrimoine. La personne dont l'intelligence est affaiblie ne comprend plus la portée des actes qu'elle accomplit ; elle peut être à la merci des intrigues et des manœuvres de gens de mauvaise foi ; il faut que la loi lui accorde sa protection.

Ces infirmités sont : l'aliénation mentale, la faiblesse d'esprit, qui n'en est qu'un diminutif, et la prodigalité.

144. — a. — *Aliénation mentale.* — L'aliénation mentale enlève au malheureux qu'elle frappe l'usage de la raison. Peu importe qu'elle soit continuelle ou coupée par des intervalles lucides ; dans les deux cas, il convient de prendre des mesures de protection en faveur de l'aliéné qui pourrait, par ses actes, compromettre gravement ses intérêts.

La loi permet de prononcer l'interdiction de la personne atteinte d'aliénation mentale (1). L'interdiction est une mesure par laquelle la justice, sur la demande des parents ou du conjoint, prive l'aliéné de l'exercice de ses droits civils et le range parmi les incapables (2). L'interdit judiciaire est assimilé à un mineur ; il est mis en tutelle, et cette tutelle est organisée comme celle du mineur.

Tous les aliénés ne sont pas frappés d'interdiction. La

jouissent d'une capacité pleine et entière, pourvu que, d'ailleurs, ils soient en état de manifester leur volonté, par écrit ou par signes, d'une manière précise et certaine. C'est ainsi que le sourd-muet peut contracter mariage et même faire une donation entre vifs et accepter une pareille donation. Si l'infirmité physique, dont le sourd-muet se trouve atteint, avait affecté son intelligence au point de le rendre incapable de gouverner sa personne ou de gérer ses biens, il y aurait lieu de prendre à son égard l'une ou l'autre des mesures applicables aux personnes affligées d'une infirmité morale. »

(1) Art. 489 et suiv., C. civ.

(2) C'est une mesure très grave, puisqu'elle modifie la capacité de la personne.. Aussi la loi ne donne qu'aux parents de l'aliéné le droit de la provoquer, et soumet la demande d'interdiction à une longue et minutieuse procédure. « On ne saurait trop multiplier les précautions, quand il s'agit d'enlever à une personne l'exercice de ses droits ». Glasson, *Eléments du droit français*, nouv. éd., t. I, p. 96.

famille peut reculer devant cette mesure et se contenter de placer l'aliéné dans un établissement public ou privé, ou bien l'alliéné peut y être interné d'office par l'autorité publique (1). Pendant la durée de l'internement, on nomme un administrateur provisoire chargé de gérer son patrimoine.

Enfin, si l'aliéné non interdit est soigné chez lui, à son domicile, la loi n'organise en sa faveur aucune mesure de protection. Il reste sous l'empire du droit commun. Si donc il passe un acte en état de folie, cet acte est frappé d'inefficacité, puisqu'il est l'œuvre d'un insensé ; si, au contraire, il agit dans un intervalle lucide, l'acte est valable (2).

145. — b. — *Faiblesse d'esprit et prodigalité.* — La faiblesse d'esprit et la prodigalité sont deux infirmités morales moins graves que l'aliénation mentale.

Chez le faible d'esprit, les facultés mentales sont troublées ou insuffisamment développées ; chez le prodigue, il existe un penchant à dissiper son patrimoine en folles et excessives dépenses. Le faible d'esprit et le prodigue ne sont pas incapables de plein droit, mais leur famille ou le ministère public peuvent faire nommer par le tribunal une personne appelée *conseil judiciaire*, qui sera chargée de les assister quand ils voudront passer certains actes (3).

3° *Influence des condamnations pénales sur la capacité des personnes.*

146. — Les condamnations pénales prononcées contre les personnes qui se sont rendues coupables de crimes ou de délits, ont pour conséquence de les priver, dans une mesure plus ou moins étendue, de leur capacité civile.

D'abord, la loi enlève au condamné la jouissance de certains droits civils, à titre de peine, parce qu'il est jugé indigne de les conserver. Ainsi, les condamnés à des peines perpétuelles sont atteints de la double interdiction de disposer et de recevoir à titre gratuit, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent

(1) Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés.
(2) Voir ci-dessous, 5e partie, ch. II, sections 3 et 4.
(3) Art. 499 et 513, C. civ.

plus ni tester, ni faire de donations, ni, d'autre part, recevoir aucune libéralité. Cette déchéance leur enlève la jouissance même et non pas simplement l'exercice du droit (1). De même les peines criminelles et les peines correctionnelles, dans certains cas, emportent privation de la jouissance de certains droits civils qui, presque tous, constituent des droits de famille : droits d'être tuteur, curateur, de faire partie d'un conseil de famille, d'être témoin dans des actes (2).

En second lieu, les condamnations à des peines criminelles entraînent l'interdiction légale du condamné pendant l'exécution de sa peine. L'interdiction légale prive le condamné non plus de la jouissance, mais de l'exercice de ses droits ; elle le place dans une situation analogue à celle de l'interdit judiciaire (3). Le condamné est mis en tutelle ; le tuteur est chargé d'administrer son patrimoine et de le représenter dans tous les actes juridiques concernant ses biens. Cette tutelle est organisée d'après les mêmes règles que celle des interdits judiciaires.

Le condamné à une peine criminelle est donc frappé d'une incapacité générale d'exercice, comme le mineur, l'interdit. Cela peut sembler étonnant. Les incapacités ont ordinairement pour but de protéger celui qu'elles atteignent ; comment expliquer que la sollicitude de la loi se soit tournée vers l'individu coupable d'un crime ? Il faut reconnaître que l'incapacité qui atteint le condamné présente un caractère particulier. Dans une certaine mesure, elle est dirigée contre l'intéressé et prononcée à titre de répression ; son but est d'empêcher le condamné de se procurer des ressources pécuniaires à l'aide desquelles il pourrait adoucir sa peine ou corrompre ses gardiens. Mais l'idée de protection reparaît aussi à côté de la première. Le condamné subit sa peine, il est en prison, ne faut-il pas pourvoir à l'administration et à la gestion de

(1) Art. 3, loi du 31 mai 1854. Cette privation de droits a été empruntée à la mort civile ; elle est critiquable. Cf. Demolombe, *op. cit.*, t. I, p. 349 et suiv., n° 2.

(2) Art. 34, 42, C. pén. — Les condamnations à des peines de simple police ne modifient pas la capacité civile.

(3) Art. 29, 30, 31, C. pén.

ssom patrimoine, puisqu'il est mis dans l'impossibilité matérrielle de veiller lui-même à ses intérêts ?

147. — *Observation finale.* — En dehors des conséquences cque produisent les condamnations pénales sur la capacité, le ffait de commettre des actes honteux et contraires à la morale nn'exerce aucune influence sur la jouissance et l'exercice des ddroits civils, tant que ces actes ne tombent pas sous le coup dde la loi pénale et n'entraînent pas une condamnation. (Cependant, il y a des cas dans lesquels la loi prononce des ddéchéances contre la personne qui a commis vis-à-vis d'une aautre des actes répréhensibles. Ainsi, en matière de successsions et de donations entre-vifs ou testamentaires, celui qui ss'est rendu coupable d'actes de violence ou d'injures graves eenvers le défunt, le testateur ou le donateur, est privé du ddroit de lui succéder, de recueillir le legs qui lui a été adressé, dde conserver la donation qu'il a reçue (1).

De même, la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enffants maltraités ou moralement abandonnés, complétée par la lloi du 15 novembre 1921, permet de prononcer la déchéance ppaternelle contre les parents indignes, et d'en confier l'exercice àà d'autres personnes (2).

(1) Art. 727, 955, 1046, C. civ. De même, l'héritier appelé à une ssuccession, qui divertit ou recèle des effets en dépendant, est déccchu de la faculté d'y renoncer ou de l'accepter sous bénéfice d'invventaire ; il demeure héritier pur et simple et est privé de la ppart qui devait lui revenir dans les objets divertis ou recélés ((art. 792, 801, 1460, 1477, C. civ.). Dans le même sens, consulter eencore l'article 299 du Code civil.

(2) Voir aussi la loi du 5 avril 1898, sur la répression des violdences et des attentats commis envers les enfants.

CHAPITRE II

DES PERSONNES JURIDIQUES (1)

§ 1er. *Notions générales. Historique. Nature de la personnalité juridique.*

§ 2. *Diverses espèces de personnes juridiques.*

§ 3. *Naissance des personnes juridiques.*

§ 4. *Extinction des personnes juridiques et dévolution de leurs biens.*

§ 5. *Etat, domicile, capacité des personnes juridiques.*

§ 6. *Des associations qui n'ont pas la personnalité.*

(1) Bibliographie. — Consulter : Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., Paris, 1906, 1909, 2e édit., par Louis Trotabas, 1924 ; Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, 1910 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 54 ; Laurent, *op. cit.*, t. I, § 288 à 316 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, § 295 à 310 ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11e édit. (1927), p. 236 et suiv. ; 255 et suiv. ; 286 et suiv. ; *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*, Cahiers de la nouvelle journée, 1925 ; Béquet, *Répert. de droit administratif*, v° *Dons et legs ;* Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, Bruxelles, 1887 ; Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1880 ; de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales* (1902) ; Valéry, *Contrib. à l'étude de la personnalité morale*, Revue génér. de droit, 1903, p. 23 à 36 ; Josserand, *Essai sur la propriété collective*, livre du centenaire du Code civil, t. I, p. 357 ; Geny, *Science et technique*, 3e partie (1921), p. 212 et s. ; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, § 37 à 43 ; ; Berthélemy, *Traité élém. de Droit administratif*, 11e édit., p. 29 et s. . Sur les fondations, cons. le *Bulletin de la Société d'études législatives*, années 1907, 1908, 1909, *passim ;* Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations*, Revue trimest. de droit civil, 1904, p. 253. .

Parmi les nombreux ouvrages allemands traitant cette matière, nous citerons seulement les suivants : Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § LXXXV à CII ; Unger, *System des œsterreischischen allgemeinen Privatrechts*, t. I, § 42 à 44 ; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8e édit. publ. par Kipp, t. I, § 57 à 62 ; Goudsmit, *Pandectes*, t. I, § 31 à 38 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 58 à 80 ; *das deutsche Genossenschaftsrecht ;* Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 75 et s. ; Hölder, *Natürliche und juristiche Personen ;* Binder, *Das problem der juristischen Personlichkeit ;* Meurer, *Die juristischen Personen nach dem Reichsrecht ;* voir aussi Saleilles, *La théorie des personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Revue du droit public, t. XV, p. 193 et s. 428 et s. ; t. XVI, p. 212 et s.

§ 1er. — Notions générales. Historique. Nature de la personnalité juridique

1° *Notions générales.*

148. — Les personnes juridiques (1) sont des associations d'individus ou des établissements fondés dans un intérêt général.

L'association est un besoin inhérent à l'homme. Elle corrige la faiblesse de ses forces, la brièveté de sa vie. En joignant son activité à celle de ses semblables, l'homme multiplie presque à l'infini sa puissance ; il crée des œuvres durables au profit de la suite des générations. Aussi la société n'est-elle qu'un composé de groupes humains plus ou moins larges. Ces groupes présentent une extraordinaire variété. Les uns comprennent tous les hommes vivant sur un même territoire, parlant la même langue, ayant les mêmes mœurs. Ce sont les Etats avec leurs subdivisions, départements, communes, colo-

V. aussi Ferrera, *La teoria delle persone giuridiche* (Torino, 1915) ; Barcia Lopez, *La teoria general de las personas juridicas y el problema de su responsabilidad civil por actos ilicitos* (Buenos-Aires, 1918).

Principales thèses de doctorat : Truchy, *Des fondations, Paris,* 1888 ; Ravier du Magny, *Le contrat de fondation,* Grenoble, 1894 ; Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles,* Paris, 1895 ; Didier Rousse, *Capacité juridique des associations,* Paris, 1897 ; René Adenis, *Les associations à but non lucratif,* Paris, 1902 ; A. Mestre, *Les personnes morales et leur responsabilité,* Paris, 1899 ; Negulesco, *La personnalité morale,* Paris, 1900 ; Epinay, *Capacité juridique des associations sans but lucratif,* Lille, 1897 ; Parthéniu, *Le droit social sur les choses,* Paris, 1908 ; Coquet, *Des Fondations,* Paris, 1908 ; Tronquoy, *Notion juridique internationale de la fondation,* Paris, 1908.

(1) On les appelle aussi personnes morales, personnes civiles et quelquefois personnes fictives.

L'expression de personne juridique est la plus employée en Allemagne. En France, on dit plus volontiers personne morale. Mais cette dénomination manque de précision : « Elle n'atteint pas l'essence du sujet, qui n'a rien de commun avec les rapports moraux ; ensuite, appliquée aux individus, elle désigne ordinairement l'opposition de la moralité à l'immoralité, ce qui reporte à un ordre d'idées tout différent ». Savigny, *op. cit.*, trad. Guénoux, t. II, p. 238. Nous préférons l'expression de personne juridique qui a un sens plus clair, surtout quand on l'oppose à celle de personne physique.

nies. Les autres poursuivent un but religieux, charitable, scientifique, artistique, ou bien sont inspirés par l'esprit de prévoyance, ou enfin ce sont des sociétés créées par des personnes qui mettent un capital en commun, avec l'intention de partager les bénéfices provenant de son exploitation.

Ainsi la personne morale nous apparaît d'abord comme une association d'individus qui unissent leurs efforts pour un but commun. Mais elle se présente encore sous un autre aspect plus abstrait. Une œuvre d'intérêt général, comme un bureau de bienfaisance, un hôpital, une caisse d'épargne, n'est pas simplement une agglomération d'individus, elle est absolument indépendante des hommes qui l'administrent et lui prêtent leur concours ; à la différence de l'association, elle n'a pas pour substratum, pour base juridique, une collectivité, mais bien une idée à réaliser, un but à atteindre (1). C'est un établissement qui existe par lui-même, par lui seul, et ses administrateurs ne sont que ses représentants, ses intermédiaires. A ces établissements qui sont fondés pour accomplir une fonction sociale, le Droit accorde aussi la personnalité morale. A cette deuxième catégorie de personnes juridiques, on peut donner le nom d'établissements ou de fondations (2).

(1) « Il serait inexact d'appliquer le titre de corporation à toutes les personnes juridiques. Prenons, par exemple, un hôpital. Quels sont les individus dont l'unité collective doit être regardée comme le sujet propriétaire des biens ? Ce ne sont pas les malades soignés dans l'hôpital, car ils sont uniquement les objets de la fondation pieuse, et ils ne participent pas aux biens qui en dépendent. Le véritable sujet du droit est donc une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un certain mode et par des moyens déterminés. » Savigny, *op. cit.*, t. II, § 86, trad. Guénoux, p. 242, note *b*.

(2) Il convient toutefois d'ajouter que le mot de fondation est souvent employé dans un sens plus étroit, et sert à désigner le cas où un particulier consacre une partie de son patrimoine à l'accomplissement d'une œuvre déterminée, soit qu'il fasse une libéralité à une personne morale préexistante, soit qu'il veuille arriver à la création d'un être juridique nouveau qui sera chargé de réaliser cette œuvre. Comparer la définition que rapporte M. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, d'après le *Dictionnaire* de Trévoux : « Fondation se dit d'un fonds assigné pour être employé à perpétuité, conformément à l'intention du fondateur, pour des œuvres de piété ou pour l'utilité publique. »

Pourquoi le droit reconnaît-il la personnalité juridique à ceces créations de l'homme ? C'est que ces êtres abstraits jouent dalans la vie sociale un rôle important. Ils sont en relations coconstantes soit avec les individus qui les composent, soit avec leses tiers. Ils figurent en tant qu'associations, établissements, dalans les rapports humains ; ils acquièrent, ils aliènent, ils deviviennent sujets de droits et d'obligations. Ils représentent ddonc, tout comme l'homme lui-même, un centre d'activité jjuridique. Ils sont, comme lui, des sujets de droit.

149. — 2° *Historique* (1). — Dans toute législation un peu avvancée, le développement du commerce juridique oblige le légégislateur à reconnaître l'existence d'êtres abstraits à côté des peersonnes physiques. A Rome, il est vraisemblable que cette coconception n'apparut qu'assez tard, mais elle est certainement addmise à l'époque classique.

En premier lieu, la personnalité morale y était accordée à l'Etat, aux communes, aux municipes et à de nombreuses asissociations (2), telles que les collèges de prêtres de l'époque paaïenne, les associations de fonctionnaires, les confréries d'artisisans, les sociétés de publicains (3). On appelait ce premier grgroupe du nom *d'universitates personarum*, pour les distinguguer de la deuxième classe qui comprenait les fondations ou *uuniversitates bonorum*, dénominations commodes, créées par leses interprètes.

((1) Cons. Saleilles, *De la personnalité morale*, p. 45 à 287.

((2) Girard, *Manuel de droit romain*, 6e éd., p. 241 ; Savigny, *op. citit.*, t. II, § 87 et suiv. ; Goudsmit, *Pandectes*, § 32 ; Vauthier, *Des peersonnes morales*, chap. 1, 2 et 3. En ce qui concerne l'Etat, M.I. Girard dit, p. 241, *op. cit.* : « Les Romains ne semblent pas s'êêtre posé la question théorique de la reconnaissance de sa personnalité et paraissent l'avoir considéré comme ayant eu, dès l'oorigine, des biens, des créances et des dettes et comme ayant puou de tout temps, par l'organe de ses magistrats, procéder à tous leses actes de la vie juridique, même à ceux qui, comme l'acquisifioion d'une succession, ont été le plus difficilement permis aux auutres personnes morales, sans même être obligé de suivre les foormes qui s'imposent à la vie juridique des autres personnes physiqiques et morales. »

((3) Les sociétés ordinaires, sociétés commerciales ou sociétés civililes, n'étaient pas des personnes juridiques. Vauthier, *op. cit.*, p. . 43, 44.

Laissant de côté l'Etat et les circonscriptions administratives moins étendues, demandons-nous quel était le régime juridique de ces deux groupes de personnes.

150. — Pour les associations, il y eut deux périodes successives.

Au début, sous la République et jusqu'à Auguste, il semble bien qu'elles pouvaient se constituer librement, à la seule condition de se donner des statuts (1), sans avoir besoin de solliciter l'autorisation du pouvoir. Sans doute, une fois formées, elles étaient sous la tutelle et le contrôle du Sénat, mais leur formation n'était pas subordonnée à un système d'approbation préalable (2). En l'an 54 avant Jésus-Christ, au moment du consulat de Cicéron et des troubles de Catilina, un sénatus-consulte supprima toutes les petites associations populaires, déjà fort nombreuses et qui étaient des foyers d'agitation. Rétablies quelques années après, elles furent de nouveau dissoutes par César. Cette période troublée, dans laquelle ces associations populaires avaient certainement joué un rôle politique important, prépara le changement qui devait se réaliser sous César ou Auguste.

Une *lex Julia de Collegiis* remplaça le régime de liberté par celui de la concession, et décida que les collèges ne pourraient se fonder qu'avec l'autorisation du Sénat (3). Le caractère de cette autorisation variait. Ordinairement, elle était spéciale, c'est-à-dire que chaque association devait obtenir l'approbation du Sénat, avant de se constituer. Mais il y avait des catégories d'associations privilégiées, présentant un caractère d'utilité publique, par exemple, les collèges funéraires (4), auxquelles un sénatus-consulte accordait en bloc l'autorisation. Du reste, il paraît résulter des textes que, à l'époque classique, toute association licite et autorisée jouissait de plein droit de la personnalité morale et constituait un être

(1) « Le droit romain n'a jamais admis qu'on pût constituer une association sans statuts. » Girard, *op. cit.*, p. 243.

(2) Voir Saleilles, *op. cit.*, p. 57 et s.

(3) Loi 1, pr. D. *Quod cujusc.*, III, 4.

(4) Girard, *Textes de droit romain*, p. 828.

juridique. La personnalité civile ne faisait pas l'objet d'une concession distincte du pouvoir, ce n'était pas une faveur que l'Etat accordait ou refusait aux associations. Aucun collège ne peut se former sans l'autorisation de la loi, mais sous cette condition, tout collège a la capacité civile (1) ; cela signifie qu'il est apte à posséder un patrimoine propre, c'est-à-dire à acquérir des biens, des créances, et à être tenu d'obligations, sans que ses droits se confondent avec ceux de ses membres (2).

151. — Quant aux fondations ou *universitates bonorum*, jusqu'à l'époque du Bas-Empire, on ne les rencontre que sous la forme de libéralités adressées à des collèges ou à des municipalités avec la charge de créer une œuvre déterminée. Elles ne sont pas encore conçues comme des êtres juridiques distincts, des sujets de droit. C'est seulement à l'époque chrétienne, à partir de Constantin, que l'on voit apparaître la notion d'établissements et patrimoines d'affectation jouissant de la personnalité juridique. Cette conception est appliquée tout d'abord à l'Eglise catholique, dont la personnalité se dégage de la communauté de ses fidèles et qui apparaît comme propriétaire de tous les biens affectés aux besoins du culte. Puis, elle s'étend aux organismes dépendant de l'Eglise, aux établissements du culte, aux couvents, aux hôpitaux, aux asiles, aux orphelinats et enfin aux cas où le disposant, sans créer aucun établissement matériel, affecte simplement les revenus annuels d'un capital à un but pieux ou charitable, ce qui constitue les fondations dans le sens étroit du mot. Ainsi,

(1) Loi 1, § 1, D. *Quod cujus.*, III, 4 ; loi 20, D. *De reb. dubiis*, XXXIV, 5 ; consulter Girard, *op. cit.*, p. 443 ; Goudsmit, *op. cit.*, § 36, note 1, Windscheid, *op. cit.*, t. I, § 60 ; Vauthier, *op. cit.*, p. 44 et s. ; Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial, 1895, p. 77. On a prétendu, au contraire, que les associations licites avaient besoin d'une autorisation spéciale pour acquérir la personnalité. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée, elle provient d'une fausse interprétation de la loi 1, 1, D. III, 4. Voir Vauthier, p. 290.

(2) Voir notamment loi 6, § 1, D. *De divis. rerum.* I, 8 ; loi 1, § 7, D. *De quæstion.*, XLVIII, 18, et les autres textes précités qui tous opposent les biens de l'association à ceux des sociétaires. Voir cependant Hölder et Binder, *op. cit.*, et les explications données par Saleilles, *op. cit.*, p. 80 et s.

le droit du Bas-Empire permettait aux particuliers de créer, , par donation ou testament, des établissements ou des œuvres ; sans que le pouvoir intervînt pour en autoriser le fonctionnement, à la condition qu'ils rentrassent dans la catégorie des ; *piæ causæ,* c'est-à-dire des institutions pieuses ou charitables. . Bien plus, il paraît même certain que ces fondations acquéraient, de plein droit et sans avoir besoin d'autorisation administrative, la personnalité juridique. Le seul fait de l'acte de fondation, testament ou donation, suffisait donc « à ériger en personne juridique le patrimoine affecté à l'établissement ou à l'œuvre désignée par le fondateur (1) ».

152. — *Ancien droit français* (2). — Il se peut que la notion de personnalité morale ait sombré pendant la période de trouble qui suivit les invasions, par suite de la disparition de la culture juridique (3), mais elle dut reparaître de bonne heure grâce à la puissance de l'Eglise, au développement de son patrimoine et à l'action des communautés religieuses. Ce qui est certain, et c'est le point qu'il importe de mettre en

(1) Voir Saleilles, *op. cit.,* p. 153. Savigny a soutenu, au contraire, que les fondations pieuses ne pouvaient acquérir la personnalité qu'en vertu d'une autorisation, *op. cit.,* t. II, § 39, trad. Guénoux, p. 274 et s. Voir Windscheid, *op. cit.,* I, § 60, note 2, pour l'énumération des différents auteurs qui se sont prononcés dans l'un ou l'autre sens ; voir aussi t. III, § 549, notes 3 et 4.

(2) Nous n'avons pas la prétention de faire l'histoire des personnes civiles dans notre ancien Droit. Il s'agit simplement ici de mettre en lumière ce point, que notre ancien Droit, pas plus que le Droit romain, ne séparait, comme l'a fait le Droit moderne, la notion de corporation et celle de personnalité. Sur l'histoire de la personnalité civile, consulter Saleilles, *op. cit.,* p. 161 et s. ; Annales de droit commercial, 1895, p. 64, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite ;* Vauthier, *op. cit.,* p. 91 et s. ; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* t. III, ch. 2, § 7 et s.

(3) Saleilles, *Essai sur l'histoire des sociétés en commandite,* p. 65 et s. ; Meynial, note au Sirey, 92.1.498 ; voir spécialement Saleilles, *Pers. jurid.,* p. 161 et s. L'auteur donne de très intéressantes explications sur les indivisions en main commune, *zur gesammte Hand,* au moyen âge. Ce genre de propriété commune différait de la copropriété pure et simple en ce que le communiste ne pouvait pas disposer de sa part sans le consentement des autres, et n'avait qu'un droit éventuel au partage des biens indivis. Il tenait le milieu entre l'indivision ordinaire et la collectivité douée de la personnalité juridique. Cette institution s'est conservée dans le Droit suisse et le Droit allemand, mais elle a complètement disparu du nôtre.

lumière, c'est que, du jour où les associations et corporations se sont reformées et ont pu acquérir des biens et posséder un patrimoine, le pouvoir royal a cherché à les soumettre à son autorité, à les réglementer et à empêcher l'accroissement excessif de leurs biens, parce qu'elles ont, suivant la formule consacrée, la main toujours ouverte pour acquérir et morte pour aliéner (1), parce que leur patrimoine va toujours en augmentant et devient un véritable danger public (2).

Les légistes trouvèrent dans les textes du Digeste la justification de cette prérogative ; ils déclarèrent, en se fondant sur l'autorité des jurisconsultes romains, que toute personne morale émane du roi, et ne peut exister sans une expresse approbation du souverain sur la cause de l'utilité qui peut s'y trouver. « L'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi », dit Loisel (3), et à partir du XVII^e^ siècle, la royauté, qui redoute la puissance et le développement excessif des communautés et corporations et veut arrêter l'accroissement ininterrompu de leur fortune, les soumet à un régime sévère. *Elle les place sous la dépendance directe du pouvoir, maître de leur donner la vie et de les dissoudre.*

L'édit du 16 novembre 1629 défend de faire aucun établissement de monastère dans le royaume sans l'expresse per-

(1) Pothier, *Traité de la prescription,* n° 275, édit. Bugnet, t. IX, pp. 415.

(2) Voir le préambule de d'Aguesseau à l'édit de 1749.

(3) Loisel, *Institutes coutumières,* livre III, titre III, max. 23 ; GGuy Coquille, *Coutume du Nivernais,* ch. VIII, art. 15, édit. Dupin, pp. 228 ; Loyseau, *Des offices,* livre V, ch. 7, n° 73 ; Desmares, *DDécision* 46 ; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique,* v° *CCorps et communautés ;* Domat, *Droit public,* livre I, titre II, sect. 2, nn° 15 ; Pothier, *Traité des personnes,* n° 210, édit. Bugnet, t. IX, pp. 78 ; Bourjon, *Droit commun de la France,* livre I, titre IV ; TTardif, *Etude historique sur la capacité civile des établissements eecclésiastiques,* Revue de législation ancienne et nouvelle, 1872, pp. 492 ; Viollet, *Histoire du droit,* 2^e^ éd., p. 754 : « Dès le commmencement du XVII^e^ siècle, les théoriciens formulèrent cette règle ddont les attaches sont très anciennes. Aucune nouvelle association, aaucun établissement de monastère, ne peut avoir lieu sans la permissision du roi. On disait de même, depuis bien longtemps, qu'aucune commmune ne peut exister en France sans l'autorisation du roi. » Conf. BBrissaud, *Manuel d'histoire du droit privé,* 1908, p. 864 et s.

mission du roi ; l'édit du 7 juin 1659 décide que les communautés religieuses, séminaires et confréries ne peuvent se former qu'autant qu'ils ont été reconnus d'utilité évidente et ont obtenu des lettres patentes du roi. La lutte continue pendant un siècle. L'édit de 1666 reproduit les mêmes dispositions ; enfin, l'*édit d'août* 1749 *triomphe définitivement des résistances et déclare que, dorénavant, les corps et communautés ecclésiastiques ou laïques ne pourront être créés sans autorisation du roi.* Bien plus, la protection royale, si pesante, se manifeste non seulement au moment de la naissance, mais pendant toute la vie de la personne morale ; ; l'édit de 1749 pose comme règle que les communautés ne pourront acquérir aucun héritage, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, si ce n'est pour causes justes et nécessaires, et encore à la charge d'obtenir, avant l'acquisition, l'autorisation royale. Et même, il les déclare absolument incapables d'acquérir, par libéralité testamentaire, des biens immobiliers (1).

(1) Cons. Saleilles. *De la personnalité juridique*, p. 240 et s. Sur le développement de la personnalité de l'Eglise, de la commune, consulter Vauthier, *op. cit.*

Pour les sociétés civiles et commerciales, voir Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial, février 1897, p. 29 ; *De la personnalité juridique*, p. 297 et s. ; Vauthier, p. 220 ; Viollet, *Histoire du droit*, 2e éd., p. 761 à 768.

En dehors de la société par actions, les sociétés de commerce n'étaient pas dotées de la personnalité. L'ancien droit faisait, en effet, une distinction entre la simple association où les individus continuent à jouer le rôle principal et prépondérant, et les corporations dans lesquelles, au contraire, la personnalité des membres disparaît, s'efface entièrement pour faire place à un organisme nouveau. C'est à ces collectivités seules qu'il accordait la personnalité morale. Dans les sociétés commerciales ordinaires, les individualités ne disparaissent pas, elles restent au premier plan, et c'est pour cela que ces sociétés ne sont pas personnes morales. Le patrimoine demeure la copropriété des associés ; mais, comme l'a très bien montré M. Saleilles, il s'agit d'une copropriété présentant des caractères particuliers et aboutissant, dans la pratique, à des résultats analogues à ceux auxquels conduit l'idée de personnalité. C'est ainsi que le patrimoine social est constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, affecté à une entreprise spéciale ; il est le gage exclusif des créanciers avec lesquels on a contracté en vue de l'entreprise commerciale à laquelle il est affecté ; bien plus, il est indisponible pour tous ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entreprise. Voir l'article précité.

153. — Ainsi, de nouveau, dans notre ancien Droit comme à Rome, nous voyons triompher le principe qui soumet les corporations à l'autorité de l'Etat et fait dépendre leur exïstence d'une autorisation du pouvoir. Mais ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que, dans notre ancien Droit comme à Rome, l'autorisation n'a pas pour but de conférer la personnalité morale à la corporation ; elle est simplement destiinée à rendre licite son existence. L'association ne peut vivre, fœmctionner régulièrement et légalement qu'autant qu'elle est auttorisée ; mais une fois qu'elle a obtenu cette autorisation, elllle jouit de la personnalité civile. Les deux conceptions de corporation et de personnalité ne sont pas séparées ; la personnalité civile n'est pas quelque chose de distinct de la corporation ; par cela seul que la corporation existe légalement, elllle est personne morale. L'autorisation ne constitue pas une cœmcession, faite par le pouvoir, de la personnalité, mais seulœment une reconnaissance juridique de la corporation (1).

(1) Cf. Saleilles, *La personnal. jurid.*, p. 224 et s. ; Vauthier, *op. ciit.*, p. 239, 286 et s. ; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 19œ8, p. 867. Cette solution résulte des œuvres de nos anciens juriscœmsultes, qui nous parlent de l'autorisation nécessaire pour qu'une « cœmmunauté », suivant l'expression qu'ils emploient, puisse fonctiionner régulièrement, mais qui, nulle part, ne font allusion ni à lœa concession de la personnalité morale par le pouvoir, ni à la dlistinction des associations personnes morales et de celles qui ne lœ sont pas. Voir les passages de nos anciens auteurs cités plus haut. Cœmsulter aussi le texte des édits de 1659, 1666, 1749. Voir Denizart, *Cœllections de décisions nouvelles*, v° *Gens de main-morte*.

MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t.. I, n° 298, contestent cette proposition et prétendent que déjà, dlams notre ancien Droit, la personnification avait été conçue cœmme un attribut distinct de l'association ; ils invoquent à l'appui dle leur opinion un passage de Domat, *Droit public*, livre I, t. II, siect. II, n° 15, ainsi conçu : « C'est une suite du droit de permœttre les établissements des corps et communautés, de leur permœttre aussi de posséder des biens meubles et immeubles pour lœurs usages. Et cette permission est particulièrement nécessaire pœur les immeubles. » Ce qui prouve, disent-ils, que le droit de s'associer n'implique pas, par lui-même, le droit de posséder. La cœmclusion est, à notre avis, inexacte. Domat, dans ce passage, nœ fait pas allusion à la personnalité civile, mais à l'incapacité des assœociations, qui ne pouvaient acquérir de biens sans l'autorisatiion du roi ; la preuve en est dans la fin du paragraphe, qui dlit : « Ainsi les communautés ne peuvent posséder d'immeubles qu'œe par la permission du roi et à la charge de faire cesser ses inttérêts et ceux des seigneurs. Et cette permission s'accœrde par des

Quant aux fondations, elles furent également soumises à la nécessité de l'autorisation préalable (1).

En résumé, la caractéristique de l'ancien régime a été de développer le droit de l'Etat à l'encontre des personnes juridiques, en les pliant au contrôle de l'autorité royale, non seulement au moment de leur formation, mais aussi pour les principaux actes de leur vie.

Droit moderne. — Il y a ici deux périodes à distinguer.

154. — A. — Dans la première, la notion de personnalité juridique revêt un caractère nouveau. Une distinction, jusqu'alors inconnue, s'établit entre le fait de l'*association* et la *personnalité civile.* La simple autorisation ne suffit plus pour élever une association au rang de personne juridique. La personnalité devient un privilège qui est concédé, par un acte spécial du pouvoir, aux associations qui en sont jugées dignes. Dès lors, les associations régulièrement autorisées vont se diviser en deux groupes, celles qui sont personnes morales et celles qui ne le sont pas.

lettres qu'on appelle d'amortissement. » M. Tardif explique très bien ce qu'était ce droit d'amortissement, *Revue de législation ancienne et nouvelle,* 1872, p. 504 et suiv. ; voir aussi Loisel, *Instit. cout.,* livre I, *Des personnes,* max. 57 et 58. Du reste, dans un autre passage, la pensée de Domat se manifeste d'une façon très claire, et les §§ 1 et 2, sect. II du titre XV (Droit public), prouvent qu'il ne sépare par les deux idées de personnalité morale et de communauté : « La première règle de l'ordre et de la police des communautés est qu'elles soient établies pour un bien public, et par l'ordre ou la permission du prince ; car, comme il a été dit en son lieu, toutes assemblées de plusieurs personnes, sans cet ordre ou cette permission, seraient illicites. — Les communautés légitimement établies tiennent lieu de personnes, et leur union, qui rend communs à tous ceux qui les composent leurs intérêts, leurs droits et leurs privilèges, fait qu'on les considère comme un seul tout. »

(1) « Voulons qu'il ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres, collèges, séminaires, maisons ou communautés religieuses, *même sous prétexte d'hospices,* congrégations, confréries, *hôpitaux,* ni pareillement aucune érection de chapelles ou autres titres de bénéfices, dans toute l'étendue de notre royaume, si ce n'est en vertu de notre permission expresse portée par nos lettres patentes... » (Edit. de 1749).

L'édit prohibait même les fondations testamentaires ayant en vue la création d'un nouvel établissement. Il ne permettait que la fondation entre-vifs. Saleilles, *op. cit.,* p. 243 et s. Sur la campagne des encyclopédistes contre les fondations, *ibid.,* p. 259 et s.

Comment donc s'est formée cette conception inconnue jusque-là ? La filiation des idées est assez facile à suivre, et on peut dire que la théorie moderne a été la conséquence naturelle du régime auquel la royauté avait soumis les personnes juridiques. Nous avons vu, en effet, que les corporations et communautés étaient sous la dépendance directe et la surveillance étroite du pouvoir, qui exerçait sur elles une autorité sans limites. Or, à côté de ces personnes morales, il s'était formé, à la fin de l'ancien régime, un assez grand nombre d'associations licites, mais qui ne jouissaient pas de la personnalité. Ces associations, à la différence des premières, se constituaient librement, sans avoir besoin d'aucune autorisation. Telle était, en particulier, la situation des sociétés commerciales et des sociétés civiles formées en vue de réaliser des bénéfices (1).

Ainsi était apparue une nouvelle classe d'associations qui n'avaient pas la personnalité juridique, et, tandis que les corps et communautés ne pouvaient se constituer qu'avec l'autorisation royale, celles-là, au contraire, se formaient librement. Par suite, un lien s'établissait tout naturellement entre l'idée de personnalité et le fait de l'autorisation, et on arriva à croire que c'était l'autorisation qui engendrait la personnalité civile. Cette confusion sera faite par le droit intermédiaire. La Constituante et la Convention supprimèrent successivement toutes les personnes de mainmorte ecclésiastiques et laïques et attribuèrent leur patrimoine à l'Etat (2). En même temps, elles proclamèrent à plusieurs reprises la liberté d'association (3). Le législateur séparait donc le droit

((1) Voir sur ce point, Vauthier, p. 235 et suiv. ; Saleilles, *Annales de droit commercial*, 1897, p. 29 et s.

((2) Voir *Rép. de droit administratif* de Béquet, v° *Dons et legs*, par M. Tissier, n°s 27 et suiv. Voir aussi dans Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. I, p. 411, note 1, le passage si caractéristique du célèbre discours de Thouret, du 23 octobre 1789.

((3) Le décret des 13-19 novembre 1790 reconnaissait aux citoyens le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres, à la charge d'observer les règles qui régissent tous les citoyens. Voir aussi les décrets des 19-22 juillet 1791, relatifs à l'organisation d'une police municipale, t. I, art. 14 ; du 25 juillett 1793 sur les sociétés populaires, et la Constitution du 5 fructidor an III, art. 360.

de s'associer et la personnalité juridique ; il s'arrogeait le pouvoir d'accorder ou de refuser cette dernière à une association.

Cette nouvelle conception eut d'autant moins de peine à s'imposer que les corporations avaient toujours été vues avec défaveur, considérées comme un danger pour l'Etat, et comme devant être, pour cette raison, placées sous la dépendance directe du pouvoir.

A l'époque de la rédaction de nos Codes, la disjonction entre ces deux notions est réalisée ; elle est complète. L'article 291 du Code pénal pose comme principe, que le droit d'association ne peut s'exercer que sous la surveillance et avec l'autorisation du gouvernement (1). Mais les associations autorisées ne jouissent pas, de plein droit et en vertu de cette autorisation, de la personnalité juridique. Pour qu'elles acquièrent cette personnalité, il faut, en outre, qu'elles soient l'objet, de la part du gouvernement, d'une reconnaissance d'utilité publique. En effet, l'article 910 du Code civil décide que les dons et legs faits au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou *d'établissements d'utilité publique,* n'auront leur effet qu'autant qu'ils seront autorisés par un décret. Il résulte de cet article que les établissements d'utilité publique peuvent seuls recevoir des libéralités, c'est-à-dire qu'ils ont seuls la personnalité ; or, il n'est pas douteux que, par ces mots, les rédacteurs du Code ont voulu désigner les établissements légalement reconnus par le pouvoir (2).

Ainsi, la règle nouvelle s'implanta dans notre Droit (3), et

(1) Art. 291, 1°, C. pén. : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. » Cet article a été abrogé par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

(2) Voir aussi l'art. 937, C. civ. Cf. *Rép. de droit adm.* de Béquet : v° *Dons et legs,* n° 36.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 54 ; Batbie, *Droit public et administratif,* t. V, n° 1, Paris, 1867 ; Ducrocq, *Cours de droit administratif,* 5e *éd.*, t. II, n° 1336 ; Hauriou, *Précis de droit administratif,* 7e éd., p. 136.

plusieurs lois postérieures au Code la consacrèrent implicitement (1).

Elle fut appliquée à la fois aux associations et aux fondations privées.

Comme l'a fait observer M. Hauriou (2), « la théorie moderne a eu son moment d'utilité ; en localisant le pouvoir de l'Etat sur la concession de la personnalité juridique, elle a induit les gouvernements à tolérer la formation d'une quantité d'associations de fait. Mais ce ne pouvait être qu'une situation provisoire ». Il fallait bien arriver à donner la faculté d'acquérir la personnalité juridique à toutes ces associations de fait, dont le nombre avait grandi avec la tolérance du pouvoir.

155. — B. — La réforme s'est accomplie peu à peu dans le cours de la seconde période ; elle a été réalisée par un ensemble de mesures législatives, qui date des dernières années

(1) Loi du 2 janvier 1817, art. 1er ; loi du 12 juillet 1875 sur la liberté de l'enseignement supérieur, art. 11 : « Les établissements d'enseignement supérieur fondés, ou les associations formées en vertu de la présente loi, pourront, sur leur demande, être déclarés établissements d'utilité publique, dans les formes voulues par la loi... »

L'influence de Savigny a contribué à consolider chez nous cette idée que la personnalité juridique est un privilège concédé par l'Etat. Savigny avait été l'un des premiers à combattre, dans son *Traité de droit romain*, l'unité de conception jusqu'alors admise en matière de personnes morales, et à établir une distinction entre les *universitates personarum* et les *universitates rerum*, établissements ou fondations. En même temps, il avait soutenu qu'en droit romain, les fondations ne pouvaient être créées qu'avec l'autorisation du pouvoir (t. II, § 89) (voir ci-dessus, p. 188, note 1). Il en résultait tout naturellement que la personnalité morale apparaissait dès lors comme un attribut distinct de la corporation et de l'établissement, comme une faveur qui devait faire l'objet d'une concession du pouvoir. L'association, l'établissement sont des réalités, des organisations matérielles qui se comprennent fort bien comme telles et indépendamment de toute personnalité. Aussi Savigny admettait-il que l'association comme la fondation n'acquérait la personnalité morale qu'en vertu d'une autorisation spéciale. Cette opinion fut répandue chez nous par le *Cours de droit civil* de Zachariæ (I, §§ 40 et 260) et y fut universellement acceptée. En Allemagne, au contraire, elle fut vivement combattue et bientôt abandonnée comme reposant sur une fausse interprétation des textes. Voir Saleilles, *op. cit.*, Ann. de droit comm, 1895, p. 78, 79 ; Vauthier, *op. cit.*, p. 286 et s.

(2) *Op. cit.*, 3e éd., p. 126.

du XIXe siècle, et dont la principale est la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association. Les deux règles précédentes ont été remplacées par des principes diamétralement opposés : 1° *liberté d'association ; 2° concession de plein droit de la personnalité juridique à toute association légalement constituée ; 3° la personnalité ne peut pas être arbitrairement retirée par le pouvoir exécutif à une association.* Seuls, les tribunaux judiciaires ont le droit d'en prononcer la dissolution.

Voici comment s'est faite la transition d'un système à l'autre. Comme il était difficile d'obtenir de l'Etat la reconnaissance d'utilité publique, beaucoup d'associations se contentaient de la simple autorisation administrative. Ces associations étaient licites, mais, n'ayant pas la personnalité juridique, elles se trouvaient dans une situation anormale, car elles ne pouvaient ni être propriétaires, ni plaider en justice. Cette anomalie ne pouvait pas durer indéfiniment. Elle était d'autant plus choquante que, depuis une cinquantaine d'années, il s'est produit en France une véritable reconnaissance de l'esprit associationniste, qui a provoqué la formation d'un grand nombre de groupements de défense et de protection : syndicats patronaux et ouvriers, associations de fonctionnaires, sociétés de secours mutuels, associations charitables, littéraires, scientifiques, artistiques, ligues, etc. En outre beaucoup de ces associations, comme les syndicats notamment et les sociétés de secours mutuels, forment de vastes fédérations. Le législateur a bien été obligé de reconnaître à ces groupements la capacité dont ils ont besoin pour pouvoir fonctionner.

Le législateur a commencé par concéder la liberté de se fonder à certains groupements (associations syndicales libres entre propriétaires, syndicats professionnels, sociétés de secours mutuels), dont il désirait favoriser l'expansion (1). En même temps, au lieu de les obliger à demander indivi-

(1) Lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 qui autorisent la constitution d'associations syndicales libres entre propriétaires, en vue de l'accomplissement de travaux d'intérêt collectif ; loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; loi du 1er avril 1893, sur les sociétés de secours mutuels.

duellement la reconnaissance d'utilité publique, il a concédé à l'avance, en bloc, la personnalité à toutes les associations de ce genre.

La loi du 1er juillet 1901 n'a fait que généraliser l'application de ce nouveau procédé. Tout d'abord, elle supprime définitivement les entraves, apportées par le Code pénal, au droit de s'associer, et, réalisant une réforme depuis longtemps réclamée, elle déclare que les associations de personnes peuvent se former librement, sans autorisation ni déclaration préalables. En outre, *toute association devient personne juridique sans avoir besoin d'obtenir une autorisation spéciale, à condition de remplir certaines formalités de publicité.*

Ainsi aujourd'hui la personnalité juridique n'est plus une faveur concédée individuellement par l'autorité, elle est un droit pour toute association licite qui fait connaître sa fondation, ses statuts, ses administrateurs. Le vieux système de la concession se trouve remplacé par un système nouveau, celui de la *réglementation légale.*

Cette nouvelle conception marque un immense progrès sur le Droit antérieur. Elle est la conséquence de l'évolution profonde qui s'est accomplie dans les idées depuis la Révolution française. L'homme sent de plus en plus aujourd'hui le besoin de s'associer avec ses semblables, surtout avec ceux « qui vivent de la même vie que lui-même, qui sont exposés « aux mêmes risques, qui poursuivent la satisfaction des mêmes « besoins, la défense des mêmes intérêts. Il comprend enfin « que l'association fait une force des faiblesses qu'elle groupe. « C'est pourquoi le législateur encourage la formation des asso- « ciations et facilite leur fonctionnement (1).

(1) Néanmoins le législateur, tout en se montrant libéral à l'égard des associations, ne leur a pas donné une entière indépendance.

L'accroissement du patrimoine des collectivités présente, à ses yeux, des inconvénients à un double point de vue.

Au point de vue économique : Les associations ont une durée illimitée ou, du moins, elles vivent beaucoup plus longtemps que les hommes. Les biens qu'elles acquièrent se trouvent immobilisés, pour de longues années, quelquefois pour des siècles ; ils ne circulent plus, au détriment de la richesse générale et du fisc. De là, le nom de bien de *mainmorte* sous lequel on les désigne. La

156.— *Régime spécial des fondations.* — La conception, qui a dominé pendant tout le XIX^e^ siècle, et en vertu de laquelle la personnalité est une faveur accordée par l'Etat, reste toujours en vigueur, même après la loi de 1901, pour

propriété individuelle, au contraire, est essentiellement mobile. Elle change souvent de mains ; elle se prête à toutes les transformations. Par la fréquence de ses mutations, elle est toujours à la disposition de ceux qui en ont besoin, et qui sont les plus aptes à la mettre en valeur. En même temps, elle est un instrument précieux pour le fisc, qui prélève un droit sur chaque transmission, et par cet apport incessamment renouvelé qu'elle fournit à la collectivité, la propriété individuelle corrige en partie ce qu'elle peut avoir d'antisocial dans sa formation.

C'est surtout en matière immobilière (*) que les inconvénients de la mainmorte se font sentir. Le sol ne doit pas demeurer indéfiniment entre les mêmes mains. Une telle fixité est en contradiction avec le but même du droit, qui est de protéger les intérêts d'êtres humains, dont la vie est brève.

L'établissement de taxes destinées à compenser les profits de mutations ne suffit pas à effacer l'inconvénient. La terre doit, en principe, appartenir à l'homme. Il n'est pas bon qu'elle s'agglomère entre les mains d'êtres perpétuels. Aussi les associations et les collectivités ne doivent-elles posséder que les immeubles nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles poursuivent. Cependant cette dernière restriction, appelée elle aussi à disparaître, a été supprimée en ce qui concerne les syndicats professionnels par la loi du 12 mars 1920 (art. 5 nouveau de la loi du 21 mars 1884).

Au point de vue politique, il est facile de voir que l'association, en unissant les efforts des hommes, en supprimant surtout cette brusque rupture que la mort produit dans toute œuvre humaine, et en permettant à des générations successives de poursuivre sans arrêt, sans défaillance, la réalisation d'une idée, représente par sa continuité une force considérable. L'Etat, qui est la personnification des intérêts généraux, ne peut pas laisser de telles forces agir en toute liberté. Il doit en surveiller les effets, en diriger et en limiter le cours, afin d'empêcher que ces forces « qui ne représentent jamais que des intérêts locaux ou des groupements partiels » ne deviennent un danger pour l'ensemble de la nation.

« Jamais les gouvernements ne se sont entièrement désintéressés de ce phénomène. De tout temps, sauf aux époques où le pouvoir central est affaibli et ne remplit pas ses fonctions, ils ont surveillé et limité l'accroissement des richesses collectives qui s'opèrent au profit des villes, communautés et associations de toute nature. » Planiol, *op. cit.*, t. I, n^os^ 1990, 1991 ; cf. Cauwès, *Cours d'écon. pol.*, 3^e^ éd., t. I, n° 73 ; t. III, n° 1023 ; Hauriou, *op. cit.*, 7^e^ éd., p. 356, 357.

(*) La fortune mobilière des établissements ne constitue pas un danger. « Elle est tenue de s'employer dans l'organisation capitaliste, en placements industriels ou en fonds publics ; toute valeur mobilière employée est prise dans l'engrenage de la finance, qui, si elle n'est pas complètement sous la dépendance de l'Etat, est, dans tous les cas, son alliée intime ». Hauriou, *Dr. adm.*, 7^e^ édit., p 356.

les fondations privées. Celles-ci n'acquièrent la personnalité que par la reconnaissance d'utilité publique.

Cette différence de traitement peut se justifier. L'unité sociale de la fondation, œuvre d'un particulier, a besoin d'être contrôlée. C'est pourquoi l'Etat se réserve de faire cette appréciation avant d'élever l'institution au rang de sujet de droits (1).

3° *Nature de la personnalité juridique* (2).

157. — Ainsi, de tout temps, le Droit positif a accordé la capacité juridique à des êtres autres que l'homme. Il a concédé la qualité de sujets de droits, c'est-à-dire la personnalité, à certains groupements et même à des établissements fondés dans un but religieux, humanitaire, artistique, scientifique.

Comment expliquer ce résultat ? Comment la qualité de personne peut-elle être étendue à des entités ? L'individu pensant et vivant ne doit-il pas seul être considéré comme un sujet de droits ? Cette question a exercé la sagacité des jurisconsultes. Les nombreuses explications qui ont été proposées peuvent se ramener à trois théories principales.

158. — 1° *Théorie de la fiction.* — Pendant longtemps, les personnes juridiques ont été considérées comme des êtres fictifs imaginés par le Droit. Le législateur, disait-on, afin de faciliter le fonctionnement des associations et des institutions créées par l'homme, leur accorde, par une fiction, la personnalité juridique (3). L'homme seul est capable de volonté, et, par conséquent, seul il peut être sujet de droits,

(1) Cf. Savigny, *Droit romain,* t. II, § 89, trad. Guénoux, p. 277, 278. Cons. sur cette question, le *Bulletin de la Société d'études législatives,* notamment : Rapport de M. Saleilles, 1908, p. 357 ; Rapports de M. Larnaude, 1909, p. 26 et 285 et la discussion.

(2) Cons. Michoud, *La théorie de la personnalité morale,* t. I, p. 3, et s. ; Saleilles, *De la personnalité juridique,* p. 305 et s.

(3) C'est la théorie traditionnelle : les jurisconsultes romains ont toujours considéré les personnes juridiques comme des êtres fictifs. En Allemagne, elle a eu pour adeptes Savigny, Arndts, Puchta, Windscheid, etc. Jusqu'à ces dernières années, elle était presque universellement adoptée en France.

car le droit subjectif est une puissance que la loi accorde à une volonté. Pour être titulaire d'un droit, c'est-à-dire pour jouir de la personnalité, il faut être doué de la faculté de vouloir. Quand donc la loi considère et traite l'homme comme une personne, elle ne lui confère pas la personnalité, elle ne fait que reconnaître et confirmer une personnalité déjà existante. Au contraire, quand le Droit accorde la capacité juridique à un être qui n'a en réalité ni pensée ni volonté, alors ce n'est que par une fiction qu'il supplée une condition naturellement indispensable, et cette fiction consiste à admettre que cet être pense et veut, bien qu'il en soit réellement incapable (1).

Donc la personne juridique est un être artificiel que le législateur crée en vue de faciliter le commerce juridique ; en d'autres termes, c'est une fiction destinée à éviter certains inconvénients qui proviennent de l'imperfection et de l'impuissance de l'homme (2).

(1) Voir Goudsmit, § 31, note 1, auquel cette phrase est empruntée ; Laurent, t. I, p. 367 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, § 296.

(2) Au fond cette explication serait plausible à condition de reconnaître qu'il s'agit là d'un procédé technique dont le Droit ne peut se passer, et de donner à cette fiction toute l'ampleur nécessaire pour assurer le libre fonctionnement des personnes juridiques. La notion de personnalité étant elle-même une abstraction, pourquoi ne pas reconnaître en effet que les personnes fictives doivent, comme les personnes physiques, jouir de tous les droits nécessaires à leur vie juridique ?

Mais tel n'est pas l'esprit des défenseurs du système de la fiction. Imbus de la doctrine individualiste et par conséquent adversaires de l'association, ils se sont servis de leur système comme d'une arme contre elle. Pour eux, il n'y a pas de comparaison possible entre les personnes physiques, êtres réels, possédant des droits naturels que le législateur réglemente mais ne crée pas, et ces êtres fictifs. Ceux-ci n'ont pas de droits innés ; ils n'ont que ceux que la loi veut bien leur concéder. Le législateur fait à la fiction imaginée par lui la place qu'il juge bon ; il peut en doser les effets comme il le veut. La loi peut donc accorder la personnalité morale quand elle croit utile de la concéder ; elle peut aussi la refuser ; et, quand elle l'a concédée, elle a toujours le droit de la retirer postérieurement et de revenir à la réalité des choses. Et de même, quand le législateur concède la personnalité à une association ou à un établissement, il ne crée pas un être juridique complet, comparable à l'homme ; bien au contraire, il ne lui donne la capacité juridique que pour lui permettre de

(Cette théorie a été très vivement attaquée en Allemagne, et t elle n'y compte plus que de rares défenseurs. Elle prête, en effffet, le flanc à la critique. L'explication qu'elle propose ne saaurait satisfaire l'esprit. Il est inexact de considérer la perersonne morale comme un être purement artificiel, créé uniquuement par la loi. La première preuve qu'on en peut fournirir c'est que cette abstraction s'impose pour ainsi dire au légigislateur ; il ne dépend pas de lui de l'admettre ou de la rejejeter. Dès qu'une législation se perfectionne, dès que la vieie juridique se développe chez un peuple, la personnalité civivile apparaît aussi nécessaire, aussi indispensable que la perersonnalité physique. Elle se manifeste d'abord en ce qui comncerne l'Etat et les subdivisions de l'Etat, et cela, de si bonnne heure, qu'il est presque impossible de retrouver l'époquue à laquelle cette conception a pris naissance. Et, à partir de e ce moment, la notion de la personnalité morale s'étend, s'élélargit et, de jour en jour, reçoit de nouvelles applicatioions. On peut donc affirmer qu'elle répond à une nécessité. Ce e n'est pas la loi qui a imaginé cette conception, ce sont les s besoins de la vie sociale qui l'ont imposée. Ceci montre bieien le vice de la théorie de la fiction. Elle dit : les hommes seuuls sont des sujets de droits ; donc les personnes juridi-

remmplir plus facilement sa mission ; il n'en fait une personne qu'e'en vue et dans les limites de sa destination.

MM. Laurent est, de tous les auteurs, celui qui a poussé le plus loinin ce système restrictif : (t. I, p. 367 et s.) : « Tout est fictif, dit-t-il, dans la conception de la personne morale. Ces prétendus êtreres ne sont même pas des personnes. En réalité, la loi reconnaîît quelques droits à certains corps ou établissements publics pouour qu'ils puissent remplir leur mission, mais ces droits ne leur donnnent pas la qualité de personne. » Il en conclut que les personnnes appelées civiles n'ont ni droits véritables, ni obligations vériritables ; le législateur leur accorde seulement les moyens nécessssaires pour qu'elles puissent accomplir la fonction sociale dont il l les investit (p. 388). De même, les personnes civiles n'existent pas s en dehors de l'Etat où elles sont instituées ; elles ne peuventnt exercer aucun droit en dehors de ses limites. Le législateur étraranger ne connaît pas et n'est pas tenu de respecter les fictions créééées par d'autres que par lui. Une personne morale ne peut prététendre à cette qualité dans un Etat étranger, qu'autant que cet t Etat lui accorde à son tour sur son territoire la personnalité. Cetttte dernière conséquence de la théorie de la fiction est rejetée chezez nous par la majorité des auteurs (Voir ci-dessous, p. 223).

ques ne sont que des sujets fictifs. Mais ce raisonnement est contredit par l'observation des faits. La preuve que les hommes seuls ne sont pas des sujets de droits, c'est que le droit objectif est contraint de reconnaître la même qualité à d'autres organismes (1).

159. — *Deuxième théorie.* — Le système de la fiction devait tout naturellement conduire à la négation de l'idée même de personnalité juridique.

Si les hommes seuls peuvent être des sujets de droits, si les personnes juridiques ne sont que des créations arbitraires, imaginées par le législateur, à quoi bon conserver cette fiction ? Ce n'est qu'un échafaudage qui a pu avoir son utilité, mais qui doit nécessairement disparaître, pour laisser voir la réalité. Il faut en débarrasser la science. Derrière cet être imaginaire, il y a les hommes, êtres réels, qui se sont associés, seuls sujets possibles de droits. Or, ce sont eux qui sont les véritables titulaires des droits faussement attribués à une personne feinte, eux qui sont propriétaires, créanciers, débiteurs (2). Sans doute, ces droits n'appartiennent pas à chaque associé, comme les droits personnels qu'il peut avoir à l'exclusion des autres. Ce sont des droits qui garantissent les intérêts communs à tous les membres de l'association, qui, par conséquent, tout en reposant sur la tête de chacun, se trouvent liés en un faisceau représentant l'intérêt commun. Il ne dépend pas de l'individu de dénouer ce faisceau, de prendre sa part du droit collectif, de l'exercer pour son compte. En entrant dans l'association, les associés ont eu en vue la poursuite d'un but commun, et, pour atteindre ce but, ils ont consenti à la création d'un patrimoine distinct

(1) Cf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 33 : « Il suffit du regard le plus superficiel jeté sur l'histoire, pour se rendre compte que l'existence des personnes morales a toujours échappé aux prises du législateur. Il a pu les méconnaître temporairement, refuser d'en tenir compte, les poursuivre même comme des ennemies. Jamais il n'a pu les faire disparaître d'une manière absolue. Invinciblement, elle revenaient à la vie, parce qu'elles correspondaient à un besoin de l'état social. »

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2e édit., t. IV, p. 340 et s.

de leur patrimoine propre, affecté à l'œuvre, donc ils ne peuvent, par conséquent rien distraire, tant que le but n'est pass atteint. Ce patrimoine présente donc des caractères qui le distinguent de celui de chacun des adhérents, et c'est pour bien marquer cette distinction qu'on a cru bon de l'attribuer à un être nouveau, l'association. Mais cette explication est inutile ; les droits qui composent ce patrimoine, reposent sur dess êtres réels, vivants : les sociétaires. Ce sont tout simplement des droits qui revêtent une forme particulière (1).

« L'idée de personnalité fictive est une conception simple, maiis superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistamce jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle... Sous le nom de « personnes civiles » », il faut entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masses distinctes, possédées par des hommes plus ou moins nombreux et soustraits au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, ces *prétendues personnes* n'en somt pas même d'une manière fictive ; et vraiment a-t-on besoiin de créer une seconde catégorie de personnes, qui n'existe pass dans la nature, pour comprendre une seconde forme de la propriété, dont l'existence est un fait évident (2) ? ». En réalité, le Louvre appartient aux Français, le British Museum aux Anglais. Les cuirassés, les forteresses sont une propriété commune à tous les nationaux.

Ainsi, d'après cette théorie, il y aurait deux sortes de propriétés bien distinctes : d'abord, la propriété individuelle, qui donne à un individu le droit de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue (art. 544, C. civ.). Cette propriété peut exister au profit d'une personne unique, ou indivisément au profit de plusieurs. Par exemple, les héri-

((1) Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2e éd., p. 56 ; Planiol, *op. citt.*, t. I, n° 3017 ; de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902 ; Berthélemy, *Traité élément. de droit administ.*, 8e édit., p.. 25 et suiv.

Une autre théorie, tout en rejetant la notion de la personnalité juridique comme inutile, considère le patrimoine de la collectiviité comme un patrimoine sans maître. Voir l'exposé de cette oppinion dans Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 39.

((2) Planiol, *loc. cit.*

tiers qui recueillent une succession sont copropriétaires des biens héréditaires, jusqu'au jour où ils se partagent les biens. La copropriété n'est qu'une variante de la propriété ordinaire.

Le seconde sorte serait la propriété collective, laquelle s'appliquerait aux choses affectées à une collectivité plus ou moins étendue, l'Etat, la commune, etc. Mais il y a quelque chose de contradictoire dans cette expression. La propriété dite collective ne présente aucun des caractères du droit de propriété. Elle ne donne à ceux qu'on dit en être investis aucune des facultés dont l'ensemble constitue la propriété. Prenons, par exemple, les rues et les places d'une ville. Comment, par quels avantages se manifeste le droit des habitants sur ces parcelles du terrain communal ? Par la faculté d'en user, de s'en servir, d'y passer ? Mais ce droit appartient à tous les Français, à tous les hommes même, nationaux ou étrangers, qui viennent visiter la ville. Pourquoi dire que les habitants de la commune seuls sont propriétaires collectifs ? De même, un Français a-t-il plus de droits sur le musée du Louvre qu'un étranger ? Si le Louvre appartient à une collectivité, cette collectivité, c'est le monde tout entier. Là est le vice de cette seconde théorie : le prétendu droit qu'elle accorde à chacun des membres du groupement n'est qu'une apparence, un fantôme.

Mais elle a encore un autre défaut. Elle amoindrit et dénature la notion même d'association. Ne voir dans un groupement d'individus que les biens qui ont été acquis, c'est méconnaître l'idée qui préside à la constitution du groupe, la fin qu'il se propose. Le patrimoine n'est pas toute l'association ; il n'est que le moyen d'atteindre le but poursuivi. Combien cette observation devient frappante quand on l'applique à l'Etat ! Qui donc définirait l'Etat : une masse de biens qui appartiennent à tous les nationaux ? L'Etat est un être abstrait qui personnifie les traditions, les idées, les aspirations d'un pays, qui maintient l'unité, la cohésion dans cette masse d'hommes vivant sur les divers points de son territoire, qui, à l'extérieur, représente les intérêts supérieurs de la nation, relève toute injure à elle faite, toute

atteinte portée à son honneur (1). En réalité, c'est toujours l'association, et non les membres qui la composent, et non les biens mis en commun, qui incarne l'idée inspiratrice.. Les adhérents changent ; les uns se retirent, meurent, de nouveaux apparaissent ; mais l'association demeure toujours la même, être abstrait, mais être réel, représentant des intérêts propres, qu'elle seule, et non les divers membres éphémères qui en font partie, a la charge de défendre ; seule destinataire par conséquent des droits qui garantissent ces intérêts.

160. — *Troisième théorie.* — L'être moral nous apparaît donc comme une entité correspondant à la réalité des phénomènes sociaux. Elle est vraiment un être doué d'une vie propre ; elle est, comme l'homme, une personne. Mais admettre cette proposition, c'est reconnaître l'inexactitude de la règle posée par les autres systèmes : l'homme seul peut être le sujet de droits, parce que seul il est capable de vouloir.

Cette règle, en effet, nous paraît en contradiction avec la réalité des choses. La jouissance d'un droit ne suppose pas nécessairement l'existence d'une volonté consciente et libre chez celui qui en est le titulaire. L'*infans*, le fou sont sujets de droits, ils prennent part au commerce juridique et, cependant, leur volonté fait défaut. Bien plus, l'enfant non encore né mais simplement conçu, acquiert, lui aussi, certains droits ; il peut recevoir une libéralité, recueillir une succession, bien qu'il ne soit pas encore un être pensant. Enfin,

(1) Considérons encore d'autres associations. Le syndicat professionnel, par exemple, composé d'ouvriers appartenant au même métier, est une arme puissante pour eux, non seulement par les fonds qu'il possède, mais par la force morale qu'il représente. Quand, au nom de ses adhérents, il passe un contrat collectif avec un patron, pour fixer le salaire qui sera attribué aux travailleurs, les conditions du travail et la durée de la journée, il ne fait pas un acte relatif aux biens qu'il possède. Et pourtant, c'est surtout alors qu'apparaît son utilité, son importance. Il traite non seulement au nom de ses adhérents actuels, mais au profit de ceux qui demain entreront dans son sein.

Enfin l'insuffisance de l'idée proposée n'éclate-t-elle pas aux yeux quand on songe aux congrégations religieuses ? Comment dire qu'une congrégation n'est qu'une masse de biens collectifs ? Chaque religieux n'abdique-t-il pas sa personnalité, ne s'efface-t-il pas devant le but supérieur poursuivi par la communauté ?

il est des cas où les droits naissent avant ceux qui doivent en profiter (1). Au surplus, même chez les êtres conscients, le droit se fixe souvent sur leur tête avant toute volition manifestée par eux. L'héritier acquiert les biens du défunt, *ipso jure*, au moment même de la mort de ce dernier, avant toute acceptation de sa part. Ces exemples suffisent à prouver que le droit subjectif n'a pas nécessairement pour support une volonté, et à détruire l'affirmation qu'il ne peut exister qu'au profit d'un être doué de volonté. Sans doute, il y a entre la volonté et le droit subjectif un lien étroit. Le droit ne peut être exercé que par un individu conscient de ses actes, car il constitue un pouvoir, et, pour pouvoir, il faut vouloir. Mais la manifestation de volonté n'intervient qu'au moment de la mise en mouvement du droit, non au moment de son acquisition. C'est pour cela que la loi nomme un représentant à l'*infans*, au fou, représentant qui est chargé d'agir pour leur compte, en leurs lieu et place.

Le droit subjectif peut donc appartenir à d'autres sujets que les hommes. Non pas cependant à tous les êtres vivants. L'animal ne saurait être titulaire d'un droit. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les droits privés, comme nous l'avons dit ci-dessus, naissent des rapports humains organisés par le droit objectif. Donc, en dernière analyse, ils profitent toujours à l'homme. Mais cela ne signifie pas qu'ils doivent nécessairement reposer sur la tête d'un homme individuellement considéré. Le groupe, l'œuvre créée par l'homme, sont institués pour défendre les intérêts d'une collectivité plus ou moins nombreuse. Ils sont les représentants de ces intérêts et, par conséquent, les véritables supports des droits qui les protègent.

Les associations et les établissements fondés dans un but d'utilité publique sont donc de véritables personnes. Mais ils ne peuvent exercer eux-mêmes les droits qui naissent à leur profit, parce qu'ils sont dépourvus de toute volonté propre.

(1) Art. 1048, 1082, C. civ.

Aussi doivent-ils nécessairement agir par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs hommes qui seront leurs représentants (1-2).

161. — Traits caractéristiques de la personne juridique. — Tout groupement humain ne fait pas apparaître une personne juridique. Plusieurs hommes peuvent se trouver associés pour la poursuite d'un même but, acquérir des droits en commun,

(1) L'école dite germaniste, qui a pour initiateur Beseler et pour principal représentant Gierke, explique autrement la réalité des personnes juridiques. Elle s'attache à l'idée que tout droit suppose une volonté, et elle s'efforce de démontrer, mais sans y parvenir, à notre avis, que les êtres collectifs ont une volonté propre, qui se distingue de celle des unités qui les composent. Cette volonté collective est la résultante des volontés individuelles, mais elle « est quelque chose de nouveau, d'autre que leur simple réunion. Elle est une. Ainsi, une maison qui est construite avec des pierres, du bois, du fer, est autre chose pourtant qu'un amas de ces matériaux. » Cf. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogemannten juristischen Personen*, p. 62 et s. En France, cette doctrine a été soutenue par Hauriou, *La personnalité comme élément de la réalité sociale*, Revue générale du droit, janvier et mars 1898 ; *Leçons sur le mouvement social* (1899), p. 85 et s., et Append. II, p. 144 à 146 ; Boistel, *Cours de philos. du droit*, t. II, n° 314 ; Mestre, *op. cit.*, p. 137 et s. ; 191 et s. ; Baudry-Lacant. et Hœuques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n° 296 *bis*, III.

Gierke, *Deutsche Privatrecht*, t. I, § 59, et Regelsberger, *Pandœcken*, t. I, § 75 et 76, se contentent d'affirmer que les corporations sont des êtres réels, capables de volonté. Voir la discussion des trois théories présentées au texte, dans le remarquable ouvrage précité de M. Michoud. Le premier, M. Michoud a signalé le vice qui est à la base des deux premières, et soutenu que le fondement du droit n'est pas dans la volonté.

(2) Dans son beau livre *Science et Technique*, 3e partie, 1921, p. 212 et s., M. Gény envisage le problème d'un nouveau point de vue. Il le transporte sur le terrain de la technique juridique : « Je voudrais montrer, dit-il, p. 218, que les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services... »

« Du moment que ces concepts, ajoute-t-il, p. 226, s'adaptent bïen aux réalités positives du droit vivant, que leurs résultats cœrrespondent aux besoins et intérêts pratiques des hommes vivant en société, que leur ensemble fournit une construction homogène et cohérente, celle-ci, qui se trouve satisfaire aux lois essentielles de la construction juridique, et qu'une expérience déjà longue a favorablement éprouvée, mérite par là même d'être préférée aux conceptions différentes, aujourd'hui proposées... »

Cette conception se rapproche de celle de la fiction, mais donne une base plus consistante qu'elle à la notion de personnalité juridïque.

posséder individuellement des biens, sans que ces droits, ces biens soient attribués à un être distinct. Le mariage, par exemple, est une association de deux personnes, mais à cette association on n'a jamais reconnu la personnalité juridique. De même, plusieurs héritiers recueillent une succession ; jusqu'au jour du partage, ils sont copropriétaires indivis des biens héréditaires ; cette masse de biens n'appartient pas à un être abstrait.

Il importe donc de déterminer les traits caractéristiques de la personne juridique. Or ces traits nous paraissent être au nombre de deux :

162. — 1° Dans l'association personne juridique, les éléments composants perdent leur individualité propre ; ils sont considérés seulement comme les parties d'un tout. Ils deviennent des être fongibles, des unités variables se remplaçant d'âge en âge, représentant le faisceau d'efforts nécessaires pour la satisfaction d'un intérêt commun. La personne morale est donc un groupe ouvert. C'est à cette condition seulement, que l'association se détache des éléments qui la constituent, et apparaît comme le sujet des droits indispensables à la protection de cet intérêt. Quand, au contraire, l'association est faite *intuitu personæ*, c'est-à-dire quand elle est exclusivement composée de personnes qui se sont choisies, et qu'elle doit disparaître à leur mort, elle ne constitue plus un être distinct. Elle ne représente rien autre que l'intérêt même de chacun des associés, qui ont mis en commun leur activité, leurs capitaux. Ainsi la communauté de biens entre époux, ainsi la société civile et la société commerciale contractée *intuitu personæ*, ne sont pas des personnes juridiques (1).

(1) Cependant comme nous le disons ci-dessous, p. 213, en définissant la société pour la distinguer de l'association, les interprètes admettent que les textes de nos lois accordent la personnalité à toutes les sociétés commerciales, et la Cour de cassation étend cette solution aux sociétés civiles. Mais, même si cette opinion est fondée, elle ne prouve rien contre notre théorie. Elle prouve tout simplement que nos lois ont étendu artificiellement, fictivement, la notion de personnalité aux sociétés formées *intuitu personæ*.

Du reste, nos anciens auteurs ont toujours réservé la person-

163. — 2° En second lieu, pour qu'un groupement humain devienne lui-même un être juridique, il faut qu'entre les membres qui le composent, existent des intérêts collectifs et permanents dont la satisfaction ne peut être obtenue que par l'union des participants.

L'existence de ces intérêts est tellement évidente dans l'Etat, la commune, que la personnalité de ces agglomérations s'est dégagée de bonne heure. Au contraire, c'est parce que ces intérêts communs ne se rencontrent plus entre gens habitant le même canton, le même arrondissment, que ces divisions territoriales ne sont pas des personnes juridiques.

Tels sont, croyons-nous, les deux traits caractéristiques de la personnalité juridique. Là où ils ne se rencontrent pas, il n'y a qu'une agglomération d'hommes, il n'y a pas un sujet de droits distinct d'eux-mêmes.

Du reste, ici comme partout, la ligne de démarcation manque de netteté. Ce n'est pas d'une façon brusque et tranchée que, dans la réalité des choses, s'opère la distinction entre les groupements purs et simples et ceux qui sont des personnes juridiques, mais par une série de dégradations successives. Entre les deux groupes, se trouvent des collectivités à caractères indécis, ne présentant que d'une façon effacée les traits de la personnalité, et sur la classification desquelles on peut hésiter (1).

Il faut ajouter enfin que le législateur est toujours libre d'élargir la classe des personnes juridiques et d'y introduire, quand il le juge utile, des êtres abstraits qui ne présentent

nalité aux collectivités anonymes dans lesquelles l'individualité des membres s'efface pour ne laisser apparaître que le groupe, être perpétuel, indépendant des unités qui le composent. Voir ci-dessus, p. 185, note 3 et p. 190, note 1.

Cf. Saleilles, *Annales de droit comm.*, 1895, p. 64 et s., et 1897, p. 29 et . ; Meynial, note S. 92.1.497 ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd., nos 274 et s.

(1) Ainsi, la personnalité juridique des départements n'a été définitivement consacrée que dans le cours du XIXe siècle, par la loi du 10 mai 1838, sur les attributions des conseils généraux. De même, de nombreuses lois récentes ont reconnu la personnalité à des établissements d'enseignement public, lycées, écoles techniques, etc., en vue de leur donner une plus grande autonomie.

pas les caractères ci-dessus indiqués. Il recourt alors au procédé de la fiction qui garde par là son utilité. Mais il est bien entendu que les êtres juridiques qu'il crée ainsi de toutes pièces jouissent en principe des mêmes droits que les autres.

164.— *Observation concernant les fondations.* — Les explications précédentes n'ont trait qu'aux corporations. On retrouve également les deux éléments que nous venons d'indiquer dans les fondations. Le groupe au profit duquel l'œuvre est créée : pauvres, malades, vieillards, orphelins, etc., est nécessairement indéterminé. Quant à l'intérêt collectif et permanent, il réside dans le but même de l'institution.

Mais il faut quelque chose de plus pour que la fondation jouisse de la personnalité. Il faut qu'il existe un organisme spécial chargé d'exercer ses droits, car il ne peut y avoir un sujet de droit là où il n'y a pas une volonté pour prendre part à la vie juridique. Cette représentation, on la trouve inévitablement dans toute association librement fondée. Mais elle ne se rencontre pas toujours dans les établissements créés par l'Etat ou dans les fondations émanées de l'initiative privée. Les uns et les autres peuvent fonctionner sans personnalité, comme œuvres dépendantes d'un autre centre d'activité. Par exemple, beaucoup de services publics ne sont pas détachés de la personnalité de l'Etat. De même, on comprend qu'une fondation soit faite sous forme de legs adressé à une personne physique ou morale avec charge d'employer les fonds au fonctionnement de l'institution projetée. Et actuellement, chez nous, les testateurs en sont réduits à ce procédé indirect, car il n'y a pas, dans notre droit, un texte, analogue à la loi du 1er juillet 1901 sur les associations, qui concède la capacité juridique aux fondations.

Tels sont les divers éléments nécessaires à l'apparition d'une personne morale.

Est-ce à dire que, lorsque ces éléments seront réunis, il naîtra forcément une personne juridique ? Non pas. Il faut encore, bien entendu, que le Droit positif reconnaisse la personnalité aux associations ou fondations présentant ces caractères. Or, à ce point de vue, le Droit peut se montrer plus ou

moins libéral. Les notions historiques précédentes nous ont fait voir avec quelle parcimonie l'Etat a concédé cette qualité jusqu'à nos jours, jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, et nous savons qu'aujourd'hui encore les fondations privées n'en acquièrent le bénéfice que par une concession spéciale du pouvoir.

§ 2. — Diverses espèces de personnes juridiques

165.— Les personnes juridiques se divisent en deux classes :
Personnes du droit public ;
Personnes du droit privé.

A. — *Personnes juridiques du droit public*

166. — On les appelle aussi *personnes administratives.*

Elles ont pour mission de pourvoir aux besoins de l'ensemble des individus qui forment la nation. A leur tête se trouve l'Etat, et au-dessous de lui, les divers groupes moins étendus, le département, la commune, les colonies, qui ont des intérêts propres et distincts de ceux de la collectivité tout entière.

Chacune de ces grandes personnes morales est chargée d'organiser et de mettre en mouvement tous les services intéressant la masse des hommes compris dans leur circonscription.

Elles sont aidées dans leur tâche par des organes spéciaux : les établissements publics. Ces établissements sont créés pour assurer le fonctionnement d'un service déterminé, d'ordre général, au profit des groupements précédents, comme l'assistance des indigents, l'hospitalisation des vieillards et des malades, l'enseignement public, etc. Ces services sont détachés de l'ensemble des fonctions de l'Etat, du département, de la commune. Ils sont confiés à une personne juridique distincte, spécialement investie de la mission de satisfaire les besoins d'une agrégation déterminée d'individus, par exemple, les malades, les indigents, etc.

Les établissements publics sont donc chargés de suppléer les grandes personnes morales publiques, l'Etat et les subdivisions, pour le fonctionnement d'un service spécial rentrant dans les attributions de celles-ci.

Ils se divisent en trois classes :

Les établissements publics de l'Etat, qui remplacent l'Etat lui-même dans une de ses fonctions : tels sont, par exemple, les grands établissements scientifiques, les Universités, les Facultés, l'Institut et les différentes Académies qui le composent, les lycées, les écoles techniques, le Collège de France, les Chambres de commerce, les Chambres d'agriculture, l'Ordre national de la Légion d'honneur, etc. Tels étaient aussi les établissements ecclésiastiques, fabriques, menses curiales et épiscopales, séminaires, consistoires israélites et protestants avant la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat.

Les établissements publics départementaux : par exemple, les dépôts de mendicité.

Les établissements publics communaux, tels que les bureaux de bienfaisance, hôpitaux, hospices, offices publics d'habitations à bon marché, dispensaires d'hygiène sociale, etc.

B. — *Personnes juridiques du droit privé*

Elles se divisent en trois groupes.

167. — *Premier groupe. — Les établissements d'utilité publique* (1). — Ce sont les œuvres ou associations fondées par les particuliers pour un but désintéressés, qui sont l'objet d'une décision spéciale par laquelle le pouvoir exécutif reconnaît l'utilité publique du but en vue duquel elles sont constituées. Cette décision, dite reconnaissance d'utilité pu-

(1) Il ne faut pas confondre les établissements d'utilité publique avec les établissements publics. Les premiers sont dits d'utilité publique, parce qu'ils ont pour objet la satisfaction de besoins, la défense d'intérêts communs à un certain nombre de personnes, et que, par là même, ils rendent des services à la communauté et apportent à l'Etat un précieux concours. Mais, à la différence des établissements publics, ils sont constitués par des particuliers ; ils ne sont pas des organes de l'Administration, mais des œuvres purement privées. « Ils restent placés en dehors des « différentes branches de l'Administration française, ils ne font « partie, à aucun titre, de l'organisation publique du pays ». Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 5e éd., t. II, n° 1333. Cons. Pierre Avril, *Les origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique,* Thèse Grenoble, 1900.

blïque, confère la personnalité juridique, ou bien, depuis la loïi du 1er juillet 1901, complète la capacité de l'association qui était déjà personne juridique en vertu de la déclaration par elle faite.

On trouve, dans cette catégorie, des institutions et des associations de toutes sortes. L'Etat n'accorde la reconnaissance d'utilité publique qu'à celles qui existent depuis un certain temps et qui possèdent des ressources suffisantes pour l'objet qu'elles se proposent.

168. — *Deuxième groupe. — Les associations qui ont accompli les formalités prescrites, soit par les lois antérieures, soit par la loi du* 1er *juillet* 1901. — Ce sont les associations syndicales libres entre propriétaires, les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, et, d'une façon générale, toutes les associations qui ont fait la déclaration prescrite par la loi du 1er juillet 1901. Cette loi définit l'association : le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager des bénéfices.

L'association diffère de la simple réunion parce qu'elle est permanente, tandis que la réunion est momentanée. Elle diffère de la société par son but (1). La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter (2). La société est caractérisée par l'idée de lucre. Elle est faite pour gagner de l'argent. Au contraire, l'association poursuit un but non lucratif. Elle peut être fondée, il est vrai, dans l'intérêt exclusif des membres qui la composent, comme les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, les sociétés d'assurances mutuelles, mais, même dans ce cas, elle diffère de la société proprement dite, parce qu'elle n'a pas pour objet de réaliser des bénéfices.

169. — *Troisième groupe. — Les associations à but lucratif,* c'est-à-dire *les sociétés civiles et commerciales.* — Nous

(1) Voir Henri Hayem, *Domaine respectif de l'association et de la société*, Thèse Paris, 1907.
(2) Art. 1832, C. civ.

avons dit ci-dessus que seules, les sociétés par actions, ou sociétés de capitaux, présentaient les traits caractéristiques de la personnalité juridique. Cependant, depuis le Code civil, on admet que les sociétés commerciales formées *intuitu personæ* sont des personnes morales (1). Quant aux sociétés civiles, la question est controversée. La doctrine leur refuse ordinairement cette qualité, mais la Cour de cassation est d'un avis contraire ; elle soutient que les textes du Code civil « personnifient la société d'une manière expresse en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société » (2).

§ 3. — Naissance des personnes juridiques

170. — Établissements publics. — La plupart des établissements publics ont une origine historique. Les uns ont été créés par l'Eglise (établissements religieux), les autres par les particuliers. L'Etat n'a fait que les englober dans sa sphère d'action, à mesure que ses attributions s'élargissaient. Quant à ceux qui sont d'origine moderne, ils reçoivent leur personnalité de la loi (3).

171. — Personnes juridiques du droit privé. — Il faut les diviser en trois groupes :

1° Les *fondations*, en prenant ce mot comme synonyme de création d'une œuvre charitable, artistique, scientifique, religieuse, etc. ;

2° Les *associations ;*

3° Les *sociétés.*

172. — 1° *Fondations.* — Elles ne jouissent pas de plein

(1) Cf. Thaller et Percerou, *Traité élément. de droit comm.*, n°s 274 et s.

(2) Cass., 23 février 1891, D. P. 91.1.337, S. 92.1.73 ; 2 mars 1892, D. P. 93.1.169, S. 92.1.497 et les très intéressantes notes de M. Meynial ; 2 janvier 1894, D. P. 94.1.81, S. 94.1.129 ; cf. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit comm.*, n°s 245 et 295 à 298 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 618.

(3) V. Michoud et Trotabas, *Théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 360 et s.

droit de la personnalité juridique. Celui qui veut créer une œuvre est obligé soit de l'organiser et de la doter de son vivant, soit, ce qui est bien plus fréquent, de léguer les fonds nécessaires à un intermédiaire, personne physique ou morale, avec charge de fonder et de faire fonctionner l'institution. Mais la fondation ainsi constituée n'a aucune existence légale. Elle n'acquiert la personnalité que le jour où celle-ci lui a été concédée par un décret de reconnaissance d'utilité publique.

173.— 2° *Associations.* — Avant la loi du 1er juillet 1901, elles étaient soumises au même régime. Elles devaient obtenir leur reconnaissance comme établissement d'utilité publique. La loi nouvelle ne se contente pas de proclamer la liberté d'association (art. 2), elle accorde en outre la capacité à toute association licite, sous la seule condition qu'elle ait été rendue publique par ses fondateurs (1). Cette publicité consiste dans les formalités suivantes : déclaration à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association a son siège social, faisant connaître : le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions et domiciles de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction. Deux exemplaires des statuts doivent être joints. Ceux qui ont fait la déclaration doivent en faire insérer un extrait au *Journal officiel*. Enfin les associations sont tenues de faire connaître, de la même façon, dans les trois mois, tous les changements survenus dans leur administration ou direction, ainsi que toutes les modifications apportées à leurs statuts (2).

Les associations simplement déclarées ne jouissent que d'une capacité restreinte. Pour obtenir une capacité plus étendue, l'association doit solliciter la reconnaissance d'utilité publique, qui lui sera accordée, s'il y a lieu, par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (3).

(1) Art. 5 de la loi du 1er juillet 1901.
(2) Art. 5 de la loi et décret du 16 août 1901, art. 1 à 7.
(3) Art. 10 de la loi et décret du 1 août 1901, art. 8 à 13.

174. — *Associations régies par des lois spéciales.* — La loi du 1er juillet 1901 n'a pas abrogé les lois antérieures qui avaient accordé la personnalité à certaines catégories d'associations (1). Ce sont :

Les associations syndicales libres de propriétaires (loi du 21 juin 1865, art. 5 à 8, et loi du 22 décembre 1888) ; les syndicats professionnels (loi du 21 mars 1884, aujourd'hui art. ... et suiv. du livre III du Code du travail ; les sociétés de secours mutuels (loi du 1er avril 1898) ; les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles (loi du 4 juillet 1900).

Les unes et les autres se forment sans l'intervention de l'administration, mais sont soumises à des formalités de déclaration analogues à celles que prescrit la loi nouvelle. Il convient de remarquer que pour les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels, ces formalités sont obligatoires ; s'ils ne les remplissent pas, ils sont considérés comme illicites et peuvent être dissous par les tribunaux (2).

175. — *Congrégations religieuses* (3). — La loi du 1er juillet 1901 n'a pas accordé aux congrégations religieuses le bénéfice du droit commun. Elle les a soumises à un régime spécial, parce que ce sont des associations d'un genre particulier, qui, par la prononciation des vœux, exigent de ceux qui y entrent une complète obéissance, et, par la vie en commun, acquièrent une force plus grande, des moyens d'action plus efficaces.

(1) L'article 21 décide qu' « il n'est en rien dérogé pour l'avenir aux lois spéciales relatives aux syndicats professionnels, aux sociétés de commerce et aux sociétés de secours mutuels ». Ce texte est incomplet, il ne cite pas les lois de 1865 et 1888 sur les associations syndicales. Mais ces lois subsistent certainement. En effet, l'article 21 ne les mentionne pas parmi celles qu'il abroge. D'autre part, une loi générale ne déroge pas aux dispositions spéciales relatives à la matière qu'elle traite, qui sont contenues dans les lois antérieures ; *Generalia specialibus non derogant.*

(2) Art. 54, livre III, Code du travail ; art. 10, du 1er avril 1898. De même les associations cultuelles prévues par la loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, art. 18 à 24, sont obligées de remplir les formalités de publicité établies par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901.

(3) Cons. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif,* 11e édit., p. 344 et s. ; Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. I, p. 461 et s.

Cette distinction a, du reste, toujours été admise par notre droit public. Les lois du 2 janvier 1817 et du 24 mai 1825 avaient posé le principe que les congrégations ne pouvaient être autorisées que par une loi ; et la Cour de cassation avait plusieurs fois reconnu, dans le cours du dernier siècle, qu'un acte législatif était indispensable pour constituer légalement une communauté religieuse et lui donner le droit d'acquérir (1).

En fait, un grand nombre de congrégations s'étaient formées sans autorisation et vivaient et possédaient sans être pourvues de la personnalité. Le chiffre de leurs membres était plus élevé que celui des religieux des congrégations autorisées.

La loi nouvelle oblige toutes les congrégations existantes, qui n'avaient pas été autorisées par les dispositions antérieures, à demander dans le délai de trois mois l'autorisation législative (art. 18).

Elle décide qu'à l'avenir aucune congrégation ne pourra se former sans une autorisation donnée par une loi (art. 13, § 1).

Toute congrégation vivant sans autorisation est déclarée illicite, et ses membres sont passibles de poursuites correctionnelles (art. 16).

Enfin, une congrégation autorisée ne peut former un nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'Etat (art. 13, § 2).

3° *Sociétés.* — Elles jouissent de plein droit de la personnalité, à partir du moment où elles sont constituées, car c'est la loi elle-même qui leur a concédé la capacité juridique.

§ 4. - Extinction des personnes juridiques et dévolution de leurs biens (2)

176. — Les personnes juridiques peuvent vivre indéfiniment, et c'est là ce qui fait leur force. Les individus qui les composent se renouvellent, sans que la continuité de l'action collective s'arrête.

(1) Cass., 3 juin 1861, S. 61.1.615. Cependant les congrégations religieuses de femmes pouvaient être autorisées par simple décret dans des cas nombreux (Loi du 24 mai 1825 ; décret 31 janvier 1852).

(2) Cons. Michoud, *op. cit.*, t. II, ch. XIII.

Cependant il y a des causes qui peuvent entraîner leur disparition. Contentons-nous d'indiquer celles qui sont relatives aux institutions créées par des particuliers. Les établissements publics durent, en effet, tant que l'Etat ne leur retire pas la personnalité.

177. — *Etablissements d'utilité publique.* — La reconnaissance d'utilité publique est toujours une faveur concédée par l'Etat, lequel est libre de la retirer par un nouveau décret, quand l'œuvre sort de ses attributions, ou ne présente plus le même intérêt d'ordre général. En ce cas, s'il s'agit d'une fondation, elle perd la personnalité et est contrainte de disparaître ; si, au contraire, c'est une association, elle continue à vivre sous le régime de la simple déclaration, tant que sa dissolution n'est pas prononcée par les tribunaux.

178. — *Associations. Dissolution volontaire.* — Les causes de dissolution sont ordinairement énumérées par les statuts. Lorsque ceux-ci sont muets, l'assemblée des sociétaires a toujours le droit de voter la dissolution (1) (Conf. art. 9, loi du 1er juillet 1901).

179. — *Dissolution forcée.* — La loi du 1er juillet a enlevé au pouvoir exécutif le droit de dissoudre les associations, et leur a ainsi donné une précieuse garantie contre l'arbitraire. La dissolution doit être prononcée par l'autorité judiciaire, et la loi énumère limitativement les causes qui entraînent cette pénalité (art. 7 de la loi). Ce sont les suivantes :

L'association est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs (art. 3).

Elle ne s'est pas conformée aux règles relatives à la publicité. Cela vise le cas où une association déclarée n'a pas fait connaître les modifications apportées à ses statuts, ou les changements survenus dans son administration. Dans ce der-

(1) En cas de silence des statuts, faut-il l'unanimité des adhérents ? La question est discutée. Mais rien ne s'oppose à ce que la majorité puisse voter la dissolution. En effet, l'assemblée générale, qui représente l'association, décide toujours à la majorité des voix.

nier cas, le tribunal civil a un pouvoir d'appréciation ; il n'est pas obligé de prononcer la dissolution.

Par exception, la loi du 1er juillet permet au gouvernement de dissoudre par décret les associations composées en majeure partie d'étrangers, ou ayant des administrateurs étrangers, ou dont le siège est à l'étranger, quand leurs agissements sont de nature, soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat (1).

Les lois du 21 mars 1884, art 9, et du 1er avril 1898, art. 10, awaient déjà soustrait les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels à l'arbitraire gouvernemental, en réservant aux tribunaux de l'ordre judiciaire le pouvoir de prononcer la dissolution (2).

180.— *Congrégations religieuses.* — Les congrégations religieuses peuvent être dissoutes par décret rendu en Conseil des ministres (art. 13, § 3, loi du 1- juillet 1901).

Quant à celles qui, existant au moment de la loi, n'ont pas demandé ou obtenu l'autorisation, elles sont réputées dissoutes de plein droit ; il est procédé à leur liquidation (art. 18 de la loi et 2e décret du 16 août 1901).

181. — Dévolution des biens (3). — Voyons maintenant ce que deviennent les biens de la personne juridique dissoute.

1° *Etablissements publics.* — Il est tout naturel que le patrimoine retourne à la personne, Etat, département ou commune, chargée du service public auquel l'établissement était consacré. Mais si la suppression de celui-ci entraîne cessation du service public, comme cela s'est produit pour les établissements cultuels par l'effet de la loi du 9 décembre 1905, l'Etat doit remettre les biens à de nouveaux organismes, afin

(1) Art. 12 de la loi du 1er juillet 1901.

(2) De même, pour les associations cultuelles; voir l'art. 23 de la loi du 9 décembre 1905.

(3) Cons. Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. II, p. 409 et s. ; Margait, *De la dévoultion des biens d'une association personne morale en cas de dissolution,* Revue trimestrielle de droit civil, 1908, p. 427.

que ceux qui profitaient de ce service ne soient pas privés des ressources qui y étaient affectées (1).

182. — 2°*Associations.* — Ici se pose tout d'abord la question de savoir si les statuts peuvent régler le sort des biens. Elle est assez controversée, mais il nous semble qu'elle doit sans hésitation se résoudre par l'affirmative. N'est-il pas naturel que ceux qui forment le groupe, et créent par leur réunion la personne juridique, prévoient la dévolution de son patrimoine ? Au surplus, aucun principe de droit ne s'oppose à la validité de cette disposition. Il faut bien se garder d'invoquer contre elle soit l'article 896 du Code civil relatif aux substitutions prohibées, soit l'article 1130, 2e alinéa, qui interdit les pactes sur succession future, car ce serait en fausser le véritable sens. Mais, dira-t-on, les membres du groupe ne peuvent-ils pas abuser de ce droit et voter la dissolution pour se partager le patrimoine ? Nous répondrons que c'est à la loi à empêcher des abus de ce genre, en édictant les dispositions nécessaires (2). Du reste, cette solution a été expressément consacrée par l'article 9 de la loi du 1er juillet 1901.

Il faut aller plus loin et admettre que, si les statuts sont muets, l'assemblée générale aura le droit de régler le mode de dévolution. Mais, à notre avis, elle doit nécessairement se conformer au but assigné à l'association et ne peut faire des biens qu'un emploi qui soit conforme à ce but, car les statuts sont la charte de la personne morale. Il n'en serait autrement que si l'assemblée générale tenait des statuts le pouvoir de les modifier et réunissait les conditions exigées par eux à cet effet (3). L'article 9 de la loi du 1er juillet 1901 ne contient même pas cette restriction ; il donne plein pouvoir à l'assemblée générale. Cependant l'art. 15 du décret du

(1) C'est ce qu'a fait la loi du 9 décembre 1905 en prévoyant la création des associations pour l'exercice des cultes.

(2) Voir l'article 31 de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels. Voir aussi l'article 15 du décret du 16 aout 1901, portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 1er juillet 1901.

(3) Dans ce sens, Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. II, p. 460 à 463.

16 août 1901, modifiant sur ce point le texte de la loi, décide qu'elle ne peut attribuer aux associés aucune part des biens de l'association, en dehors de la reprise des apports (1).

Reste enfin le cas où ni les statuts, ni l'assemblée générale n'ont réglé le sort des biens. Il se présentera rarement en pratique, car l'article 14 du décret du 16 août 1901 établit une procédure de convocation de l'assemblée générale pour statuer sur la dévolution des biens. La question est difficile à résoudre.

Beaucoup d'auteurs ont prétendu trouver la solution dans les articles 539 et 713 du Code civil. Les biens de l'association dissoute sont sans maître ; par conséquent, disent-ils, ils doivent, par application de ces articles, être attribués à l'Etat. Mais il n'est pas permis d'étendre des textes tels que ceux-là au delà des hypothèses qu'ont eues en vue leurs auteurs. Or les travaux préparatoires prouvent que les rédacteurs du Code, en écrivant ces articles, ne visaient que deux situations : celle de l'abandon d'un immeuble par son propriétaire, et le cas du décès d'un individu mourant sans laisser d'héritiers. Il n'était pas dans leur pensée d'attribuer à l'Etat les biens des associations qui viendraient à se dissoudre ; c'était une hypothèse qui ne préoccupait pas à cette époque les esprits, car les associations personnes juridiques étaient en très petit nombre.

La doctrine qui nie la personnalité juridique conduit, au contraire, ses partisans à admettre le partage des biens entre les adhérents (2).

M. Michoud (3) propose une distinction qui nous paraît

(1) Pour justifier cette modification au texte de la loi, le décret s'appuie sur l'article 1er qui définit l'association, une convention de mise en commun *dans un but autre que de partager les bénéfices*. Mais la conséquence ne découle nullement de cette définition. En effet, à côté des associations à but purement désintéressé ou altruiste, il y en a d'autres qui ont exclusivement en vue l'intérêt personnel de leurs adhérents, tels un cercle, une société de sports, etc... Or, celles-ci ne supposent pas du tout que les sociétaires renoncent à tout droit sur l'actif social du jour où la société viendrait à se dissoudre.

(2) Voir Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 3055.

(3) *Op. cit.*, t. II, p. 427 et s.

judicieuse. S'agit-il d'une corporation ayant exclusivement en vue l'intérêt personnel de ses membres, et par là il entend non seulement les sociétés civiles et commerciales pour lesquelles la question est tranchée par nos lois, mais les associations ayant uniquement pour objet soit l'agrément de leurs adhérents, soit tout autre avantage à eux réservé, les biens doivent être partagés entre les membres actuels. Au contraire, dans celles qui poursuivent un but désintéressé ou altruiste, les adhérents ne pourraient reprendre que leurs propres versements. Quant aux biens qui proviennent de libéralités ou d'anciens membres, ils devraient être attribués à des œuvres de même ordre que l'association dissoute (1) ; sauf réserve du droit de retour des donateurs pour le cas où ils l'auraient stipulé.

183. — 3° *Fondations.* — La meilleure solution consiste à déclarer que le patrimoine doit être attribué à une œuvre similaire, c'est-à-dire poursuivant le même but que la fondation disparue (2).

§ 5. — Etat, domicile et capacité des personnes juridiques

1° *Etat des personnes juridiques*

184. — L'état des personnes juridiques est moins complexe que celui des personnes physiques, car elles ne se rattachent qu'à un groupe unique, celui de la nation ; elles ne sont pas susceptibles de figurer dans les rapports de droit naissant de la famille.

Et d'abord quelle est la nationalité des personnes juridi-

(1) Ce sont à peu près les règles de dévolution qui ont été appliquées par l'article 31 de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

M. Margat, *loc. cit.*, propose une solution différente. D'après lui, dans toute association les anciens associés ainsi que les donateurs peuvent reprendre les biens par eux apportés ou donnés.

(2) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, p. 430. Ici se pose une question que nous ne pouvons que signaler, celle du retour des biens au disposant ou à sa famille, lorsque le but même qu'il se proposait ne peut plus être atteint. Elle a été vivement discutée à l'occasion de la loi sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Cons. Michoud, *op. cit.*, t. II, p. 444.

ques ? La question ne se pose guère que pour les personnes du droit privé. Sans entrer dans les discussions qu'elle a soulevées, contentons-nous de donner la solution généralement adoptée. Sont françaises les associations, sociétés, fondations qui ont leur siège social, c'est-à-dire le centre de leur vie juridique, en France. Il n'y a pas à s'inquiéter de la nationalité des individus qui les composent, puisque leur personnalité s'efface, disparaît devant celle de la collectivité.

Mais faut-il continuer l'assimilation entre les personnes morales et les personnes physiques, et doit-on traiter en France comme un étranger ordinaire les personnes juridiques qui ont été constituées et fonctionnent dans un Etat étranger ? Et d'autres termes, quelle est la condition en France des personnes morales étrangères ? C'est une question fort discutée.

Les auteurs qui considèrent la personnalité morale comme une pure et simple fiction créée par le législateur, concluent ordinairement que cette fiction ne peut produire d'effets que sur le territoire sur lequel s'exerce la souveraineté dont la loi est l'organe ; au delà des frontières, la personne morale n'existe pas, c'est le non-être, le néant (1). Sans doute, le but en vue duquel elle a été créée peut être considérée comme utile et digne d'encouragement, même à l'étranger. S'il en est ainsi, les Etats étrangers lui accorderont à leur tour sur leur territoire la personnalité, par une concession spéciale du pouvoir. L'Etat français a la faculté de reconnaître d'utilité publique une personne juridique étrangère ; mais tant que cette reconnaissance n'est pas intervenue, elle ne peut acquérir aucun droit en France.

(1) Laurent, *Droit civil*, t. I. n° 306 ; *Droit civil internat.*, t. IV, n^os^ 119 et s. ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit internatl. privé*, t. II, 1894, p. 393 et s. ; Moreau, *Capacité des Etats étrangers pour recevoir par testament en France*, Journal de droit internat. privé, 1892, p. 342 ; Wœste, *Du droit pour une personne morale étrangère de recevoir par succession un immeuble situé en Belgique*, Journ. de droit internat. privé, 1893, p. 1125 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, n° 308 ; Répert. de droit administratif, Béquet, V° *Dons et legs*, n^os^ 220 et s. ; Cass. Turin, 21 décembre 1897, S. 1900.4.25, note de M. Wahl.

Néanmoins, la majorité de la doctrine et la jurisprudence décident aujourd'hui que les personnes morales conservent en tout pays le bénéfice de la personnalité (1).

A cette dernière opinion, il convient cependant d'apporter un tempérament, que presque tous les auteurs admettent. Les personnes morales étrangères ne peuvent être traitées en France mieux que les françaises, par conséquent elle seront soumises aux mêmes restrictions de capacité que ces dernières, et, en particulier, à l'incapacité de l'article 910 du Code civil (2). D'autre part, l'Etat a toujours le droit d'édicter contre les personnes morales étrangères, qui pourraient présenter un danger public, des prohibitions, ou d'exiger d'elles des garanties. C'est ainsi que, d'après la loi du 30 mai 1857, les sociétés anonymes étrangères ne peuvent exercer leurs droits en France qu'à la condition d'avoir obtenu l'autorisation du gouvernement (3).

(1) Lainé, *Des personnes morales en droit internat. privé,* Journal de droit internat. privé, 1893, p. 273 ; Michoud, Revue générale de droit internat. public, t. I, p. 193, *La situation en France des personnes morales étrangères et en particulier du Saint-Siège ; La théorie de la personnalité morale,* t. II, p. 334 et s. ; Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères,* nº 7 ; Ducrocq, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères,* Revue de droit public, t. I, p. 47 ; Pillet, *Principes de droit intern. privé,* nos 73 et 74 ; Avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854, S. 55.2.800, D. P. 56.3.16.

Bien entendu, si la personne morale a été créée pour remplir une fonction d'intérêt général, il ne peut être question pour elle d'accomplir les actes relevant de cette fonction à l'étranger ; comme le dit très justement M. Lainé (*loc. cit.,* p. 286) : « les personnes civiles d'un pays ne peuvent pas agir à l'étranger pour l'accomplissement de leur fonction, lorsque cette fonction se rattache à un intérêt public ; à ce point de vue, elles sont renfermées dans le territoire de leur pays, et, d'ailleurs, elles ne demandent pas à en sortir ; c'est en tant que personnes privées, passant des contrats, acquérant des créances ou des biens corporels, estant en justice, comme les individus, qu'elles doivent, comme les individus aussi, conserver en pays étranger leur nationalité, leur état et leur capacité. »

(2) Avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854, précité ; Répert. de droit administraitf, Béquet, Vº *Dons et legs,* nº 360. Voir Lainé, Ducrocq, Michoud, *op. cit.*

(3) La loi de 1857 a permis au gouvernement d'accorder une autorisation générale pour les sociétés d'un même pays.

2° *Du domicile des personnes juridiques*

185. — La notion du domicile présente, au point de vue du droit privé, et principalement en matière de procédure civile, la même utilité pour les personnes morales que pour les personnes physiques, car il faut, pour les premières comme pour les secondes, qu'elles soient rattachées à un lieu déterminé où elles seront toujours censées présentes aux yeux des tiers.

Le domicile des personnes juridiques se détermine comme celui des personnes physiques. Il est au lieu où elles ont leur principal établissement (art. 102, C. civ.), c'est-à-dire au lieu où est centralisée leur administration. Ce sera le chef-lieu pour les circonscriptions territoriales, le siège social pour les établissements et les associations.

Beaucoup de personnes publiques et de sociétés commerciales comme les sociétés de crédit, d'assurances, et les Compagnies de chemins de fer, étendent leurs opérations sur tout le territoire, et souvent même à l'étranger ; elles ont donc une série de centres d'opérations où elles sont représentées par des agents. Néanmoins, elles n'ont qu'un domicile, qui est toujours fixé au lieu de leur principal établissement. La pratique ne saurait s'accommoder de cette règle. Les personnes qui traitent avec ces établissements, dans un de leurs centres secondaires, et qui ont à plaider contre eux, ne peuvent être contraintes de les poursuivre devant le tribunal de leur domicile. En ce qui concerne l'Etat et les établissements publics, l'article 69 du Code de procédure civile a tranché la difficulté, en décidant qu'ils pourraient être assignés dans les bureaux de leurs préposés, sur les divers points du territoire. Pour les grandes sociétés de commerce et les compagnies d'assurances, la jurisprudence a adopté une règle analogue. Elle décide qu'elles sont censées avoir fait élection tacite de domicile dans les divers lieux où elles ont des succursales d'une certaine importance, ou des agents ayant qualité pour les représenter, et peuvent être actionnées devant le tribunal de l'arrondissement où se trouvent ces succursales ou ces agences, pour l'exécution des actes qu'elle y ont passés

et la réparation du préjudice résultant des délits et quasi-délits dont elles sont civilement responsables (1).

3° *Capacité des personnes juridiques*

186. — Pour exposer clairement les principes de cette matière, il convient de distinguer, comme nous l'avons fait pour les personnes physiques, la jouissance et l'exercice des droits.

Il faut donc déterminer, en premier lieu, quels sont les droits civils dont une personne morale peut être titulaire ; nous nous demanderons ensuite si la personne morale est capable d'exercer librement les droits dont elle a la jouissance, par l'intermédiaire d'un représentant, bien entendu, puisque c'est un être abstrait, ou si, au contraire, certaines d'entre elles ne sont pas des incapables qui ont besoin d'être habilitées pour agir.

I. Jouissance des droits civils

187. — Il y a certains droits civils qui, par leur nature même, sont réservés aux hommes. Ce sont les droits de famille proprement dits, lesquels sont fondés sur la communauté du sang. Ils ne sauraient appartenir à une personne juridique.

Mais, cette réserve faite, quelle est la capacité des personnes juridiques ? Doit-on les assimiler aux personnes physiques ? Leur personnalité est-elle semblable à celle de ces dernières ?

Aucun texte ne tranche cette question d'une façon générale ; mais la tradition et les principes de notre droit permettent de la résoudre affirmativement et de répondre : les personnes juridiques ont la même capacité que les personnes physiques. Nos anciens auteurs, Domat, Pothier, reproduisant la doctrine des jurisconsultes romains, déclaraient qu'elles tenaient lieu de personnes, et qu'à l'instar de celles-ci,

(1) Voir ci-dessus, p. 138, 139 ; Cf. Beudant, *op. cit.*, t. I, n^os^ 162, 171 ; Baudry-Lac. et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. I, n° 1014 ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^os^ 3047 à 3050 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5^e^ éd., t. I, p. 670 ; Dalloz, *Supplém. au Répert.*, v°. *Compét. civ. des trib.*, n^os^ 45 et s.

elles pouvaient aliéner, acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers elles (1). De son côté, le Code civil a, à maintes reprises, réglementé l'exercice des droits des personnes juridiques (2), ce qui prouve bien qu'il a entendu leur conférer une capacité pleine et entière. Le Code soumet leur capacité à certaines restrictions, montrant par là qu'il reconnaît implicitement cette capacité. Les lois postérieures, à leur tour, restreignent, pour des groupes entiers d'associations, le pouvoir d'acquérir des immeubles (3). Tous ces textes prouvent que les personnes juridiques ont, en principe, la jouissance de tous les droits civils. Aussi cette solution est-elle acceptée aujourd'hui par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (4).

Au surplus, la loi du 1er juillet 1901 confirme expressément cette conclusion. Elle décide, en effet, dans son article 11, que les associations reconnues d'utilité publique, *peuvent faire tous les actes de la vie civile* qui ne sont pas interdits par leurs statuts, mais qu'elles ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent. Le principe est donc certain. La personnalité juridique est un tout, comme la personnalité attribuée à l'homme lui-même. Elle embrasse l'ensemble des droits privés. Mais, tandis que la loi ne prononce contre l'homme que de rares incapacités de jouissance, au contraire, elle se montre plus sévère à l'égard des personnes juridiques. Tantôt elle leur enlève le droit de recevoir des libéralités, tantôt elle restreint leur droit d'acquérir des immeubles.

(1) Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n° 210, éd. Bugnet, t. IX, p. 78 ; Domat, *Droit public*, livre I, titre 15, sect. 2, n° 2, éd. Rémy, t. 3, p. 248.

(2) Art.537, 619, 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227, C. civ.

(3) Loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels, art. 6 ; loi du 30 novembre 1894, relative aux habitations à bon marché, art. 2 ; loi du 1er avril 1898, sur les sociétés de secours mutuels, art. 15, 17, 20.

(4) Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 54, p. 281 ; Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, 2e édit., t. II, § 119, p. 83 ; Planiol, note D. P. 95.1.217 ; Thaller, note D. P. 96.1.145 ; Lot, *Libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, Thèse Paris, 1895, p. 113 et s. ; Michoud et Trotabas, op. cit., t. II, p. 112 et s. ; Trib.civ. Seine, 30 mars 1881, S. 81.2.249 ; 15 juillet 1896, D. P. 98.2.138 ; 17 mai 1905, *Bulletin de l'Office du travail*, 1905, p. 527.

D'autre part, les personnes juridiques sont, par suite du but en vue duquel elles sont constituées, soumises à une règle qui leur est particulière, celle de la spécialité. Il faut donc parler successivement de la capacité de jouissance et de la spécialité des personnes juridiques.

A. — **Capacité de jouissance.** — Il convient ici de distinguer entre les divers groupes de personnes juridiques.

188. — a. — *Personnes du droit public.* — L'Etat et ses substituts, les départements, les communes, et les établissements publics, sont les représentants des intérêts généraux des groupements d'hommes dont l'ensemble forme la nation. Aussi leur reconnaît-on une capacité pleine et entière. Ils ont la jouissance de tous les droits du patrimoine. Ils peuvent posséder des immeubles sans limitation, soit qu'ils les fassent servir à l'usage et à l'utilité de la masse (domaine public), soit qu'ils exercent sur eux un droit de propriété privé analogue à celui des particuliers (domaine privé). De même, ils peuvent recevoir toutes sortes de libéralités.

189. b. — *Personnes du droit privé.* — La loi du 1er juillet 1901 a introduit une distinction importante entre les associations déclarées et celles qui sont reconnues d'utilité publique :

190. — *a. Associations déclarées* (1). — L'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 leur refuse le pouvoir de recueillir des dons ou des legs même mobiliers. En outre, elles ne peuvent posséder que le local destiné à l'administration de l'œuvre et à la réunion de leurs membres et les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent. Enfin le rachat des cotisations des adhérents ne peut pas être fixé à une somme supérieure à 500 francs.

En dehors de ces restrictions expressément énoncées par la loi, la capacité des associations déclarées demeure la règle.

(1) Voir Margat, *De la capacité des associations déclarées*, Revue trim. de droit civil, 1907, p. 5 ; Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. II, p. 126 et s.

Il faut en conclure qu'elles ont le droit de faire tout ce qui ne leur est pas interdit. Au surplus, la loi de 1901 est une loi de liberté. En conséquence, les associations déclarées peuvent acquérir des meubles corporels ou incorporels sans limitation. De même, il leur est permis de combiner leurs efforts et de constituer entre elles des fédérations, lesquelles acquerront elles-mêmes la personnalité juridique, à la condition d'accomplir les formalités de publicité édictées par l'article 5. La loi du 1er juillet 1901 n'a pas prévu la constitution de ces unions, mais le décret réglementaire du 16 août 1901, article 7, reconnaît formellement leur validité. Il leur impose l'obligation de déclarer l'objet et le siège des associations qui les composent, et les soumet au même régime que ces associations elles-mêmes.

191. — *b. Associations reconnues d'utilité publique.* — A la différence des précédentes, elles sont capables de recevoir des dons et legs. Les seules limitations apportées à leur capacité sont les suivantes (1) :

Elles ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent (2). En conséquence, s'il leur est fait une donation ou un legs comprenant des immeubles qui ne sont pas nécessaires à leur fonctionnement, ces immeubles doivent être aliénés et transformés en valeurs mobilières.

Elles ne peuvent accepter une donation mobilière ou immobilière avec réserve d'usufruit au profit du donateur.

Enfin, leurs valeurs mobilières doivent êtres placées en titres nominatifs. La loi ne veut pas que l'association dissimule sa fortune sous la forme anonyme des titres au porteur (3).

(1) Art. 11 de la loi.

(2) Il est utile de remarquer que la loi emploie ici une formule moins étroite que pour les associations déclarées, lesquelles, dit l'article 6, ne peuvent posséder que les immeubles *strictement* nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent.

(3) Les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels restent soumis aux dispositions des lois qui en ont réglé la formation, et leur capacité est plus étendue que celle des autres associations.

Pour les syndicats et unions de syndicats régulièrement cons-

192.— *Sociétés.* — La loi ne prend aucune mesure de précaution contre l'enrichissement des sociétés, parce qu'elles ne sont pas des personnes de mainmorte (1). Aussi leur capacité n'est-elle limitée par aucune disposition restrictive. Elles acquièrent librement des biens meubles et des immeubles. Elles peuvent aussi recevoir des libéralités (2).

193.— B. — **De la spécialité des personnes morales** (3).

Si les personnes juridiques jouissent de la même capacité que les personnes physiques, il y a cependant entre elles une différence essentielle.

titués, ils jouissent aujourd'hui, depuis la loi du 12 mars 1920 qui a modifié celle du 24 mars 1884, d'une capacité de jouissance complète. Ils peuvent acquérir librement des immeubles et recevoir des dons et legs (V. art. 10, livre III, *Code du travail*).

Les sociétés de secours mutuels se divisent en trois catégories : les sociétés libres, les sociétés approuvées et les sociétés reconnues d'utilité publique. Les premières ne peuvent acquérir que les immeubles exclusivement affectés à leurs services ; elles ont le droit de recevoir des dons et legs mobiliers (art. 15 de la loi de 1898). Les sociétés approuvées et les sociétés reconnues d'utilité publique ont une capacité plus étendue (art. 17 et 32). Les unions de sociétés sont également dotées de la personnalité (art. 16).

(1) Les biens que les sociétés acquièrent ne sont pas consacrés à un but désintéressé ; ils sont destinés à être partagés entre les associés, au jour de la dissolution. Les seules sociétés qui puissent posséder un gros patrimoine sont les sociétés anonymes, mais leurs immeubles sont loin d'être soustraits au commerce. Ils circulent bien plus que ceux des particuliers, parce que les parts d'associés sont représentées par des titres mobiliers, négociables à la bourse. La société anonyme favorise donc la diffusion de la propriété. C'est pour cela que la loi ne limite pas sa capacité d'acquérir des immeubles.

(2) Cette dernière proposition a été quelquefois contestée. V. Labbé, note au S. 81.2.249 ; *Rev. crit. de législ.*, 1882, p. 345 ; Béquet, Rép. de dr. admin., v° *Dons et legs*, n° 87. Mais la solution affirmative triomphe aujourd'hui en doctrine comme en jurisprudence. Cf. Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 54, p. 281 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 619 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, 2e éd., t. II, § 119, p. 83 ; Lot, *Des libéralités aux sociétés*, thèse de doctorat, Paris, 1895, p. 88 et s. ; Thaller, *Traité élém. de Droit comm.*, n° 302 et note, D. P. 96.1.145 ; Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, S. 81.2.249, Cass. req. 29 octobre 1894, motifs, D. P. 96.1.145, S. 95.1.165

La loi du 7 mai 1917 a autorisé les sociétés coopératives de consommation et unions de ces sociétés à recevoir des dons et legs (art. 91).

(3) Cons. Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. II, p. 143 et s. ; Bèque, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse Grenoble, 1908.

Tandis que les hommes sont libres d'exercer leur activité comme ils veulent, dans un sens ou dans un autre, pourvu qu'ils ne fassent rien de contraire aux lois, les personnes juridiques sont constituées en vue d'un but déterminé. Elles sont créées, soit pour assurer le bon fonctionnement d'un service public, soit pour accomplir une œuvre d'intérêt général, de bienfaisance, de religion, de science, d'art, soit enfin simplement pour faire des bénéfices comme les sociétés civiles et commerciales. Chaque personne morale est *spécialisée* en vue d'un but à atteindre ; c'est, par exemple, un hôpital, un mont-de-piété, une caisse d'épargne. Son champ d'activité est à l'avance délimité par ses statuts ou par la nature de sa fonction. Tous les actes qu'elle fait doivent tendre à la réalisation de son objet. Elle ne peut donc pas sortir de ce cadre dans lequel elle est placée ; elle ne peut pas employer sa capacité à faire autre chose, à poursuivre d'autre but que le sien propre. Ainsi, par exemple, il n'est pas permis à une association désintéressée, société de secours mutuels, syndicat professionnel, de faire le commerce, ni de se livrer à la propagande politique. Une société commerciale, de son côté, sortirait de son rôle, si elle voulait se consacrer à la défense des intérêts collectifs d'une profession. De même encore, un hôpital ne pourrait pas employer son patrimoine à fonder des écoles. De même enfin, une commune n'aurait pas le droit de s'occuper de questions étrangères aux intérêts communaux.

On désigne cette canalisation de la vie juridique de la personne morale sous le nom de *principe de la spécialité.*

Les sanctions qu'il comporte varient suivant les cas. Parfois, le législateur prononce des pénalités contre les directeurs et administrateurs qui font sortir l'association de son champ d'activité (1). D'autre part, les délibérations et les

(1) Voir notamment l'art. 8, nouveau, de la loi du 21 mars 1884, art. 54, l. III, *Code du travail,* qui frappe d'amende les infractions à l'art. 3, dans lequel se trouve défini l'objet des syndicats professionnels ; l'art. 30 de la loi du 1er avril 1898 qui permet le retrait d'approbation en cas de violation des dispositions de cette loi. De même, la loi du 9 décembre 1905, sur les associations cultuelles, punit d'une amende (art. 23) les infractions à l'art. 18 relatif au but de ces associations. Cons. aussi arrêt de Cass., 29 mai 1908, S.

actes d'une association qui violent la règle de la spécialité, ne peuvent produire aucun effet ; ils sont frappés de nullité. Ainsi « le Conseil d'Etat annule au contentieux les délibérations de conseils municipaux prises sur des objets ne rentrant pas dans le cercle d'action communale » (1). De même, les tribunaux ont maintes fois déclaré inefficaces les actes des syndicats professionnels qui n'ont pas pour objet l'étude et la défense des intérêts collectifs des adhérents (2).

La question de la spécialité se pose très fréquemment en pratique à l'occasion des dons et legs adressés aux établissements publics. Ces établissements ont toujours été l'objet de nombreuses libéralités de la part des particuliers, et il arrive très fréquemment que ces libéralités sont grevées de charges, dont l'accomplissement ne rentre pas dans les attributions de la personne gratifiée : par exemple, une donation est faite à un hôpital sous la condition d'instituer une salle d'asile ; un legs est adressé à une fabrique, à charge de fonder ou d'entretenir une école. L'article 910 du Code civil décide que les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique doivent être autorisés par le gouvernement. Faut-il accorder cette autorisation, ou, au contraire, doit-elle être refusée, lorsque les conditions mises à la libéralité tendent à faire sortir la personne morale de sa fonction ? Le Conseil d'Etat applique le principe de la spécialité et décide que les établissements ne peuvent recevoir des dons et des legs qu'en vue de la mission spéciale pour laquelle ils ont été institués et dans les limites des attributions qui en dérivent (3).

08.1.489, D. P. 09.1.25, qui a rejeté le pourvoi formé par les administrateurs d'un syndicat ágricole condamnés à l'amende pour avoir annexé au syndicat un magasin de vente au détail.

(1) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. II, p. 178.

(2) V. notamment Cass., 19 juin 1908, S. 10.1.57, D. P. 09.1.21 ; Trib. corr. Seine, 13 janvier 1921, *Confédération générale du Travail*, Gaz. Pal., 15 janvier 1921.

(3) Au cas où le gouvernement aurait autorisé l'acceptation d'une libéralité faisant échec au principe de la spécialité, les intéressés pourraient-ils en demander la nullité ? C'est une question fort discutée par les auteurs. La plupart décident que la spécialité n'est qu'une pratique administrative utile, mais non une règle de Droit civil, voir Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 2923 ; Hauriou, *Traité de droit administr.*, 10e éd., p. 861 ; Marquès di Braga et Camille

II. *Exercice des droits*

194.— La question que nous avons à examiner est celle de la capacité de fait des personnes morales. Les personnes juridiques ont nécessairement un ou plusieurs représentants, qui agissent pour elles, en leur nom, de telle sorte que les actes qu'ils passent sont considérés comme émanant de la corporation elle-même. La personne morale ne peut pas exercer ses droits autrement que par un intermédiaire, puisqu'elle est un être abstrait ; mais il ne faudrait pas conclure de là qu'elle est frappée d'incapacité, comme le mineur, qui lui aussi a un représentant, le tuteur. Les deux situations sont complètement différentes ; les personnes morales ont des personnes physiques pour représentants, non parce qu'elles sont incapables, mais parce que, par la force même des choses, elles ne peuvent pas agir directement.

Nous avons dit, dans le chapitre précédent, que la capacité d'agir constituait la règle générale, et l'incapacité l'exception. Toute personne peut exercer ses droits civils, à moins qu'elle n'ait été déclarée incapable par la loi. Il ne faut pas hésiter à appliquer ce principe aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques. Par conséquent, elles ne

Lyon, *Comptabilité de fait*, n° 187 ; Meynial, note au S. 96.1.130, 1re col., et soutiennent en conséquence que la libéralité est valable. Pour d'autres, au contraire, il y a nullité parce que la spécialité limite la capacité de recevoir des établissements. V. Tissier, *Dons et legs*, nos 264 et s. ; Ducrocq et Barilleau, *Droit administr.*, 7e éd., t. VI, nos 2226 et s.

Cette seconde opinion nous paraît plus exacte. Elle est en harmonie avec le caractère que nous avons attribué au principe de la spécialité. Mais il faut ici se méfier de trop sacrifier à la logique. C'est pourquoi il convient d'apporter un tempérament que M. Michoud a fort bien formulé, *op. cit.*, t. II, nos 246, 257. La libéralité ne sera nulle, qu'autant qu'elle imposera à l'établissement l'accomplissement d'une œuvre dont la loi lui défend de s'occuper. En dehors de là, le fait de l'autorisation suffira à la valider. N'est-ce pas en effet l'Etat qui normalement détermine les attributions des organismes détachés de lui-même ? De plus, peut-on dire qu'un établissement public abandonne sa mission, sort de son cercle d'action parce qu'il accepte de constituer une œuvre accessoire, pour laquelle des fonds lui sont attribués, si bien qu'aucune parcelle de son patrimoine ne sera détournée de sa véritable affectation ? « Il n'y a plus ici de principe engagé, mais une simple question d'opportunité et de bon ordre administratif. »

doivent être mises au nombre des incapables qu'autant que la loi le dit expressément.

Faisons application de cette règle aux diverses espèces de personnes juridiques.

195.— A. — *Personnes morales publiques.* — A l'exception de l'Etat, les personnes administratives sont toutes des incapables. Elles sont soumises à la *tutelle administrative,* et ne peuvent passer les actes les plus importants de la vie civile qu'en obtenant une autorisation, qui est ordinairement donnée par l'Etat. M. Hauriou remarque judicieusement que le mot de curatelle conviendrait mieux pour caractériser cette situation, car « le nom de tutelle éveille dans notre droit l'idée d'un incapable, qui n'agit pas du tout par lui-même, pour le compte duquel agit un tuteur » (1). La situation juridique des personnes publiques se rapproche, en effet, de celle des mineurs émancipés. Elles exercent elles-mêmes leurs droits, mais elles ont besoin, pour certains actes, de l'autorisation d'un curateur qui est le plus souvent l'Etat. Ces actes sont à peu près les mêmes que pour le mineur émancipé : aliéner leurs immeubles, emprunter, ester en justice, accepter une donation ou un legs (2). Il ne faut voir, du reste, dans ce rapprochement qu'une comparaison, qui ne doit pas être poussée trop loin.

196.— B. — *Etablissements d'utilité publique.* — Aucun texte ne prononce leur incapacité, et on doit en conclure qu'ils sont capables d'exercer tous les droits civils sans avoir besoin d'aucune autorisation. A ce principe, il n'y a qu'une exception générale (3), qui résulte des articles 910 et 937 du

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif,* 11e éd., p. 297 et 298.

(2) La loi du 4 février 1901, sur la tutelle administrative en matière de dons et legs, a élargi un peu la capacité des communes et des établissements publics, en ce qui concerne l'acceptation des dons et legs. Les dons et legs qui ne comportent ni charges, ni conditions, ni affectation immobilière peuvent être acceptés par eux sans autorisation. Voir aussi la loi du 8 janvier 1905 supprimant l'autorisation nécessaire aux communes et aux établissements publics pour ester en justice.

(3) Une autre incapacité résulte souvent des statuts de l'établissement d'utilité publique. Dans ces statuts, l'Etat exige ordinairement l'insertion d'une clause, déclarant que les acquisitions

Code civil (1). Ils ne peuvent accepter les donations ou legs qui leur sont adressés, qu'avec l'autorisation du gouvernement. Cette incapacité s'explique par deux considérations : l'intérêt de la famille du donateur ou du testateur, qui mérite d'être protégée contre les excès d'une générosité inspirée parfois par des sentiments de pure vanité, et le danger de l'accroissement exagéré des biens de mainmorte (2).

197.— C. — *Associations déclarées.* — Elles exercent librement les droits dont elles ont la jouissance. Mais nous avons vu ci-dessus qu'elles sont privées du droit de recevoir des libéralités.

198.— D. — *Sociétés civiles et commerciales.* — Elles ont pleine et entière capacité, comme les personnes physiques, pour acquérir, aliéner, administrer leurs biens, ester en justice, etc. Elles n'ont pas besoin d'autorisation pour accepter les dons et legs qui leur sont adressés (3).

et ventes immobilières faites par ces établissements seront soumises aux mêmes formalités que les dons et legs. Voir le projet de statuts modèle, art. 4, publié par le ministère de l'intérieur (Dalloz, *Lois politiques et administratives,* V° *Etablissements publics et d'utilité publique,* t. II, p. 1239, note 1). Mais, d'après la jurisprudence administrative la plus récente, les statuts peuvent être approuvés, bien qu'ils ne contiennent aucune clause exigeant l'autorisation du gouvernement pour les acquisitions et ventes immobilières, et l'on ne saurait suppléer à leur silence pour imposer à des établissements reconnus une tutelle qui ne dérive d'aucune loi. Dalloz, *op. cit.,* V° *cit.,* n° 7.

(1) *Adde* loi du 4 février 1901 précitée, art. 5, 7, 8.

(2) Aux termes de la loi du 2 janvier 1817, les congrégations religieuses d'hommes reconnues ne peuvent acquérir des immeubles ou des rentes qu'avec l'autorisation de l'Etat. Pour les congrégations de femmes reconnues, voir la loi du 24 mai 1825, art. 4.

(3) Certains auteurs prétendent que les sociétés ne peuvent recevoir des libéralités qu'avec l'autorisation du gouvernement. Mais cette opinion donne à l'article 910 du Code civil une portée qu'il n'a pas. L'article 910 ne s'applique qu'aux établissements publics et d'utilité publique, et il n'est pas possible d'en étendre l'application à une catégorie de personnes qu'il ne vise pas. L'article 902 décide, en effet, que toutes personnes peuvent recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. Voir Sauzet, *Revue crit. de législ.,* 1888, p. 340 et s. Voir la note de M. Labbé, S. 81.2.249 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.,* 3e éd., t. II, p. 620.

L'article 910 n'est pas non plus applicable aux dons adresses aux syndicats professionnels. Cette solution qui résultait de l'économie de la loi du 21 mars 1884 a été consacrée par la loi du

§ 6. — Des associations à but non lucratif qui n'ont pas la personnalité juridique (1).

199. — La loi du 1er juillet 1901 a proclamé le principe de la liberté d'association. Les associations de personnes peuvent se former librement, sans autorisation ni déclaration préalable (art. 2). Mais elles ne jouissent de la capacité juridique que si elles font la déclaration prescrite par l'article 5 de la loi.

Ainsi les associations non déclarées n'ont pas la personnalité.

A quel régime juridique vont-elles être soumises ? La loi nouvelle n'a malheureusement pas tranché cette question, et son silence soulève des divergences d'interprétation. Ce silence est d'autant plus regrettable que beaucoup d'associations continueront certainement à vivre clandestinement, et qu'il subsistera ainsi un régime de fait à côté du régime légal.

Un premier point est pourtant certain. L'association non déclarée n'est pas une personne, un être distinct des sociétaires. Donc elle ne peut faire, en tant qu'association, aucun acte juridique ; elle ne peut ni acquérir, ni recevoir des libéralités, ni plaider, ni s'obliger, etc. En un mot, l'association en tant qu'entité, ne peut paraître dans aucun contrat. En conséquence, tous actes entre-vifs ou testamentaires, à titre onéreux ou gratuit, accomplis par personne interposée, ou par toute autre voie indirecte, mais qui, en réalité, sont passés avec l'association elle-même, se trouvent frappés de nullité. L'article 17 le déclare en termes exprès. Ainsi, cette nullité atteindra les libéralités adressées à l'un des sociétaires et destinées à l'association elle-même ; elle frappera également l'acquisition faite, en apparence, par un adhé-

12 mars 1920, art. 5, nouveau, 1er al., aujourd'hui art. 10, livre III, *C. du trav.*

(1) Cons. de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, nos 819 et s., 1218 et 1219 ; Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, p. 62 et s.; Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées*, Revue trim. de droit civil, 1905, p. 235 ; Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. I, p. 448 et s. ; Choteau, *Le contrat d'association en Italie*, Thèse, Paris, 1921.

rent, mais, en réalité, au nom de l'association et pour être définitivement consacrée à son service.

Mais il faut se placer à un second point de vue.

200.— Le contrat d'association est licite. En tant que contrat, il doit produire des effets entre les parties. Quels seront-ils ?

D'après une première interprétation, la liberté d'association n'existe qu'en apparence ; elle est illusoire. Le contrat d'association est licite, mais il ne produit aucun effet juridique. L'association non déclarée ne peut ni recueillir des cotisations, ni louer un local, ni traiter avec les tiers. Tous ces actes sont frappés de nullité par l'article 17 de la loi, qui sanctionne de cette façon les dispositions de l'article 6. Du rapprochement de ces deux textes, il résulte qu'une association n'acquiert la capacité nécessaire à son fonctionnement que par la déclaration. On croit trouver dans les travaux préparatoires la confirmation de cette solution rigoureuse. « Elles ne pourront même pas, a dit, en parlant de ces associations, le rapporteur de la loi au Sénat, recevoir des cotisations. » En outre, le projet primitif du gouvernement permettait aux sociétaires de mettre en commun des biens, soit en faisant un contrat accessoire de société, soit en les laissant dans l'indivision ; mais cette faculté fut supprimée afin d'éviter qu'une association n'arrivât à posséder un patrimoine secret, et à tourner ainsi la prohibition d'acquérir, établie par l'article 17 (1).

Il y a dans ce système une contradiction qui le rend inacceptable. Le droit de s'associer, consacré par l'article 2, ne saurait être un vain mot. S'il est permis aux associations de se former librement et sans autorisation ni déclaration préalable, elles doivent avoir aussi le droit de vivre et de faire les actes indispensables à leur fonctionnement. Le projet primitif imposait à toute association, quelle qu'elle fût, l'obli-

((1) Voir discussion sur l'article 9, S. *Lois annotées,* 1902, p. 254, note 36, et p. 259, note 54.

Æn ce sens Baudry-Lacant., *Précis de droit civil,* 9e éd., t. II, n° 1061, XVII ; Trouillot et Chapsal, *op. cit.,* p. 62 et s. ; Cf. de Vareilles-Sommières, nos 819 et s., 1218.

gation de la déclaration. Cette condition a été rejetée par la Chambre, parce que, a-t-on dit, beaucoup de petites associations considèrent l'acquisition de la personnalité comme inutile pour atteindre le but qu'elles se proposent (1). Ne résulte-t-il pas de là que le législateur a voulu permettre aux associations de vivre sans être des sujets de droit ?

En outre, l'article 4 de la loi, qui autorise tout membre d'une association à durée illimitée à s'en retirer quand il veut, lui impose l'obligation de payer les cotisations échues et celle de l'année courante. Or, la place de cet article, au début de la loi, à la suite des règles générales posées par les articles précédents, prouve qu'il s'applique à toutes les associations déclarées ou non. Il en résulte donc que les associations non déclarées peuvent recueillir des cotisations.

Enfin l'article 17 de la loi, qu'invoque ce système, ne vise que les actes qui tendraient à donner, par des moyens détournés, à l'association non déclarée, le bénéfice de la personnalité.

201.— La conclusion de cette discussion nous semble donc s'imposer. Les membres d'une association non déclarée peuvent faire les actes indispensables au fonctionnement de cette association : exiger le paiement des cotisations, louer un local, traiter avec les tiers. Même, si quelque difficulté surgit, soit entre le groupe et l'un des adhérents, soit avec un tiers, ils ont le droit d'ester en justice, à la condition de paraître tous en nom dans les actes de la procédure, conformément à la vieille maxime : « Nul en France ne plaide par procureur » (2). Les actes ainsi passés par les adhérents ou par leur mandataire, produiront leurs effets dans la personne même de

(1) V. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 59 et 60.

(2) Cette vieille règle qui s'est maintenue, on ne sait trop pourquoi, dans notre droit moderne, n'interdit pas de plaider par mandataire, mais elle exige que le nom du mandant figure dans tous les actes de la procédure. Donc, les membres d'une association non personne juridique peuvent bien ester en justice par mandataire, mais tous leurs noms, fussent-ils plusieurs milliers, doivent figurer dans les actes de la procédure et dans les jugements. Cette obligation fort coûteuse peut aboutir à supprimer en fait la possibilité d'agir en justice. Cf. Garsonnet, *Traité de Proc. civ.*, t. I, n° 119 ; Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 1925, t. I, n° 218 ; Naquet, *Revue critique de législation*, 1875, p. 653 et s.

chacun d'eux. Ceux-ci deviendront créanciers et débiteurs, et seront personnellement tenus vis-à-vis des tiers avec lesquels ils auront traité. Mais pourront-ils constituer un patrimoine commun ? C'est le point le plus délicat. Il est certain que les sociétaires ne sont pas tenus de dépenser chaque année le montant total des cotisations ; par là même, ils sont autorisés à placer les économies réalisées. L'emploi de ces économies pourra être fait en valeurs mobilières. En effet, aucune disposition de la loi ne restreint les acquisitions mobilières à titre onéreux des associations déclarées. C'est donc qu'à ses yeux, ces acquisitions ne présentent aucun inconvénient. Quel sera le régime de ces valeurs mobilières ? La logique conduirait à adopter les solutions suivantes : ces valeurs seront la copropriété des sociétaires ; elles formeront une masse indivise, dont chaque sociétaire pourra toujours, et nonobstant toute clause contraire, demander le partage, en vertu de l'article 815 du Code civil (1). Les sociétaires n'auraient pas le droit de les constituer en masse séparée, réservée aux créanciers de l'association, à l'exclusion de leurs créanciers personnels, avec obligation de les laisser dans l'indivision jusqu'au jour de la dissolution. Pareille stipulation aboutirait à créer un patrimoine propre à l'œuvre elle-même ; elle est interdite par l'article 17 de la loi.

202.— Nous croyons cependant, avec M. Michoud (2), que la loi du 1er juillet 1901 a écarté en partie ces conséquences rigoureuses. En effet, l'article 4 de cette loi oblige d'abord le sociétaire à rester dans l'association pour toute la durée fixée, quand elle est faite pour un temps déterminé ; de plus, pour les associations à durée indéterminée, il oblige le so-

La jurisprudence antérieure à la loi de 1901 avait fini par écarter cette formalité inutile pour les associations autorisées, et elle déclarait que ces associations, instituées avec l'approbation de l'autorité publique, jouissaient d'une demi-personnalité, qui leur permettait d'ester en justice par l'intermédiaire de leurs représentants.

(1) En ce sens, Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2015 ; Surville, *op. cit.*, t. I, n° 558 ; Margat, op. cit., p. 254 et s.

M. Hauriou a soutenu qu'il fallait appliquer à ce patrimoine les règles de la propriété en main commune, *Précis de droit administr.*, 5e éd., p. 115. Voir la réfutation dans Margat, p. 246-254..

(2) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. I, p. 455.

ciétaire qui veut se retirer à payer les cotisations échues et celle de l'année courante. Ces dispositions nous paraissent incompatibles avec l'application de l'article 815, C. civ. Le sociétaire ne peut pas demander le partage du fonds social puisqu'il est lié pour la durée de la société, et qu'il doit, au cas où il donne sa démission d'une société à durée indéterminée, payer toutes ses cotisations arriérées et celle de l'année courante. Au surplus, n'est-il pas évident qu'en entrant dans une association, on renonce implicitement au bénéfice de l'article 815 ? Il y a incompatibilité entre ce texte et le contrat d'association. Le premier n'est pas fait pour le second (1).

Mais il y a plus. Le sociétaire qui se retire de l'association renonce à tout droit sur le patrimoine indivis. Cela est absolument nécessaire pour que l'association puisse fonctionner, et cela est du reste conforme à la volonté des adhérents. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la loi eût expressément réservé au sociétaire le droit de demander le partage (2).

Enfin ces sociétaires pourraient-ils employer leurs économies en acquisitions immobilières ? Nous croyons qu'il faut répondre négativement. Le droit d'acquérir des immeubles n'est accordé, et d'une façon combien restreinte, qu'aux as-

(1) Un arrêt de la Ch. civ. du 5 juillet 1922, D. P., 1923.1.113, et notre note, a décidé que l'intention des co-indivisaires de former entre eux une société à laquelle ils font apport des biens indivis en vue d'une destination déterminée suffit à écarter l'application de l'article 815.

(2) Bien avant la loi de 1901, la jurisprudence s'était attachée à dégager la situation juridique des associations non douées de la personnalité, et elle l'avait fait avec beaucoup de libéralisme, s'efforçant de faciliter le fonctionnement de ces associations, qui étaient fort nombreuses avant la loi nouvelle, car l'Etat n'accordait la reconnaissance d'utilité publique qu'aux œuvres déjà anciennes et possédant un capital assez élevé. Ainsi, plusieurs arrêts avaient dénié aux sociétaires ou à leurs héritiers le droit de revendiquer leur part dans les immeubles acquis pour le compte de l'association : Cass., 4 mai 1859, D. P. 59.1.314 ; Req. 1er juin 1869, D. P. 69.1.313 ; Civ. rej., 30 mai 1870, D. P. 70.1.277 ; Paris, 21 février 1879, D. P. 79.2.225, note de M. Beudant ; Cass., 19 juillet 1882, D. P. 82.1.451. Voir aussi note de M. Beudant, D. P. 94.2.329. De même, plusieurs décisions avaient reconnu à des associations d'intérêt général, instituées avec l'approbation de l'autorité publique, une sorte de demi-personnalité, qui leur permettait d'ester en justice par l'intermédiaire de leurs représentants et d'échapper ainsi à la règle si gênante : Nul ne plaide par procureur. Toulouse, 6 mars 1884, S. 87.2.187 ; Cass., 25 mai 1887, S. 88.1.161 ; Cass., 2 janvier 1894, S. 94.1.129, note de M. Lyon-Caen ; Besançon, 29 mars

sociations déclarées. L'esprit de la loi de 1901 s'oppose formellement à ce qu'une association non déclarée jouisse de ce droit. Il est vrai que les immeubles acquis par les sociétaires se trouveraient dans l'indivision, mais ils n'en seraient pas moins affectés à l'œuvre entreprise. Or, l'expérience prouve qu'il peut se constituer ainsi, par la renonciation de fait de chaque sociétaire au droit de demander le partage, une mainmorte dissimulée qui offre tous les inconvénients de l'autre (1).

En résumé, les associations non déclarées peuvent vivre, mais d'une vie fort précaire, dès que le nombre de leurs membres devient élevé. Au surplus, elles n'ont qu'à s'en prendre à elles-mêmes des complications que présente la gestion de leur patrimoine, puisqu'une simple déclaration suffit pour leur donner la capacité juridique.

203. — *Observation.* — Le Code civil allemand a réglementé la condition des associations qui n'ont pas la capacité juridique. L'article 54 décide qu'elles sont régies par les dispositions relatives au contrat de société. Dans la conception allemande, la société civile n'est pas une personne juridique, mais elle ne constitue pas non plus un simple état de copropriété entre les associés. Elle est une propriété commune (*Gesammte Hand*), appartenant à la collectivité des associés, distincte des biens de chacun d'eux, affectée à un but commun, de telle sorte que les droits des associés sur cette masse restent paralysés par l'affectation des biens jusqu'au jour de la dissolution (2).

1899, D. P. 1900.2.401, note de M. Planiol. Cons. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1re éd., t. I, nos 738 à 745.

En même temps, la jurisprudence annulait sans hésitation les ventes, dons et legs faits à des communautés religieuses non reconnues, ou à des associations simplement approuvées, fût-ce par l'intermédiaire d'un prête-nom. Cass., 3 juin 1861, S. 61.1.615 ; Poitiers, 9 décembre 1876, D. P. 77.2.229 ; Paris, 1er décembre 1892, D. P. 93.2.496 ; Cass., 2 janvier 1894, S. 94.1.129.

(1) *Contra,* Michoud et Trotabas, t. I, p. 453, note 1.

(2) Cons. Saleilles, *Bulletin Soc. lég. comp.*, 1899, p. 452, et *Revue de droit public,* t. XV, p. 428 et s. ; Michoud et Trotabas, *op. cit.*, t. I, n° 68, p. 157.

QUATRIÈME PARTIE

DES OBJETS DES DROITS

CHAPITRE UNIQUE

LES CHOSES ET LES BIENS (1)

§ 1er. *Notions générales.*

§ 2. *Diverses classifications des biens.*

§ 3. *Des fruits produits par les biens.*

§ 4. *Des biens des personnes juridiques du droit public.*

§ 1er. — Notions générales

204.— Nous n'avons à parler dans ce chapitre que des droits du patrimoine, c'est-à-dire des droits représentant une valeur appréciable en argent.

On appelle objets de ces droits les choses sur lesquelles ils portent, ou la valeur pécuniaire qu'ils représentent.

Ainsi les droits réels ont pour objet les choses du monde

(1) Voir : Goudsmit, *op. cit.*, ch. IV, § 39 et s. ; Windscheid, *op. cit.*, 8e éd. pub. par Kipp, t. I, § 137 et s. ; Unger, *op. cit.*, t. I, § 45 et s. ; Regelsberger, *op cit.*, t. I, § 94 et s. ; Crome, *Allgemeiner Theil der modernen franzoesischen Privatrechtswissenschaft*, § 18 et 19 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 2417 et s. ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*; 5e éd., t. I, p. 673 et s. ; Baudry-Lacant., *op. cit.*, 10e éd., t. I, nos 1226 et s. ; Valette, *De la propriété et de la distinction des biens*, Paris, 1879 ; Baudry-Lacant. et Chauveau, *Des Biens*, 3e éd. ; Planiol, Ripert et Picard, *Des Biens*, 1927 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § 163 et suiv.

extérieur ; les droits de créance, la prestation ou l'abstention dont est tenu le débiteur ; les droits intellectuels, la valeur pécuniaire du droit de reproduction de l'œuvre créée par l'auteur ou l'artiste, de l'invention, de l'office ministériel, du nom, de la clientèle du commerçant, etc.

On donne aux objets des droits du patrimoine le nom de *biens.*

Les biens comprennent donc en premier lieu toutes les choses du monde extérieur en tant qu'elles peuvent devenir la propriété soit des particuliers soit de la collectivité. Toutes ces choses rentrent dans la sphère du Droit, dans la mesure où leur appropriation présente quelque avantage pour les hommes, et c'est parce qu'il les envisage sous cet aspect particulier que le Droit leur donne le nom de *biens.*

Ils comprennent en second lieu les valeurs incorporelles représentées par les droits de créance et les droits incorporels.

§ 2. — Diverses classifications des biens

205. — Les biens se divisent en plusieurs catégories, qui diffèrent les unes des autres, soit quant aux règles relatives à leur acquisition et à leur aliénation, soit quant aux droits dont elles peuvent être l'objet. Ces divisions sont traditionnelles. Les unes s'appliquent à tous les biens sans distinction ; elles sont au nombre de deux :

1° Biens corporels et biens incorporels ;

2° Immeubles et meubles.

Les autres ne comprennent que les biens corporels ; ce sont les suivantes :

1° Choses qui peuvent être appropriées et choses non susceptibles d'être appropriées ;

2° Choses consomptibles et choses non consomptibles ;

3° Choses fongibles et choses non fongibles (1).

(1) Le Code civil n'indique qu'une de ces distinctions : celle des immeubles et des meubles (art. 516 et s.). Il n'énonce pas les autres. Cela ne veut pas dire qu'il les ignore ; plusieurs articles du Code en font application.

1° Biens corporels, bien incorporels

206.— Les biens corporels sont ceux qui ont une existence matérielle, visible, ceux qui tombent sous les sens : *quæ tangi possunt*. Ce sont toutes les choses qui nous entourent et que l'homme fait servir à son usage personnel : la terre, les métaux, les végétaux, les animaux, les produits créés par l'homme.

Les biens incorporels, au contraire, ne sont pas matérialisés dans une chose du monde extérieur. Ce sont des valeurs abstraites, comme le droit de reproduction, le droit de présentation, le nom, la clientèle, les créances, c'est-à-dire la prestation ou l'abstention dues par le débiteur au créancier.

Comme les choses n'ont de valeur pour l'homme qu'en vertu des droits qu'il exerce sur elles, les jurisconsultes ont été logiquement conduits à ranger dans la catégorie des biens incorporels tous les droits du patrimoine, non seulement les droits de créance et les droits intellectuels, mais même les droits réels. C'est ainsi que les Institutes s'expriment (1) : *Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt : qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoque modo contractæ.* De même, les articles 526, 529, 530 du Code civil comprennent dans la division des biens en immeubles et meubles, l'usufruit, les servitudes.

207.— Cette tendance à classer les droits réels parmi les biens s'explique très facilement, car la notion de bien est elle-même une abstraction ; elle désigne « l'utilité qu'une personne peut retirer des objets sur lesquels elle a des droits à exercer, et par conséquent une simple qualité de ces objets, ou, si l'on veut, le résultat des droits dont ils sont la matière (2). Les choses ne peuvent nous procurer quelque avantage que par les droits que nous avons sur elles ; ces droits représentent une valeur, une utilité économique, et c'est cette

(1) 2 *Inst.*, II, 2, *De rebus corporal. et incorporal.*
(2) Aubry et Rau, t. II, § 162, note 3.

valeur qui constitue le bien (1). Il est donc naturel, logique, de les ranger dans la catégorie des biens incorporels.

Mais il semble alors que tous les droits réels sans distinction devraient être nécessairement compris dans la classe des biens incorporels, puisqu'ils constituent, au premier chef, une abstraction. Cependant, il n'en est rien, et de tout temps, en Droit romain comme de nos jours, le droit de propriété a été placé dans la classe des biens corporels. Voici quelle est l'explication de cette anomalie : la propriété est le droit le plus étendu, le plus complet que nous puissions avoir sur une chose, et comme il procure à son titulaire toute l'utilité que cette chose est susceptible d'offrir, les jurisconsultes romains en étaient arrivés à confondre le droit avec son objet, à les identifier. Ils considéraient que « la chose représentait pour ainsi dire matériellement le droit dont elle est l'objet direct et immédiat » (2). C'est de là qu'est venu l'usage de désigner le droit par la chose elle-même. Au lieu de dire : j'ai le droit de propriété sur cette maison, sur ce cheval, on dit : ma maison, mon cheval. Ainsi le droit de propriété et la chose se sont si étroitement unis, qu'on ne les a plus distingués, et que ce droit a été considéré comme étant corporel.

Au contraire, les autres droits réels ne peuvent pas être confondus avec la chose qui en est l'objet, car ils n'assurent pas à leur titulaire la possession exclusive de celle-ci, et il est indispensable, pour les désigner, de les nommer expressément ; par exemple, on dit : j'ai un droit d'usufruit, d'usage, d'hypothèque sur cette maison.

(1) Il ne faut pas dire, comme on le fait quelquefois, que les biens sont les droits réels que nous pouvons avoir sur les choses, car c'est confondre deux notions distinctes. Les biens sont, non pas les droits, mais les choses elles-mêmes ; seulement, ce sont les choses envisagées à un point de vue particulier, considérées comme étant susceptibles de nous procurer quelque utilité, comme ayant une valeur à nos yeux.

Au surplus, la distinction entre le bien et le droit n'est possible que pour les droits réels. Pour les droits de créance et les droits intellectuels, on désigne sous le nom de bien la valeur pécuniaire du droit, c'est-à-dire le droit lui-même.

(2) Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. I, § 35.

2° Meubles et immeubles

208. — La division des biens en meubles et en immeubles est la division fondamentale ; c'est la seule que le Code civil énonce dans le titre consacré à la distinction des biens (1). Elle s'applique, dans notre législation, à tous les biens corporels et incorporels.

Les immeubles sont les choses qui ont une assiette fixe, comme un fonds de terre, une construction adhérente au sol. Les meubles sont celles qui peuvent être déplacées, transportées d'un lieu dans un autre (animaux, choses séparées du sol, produits créés par l'homme, créances, droits incorporels).

Historique. — Nous avons dit que les biens comprennent toutes les choses matérielles ou abstraites présentant pour nous quelque utilité. Cette utilité économique constitue la valeur des choses ; elle s'estime au moyen de l'argent, qui sert de commune mesure. Elle dépend de l'importance que l'homme attache à leur possession et de leur plus ou moins grande rareté. Il était donc tout naturel que l'homme établît une première distinction des biens, fondée sur leur valeur respective, et cherchât à grouper dans une même classe les objets les plus précieux, à la possession desquels il attache le plus grand prix, et, dans une autre catégorie, tous ceux qui ont une moindre importance, en vue de soumettre ces deux classes de choses à des règles de droit différentes quant à leur acquisition et à leur transmission.

C'est en partant de cette idée que le Droit romain avait d'abord adopté la division en *res mancipi* et *res nec mancipi*, plaçant dans la première catégorie les choses qui constituent les éléments essentiels de la fortune pour un peuple agricole, les fonds de terre italiques, les servitudes prédiales rustiques existant au profit de ces fonds, les esclaves et les bêtes de somme et de trait (2). Mais dans cette division, la première catégorie était trop étroite, la seconde trop compréhensive. Aussi avec le développement du commerce et la transforma-

(1) Art. 516, C. civ.
(2) Cf. Girard, *Manuel élément. de droit romain*, 6e éd., p. 256.

tion des mœurs, la distinction ne tarda-t-elle pas à se trouver en contradiction avec les faits, et elle s'effaça peu à peu pour faire place à une nouvelle classification, celle des immeubles et des meubles.

Cette nouvelle classification était bien supérieure à la précédente, car elle était fondée sur une différence réelle dans la nature des choses. C'est pourquoi elle est restée la *summa divisio rerum* admise dans toutes les législations.

Pourtant elle n'avait pas en Droit romain la même importance que de nos jours. D'abord elle ne s'appliquait qu'aux choses matérielles. Ce sont, en effet, les seules pour lesquelles il y ait lieu de se demander si elles sont ou non susceptibles de déplacement (1). De plus, même ainsi limitée, elle ne présentait que peu d'intérêts pratiques, parce que les modes d'acquisitions étaient les mêmes pour les meubles et pour les immeubles. « Les différences entre les deux classes de biens ne portaient que sur des points secondaires : régime dotal, interdits spéciaux, délais de l'usucapion, vol » (2).

209.— C'est dans nos pays de coutume, que cette division a pris l'importance qu'elle a conservée depuis. Les deux traits caractéristiques qu'elle y a revêtus, sont les suivants :

1° D'abord, elle s'est étendue aux biens incorporels, droits de créance et droits réels autres que la propriété (3), de telle sorte que tous les biens figurant dans le patrimoine se divisaient en deux masses, l'une mobilière, l'autre immobilière, lesquelles étaient soumises, à bien des points de vue, à des règles différentes.

Deux causes principales provoquèrent cette extension ; le régime matrimonial usité dans les pays de coutumes était

(1) On voit pourtant poindre à Rome, sous l'Empire, l'idée que les immeubles sont des biens plus précieux, représentant une valeur plus grande que les meubles. Ainsi, la loi *Julia* défend au mari d'aliéner les immeubles de sa femme sans le consentement de celle-ci ; de même, un sénatus-consulte de Septime Sévère et Antonin Caracalla interdit au tuteur d'aliéner les immeubles du mineur ; pr., Inst. II, 8 ; fr. 1, pr. et 2, D. *De rebus eorum*, XXVII, 9.

(2) Brissaud, *Manuel d'histoire du Droit privé*, 1908, p. 201.

(3) Coutume de Paris, art. 88 et s. V. Olivier Martin, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris* (1922), t. I, p. 202 et s.

la communauté de biens. Or, tous les meubles que les époux possédaient au jour du mariage tombaient dans la communauté, tandis que les immeubles leur restaient propres. D'autre part, la dévolution des biens après la mort se faisait en tenant compte de leur origine ; on distinguait les acquêts et les propres. Les acquêts étaient les biens qui avaient été acquis par voie d'achat ou de donation ; les propres, ceux que le défunt avait recueillis dans la succession d'un parent ou d'un ascendant. Ces deux catégories étaient soumises à des règles différentes. Or, les propres ne comprenaient que les immeubles ; les meubles étaient assimilés aux acquêts. Ainsi ce fut l'obligation de ranger tous les biens, soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles, pour savoir s'ils tombaient dans la communauté et à qui ils devaient aller en cas de mort du propriétaire, qui fit appliquer la classification aux choses incorporelles.

Dans le midi de la France, au contraire, où la communauté de biens n'était pas employée et où les règles de succession du Droit romain s'étaient conservées, les choses incorporelles continuèrent à former, comme à Rome, une catégorie à part. Les auteurs de ces pays nous disent que les créances et les rentes ne sont ni meubles ni immeubles.

2° La distinction correspondait en outre à une différence réelle dans la valeur économique des deux classes de biens. Le régime féodal avait fait de la terre l'élément principal du patrimoine. La propriété foncière était le véritable signe de la puissance et de la fortune. Les meubles, au contraire, étaient considérés comme choses de peu de valeur, parce qu'ils n'étaient pas durables. A cette époque, en effet, la production industrielle et le mouvement commercial étaient fort limités, les métaux précieux étaient rares, du moins jusqu'au XV^e^ siècle, si bien que la catégorie des meubles se trouvait très restreinte. Aussi, disait-on couramment : *Vilis mobilium possessio ; res mobilis, res vilis* (1). Cette infériorité des meubles exerça

(1) Brodeau, sur l'article 170 de la Coutume de Paris, éd. 1669, t. II, p. 465.

Voir les auteurs cités par Barthou, *De l'origine de l'adage Vilis mobilium possessio,* thèse de doctorat, Paris, 1886. Cons. aussi

une grande influence sur les institutions juridiques et devint la source d'une nouvelle série de différences entre les deux catégories de biens. La propriété immobilière fut entourée de garanties qui faisaient défaut à la propriété mobilière (1). Enfin, sous l'influence de la même idée, la classification revêtit un caractère artificiel, en ce sens que lorsqu'apparurent de nouveaux droits, comme les rentes constituées, les offices vénaux, qui formaient des valeurs considérables, dignes d'être conservées dans les familles, on les considéra fictivement comme des immeubles pour en faire des propres.

210.— Le Droit intermédiaire atténua dans une certaine mesure ce second caractère. Avec l'ancien régime, en effet, disparaissaient les deux institutions qui avaient contribué à la naissance de l'adage *Vilis mobilium possessio* : la multiplicité des droits seigneuriaux, issus de la féodalité, et la théorie des biens propres, fondée sur l'idée de leur conservation dans la famille. La fortune mobilière gagnait donc en importance du fait que la supériorité incontestable accordée aux immeubles tendait à diminuer ; de plus, elle commençait à prendre un développement inconnu jusque-là (2).

211. — *Droit moderne.* — Néanmoins, la tradition coutumière a exercé une notable influence sur la rédaction du Code civil.

Tout d'abord, la classification a conservé l'extension qu'elle avait prise en pays de coutumes ; elle s'applique, aujourd'hui encore, à tous les biens, c'est-à-dire à toutes les choses susceptibles de faire partie du patrimoine. Il est vrai qu'elle cor-

Jacques, *Histoire de la distinction des biens en meubles et immeubles*, Thèse de doctorat, Paris, 1884 ; Cézar-Bru, *De la division des biens en meubles et immeubles*, thèse Toulouse, 1890 ; Goury, *Origine et développement historique de la distinction en meubles et en immeubles*, thèse Nancy, 1896 ; Lefebvre, *Les fortunes anciennes au point de vue juridique*, Cours de doctorat, Paris, Larose, 1912.

(1) Voir Brissaud, *op. cit.*, p. 200.

(2) Pourtant, au XVIII^e^ siècle, les physiocrates établissent encore une différence essentielle entre la production agricole et la production industrielle. Pour eux, il n'y a que le travail de la terre qui crée une richesse nouvelle. Cons. Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, ch. 1.

respond d'une façon plus exacte à la véritable nature des choses, la classe des immeubles fictifs, créée par notre ancien droit, ayant disparu, et les rentes et les offices ministériels étant actuellement des meubles.

En second lieu, il reste encore dans notre Code civil bien des vestiges de l'ancien adage : *Vilis mobilium possessio.* Or, cet adage est aujourd'hui contraire à la réalité. En effet, outre que les rentes et les offices ministériels sont aujourd'hui rangés dans la classe des meubles, la fortune mobilière a acquis pendant le cours du XIX^e^ siècle un accroissement considérable, par suite du développement du commerce et de la transformation de la production industrielle qui s'est opérée au cours de ce siècle dans tous les pays d'Europe (1). Il en est résulté une énorme augmentation du nombre des produits manufacturés. En outre les valeurs mobilières, nom sous lequel on désigne les rentes sur l'Etat, les actions ou les obligations émises par les sociétés commerciales, les emprunts faits par les départements, les communes, les colonies, ont pris une importance telle que leur masse égale aujourd'hui celle de la fortune immobilière (2).

(1) En 1804, l'accroissement de la fortune mobilière avait déjà commencé. Treilhard le constatait dans son rapport sur la distinction des biens : « Il fut un temps où les immeubles formaient la portion la plus précieuse du patrimoine des citoyens, et ce temps, peut-être, n'est pas celui où les mœurs ont été le moins saines. Mais, depuis que les communications devenues plus faciles, plus actives, plus étendues, ont rapproché entre eux les hommes de toutes les nations ; depuis que le commerce, en rendant, pour ainsi dire, les productions de tous les pays communes à tous les peuples, a donné de puissants ressorts à l'industrie, et a créé de nouvelles jouissances, c'est-à-dire de nouveaux besoins, et peut-être des vices nouveaux, la fortune mobilière des citoyens s'est considérablement accrue, et cette révolution n'a pu être étrangère ni aux mœurs ni à la législation. On n'a pas dû attacher autant d'importance à une portion de terre, autrefois patrimoine unique des citoyens, et qui, aujourd'hui, ne forme peut-être pas la moitié de leur fortune. Ainsi ont disparu les affectations des biens aux familles, sous la désignation de propres, propres anciens, retrait lignager ; et les transactions entre les citoyens comme les lois sur les successions se trouvent bien moins compliquées. » Fenet, *Travaux préparat. du Code civil,* t. XI, p. 34.

(2) D'après M. Edmond Théry, *La Fortune publique de la France,* la valeur des divers éléments de la fortune privée totale de notre pays était en 1909 de :

212.— Il en résulte que le Code civil a édicté toute une série de règles qui sont en contradiction avec l'état économique de notre société, parce qu'elles sont inspirées par l'idée que la propriété mobilière a peu de valeur. Cela est surtout frappant en ce qui concerne les mesures de protection prises par lui en faveur du mineur en tutelle ; ces mesures ne s'appliquent qu'aux immeubles, tandis que l'aliénation des meubles est permise au tuteur sans restrictions et sans garanties (1).

Quoi qu'il en soit, ces critiques n'atteignent pas la distinction en elle-même. La division des biens en meubles et en im-

I. — MEUBLES :			
Meubles corporels, collections d'art.....	20 milliards	270	
Chevaux, voitures, automobiles.....	2	—	017
Matériel agricole, animaux de ferme.....	8	—	930
Fonds de commerce, entreprises industrielles et minières.....	9	—	520
Numéraire en or et en argent.....	8	—	665
Valeurs mobilières.....	104	—	446
Total.....	153 milliards		848
II. — IMMEUBLES :			
Propriété bâtie.....	57	—	934
Propriété non bâtie.....	75	—	500
Total.....	133 milliards		434

(1) Consulter l'art. 457, C. civ. et l'art 1428, C. civ. pour les pouvoirs du tuteur et du mari ; voir aussi l'art. 128 relatif aux envoyés en possession provisoire des biens de l'absent. En matière de communauté légale, tous les meubles que les époux possèdent au jour du mariage tombent dans l'actif de la communauté, tandis que les immeubles restent propres (art. 1401, C. civ.). Cf. les art. 826, 1422, 1449, 1471, 1674, 2206, C. civ., etc. ; cons. Barthou, *op. cit.*, p. 181 et s.

Plusieurs lois postérieures ont modifié, à ce point de vue, les règles du Code civil ; la plus importante est la loi du 27 février 1880, qui a restreint considérablement les pouvoirs du tuteur relativement à l'aliénation des valeurs mobilières du pupille. D'autre part, la jurisprudence est arrivée, par une interprétation quelque peu libre, à concilier sur plusieurs points la loi avec les exigences de la pratique. Voir en particulier le système admis par elle sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cons. Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. VIII, § 537 *bis*, p. 531.

Voir sur cette question de la contradiction entre l'état économique actuel et les règles de la loi, Rossi, *Le droit civil considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, Revue Wolowski, t. XI (1840), p. 5 et s.

meubles est rationnelle et presque nécessaire, et il est logique que le législateur édicte pour ces deux catégories des règles distinctes (1). « La propriété immobilière représente le capital fixe par excellence, car, en règle générale, on n'achète pas un immeuble pour le revendre. Un immeuble a pour destination normale le faire valoir ou l'amodiation. La spéculation immobilière demeure, dans l'ensemble des transactions, un fait exceptionnel : c'est à cause de cela même que la loi commerciale, selon le droit commun européen, gouverne la propriété mobilière seule. Dans le patrimoine, l'immeuble est un élément stable, permanent. Au contraire, les meubles, pris dans leur ensemble, correspondent aux capitaux circulants, c'est-à-dire aux capitaux soumis d'une manière normale et régulière au jeu des échanges » (2). Seulement, cette division doit reposer exclusivement sur la différence de nature des meubles et des immeubles, abstraction faite de l'idée de valeur.

Observation. — Notre Code range dans la catégorie des immeubles, sous le nom d'*immeubles par destination,* certains meubles, lorsqu'ils sont attachés à un immeuble à titre d'accessoires (art. 524, 525 C. civ.).

213. — *Principaux intérêts que présente cette division.* — La distinction des meubles et des immeubles domine tout le Droit du patrimoine. De nombreux intérêts s'y rattachent, dont les principaux sont les suivants :

1° La sécurité des acquisitions est réalisée d'une façon toute différente en ce qui concerne les meubles et les immeubles.

Lorsqu'un immeuble est aliéné par un autre que son véritable propriétaire, ce dernier peut le revendiquer entre les

(1) Toutefois, on a proposé de ramener cette classification à la portée qu'elle avait en Droit romain, et de laisser en dehors d'elle les choses incorporelles pour les considérer comme une troisième espèce de biens. Il n'y a, en effet, aucune raison d'appliquer les mêmes règles aux meubles corporels et aux choses incorporelles, car ce sont des biens de nature très différente qui doivent être soumis à un régime distinct. Cauwès, *Economie pol.,* 3e éd., t. III, n° 1014, p. 431, *in fine ;* Barthou, *op. cit.,* p. 182.

(2) Cauwès, *Cours d'Econ. pol.,* 3e éd., t. III, n° 1014, p. 430-431 ; cf. t. II, n° 562.

mains de l'acquéreur. Mais, pour protéger celui-ci contre ce danger, la loi soumet à la publicité les aliénations d'immeubles et les constitutions de droits réels, au moins quand elles sont faites entre-vifs, afin que celui qui acquiert un immeuble puisse se renseigner sur l'origine et l'étendue du droit de l'aliénateur (1).

Pour les meubles, au contraire, la revendication est très étroitement limitée. Celui qui, de bonne foi, acquiert un meuble, n'a pas à craindre d'être dépouillé, si son auteur n'était pas le vrai propriétaire. Sa bonne foi le protège contre toute réclamation de ce dernier ou, du moins, lui assure le remboursement du prix payé par lui (art. 2279 C. civ.). Aussi, les aliénations mobilières ne sont-elles pas soumises à la publicité.

2° En matière immobilière, la loi protège non seulement le propriétaire, mais le possesseur, c'est-à-dire celui qui exerce le droit de propriété, alors même qu'il n'en serait pas titulaire. Elle lui donne des actions dites possessoires pour se défendre contre les tiers qui troubleraient sa possession. Cette protection est spéciale aux immeubles. Elle n'aurait pas d'intérêt pour les meubles, à cause de la règle précitée de l'article 2279 du Code civil.

3° Les immeubles seuls sont susceptibles d'être hypothéqués. L'hypothèque des meubles n'existe dans notre droit qu'à l'état d'exception, pour les navires de mer, les aéronefs et la batellerie fluviale. On n'hypothèque pas les meubles ; on en tire crédit en les donnant en gage.

4° L'usucapion des immeubles, c'est-à-dire leur acquisition par la possession prolongée, est soumise à des règles différentes de celle des meubles.

5° L'aliénation des immeubles des incapables est entourée de formalités que la loi n'impose pas pour l'aliénation de leurs meubles.

6° Le tribunal compétent pour connaître d'une contestation est le tribunal de la situation du bien, quand il s'agit d'un

(1) Art. 2146 et s. C. civ. ; loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire.

immeuble. Au contraire, si l'objet du litige est un meuble, le procès est porté devant le tribunal du domicile du défendeur.

7° La saisie mobilière entraîne moins de frais, moins de complications, exige moins de temps que la saisie immobilière (1).

3° Choses non susceptibles d'être appropriées ; choses qui peuvent être appropriées

214.— Les choses du monde extérieur non susceptibles d'appropriation s'appellent les *res communes* (2). Ce sont l'air, la mer, l'eau courante.

Mais ces choses peuvent être pourtant l'objet de certains droits de jouissance.

Air. — On admet que le propriétaire d'un terrain est propriétaire, dans une certaine mesure, de la colonne d'air qui surplombe ce terrain (3), et qu'il peut interdire aux voisins d'empiéter sur ce domaine aérien par des constructions en saillie, ou en plantant des arbres dont les branches s'étendent au-dessus de sa propriété, ou en traversant l'air par des fils (4).

Mer. — Les rivages de la mer, c'est-à-dire la portion de la grève recouverte par l'eau, lorsqu'elle s'avance le plus loin, étaient considérés en droit romain comme *res communes* (5). Aujourd'hui, ils sont compris dans le domaine public de l'Etat (6).

Eau courante. — Par sa nature même, l'eau courante, considérée comme telle, s'oppose à toute appropriation. Il n'en est pas de même du lit qui la contient, lequel peut être pos-

(1) Pour l'étude des diverses catégories d'immeubles et de meubles, V. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 679 et s.

(2) Art. 714, C. civ.

(3) Art. 552, C. civ. « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. »

(4) Baudry-Lacant. et Chauveau, *Des biens*, n° 337 ; Planiol, Ripert et Picard, *Des Biens*, n° 251 ; de Loynes, note D. P. 1900. 2.361-362 ; cf. Amiens, 19 février 1896, S. 96.2.129 ; Cass. civ., 15 juillet 1901, S. 1902.1.217, note de M. Naquet ; Bordeaux, 24 octobre 1910, D. P. 1910.2.336.

(5) Fr. 3, D. II, 1, *De divis. rerum.*

(6) Art. 538, C. civ.

sédé à titre privatif. En outre, l'eau courante se prête à certains droits d'usage au profit de l'homme, comme le droit de circuler en bateau, le droit de pêche, le droit de dériver les eaux pour en utiliser la force ou les employer à l'irrigation.

Les eaux courantes se divisent en deux catégories :

1° Les fleuves et les rivières navigables ou flottables (1). Ils servent à l'usage commun des nationaux (2) et font partie, à ce titre, du domaine public de l'Etat.

2° Les rivières non navigables ni flottables. Les propriétaires riverains ont la propriété du lit (3), et le droit d'user des eaux à leur passage, mais à la charge de les rendre à leur cours naturel (4).

215.— Les choses susceptibles d'appropriation peuvent n'appartenir à personne. Dans un pays civilisé comme le nôtre, le cas se rencontre très rarement pour les immeubles. Pourtant, en fait, il se présente lorsque le propriétaire d'un immeuble meurt sans laisser ni héritier, ni légataire ; de même aussi, lorsqu'un Etat acquiert une colonie et qu'il enlève la propriété de tout ou partie des terres aux indigènes. En matière mobilière, on trouve plus souvent des choses sans maître. Ce sont les animaux sauvages qui vivent sur la terre ou dans les eaux, gibier, poissons, les produits de la mer, l'ambre, le goëmon, les perles, les objets abandonnés par leur propriétaire.

Quelle est la situation juridique de ces biens ? Les articles 539 et 713 du Code civil décident que les biens vacants et sans maître appartiennent à l'Etat. Mais on reconnaît que ces dispositions ne concernent que les immeubles (5). Elles ne s'appliquent pas aux objets mobiliers individuellement considérés. Ainsi, les terrains, qui n'ont jamais fait l'objet

(1) Un cours d'eau est navigable quand il peut servir à la navigation ; il est flottable lorsqu'il peut porter des radeaux ou trains de bois.

(2) Art. 538, C. civ.

(3) Loi du 8 avril 1898, art. 3.

(4) Art. 644, C. civ.

(5) V. Baudry-Lacant. et Wahl, *Des successions*, t. I, n^os^ 9 et 10 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n^os^ 2565 à 2567 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5^e^ éd., t. I, p. 850 et s.

d'un droit de propriété privée, appartiennent à l'Etat ou à la colonie. D'autre part, les successions immobilières et les successions mobilières en déshérence, c'est-à-dire qui ne sont réclamées par aucun héritier, lui appartiennent également (art. 768 C. civ.). Au contraire, le gibier, le poisson, les produits de la mer, les choses abandonnées ne sont à personne. Les particuliers en acquièrent la propriété par le fait de l'occupation.

4° Choses consomptibles, choses non consomptibles par le premier usage

216.— Il y a des choses dont l'homme ne peut se servir sans les consommer, c'est-à-dire sans les faire disparaître matériellement ; ce sont : les denrées, les grains, le vin, l'huile, les comestibles, le bois à brûler, etc. L'argent monnayé présente un caractère analogue, car celui qui possède de l'argent ne peut l'utiliser qu'à la condition de l'aliéner, de le faire sortir de son patrimoine ; le résultat est donc le même au point de vue juridique. On les désigne sous le nom de choses consomptibles. Cette qualité particulière tient à leur essence.

La plupart des choses sont non consomptibles, c'est-à-dire qu'elles peuvent être l'objet d'actes successifs de jouissance, sans disparaître matériellement du patrimoine ; tels sont les immeubles, les meubles meublants, les outils de travail, etc.

L'usage d'une chose consomptible est soumis à des règles particulières. Le droit de se servir d'une chose non consomptible peut appartenir à un autre qu'au propriétaire, par exemple à un usufruitier, à un emprunteur. Le jour où ce droit d'usage prend fin, celui qui en jouissait doit restituer l'objet au propriétaire. Quand il s'agit de choses consomptibles, ce dédoublement n'est plus possible. Celui qui a l'usage d'une telle chose, en devient nécessairement propriétaire, car il ne peut s'en servir sans la consommer. Il ne saurait être tenu de la rendre en nature, puisqu'elle n'existe plus dans son patrimoine. Il restituera d'autres choses de mêmes qualité et quantité (1).

(1) Art. 587, 1892, C. civ.

5° Choses fongibles, choses non fongibles

217. — Dans un rapport d'obligation, la chose due par le débiteur au créancier est tantôt un objet individuellement spécifié, un *corps certain,* tantôt une chose déterminée seulement dans son genre, sans que les parties en aient précisé l'individualité.

1er exemple : Une personne achète telle maison, tel cheval. Le vendeur est tenu de livrer l'objet même qui a été désigné.

2e exemple : Un créancier a prêté 1.000 francs au débiteur, et celui-ci s'est engagé à les rendre au terme fixé ; ou bien une personne a acheté deux hectolitres de vin de la dernière récolte de tel crû, un commerçant a commandé à un industriel une certaine quantité de marchandises d'une qualité déterminée. Le débiteur doit remettre au créancier mille francs, mais il n'est pas tenu de lui rendre les pièces mêmes que celui-ci lui a données ; de même, le vendeur livrera deux hectolitres quelconques provenant de la récolte indiquée, ou une portion des marchandises de la qualité convenue.

Dans le second exemple, on dit que la dette a pour objet une chose *fongible* ; dans le premier, au contraire, l'objet est non fongible, c'est un *corps certain.* Ainsi, les choses fongibles sont des objets appartenant au même genre et présentant entre eux de telles ressemblances que, dans les rapports humains, on les tient pour équivalents ; aussi le créancier ne détermine-t-il pas individuellement les objets qui devront lui être livrés par le débiteur, il se contente de stipuler la qualité et la quantité qu'il désire acquérir. Ce sont les choses qu'il est dans l'usage de compter, de peser ou de mesurer : l'argent, le vin, le blé, le bois, etc. La fongibilité n'est pas une qualité tenant à la nature des choses, mais elle résulte des usages du commerce juridique. Elle ne se rencontre que dans les choses qui se comptent, se pèsent, se mesurent, parce que ce mode de procéder constitue une commune mesure entre les diverses unités de ces choses. Il dépend du reste des parties de faire abstraction de ce caractère quand elles le jugent à propos, et d'obliger le débiteur à restituer l'objet même qu'il a reçu. Ainsi, une personne emprunte des pièces de monnaie

pour les faire figurer dans une collection, des denrées pour les exposer, en s'engageant à rendre les échantillons mêmes qui lui ont été prêtés.

Cette division ne se confond pas avec la précédente. Il est vrai que les choses consomptibles rentrent dans la classe des choses fongibles ; mais cette ressemblance n'entraîne pas identité entre les deux catégories. Il y a des choses fongibles qui ne sont pas consomptibles. Par exemple : tous les exemplaires de la même édition d'un ouvrage sont des unités équivalentes ; peu importe à l'acheteur que le libraire lui livre l'un ou l'autre de ces exemplaires. D'autre part, les parties peuvent, dans un contrat, considérer comme non fongible une chose consomptible. Tel est le cas cité plus haut, où une personne prête une pièce de monnaie pour figurer dans une collection, ou des fruits pour être exposés. Ainsi, la qualité de fongibilité peut être écartée par les parties. Au contraire, une chose consomptible est toujours telle, en ce sens qu'elle est faite pour être consommée soit matériellement, soit juridiquement ; les pièces de monnaie sont destinées à être échangées contre des objets, les denrées à être absorbées. Sans doute, on peut concevoir que je vous prête des choses consomptibles avec charge de me les rendre elles-mêmes, comme dans les exemples précédents, mais cela n'empêche pas que ces objets restent, par leur nature, des choses consomptibles.

§ 3. — Des fruits produits par les choses

218. — Dans l'acception ordinaire, les fruits sont les produits naturels qu'une chose peut fournir, tels que les petits d'un animal, les fruits d'un arbre. Mais, entendu au point de vue juridique, le mot fruit a un sens à la fois plus étroit et plus étendu : plus étroit, car on ne comprend parmi les fruits que les produits donnés périodiquement par la chose, conformément à sa destination ; plus étendu, car on fait rentrer dans cette notion des choses telles que les pierres extraites d'une carrière, ou les revenus d'un somme d'argent.

Les produits qui naissent d'une chose ne constituent des objets distincts de celle-ci qu'autant qu'ils en ont été séparés ;

jusque-là, ils n'ont pas une existence propre, et ne peuvent faire l'objet d'un acte juridique qu'en tant que choses futures (1).

Tous les produits ne sont pas des fruits. Ce qui caractérise ces derniers, c'est la périodicité, c'est-à-dire le fait de la reproduction à certains intervalles déterminés (2).

Les produits, au contraire, entendus *sensu stricto*, sont les objets qu'une chose fournit, mais qu'elle ne donne pas périodiquement (3).

Comme les fruits sont des produits que la chose est susceptible d'engendrer d'une façon régulière et à des époques déterminées, il en résulte que leur production ne diminue pas, n'altère pas la substance de la chose, laquelle reste intacte et n'est pas épuisée par cette création renouvelée. C'est là un second caractère qui découle du premier. Les fruits, disent MM. Aubry et Rau (4), sont les objets qu'une chose produit et reproduit annuellement ou à des intervalles périodiques plus éloignés, sans altération ou diminution de sa substance. Mais ce second caractère n'existe pas toujours, et le vrai, le seul signe distinctif des fruits, c'est qu'ils sont susceptibles d'être reproduits périodiquement. Les pierres d'une carrière, le minerai extrait d'une mine, les arrérages d'une rente viagère sont considérés comme des fruits, bien que, cependant, ils soient des parties constituantes de la chose et que leur pro-

(1) Fr. 44, D. *De rei vind.*, VI, 1 : *Fructus pendentes pars fundi videntur.* Il en résulte que les fruits pendants par branches et racines appartiennent toujours au propriétaire du fonds ; mais, si les frais nécessaires pour leur production ont été faits par un tiers, le propriétaire doit rembourser ces frais (art. 548, C. civ.).

(2) « Les fruits proprement dits sont les produits réguliers, ordinaires, annuels ou périodiques de la chose ; ceux qui se reproduisent, qui reviennent, soit d'année en année, soit à d'autres intervalles : d'où le mot *reditus*, revenus. » Demolombe, *De la distinction des biens*, t. I, n° 577.

(3) « Les produits, au contraire, sont les objets que la chose n'est pas destinée à produire et à reproduire régulièrement, qui en forment, pour ainsi dire, une partie intégrante, et que l'on en détache accidentellement, extraordinairement. » Demolombe, loc. cit. Cette distinction entre les fruits et les produits présente de nombreux intérêts ; ainsi, l'usufruitier a droit aux fruits de la chose, mais non aux simples produits (art. 582, C. civ.).

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, § 192, p. 288.

duction entraîne un appauvrissement de sa substance. Il faut donc s'attacher uniquement au caractère de périodicité pour déterminer quelles sont les choses qui doivent être rangées dans la catégorie des fruits.

Il résulte de là que les simples produits peuvent devenir des fruits suivant la destination que le propriétaire donne à sa chose. Ainsi, quand un bois de haute futaie n'est pas mis en coupes réglées, les arbres qui sont coupés constituent des produits extraordinaires (1) ; et il en est de même des pierres extraites d'une carrière non exploitée (2). Mais si le propriétaire aménage le bois de haute futaie et met la carrière en exploitation, les produits qu'il en retire prennent le caractère de périodicité et deviennent dès lors des fruits (3).

219.— La notion de fruit a été étendue aux avantages pécuniaires que l'on peut retirer périodiquement d'une chose, en la louant ou en la prêtant : ainsi, les loyers d'une maison, les fermages d'une terre, les intérêts d'une somme d'argent, les arrérages des rentes. On les appelle *fruits civils*, par opposition aux autres, qu'on nomme *fruits naturels et industriels* (4).

Les fruits naturels sont ceux qui sont produits spontanément par la chose, comme l'herbe des prairies naturelles, les fruits des arbres ; les fruits industriels sont ceux qu'on obtient par la culture, comme les céréales, les légumes, etc.

Les fruits ne deviennent des objets distincts de la chose qui les produit que lorsqu'ils ont été perçus ; jusque-là, ils font partie de celle-ci.

A quel moment la perception est-elle censée faite aux yeux de la loi ? Pour les fruits naturels et industriels, elle s'opère lorsqu'ils sont séparés de la chose, même s'ils ne sont pas encore enlevés. Les fruits civils, au contraire, se

(1) Art. 592, C. civ.
(2) Art. 598, C. civ.
(3) Demolombe, *Dist. des biens*, t. I, n° 578.
(4) Art. 583, C. civ. Cette distinction ne présente plus aucun intérêt, les mêmes règles régisssant les uns et les autres.

perçoivent en réalité par le paiement fait par le débiteur à l'ayant droit ; mais ici la loi a établi une règle particulière : elle décide que les fruits civils s'acquièrent jour par jour (1) et non par le paiement. Il en résulte que si le droit aux fruits vient à passer d'une personne à une autre, chacune d'elles a droit à une part des fruits civils proportionnelle à la durée de sa jouissance, sans que celle qui, en réalité, les a touchés, puisse les conserver en totalité. Ainsi, « quand un immeuble affermé est vendu au milieu de l'année, le prix de location se partage par moitié entre le vendeur et l'acheteur » (2).

§ 4. — Des biens des personnes juridiques du Droit public

220. — Parmi les biens qui appartiennent à l'Etat, aux départements, aux communes et aux colonies, il faut distinguer deux catégories.

Les uns, comme les fleuves et rivières navigables ou flottables, les routes, les rues, les places, etc., sont affectés à l'usage du public. Les autres, au contraire, sont soumis à un droit de propriété semblable à celui des particuliers. La personne administrative en jouit, à titre privatif, comme un particulier use et jouit de ses biens.

La première classe porte le nom de domaine public ; les biens de la seconde forment le domaine privé.

Cette distinction est d'origine toute moderne (3) ; elle a

(1) Art. 586, C. civ.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, § 192, p. 290.

(3) Nos anciens auteurs ne s'occupaient ordinairement que des biens composant le domaine du souverain ou domaine de la couronne et les distinguaient de ceux qui pouvaient être propres à la personne du roi, indépendamment de son titre de souverain. Le domaine de la couronne appartenait bien au roi, mais celui-ci en était propriétaire en vertu de son pouvoir royal et non pas à titre privé. Il comprenait tous les immeubles unis à la couronne, terres, forêts, châteaux, les droits composant les finances de l'Etat et enfin tous les droits attribués au prince, tels que droits de confiscation, de déshérence, d'aubaine et de bâtardise. Voir Domat, *Le droit public*, livre 1, titre 6, sect. 1, édit. Rémy, t. 3, p. 110.

Cependant Domat a soin de dire (*loc. cit.*, n° 7) qu'il ne faut pas comprendre dans le domaine de la couronne les fleuves, les rivières, les rivages, les places publiques, les grands chemins, car ces sortes de choses n'appartiennent à personne et sont hors du

été faite, dans le cours du XIXe siècle, par la doctrine. Elle n'apparaît pas encore dans le Code civil, dont les articles 538 à 541 citent, en une liste unique, les biens appartenant à l'Etat.

221.— *Biens du domaine public.* — Les biens du domaine public sont *imprescriptibles* et *inaliénables*, à raison de leur destination d'utilité publique. Ils ne peuvent donc pas être aliénés ; et quand même un particulier posséderait un de ces biens pendant le temps requis pour l'usucapion, il n'en deviendrait pas propriétaire.

Losque la chose cesse d'être affectée à l'utilité publique, elle retombe dans le domaine privé de la personne administrative, et rentre dans le commerce.

On voit donc combien il importe d'être fixé sur la composition de ces biens. Quel est le critérum de la domanialité publique ? C'est une question fort discutée sur laquelle les auteurs n'ont pas encore pu se mettre d'accord. Pour quelques-uns, le trait caractéristique auquel il faut s'attacher est l'affectation des biens à l'usage du public (1). D'autres vont plus loin et déclarent que toute chose, qui sert à un service public, doit être, par là même, rangée dans le domaine public (2). Une troisième opinion se montre moins large. D'après elle, il ne suffit pas de l'affectation à l'usage de tous ; il faut, en outre, que la chose ne soit pas susceptible de propriété privée (3). C'est cette dernière opinion qui nous paraît

commerce. Voir aussi, *Lois civiles*, livre prélim., titre 3, sect. 1, nos 2 et 3, édit. Rémy, t. 1, p. 115.

Le décret des 22 novembre-1er décembre 1790, relatif aux domaines nationaux, proclama dans son préambule que le domaine public appartenait à la nation. En même temps, le paragraphe 1er du décret énumérait les choses comprises dans ce domaine et y rangeait à la fois les biens faisant partie de l'ancien domaine de la couronne et les chemins publics, rues, places, fleuves et rivières navigables. Les rédacteurs du Code civil n'ont fait que reproduire dans les articles 538 à 541 le paragraphe 1er du décret. Ils ne se sont pas préoccupés de la distinction du domaine public et du domaine privé. Voir Barkhausen, *Revue critique de législ.*, 1884, p. 30.

(1) Voir Planiol, Ripert et Picard, *Des biens*, n° 118.

(2) Hauriou, *Traité de droit administratif*, 10e éd., p. 635 et s.

(3) Berthélemy, *Traité de droit administratif*, 11e éd., p. 475 ; — On trouve cette formule dans Domat (voir ci-dessus), dans l'article 2 du paragraphe 1er de la loi de 1790 et dans l'article 538 du Code civil.

la meilleure. On lui a reproché, il est vrai, de confondre l'effet avec la cause. Si, a-t-on dit, les parties du domaine public ne peuvent être acquises par personne, c'est parce qu'elles sont affectées à l'usage de tous. Mais cette objection ne nous paraît pas exacte. Les deux idées sont distinctes. Il y a des choses qui, tout en servant à l'usage public, peuvent très bien rester soumises aux règles ordinaires du droit civil, et faire partie du domaine privé de l'Etat ou de la commune ; tels les ministères, les mairies, les écoles. D'autres, au contraire, comme les routes, les rivières navigables ou flottables, échappent par leur nature même au régime de la propriété privée. « On ne comprendrait guère qu'on étendît aux routes, aux fleuves, aux rivages, les règles ordinaires sur la propriété et les services fonciers. On n'est pas surpris d'entendre dire que de telles choses sont inaliénables et imprescriptibles ; personne n'aurait l'idée de supposer qu'on pût acheter une portion de la place publique, d'un port ou d'un fleuve. Mais y a-t-il les mêmes raisons de soustraire aux règles de la propriété privée une école ou une mairie ?... Quel texte ou quel principe peut nous amener à faire de l'école communale une dépendance du domaine public inaliénable et imprescriptible ? » (1).

Il ne faut donc comprendre dans le domaine public que la voirie terrestre, routes, rues, places, quais, chemins, voies ferrées ; les fortifications ; la voirie fluviale, rivières navigables ou flottables, canaux ; les rivages de la mer ; les ports, havres ; la mer territoriale. Il faut, au contraire, ranger dans le domaine privé les édifices publics et les objets mobiliers contenus dans les musées et les bibliothèques.

Les biens du domaine public, n'étant pas susceptibles de propriété, ne font pas partie du patrimoine de la personne publique (2). Celle-ci en a seulement la garde et la conservation.

(1) Berthélemy, *op. cit.*, p. 478.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, § 169, p. 48 ; Proudhon, *Traité du domaine public*, nos 202 et 204 ; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6e éd., t. II, n° 910 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 711. — *Contrà :* Hauriou, *Traité de droit administratif*, 10e éd., p. 626 et s.

Elle ne peut en disposer sous aucune forme, tant que la chose reste affectée à l'usage commun.

Observation. — L'Etat, les départements, les communes et les colonies possèdent chacun un domaine public spécial. Au contraire, le droit de domaine public n'appartient pas aux établissements publics.

222.— *Biens du domaine privé.* — La personne administrative en jouit, comme un particulier de sa propre chose. Elle a sur eux un droit de propriété pur et simple. Aussi ces biens sont-ils aliénables et prescriptibles. Les biens appartenant à des établissements publics rentrent tous dans cette classe.

Parmi les biens du domaine privé de la commune, il y a une catégorie qui mérite une mention spéciale. Ce sont les *biens communaux.* Ces biens sont affectés à l'usage des habitants, qui en ont la jouissance en nature. Ils comprennent des bois et des terres incultes propres seulement au pâturage (1). On admet ordinairement qu'ils font partie du domaine privé de la commune (2). Mais d'autres auteurs prétendent qu'ils sont la copropriété des habitants ou représentent un vestige de propriété collective (3).

(1) Ces terrains communaux sont encore considérables ; ils représentent plus de quatre millions et demi d'hectares, soit environ la onzième partie du territoire de la France. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 3088.

(2) Hauriou, *Droit admin.*, 10e éd., *p.* 854 ; Baudry-Lacant. et Chauveau, *Des biens*, n° 184 ; Berthélemy, *Droit admin.*, 11e éd., p. 628 et s.

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I. n° 3089 ; Planiol, Ripert et Picard, *Des biens*, n° 118.

CINQUIÈME PARTIE

DE L'ACQUISITION ET DE L'EXTINCTION DES DROITS. — LES ACTES JURIDIQUES

223.— *Observation préliminaire.* — Cette cinquième partie sera presque exclusivement consacrée aux droits du patrimoine. Les droits de famille ne sont pas à proprement parler nous l'avons déjà observé, des droits subjectifs.

La volonté de l'homme joue un rôle prédominant pour l'acquisition et l'extinction des droits du patrimoine. Dans les rapports de famille, au contraire, elle n'a qu'une place restreinte. Sans doute, le mariage, l'adoption, l'émancipation, la reconnaissance d'un enfant naturel sont des actes volontaires, qui créent ou modifient les rapports de famille, mais ils diffèrent profondément, nous le verrons, de ceux par lesquels les hommes créent, transmettent ou éteignent les droits du patrimoine. Les règles que nous allons étudier ne s'appliquent qu'exceptionnellement aux premiers de ces actes.

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES (1)

§ 1. — Notions générales sur l'acquisition et l'extinction des droits

224. — Acquisition des droits. — On peut acquérir un droit du patrimoine de deux façons différentes. Ou bien, ce droit naît directement sur la tête de la personne, ou bien il lui est transmis par une autre personne qui en était auparavant titulaire.

Dans le premier cas, on dit qu'il y a acquisition originaire ; dans le second, acquisition dérivée.

Quand il s'agit de droits réels, le plus souvent l'acquisition est dérivée. En effet, comme nous l'avons dit déjà, dans un Etat civilisé presque toutes les choses susceptibles de servir aux besoins de l'homme sont l'objet d'un droit de propriété, et pour acquérir un droit sur elles, il faut en principe traiter avec celui qui en est propriétaire.

Pourtant, on peut acquérir un droit sur la chose d'autrui par le fait de la prescription acquisitive, qui suppose une possession prolongée de la chose. En outre, on peut devenir propriétaire par l'occupation de choses qui n'appartiennent à personne, ou qui ont été abandonnées par leur propriétaire.

Les autres droits du patrimoine, droits de créance et droits intellectuels sont, au contraire, des droits qui naissent directement en la personne de leur titulaire. Par exemple, le droit de créance naît par l'effet d'un contrat ou d'un autre acte.

(1) Consulter Savigny, *Traité de droit romain*, t. III ; Goudsmit, *op. cit.*, ch. V, § 47 et s. ; Windscheid, *op. cit.*, 8e éd. publiée par Kipp, t. I, § 63 et s. ; Puchta, *Institutionem*, t. II, § 198 et s. ; Unger, *op. cit.*, t. II, § 71 et s. ; Crome, *op. cit.*, § 20 et 21 ; Regelsberger, *op. cit.*, t. I, § 119 à 123 ; Endemann, *op. cit.*, t. I, § 57 et 58.

comme un délit ou un quasi-délit. Le droit de l'auteur, de l'artiste, de l'inventeur, etc., naît du fait de la création imaginée par ces personnes.

Ces droits une fois nés, sont, comme les droits réels, susceptibles d'être cédés par leurs titulaires à d'autres personnes.

225. — Ayants cause. — La transmission du droit d'une personne à une autre s'appelle succession. Le titulaire précédent prend le nom d'auteur, et le nouveau celui d'ayant cause.

La transmission s'opère soit à titre particulier, lorsque l'ayant cause acquiert seulement un ou plusieurs droits déterminés, soit à titre universel, lorsqu'elle s'applique à l'universalité des biens d'une personne ou à une quote-part de cette universalité. Il y a donc deux classes d'ayants cause : les ayants cause à titre universel et les ayants cause à titre particulier.

La succession à titre universel ne s'accomplit, dans notre Droit, qu'au moment de la mort. Elle comprend à la fois les biens et les dettes du défunt. L'héritier, par exemple, devient titulaire de tous les droits qui appartenaient au défunt ; il est également tenu d'acquitter toutes les obligations dont celui-ci était débiteur. Pour bien marquer cet effet, on peut dire que la succession à titre universel a pour objet le patrimoine même du défunt. Les ayants cause à titre universel sont : les héritiers et les successeurs irréguliers appelés par la loi à la succession du défunt ; les légataires universels ou à titre universel ; les donataires de biens à venir, c'est-à-dire ceux que le disposant institue héritiers non par sa seule volonté, c'est-à-dire par testament, mais par un accord de sa volonté avec celle de l'institué (1).

(1) Art. 1082, 1083, 1093, C. civ.

Les créanciers chirographaires, c'est-à-dire les créanciers qui n'ont ni privilège ni hypothèque, sont ordinairement rangés dans la classe des ayants cause à titre universel. En effet, ils ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2092, C. civ.), et on en conclut qu'ils sont des ayants cause à titre uni-

Les ayants cause à titre particulier, au contraire, sont ceux qui ont acquis un ou plusieurs droits déterminés ; tels sont le donataire, l'acheteur, le légataire d'une chose ou d'une somme d'argent.

A la différence des ayants cause à titre universel, le donataire, le légataire à titre particulier, ne sont pas tenus de payer les dettes du défunt.

Du jour où l'ayant cause à titre particulier a acquis le droit de l'auteur, il ne dépend plus de ce dernier de changer le contenu de ce droit. Les actes passés par l'auteur antérieurement à la transmission, et qui ont eu pour objet de modifier l'étendue du droit, sont opposables à l'acquéreur ; mais les actes postérieurs ne produisent aucun effet vis-à-vis de celui-ci. Aussi dit-on que l'ayant cause à titre particulier est à la fois, à l'égard de son auteur, un ayant cause et un tiers. Il est un ayant cause pour les actes antérieurs, il est un tiers pour les actes postérieurs (1).

226. — La transmission d'un droit d'une personne à une autre n'en modifie ni le contenu, ni l'étendue ; il ne subit aucune modi-

versel parce que leur droit porte sur l'universalité des biens du débiteur.

Il y a, en effet, des points de ressemblance entre ces deux groupes d'ayants cause. De même que les successeurs à titre universel succèdent aux droits de l'auteur, de même les créanciers chirographaires peuvent, en vertu de l'article 1166 du Code civil, faire valoir les droits de leur débiteur. De même aussi, d'autre part, que les actes passés par l'auteur sont opposables aux premiers, de même les actes du débiteur sont opposables aux créanciers chirographaires, en ce sens qu'ils doivent subir le concours des autres créanciers même postérieurs, et ne peuvent plus saisir les biens aliénés par le débiteur.

Mais, la situation des créanciers diffère de celle des ayants cause à titre universel. Ainsi, il est bien évident que les obligations contractées par le débiteur ne peuvent être poursuivies contre ses créanciers.

Aussi, pour éviter toute confusion, vaut-il mieux placer les créanciers dans une classe à part distincte des deux autres. Les créanciers, en effet, ne sont pas des successeurs ; à proprement parler, ils n'ont rien acquis du débiteur ; il n'y a pas eu transmission d'un droit du patrimoine du débiteur dans le leur. Cf. Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 765 et 766 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 305 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 313.

(1) Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 767 et 768 ; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 305.

fication dans sa nature et dans ses effets ; il reste ce qu'il était entre les mains du précédent titulaire. On exprime cette règle sous la forme suivante : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (1). Exemples :

1° J'achète une maison grevée d'une hypothèque, ou d'une servitude au profit du fonds voisin, je suis obligé de respecter l'existence de ces droits réels qui diminuent l'étendue du droit de propriété. 2° J'ai un droit de créance contre Pierre, mais ce droit est soumis à une condition résolutoire, je le cède à Paul. Le droit de créance, bien qu'étant passé sur la tête de Paul, reste toujours subordonné à la même modalité. 3° Enfin, une personne qui n'est pas propriétaire ou qui a déjà cédé son droit de propriété, vend une chose à un tiers. Cette aliénation ne transférera aucun droit à l'acquéreur ; elle ne peut pas, par elle-même, préjudicier aux droits du légitime propriétaire ou du précédent acquéreur (2).

(1) Plusieurs articles du Code consacrent implicitement cette règle, articles 1664, 2125, 2182.

(2) Cette règle : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, forme le pivot de notre droit actuel. En matière de mutations de la propriété et de constitutions de droits réels, elle a l'inconvénient de laisser planer une certaine instabilité sur l'effet de ces actes, puisque le droit de l'acquéreur est soumis à toutes les charges qui grevaient celui de son auteur, à toutes les causes de résolution ou de nullité qui existaient contre ce dernier. Cette incertitude est de nature à jeter le trouble dans le commerce juridique, aussi la loi l'a-t-elle écartée dans une très large mesure, principalement en ce qui concerne les mutations de la propriété et constitutions de droits réels :

1° En premier lieu, en matière mobilière, l'acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel peut invoquer la maxime de l'art. 2279, C. civ. : en fait de meuble possession vaut titre, maxime qui le protège contre toute revendication du chef du précédent propriétaire.

2° En second lieu, la loi a soumis à la publicité les principaux actes entre-vifs de transfert de la propriété des immeubles et les constitutions de droits réels sur les mêmes biens, et même les concessions de certains droits personnels de jouissance, comme les baux de plus de 18 ans. Grâce à cette publicité, tout acquéreur d'un immeuble peut vérifier l'existence du droit de l'aliénateur, son étendue, les charges qui grèvent le bien, etc.

3° Enfin, lorsqu'une personne est en possession d'une hérédité et passe aux yeux des tiers pour être le véritable héritier alors qu'elle n'est qu'héritier apparent, les actes passés par elle sont valables et opposables au véritable héritier. (Voir Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 973.)

Tous les droits sont susceptibles d'être transmis d'une personne à une autre. Par exception, certains cependant ne peuvent pas changer de titulaire. Ce sont d'abord les droits de famille, parce qu'ils constituent des rapports purement personnels fondés sur la situation particulière dans laquelle se trouvent deux personnes unies par les liens du sang, et quelques droits patrimoniaux, qui sont établis en vue d'une personne déterminée et ne peuvent pas passer sur la tête d'une autre, parce que ce transfert les dénaturerait ou les modifierait dans leurs éléments essentiels ; tels sont l'usage et l'habitation (1).

227. — Extinction des droits. — L'extinction d'un droit peut résulter soit d'un acte de transmission à un tiers, soit d'une renonciation, soit d'une abstention prolongée, soit encore, quand il s'agit de droits viagers, de la mort du titulaire. La disparition de l'objet du droit entraîne également son extinction.

§ 2. Des faits juridiques ; des actes juridiques.

228.— Les événements qui font naître les droits, les transmettent, les modifient ou les éteignent, constituent des *faits juridiques*.

Cette expression est très large ; elle comprend tous les faits, soit purement matériels et indépendants de la volonté de l'homme, soit produits par l'activité de ce dernier, qui ont pour conséquence de créer, de modifier ou d'éteindre des droits. Le fait juridique n'est pas toujours un événement simple, se produisant à un moment déterminé, comme la mort, la naissance. Il se compose parfois de plusieurs éléments dont la réunion est indispensable pour produire un effet de droit. Ainsi, la possession d'une chose, prolongée pendant un certain laps de temps, possession qui fait acquérir la propriété, suppose une série d'actes successifs d'ap-

(1) Art. 631, 634, C. civ. Le droit d'usufruit, lui, n'est pas incessible (art. 595, C. civ.), mais quand il est cédé, il reste fixé pour sa durée sur la tête de l'usufruitier et meurt avec lui. Consulter Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. II, § 230, p. 696 et 697.

propriation ; de même, la conclusion d'un contrat exige l'accord de deux volontés. Enfin, les parties qui font un acte juridique peuvent encore en subordonner les effets à l'arrivée d'un événement futur et incertain (condition).

229. — Les faits juridiques se divisent en deux groupes principaux :

1° *Les faits indépendants de la volonté de l'homme :* ce premier groupe comprend tous les événements naturels ou accidentels qui entraînent des conséquences juridiques. Ils sont très divers. Il faut citer d'abord la naissance et la mort, la minorité, la parenté, l'écoulement d'un certain laps de temps, la contiguïté des immeubles, l'accident qui frappe dans son travail un ouvrier employé par un chef d'entreprise (1), etc.

2° *Les faits volontaires :* ce second groupe est bien plus important. Il renferme tous les actes de l'homme qui ont pour résultat de faire naître, de transférer ou d'éteindre des droits. L'activité humaine est la source génératrice des droits, car le Droit objectif a pour objet de régler les relations incessantes des hommes vivant en société (2).

Sans doute, toutes les actions de l'homme n'engendrent pas des conséquences juridiques ; cependant, comme sa vie n'est qu'une série d'échanges et de rapports avec ses semblables, la plupart de ses actes produisent des effets de droit. Le rôle du Droit positif consiste précisément à faire une classification de ces actes, à fixer les traits caractéristiques de chaque espèce et à préciser les effets juridiques qu'ils engendrent.

(1) Loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

(2) Le Code civil a fait cette distinction des deux grandes classes de faits juridiques dans la matière des obligations. Il distingue deux catégories d'engagements : ceux qui dérivent de la volonté ou du fait personnel de l'obligé (art. 1101, 1370) (contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits), et ceux qui résultent de l'autorité seule de la loi. Sous cette dernière expression, l'article 1370 du Code civil réunit tous les événements, autres qu'un fait de l'homme, qui donnent naissance à des obligations.

Un premier coup d'œil jeté sur cette masse permet de diviser les faits volontaires en deux classes, de fort inégale importance d'ailleurs.

La première, qui est de beaucoup la plus vaste, comprend ceux qui ont été accomplis en vue de produire des effets de droit, c'est-à-dire d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits. On peut citer comme type le contrat, qui est un accord de volontés formé pour créer des obligations entre deux ou plusieurs individus.

Dans la deuxième, se rangent les actes auxquels le droit attache un effet juridique, sans s'inquiéter de l'intention de leur auteur. Ils diffèrent donc des précédents, en ce que l'effet juridique ne découle pas de la volonté de celui qui les a accomplis ; cet effet se produit indépendamment de cette volonté ; il est directement créé par le Droit. Il faut citer, en première ligne, les délits et les quasi-délits (art. 1382 et suiv., C. civ.), c'est-à-dire les actes illicites qui causent un dommage à autrui. Le Droit oblige celui qui les a commis à réparer le préjudice subi par la victime. Il est bien évident que l'auteur de l'acte dommageable n'a pas agi dans l'intention de faire naître un rapport de droit ; il n'a pas voulu s'obliger par l'acte qu'il a commis, qu'il ait agi méchamment avec l'intention de nuire (délit), ou qu'au contraire, il ait commis une simple négligence ou une imprudence (quasi-délit).

Rentre encore dans cette seconde classe le fait de ne pas exercer un droit pendant un certain temps. Cette omission entraîne l'extinction du droit, bien que cette extinction soit, dans la plupart des cas, contraire à la volonté même du titulaire du droit.

Les actes de la première classe sont les plus nombreux, les plus importants ; ils tiennent une place prépondérante dans la masse des faits juridiques. Ce sont eux qui forment la trame de la vie sociale. On les appelle les *actes juridiques*. Ils se divisent eux-mêmes en plusieurs catégories pour chacune desquelles le droit établit une réglementation spéciale. Mais on retrouve à la base de chacun d'eux un

même élément commun, qui est la manifestation de volonté de celui ou de ceux qui les ont accomplis. Aussi, au-dessus de cette diversité de réglementation, rencontre-t-on un ensemble de dispositions générales qui sont applicables à tous les actes juridiques, et dominent ainsi toute la matière du droit civil.

C'est à l'étude de ces dispositions que sera consacré le chapitre suivant. Notre Code civil ne contient pas de titre ayant pour objet l'exposé de ces règles fondamentales. Il s'est contenté d'esquisser, dans le titre troisième du livre III, une théorie générale des contrats (1). Nous aurons donc à rechercher, dans les diverses parties du Code, les dispositions que l'on peut, sans les déformer, généraliser et étendre à tous les actes juridiques.

(1) Voir les art. 1101 à 1125, 1156 à 1164, 1168 à 1188, 1304 et s.

CHAPITRE II

DES ACTES JURIDIQUES (1)

SECTION PREMIERE

DÉFINITION ET PRINCIPALES CLASSIFICATIONS DES ACTES JURIDIQUES

230. — L'homme accomplit des actes juridiques en vue d'acquérir, de transmettre, d'éteindre un droit, ou de préparer cet effet. Il passe des contrats, les exécute, fait ou reçoit des donations, dispose de ses biens par testament, accepte une succession, un legs, ou y renonce, etc. Le Droit, régulateur du commerce des hommes, fait produire à ces actes les effets juridiques voulus par celui ou ceux qui les ont passés.

L'acte juridique peut donc être défini : une manifestation extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquérir, de transmettre, de modifier ou d'éteindre un droit, et qui produit l'effet voulu par son auteur, parce que le Droit sanctionne cette manifestation de volonté (2).

Ainsi, l'acte juridique présente les deux traits distinctifs suivants :

1° La volonté de celui ou de ceux qui font l'acte tend vers un but juridique ;

(1) Cons. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, § 264 à 349 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 60 et s. ; Bonnecase, *Supplément au traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. II, p. 314 et s. ; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, ch. III; Jèze, *Les principes généraux du Droit administratif*, 3e édit., p. 25 et suiv ; Georges Renard, *La valeur de la loi*, Paris, 1928, p. 77 et suiv. ; Crome, *op. cit.*, § 22 à 36 ; Regelsberger, *op. cit.*, t. I, § 129 et suiv ; Endemann, *op. cit.*, t. I, § 60 et s. ; Saleilles, *De la déclaration de volonté* (1901).

(2) Comp. la définition que donnait le premier projet du Code civil allemand : *Motive*, t. I, § 64, p. 126.

2° Le Droit attache à cet acte un effet juridique, parce que cet effet a été voulu par l'auteur. Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se produirait pas ; on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté.

C'est là ce qui distingue l'acte juridique des autres actions de l'homme qui produisent aussi des conséquences juridiques, comme le délit, par exemple. La volonté joue dans cet acte un rôle prépondérant.

L'acte juridique nous apparaît donc comme un acte libre produisant les effets que son auteur ou ses auteurs ont voulu y attacher.

Les articles 1134 et 1156 du Code civil consacrent pour les contrats, qui sont les actes juridiques les plus importants, ce grand principe de la liberté des parties ou, comme on dit encore, de l'autonomie de la volonté : « Les conventions légalement formées, dit le premier, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Et le second ajoute : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Ce principe s'applique du reste non seulement en matière de contrats, mais à tous les actes juridiques. Ainsi, notamment, le testateur règle comme il veut la dévolution de ses biens au moment de son décès, et sa volonté doit être respectée à l'instar de la loi.

Cependant cette liberté n'est pas absolue. Le Droit lui trace des limites. Il édicte certaines règles impératives, basées sur des considérations d'ordre public ou destinées à assurer le respect des bonnes mœurs, ou encore à protéger certaines personnes, et l'application de ces règles ne peut pas être écartée par les parties (1).

Observation. — Il est bien rare que les parties qui font un acte juridique, dont les effets sont laissés à leur libre appréciation, prévoient et déterminent toutes les conséquences juridiques qu'il devra produire. Ceux qui font un contrat se contentent presque toujours d'en préciser les clauses principales, sans en déterminer les points secondaires.

(1) Voir ci-dessus, n° 26.

Aussi le Droit réglemente-t-il avec soin les effets que produisent les principaux actes juridiques, et ce sont ces règles abstraites qui s'appliquent aux actes passés par les parties tant que celles-ci ne les ont pas remplacées par d'autres (1).

231.— Les principales classifications des actes juridiques sont les suivantes :

1° Actes exigeant le concours de deux volontés (actes bilatéraux) ; Actes exigeant seulement une volonté (actes unilatéraux).

232.— Les actes exigeant le concours de deux volontés sont les *conventions*. La convention suppose l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes en vue de produire un effet juridique, c'est-à-dire de créer, de transformer ou d'éteindre un rapport de droit ; cet accord de volontés s'appelle le consentement (*consentire est in unam eamdemque sententiam concurrere*).

Toute espèce de rapports de droit peut faire l'objet d'une convention : « Il peut exister des conventions en droit international, en droit public, en droit privé. Les alliances, les traités de paix, la soumission d'un Etat indépendant à un autre Etat, sont des contrats de droit international... » (2) En matière de Droit privé, la convention s'applique à toutes les institutions juridiques. Les conventions servent à créer, transmettre, modifier, éteindre des droits de créance ou des droits réels (3).

(1) Voir ci-dessus, n° 25.
(2) Savigny, *op. cit.*, trad. Guénoux, t. III, p. 325.
(3) Dans le Droit de la famille, le mariage et l'adoption se forment par un accord des volontés des deux parties, mais ce ne sont pas pour cela de véritables contrats. Il y a en effet entre ces accords et les contrats du droit du patrimoine des différences essentielles :

1° Le mariage, l'adoption, ne sont pas seulement des actes solennels, qui, comme certains contrats du Droit du patrimoine, doivent être conclus devant un officier public ; l'autorité publique intervient directement dans la conclusion de ces actes, c'est elle qui les célèbre (art. 165, 355 à 357, C. civ.).

2° Dans le mariage et l'adoption, les volontés des parties n'interviennent que pour la conclusion de l'acte, mais non pour la réglementation de ses effets, lesquels sont exclusivement réglés par

L'article 1101 du Code civil distingue le *contrat* de la *convention*. Le contrat est, en effet, une convention d'une espèce particulière ; il a pour but de faire naître ou de transmettre un droit patrimonial, droit de créance, droit réel ou droit intellectuel. On réserve donc le nom de convention aux accords de volontés destinés à modifier ou à éteindre des droits. Ainsi, l'accord par lequel deux personnes décident de résilier un contrat qu'elles ont antérieurement conclu est une convention. « La convention est le genre, et le contrat l'espèce. » (1)

Au surplus, la distinction entre les contrats et les conventions n'a qu'un intérêt de terminologie ; les mêmes règles générales s'appliquent aux uns et aux autres. A plusieurs reprises, le Code civil emploie indifféremment ces deux expressions.

233. — Les actes unilatéraux sont l'œuvre d'une seule personne ; la volonté de cette personne suffit alors pour produire un effet juridique. Tels sont le testament (2), par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ; les quasi-contrats. Le quasi-contrat est, d'après l'article 1371 du Code civil, un fait volontaire et licite qui engendre un rapport de droit entre deux personnes. Tantôt ce fait est l'œuvre d'une seule personne : par exemple, la gestion d'affaires, qui consiste à accomplir un acte dans l'intérêt d'autrui, sans en avoir été chargé ; l'acceptation d'une succession par un héritier. Tantôt le quasi-contrat

la loi et ne peuvent être en aucune façon modifiés par les parties.

3° Dans les contrats du Droit du patrimoine, les parties peuvent introduire des modalités (terme, condition) afin de retarder, suspendre ou résoudre les effets du contrat. Rien de semblable, dans le mariage et l'adoption et, d'une façon plus générale, dans les actes du Droit de la famille.

4° Enfin les parties qui se sont liées par un contrat peuvent le résilier ou l'anéantir par un nouvel accord de volonté (*distractus*). Rien de semblable non plus dans le mariage ni dans l'adoption.

(1) Aubry et Rau, op. cit., 5e éd., t. IV, § 340, p. 467 : « L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle contrat. » Pothier, *Traité des obligations*, n° 3, éd. Bugnet, t. II, p. 4.

(2) Art. 895, C. civ.

suppose le concours de deux personnes : ainsi, le paiement de l'indû, qui consiste à payer une chose dont on se croit à tort débiteur, engendre, en la personne de l'*accipiens*, l'obligation de restituer ce qu'il a reçu. Le paiement de l'indû diffère du contrat, parce qu'il n'y a pas eu entre les deux parties, *solvens* et *accipiens*, accord pour faire naître cette obligation. Donc le quasi-contrat diffère du contrat en ce qu'il n'est pas le résultat d'un accord de volontés.

On peut encore citer, dans la classe des actes unilatéraux, l'engagement résultant parfois d'une manifestation unilatérale de volonté, comme la promesse de récompense, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée par la volonté de l'une des parties, la renonciation à une succession ou à un legs, l'occupation, l'abandon et, dans le Droit de famille, l'émancipation, la reconnaissance d'un enfant naturel.

2° Libéralités ou actes à titre gratuit, contrats désintéressés, contrats à titre onéreux.

234. — Les libéralités ou actes à titre gratuit procurent un avantage au bénéficiaire sans qu'il soit obligé de fournir un équivalent ; ils sont faits dans une pensée de bienfaisance: tels sont la donation entre-vifs, l'institution contractuelle, le testament.

Les contrats désintéressés sont ceux dans lesquels un contractant agit uniquement pour rendre service à l'autre. Ainsi, le commodat ou prêt à usage, le prêt d'argent sans intérêt, le mandat sans rétribution du mandataire, le dépôt, quand le dépositaire n'a stipulé aucun salaire pour la garde de l'objet déposé, sont des contrats désintéressés de la part du commodant, du prêteur, du mandataire, du dépositaire.

Les contrats à titre onéreux imposent un sacrifice équivalent à l'avantage qu'ils procurent, comme la vente, le louage, le prêt à intérêt. Ce sont naturellement les plus fréquents parmi les actes juridiques.

3° Actes entre vifs, actes à cause de mort.

235. — Les actes à cause de mort ou de dernière volonté sont ceux par lesquels une personne dispose de ses biens

pour le temps où elle n'existera plus ; ils peuvent être révoqués jusqu'au décès et ne produisent leurs effets qu'à ce moment. Le seul mode de disposition à cause de mort autorisé par notre Droit actuel est le testament. Tous les autres actes sont des actes entre vifs, dont les effets se réalisent du vivant de leur auteur (1).

SECTION II

Du rôle de la volonté dans les actes juridiques (2)

§ 1er. *Notions générales.*

§ 2. *Comment la déclaration de volonté doit-elle être formulée ?*

§ 3. *Cas où la déclaration de volonté est simulée.*

§ 4. *Des vices qui peuvent entacher la volonté : Erreur, Dol, Violence, Lésion.*

§ 1er. — Notions générales

236. — L'élément essentiel de tout acte juridique est la volonté de son auteur.

Lorsque l'acte juridique est unilatéral, il n'y a qu'une volonté. Lorsque c'est un contrat, il faut alors que les volontés des contractants se mettent d'accord sur les différents éléments qui constituent le contrat, par exemple, s'il s'agit d'une

(1) Le Droit romain et notre ancien Droit connaissaient en outre la donation à cause de mort, qui a disparu depuis l'ordonnance de 1731 sur les donations.

Cependant il existe dans notre Droit un mode de disposition à cause de mort qui se réalise par la voie d'un contrat : c'est l'institution contractuelle ou donation de biens à venir, par laquelle le donateur institue le donataire héritier de tout ou partie de ses biens (art. 1082, 1083, 1093, C. civ.). Ce mode d'institution ne peut être employé qu'entre époux ou dans un contrat de mariage entre futurs époux ou au profit de l'un d'eux par un tiers. Son effet ressemble beaucoup à celui du testament, puisque l'institué ne recueille les biens qu'au jour du décès du donateur. Mais sa nature contractuelle la sépare du testament qui est l'œuvre du testateur seul. (Cons. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. 3, p. 827 et s.).

(2) Cons. les ouvrages de droit civil français sur la matière des obligations et la théorie générale des contrats, art. 1101 et s., C. civ. ; voir spécialement Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 267 et s. ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 65 et s. ; Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923-1925, 5 vol. parus sur les sources des obligations ; Cons. aussi Crome, *op. cit.*, § 23 à 27.

vente, sur la chose vendue et sur le prix et son paiement. Cet accord s'appelle le consentement. Chacune des parties contractantes doit consentir, c'est-à-dire que sa volonté doit concourir avec celle de l'autre ou des autres pour la conclusion de la convention (art. 1108, C. civ.).

La volonté ne produit un effet juridique qu'autant qu'elle sort du for intérieur, et se manifeste extérieurement par une déclaration.

La déclaration de volonté peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est expresse lorsqu'elle est faite par des moyens destinés à la porter directement à la connaissance des tiers. Elle peut être exprimée verbalement ou par écrit ; ou bien encore, celui qui contracte fait connaître sa volonté par un signe de tête affirmatif qui la manifeste d'une façon non équivoque.

La déclaration tacite est plus rare. Elle consiste à accomplir certains actes qui, sans être destinés à faire connaître directement aux tiers la volonté, la font cependant apparaître clairement. Ainsi, l'acceptation d'une succession est tacite, nous dit l'article 778 du Code civil, « quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier » : par exemple, il vend les objets faisant partie de l'hérédité, il paye les créanciers (1). Quelquefois même, la déclaration tacite résultera du simple silence. Le cas se produit en matière de bail. Lorsqu'un contrat de louage d'immeuble est arrivé à son expiration, si le preneur reste en possession des lieux loués avec le consentement du bailleur, il s'opère un nouveau bail par tacite reconduction (art. 1738, C. civ.).

Mais le silence d'une personne ne vaut comme déclaration de volonté que si les circonstances dans lesquelles il se produit manifestent d'une façon certaine et non équivoque son intention de faire l'acte (2).

(1) Voir aussi l'art. 1985, 2e al., C. civ.

(2) Voir Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. 2, p. 275.

§ 2. — Comment la déclaration de volonté doit-elle être formulée ?

237. — Notre Droit moderne ne soumet pas les parties qui font un acte juridique à l'obligation d'exprimer leur volonté dans une forme solennelle, ni même par écrit. En principe, un acte juridique est valable, quelle que soit la façon dont se manifeste la volonté de ses auteurs.

Dans les législations primitives, au contraire, chaque acte juridique est soumis à des formalités déterminées par le droit. Le formalisme présente, en effet, des avantages. Il est pour les actes juridiques, a dit Ihering (1), ce qu'est l'empreinte pour la monnaie. Il supprime tout doute sur la volonté des parties et sur la nature de l'acte qu'elles ont entendu conclure. En outre, il en conserve le souvenir et en facilite la preuve ultérieure, ce qui est fort utile à une époque où l'usage de l'écriture est peu répandu.

Mais le développement du commerce juridique s'accommode mal de l'obligation d'employer des formes qui retardent la conclusion des contrats, exigent la présence ou la représentation des parties, entraînent des frais. Aussi le Droit moderne a-t-il définitivement abandonné cette conception (2).

Néanmoins, le formalisme n'a pas complètement disparu de notre Droit. Il y joue un double rôle.

238. — I. Il y a encore quelques actes juridiques dont la conclusion est soumise à l'observation de formalités prescrites par la loi. On les appelle des *actes formels* ou *solennels*. Ils sont en petit nombre. La loi conserve ici le formalisme pour protéger l'intéressé contre une détermination trop rapide ou irréfléchie, et aussi pour le défendre contre tout abus d'influence et sauvegarder l'indépendance de sa volonté.

Les formes établies par elle consistent, suivant les cas :

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2e éd., t. III, p. 178.

(2) Le Code civil allemand consacre également la règle que les actes juridiques ne sont soumis à aucune formalité. Voir Saleilles, *Déclaration de volonté*, sur l'article 125, p. 78 et s. ; Voir aussi *Motive zu dem Entwurf eines B. G. B.*, t. I, § 91, p. 179.

1° Dans l'écriture (1) ;

2° Dans l'obligation de passer l'acte devant certains officiers publics (2), ou en un lieu déterminé (3) ;

3° Dans la nécessité de témoins instrumentaires qui doivent assister à l'acte (4).

L'acte solennel qui n'est pas fait conformément aux prescriptions de la loi, est dénué de toute valeur. La déclaration de volonté qu'il contient reste inefficace du moment qu'elle n'a pas été exprimée dans la forme imposée par le législateur. *Forma dat esse rei.*

239. — II. En second lieu, le Droit moderne a organisé des formalités d'un genre nouveau qui sont destinées à porter certains actes à la connaissance des tiers, c'est-à-dire des personnes qui n'y ont pas été parties, et auxquelles ils pourraient être un jour opposés. Il en est ainsi notamment des actes entre vifs relatifs à la propriété immobilière. La sécurité des transactions exige que l'acquéreur d'un immeuble puisse connaître sans difficulté son propriétaire et les charges dont il est grevé. C'est pourquoi les opérations qui ont pour objet soit l'aliénation d'un immeuble, soit la constitution d'un droit réel ou d'un droit de jouissance sur un immeuble, sont soumises à la publicité. Cette publicité est obtenue par la transcription ou la mention de ces actes sur des registres publics que chacun peut consulter (5).

(1) Art. 970, C. civ. Le testament olographe doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

(2) Ainsi, le contrat de mariage (art. 1394, C. civ.), la donation (art. 931, C. civ.), le contrat d'hypothèque (art. 2127, C. civ.), la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 9, loi du 23 mars 1855), la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250, 2°, C. civ.), le testament public (art. 971, C. civ.), le testament mystique (art. 976, C. civ.), doivent être passés devant notaire. Les actes concernant l'état des personnes sont tous soumis à des formes déterminées par la loi : V. art. 75 pour le mariage, 334 pour la reconnaissance des enfants naturels, 353 pour l'adoption, 477, 478 pour l'émancipation.

(3) Art. 784, 793, C. civ.

(4) Voir, pour les actes notariés, art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, modifié par la loi du 12 août 1902 ; pour le testament public, art. 971, C. civ. ; pour le testament mystique, art. 976, C. civ.

(5) La loi soumet également à la publicité les faits qui sont de

Ces formalités n'ont pas le même but que les précédentes ; elles ne sont pas requises pour la validité intrinsèque de l'acte, mais seulement pour son opposabilité aux tiers. Lorsqu'elles n'ont pas été observées, l'acte reste valable, mais il ne produit aucun effet vis-à-vis des personnes en faveur desquelles les mesures de publicité ont été édictées.

239 *bis*. — La très grande majorité des actes juridiques relatifs au Droit du patrimoine n'est soumise à aucune forme par la loi. Les parties peuvent exprimer leur volonté comme elles veulent. Ordinairement, si l'acte est important et, surtout, s'il s'agit d'une convention, elles rédigent un écrit. Elles peuvent se contenter de faire un acte sous seing privé, c'est-à-dire un acte signé par elles, sans intervention d'un officier public. Mais si la convention porte sur un chiffre élevé, elles décideront souvent de faire constater le contrat par un acte notarié.

La rédaction d'un écrit procure aux intéressés le moyen de prouver l'existence de l'acte qu'ils ont passé, au cas où il serait plus tard dénié ou contesté (1). L'écrit que les parties conviennent de dresser constitue donc un mode de preuve indépendant de l'acte juridique lui-même ; ce dernier est formé et produit ses effets du jour où il y a eu déclaration de volonté ou accord de volontés, même si l'écrit n'a pas encore été rédigé. Cependant, il pourrait en être autrement et les parties pourraient décider que l'acte ne sera valable qu'autant qu'un écrit aura été dressé. Dans ce cas, elles transforment le contrat en un véritable acte formel. Mais il n'en

nature à modifier la capacité, comme l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire (art. 501, C. civ.), ou l'état des personnes. Cette publicité est obtenue par divers procédés dont nous ne pouvons parler ici.

(1) L'article 1341, C. civ., modifié par la loi du 2 avril 1928, prohibe la preuve par témoins de tout acte juridique présentant un intérêt supérieur à 500 francs. Cette règle a pour but de restreindre le nombre des contestations, en obligeant les parties à se procurer une preuve écrite des actes qu'elles passent. Il résulte de là que si un acte dont l'objet a une valeur supérieure à 500 francs n'a pas été constaté par écrit, et que son existence soit plus tard contestée, les parties n'ont aucun moyen de prouver la réalité de cet acte.

est ainsi qu'autant que leur intention a été clairement exprimée (1).

§ 3. — Cas où la déclaration de volonté est simulée (2)

240. — La déclaration de volonté est quelquefois simulée; elle ne correspond pas à la volonté réelle de l'intéressé ; elle est émise pour tromper les tiers sur l'intention véritable de l'auteur de l'acte. Les parties font un acte apparent, sous lequel se cache celui qu'elles veulent accomplir. L'acte réellement voulu reste secret, il n'apparaît pas aux yeux des tiers.

La simulation se rencontre surtout en matière de contrats, mais elle est aussi fréquemment employée par les testateurs qui font un legs à une personne, en la chargeant secrètement de transmettre la libéralité à un tiers dont le nom n'apparaît pas dans le testament.

La simulation sert à des buts différents. Tantôt, elle est destinée à faire croire à l'existence d'un acte fictif : par exemple, un débiteur, qui veut soustraire ses biens à la poursuite de ses créanciers, fait un simulacre de vente à un tiers.

Parfois, elle sert à dissimuler la nature réelle de l'acte que les parties ont l'intention de faire. Ainsi, le donateur, désireux de tenir secrète sa libéralité, passe un contrat apparent de vente avec le donataire ; on dit qu'il y a donation déguisée. Enfin, elle est également employée pour cacher le nom du véritable bénéficiaire de l'acte : la libéralité est adressée à un autre qu'au véritable gratifié, mais il est convenu que le donataire ou le légataire apparents lui en transmettra le bénéfice. On dit alors qu'il y a interposition de personne.

Dans la plupart des cas, les parties recourent à la simulation pour tourner une prohibition de la loi ou frauder les tiers. Par exemple, c'est un donateur qui veut faire une dona-

(1) Cf. Pothier, *Traité des obligations*, n° 11, édit. Bugnet, t. II, p. 10 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e édit., t. IV, § 343, p. 485 ; Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 464 ; Baudry-Lacant. et Barde, *Obligations*, 3e éd., t. I, n° 22.

(2) Cons. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 315 et s. ; Bartin, *Contre-lettres*, Thèse, Paris, 1885 ; Fourcade, Thèse, Nancy, 1887 ; Paul Glasson, Thèse, Paris, 1897.

tion à une personne incapable de recevoir, ou un débiteur qui veut soustraire ses biens aux poursuites de ses créanciers. Mais il arrive aussi que la simulation soit employée sans intention frauduleuse, exclusivement pour tenir secret l'acte que les parties veulent accomplir.

241. — *Effets de la simulation.* — La simulation n'est pas, par elle-même, une cause de nullité. Le seul fait que les parties ont dissimulé leur volonté réelle n'entraîne pas la nullité de l'acte juridique (1).

Mais il faut distinguer entre l'acte apparent et l'acte secret ou contre-lettre qui peut être caché sous le couvert du premier. L'acte apparent n'est qu'un trompe-l'œil ; il est donc nécessairement inefficace, puisqu'il n'a pas été voulu. Quant à l'acte secret, au contraire, qui se trouve dissimulé sous l'autre, il est valable, car il est l'expression de la volonté sérieuse des parties. Il doit donc produire ses effets, comme s'il avait été passé ostensiblement. La forme de cet acte est indifférente, puisque les parties sont libres d'exprimer leur volonté comme elles le veulent (2). Il ne peut y avoir de difficulté que sur la question de preuve de son existence. Les parties auront soin, ordinairement, de rédiger la contre-lettre par écrit.

L'article 1321 du Code civil consacre implicitement cette règle, en décidant que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ». Mais l'acte occulte ne sera valable que s'il ne contient rien de contraire aux prohibitions de la loi (3).

(1) Cass., 9 novembre 1891., S. 94.1.78 ; 21 juin 1897, S. 99.1.308.

(2) Il en serait autrement si l'acte secret rentrait dans la catégorie des actes solennels, car l'acte solennel n'est valable que s'il a été fait dans les formes prescrites par la loi ; il ne peut donc pas être dissimulé sous l'apparence d'un autre acte. Pourtant, la jurisprudence admet que les donations entre-vifs, qui, d'après l'article 931 du Code civil, doivent être passées par un acte notarié, sont valables bien qu'elles soient déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Les arrêts justifient cette exception par un argument tiré du texte de l'article 931 du Code civil. Cet article, disent-ils, ne soumet à l'authenticité que *les actes portant donation entre-vifs*, c'est-à-dire que les actes ostensibles de donation.

(3) En matière de cession d'offices ministériels, les parties rédigent

242.— *Observation.* — Nous avons dit que l'acte ostensible ne produit aucun effet. Cette règle pourrait entraîner un préjudice pour les tiers, qui ont traité avec l'une des parties sur la foi de cet acte et croyant qu'il était réel. Par exemple, c'est un tiers qui, sur le vu d'un contrat de vente d'un immeuble, a acquis de l'acheteur un droit sur cet immeuble. C'est pourquoi le Code civil admet la validité de l'acte apparent au profit des tiers intéressés. L'article 1321 du Code civil décide que la contre-lettre ne peut pas leur être opposée. Bien que l'acte apparent ne représente pas une manifestation sérieuse de volonté, il est considéré comme valable dans l'intérêt des tiers.

Enfin, les tiers peuvent, au contraire, se trouver lésés par l'acte apparent, parce qu'il a été dirigé contre eux, pour les tromper sur l'intention véritable des parties. Dans ce cas, il n'est pas douteux que les tiers sont autorisés à faire la preuve de la simulation pour rétablir la réalité des faits. Ainsi, les créanciers du vendeur ont le droit de prouver que le prix porté au contrat est inférieur au prix réellement convenu, ou que le contrat de vente est fictif.

souvent un acte secret, par lequel elles augmentent le prix de cession indiqué dans l'acte communiqué à la Chancellerie. Jusque vers le milieu du XIXe siècle, la jurisprudence a admis que la contre-lettre était obligatoire pour les parties. Mais deux arrêts de la Cour de cassation du 7 juillet 1841, S. 41.1.572 et 693, ont décidé que ces conventions secrètes étaient nulles, comme contraires à l'ordre public, parce que les conditions de la cession doivent être entièrement et complètement connues par l'Administration et approuvées par elle. Cette solution a été consacrée par l'article 6 de la loi du 27 février 1912, qui déclare nulles et de nul effet les contre-lettres en matière de cession d'office ministériel. Il en résulte que les clauses modificatives insérées dans la contre-lettre ne lient pas les parties. Le cessionnaire n'est pas tenu de payer le supplément de prix ; il peut même le répéter, s'il l'a acquitté.

De même, le testament, dont la date est simulée, est nul par le seul fait de cette simulation (arg. art. 970, C. civ.).

Les contre-lettres ayant pour objet de dissimuler le prix de vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, afin d'éviter le payement d'une partie des droits d'enregistrement, sont aussi des plus fréquentes ; elles ont été frappées de nullité par l'article 7 de la loi précitée du 27 février 1912.

§ 4. — Des vices qui peuvent entacher la volonté

La volonté de celui ou de ceux qui font l'acte juridique peut être altérée par l'existence de certains vices : l'erreur, le dol, la violence (1) et, dans certains cas, la lésion (2). Il faut voir dans quelle mesure ces vices enlèvent son efficacité à la déclaration de volonté.

A. — Erreur (3)

243.— L'erreur est une croyance qui n'est pas conforme à la vérité (4) ; ou bien, suivant la définition donnée par Doneau, elle consiste à croire vrai ce qui est faux, ou faux ce qui est vrai.

L'effet produit par l'erreur qui entache la déclaration de volonté varie suivant la gravité de cette erreur, et il y a lieu, à ce point de vue, de distinguer trois hypothèses :

1° Tout d'abord, il y a des cas dans lesquels l'erreur commise enlève toute valeur à la déclaration de volonté, si bien qu'en réalité l'auteur n'a pas voulu faire l'acte juridique auquel, en apparence, il a consenti. Il en est ainsi dans les deux cas suivants :

a. — Erreur sur la nature de l'acte à accomplir : une personne livre une chose avec l'intention de faire un prêt ou un dépôt, mais la partie qui la reçoit croit qu'elle lui est remise à titre de donation. Il n'y a pas, dans cette hypothèse, concours de volontés. Le consentement des parties fait défaut puisqu'elles ne sont pas d'accord sur le contrat qu'elles veulent conclure.

b. — Erreur sur l'identité de la chose qui fait l'objet de l'acte. Un vendeur et un acheteur ne s'entendent pas sur l'objet du contrat. Ici encore, il n'y a pas accord des volontés (5).

(1) Art. 1109, C. civ.
(2) Nous verrons ci-dessous, n° 283, que la jurisprudence considère la démence comme étant un vice de la volonté.
(3) V. Célice, Thèse, Paris, 1922.
(4) Mourlon, *Répét. écrites sur le C. civ.*, 11e éd., t. II, n° 1040.
(5) Le Code civil ne parle pas de ce premier genre d'erreurs. Au fond, il a raison, car, à bien voir les choses, il n'y a pas erreur dans ces cas là. Chacun des contractants savait exacte-

2° Dans d'autres cas, l'erreur n'empêche pas l'accord des volontés. Le contrat se forme bien, mais la volonté de l'une des parties est viciée par une erreur grave et c'est cette erreur qui la détermine à contracter ; si elle ne l'avait pas commise, elle n'aurait pas traité. La loi tient compte de cette erreur, et permet à celui qui s'est trompé de demander l'annulation du contrat.

Il en est ainsi dans les deux cas qu'indique l'article 1110 du Code civil. D'après cet article, l'erreur est une cause de nullité de la convention, nous pouvons dire plus largement, de l'acte juridique : 1° lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en fait l'objet ; 2° lorsqu'elle tombe sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, mais seulement dans le cas où la considération de cette personne est la cause principale de la convention.

244. — 1er Cas : *Erreur sur la substance de la chose* (art. 1110, 1er al.). — La détermination de ce qu'il faut entendre par ces mots donne lieu à quelques difficultés. Elles viennent de ce qu'il y a deux façons de comprendre cette expression.

Les uns se placent au point de vue objectif et définissent la substance de la chose, l'ensemble des éléments matériels et des qualités qui constituent la nature spécifique d'un objet et le rattachent à un genre déterminé (1).

Les autres, au contraire, ne se préoccupent que du point de vue subjectif. Au lieu de chercher à préciser quelles sont les qualités qui, dans une chose donnée, peuvent être *a priori* considérées comme substantielles, ils s'en réfèrent exclusivement à la volonté de l'auteur de l'acte ou des parties contractantes. Les qualités substantielles dépendent de l'intention des intéressés. Ce sont celles qu'ils ont eu principalement en vue, celles dont l'absence, s'ils l'avaient connue, les aurait déterminés à ne pas passer l'acte juridique.

ment ce qu'il voulait, mais ils ne voulaient pas la même chose, leurs deux volontés ne se sont pas accordées. Il n'y a donc pas erreur, mais défaut d'accord. C'est pourquoi l'acte juridique ne se forme pas.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. IV, § 343 *bis*, p. 490 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 16 *bis* ; Demolombe, *Des contrats*, t. I, nos 88 et s. ; Huc, *op. cit.*, t. VII, n° 22.

Cette seconde interprétation, plus respectueuse de la volonté des parties, invoque l'autorité de Pothier : « Voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, disait celui-ci (1), j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté. »

La vente sera également annulable, si les chandeliers que j'achète sont bien en argent mais si je les acquiers parce que je crois qu'ils sont anciens, alors qu'ils sont de fabrication moderne. Au contraire, la personne qui achète des objets exclusivement parce qu'ils sont anciens, ou qu'ils ont appartenu à un homme célèbre, ne peut pas demander l'annulation du contrat pour cause d'erreur sur la matière dont ils sont formés, puisque la considération de la matière n'a pas été pour elle déterminante du contrat.

C'est à cette interprétation plus large que se rattache la jurisprudence (2).

Cette espèce d'erreur est de nature à se rencontrer également dans les actes unilatéraux ; elle y produira le même effet qu'en matière de conventions et entraînera la nullité de l'acte. Il en est autrement, toutefois, pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession ou d'un legs. L'erreur sur la substance consiste ici dans une fausse interprétation des forces de l'hérédité ou de la valeur de la libéralité. Elle constitue donc une lésion ; or, la lésion, ainsi que nous le verrons plus bas, ne vicie pas, en thèse générale, le consen-

(1) *Traité des obligations,* n° 18, édit. Bugnet, t. II, p. 13.

(2) Cons. Cass., 26 octobre 1886, S. 87.1.153 ; 30 juillet 1894, D. P. 95.1.340 ; Orléans, 18 janvier 1895, D. P. 95.2.417 ; Civ. rej., 5 nov. 1900, D. P. 01.1.71 ; Rouen, 15 juillet 1911, S. 12.2.252 ; voir aussi les autres arrêts cités par Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, § 343 *bis*, p. 490, note 1 *quinquies*.

Dans le même sens, Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1053 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 281 ; Baudry-Lacant et Barde, *Des obligations*, 3e éd., t. I, nos 54 et s. ; Surville, *Elém. d'un cours de droit civ. fr.*, 2e éd., t. II, n° 24 ; Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 596 et s. ; Ricardo Fubini, *Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et les qualités substantielles*, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 301.

tement (1). Mais, en dehors de cette exception, il faut revenir à la règle : lorsque l'erreur porte sur une qualité substantielle de l'objet de l'acte unilatéral, c'est-à-dire sur une qualité que l'auteur avait principalement en vue, elle est une cause de nullité (2).

245.– 2e Cas : *Erreur sur la personne.* — (Art. 1110, 2e al.). L'erreur n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

246.— Pour que l'erreur rende l'acte annulable, il faut donc que la considération de la personne ait été la principale et déterminante. C'est le juge qui décidera, d'après la nature de la convention et d'après les circonstances particulières du fait et l'intention des parties, si cette condition est ou non réalisée. L'appréciation qui appartient au juge est avant tout subordonnée à la nature de la convention. En effet, dans les contrats à titre gratuit, la considération de la personne est principale et déterminante. Cela est évident pour la donation, et il en est presque toujours de même dans les contrats de bienfaisance, le dépôt, le commodat, le prêt gratuit, le mandat, le cautionnement, « qui sont inspirés, de part et d'autre, par des sentiments évidemment personnels de confiance et d'amitié, de bienveillance et de dévouement » (3).

Dans la plupart des contrats à titre onéreux, au contraire, l'*intuitus personæ* n'intervient pas. Un libraire vend un livre qu'on lui paie comptant ; qu'importe que ce soit à Pierre ou à Paul ? S'il s'est trompé sur la personne de l'acheteur,

(1) Art. 1118, C. civ. Ainsi l'art. 783, C. civ. décide que l'héritier qui a accepté une succession ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, sauf dans un cas déterminé. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, t. II, nos 2301, 2361.

(2) En matière de testament, cette espèce d'erreur pourra donc entraîner la nullité du legs ; mais on comprend qu'elle sera très difficile à établir, car il faudra prouver que le testateur n'aurait pas fait la libéralité, si la vérité lui eût été connue. Cf. Demolombe, *Donations et testaments*, t. I, n° 389.

(3) Demolombe, *Des contrats*, t. I, n° 111. Voir Pothier, *Traité des oblig.*, n° 19, édit. Bugnet, t. II, p. 14.

cette erreur n'a pas d'importance (1). Mais il y a des contrats à titre onéreux dans lesquels le talent, l'industrie, la réputation, le crédit du contractant sont pris en principale considération, de telle sorte que l'erreur sur la personne devient une cause d'annulabilité. Ainsi, je veux acheter une œuvre d'art à un artiste connu et, par erreur, je traite avec un autre. Il en est de même dans le contrat de société, dans le bail à colonat partiaire.

Il ne faut, du reste, pas oublier que les circonstances de la cause joueront un rôle important et pourront modifier la solution qui résulterait du seul examen de la nature du contrat.

Dans les actes unilatéraux comme dans les actes bilatéraux, la considération de la personne peut être également prédominante ; ainsi, il est évident que l'erreur commise par le testateur sur la personne du légataire entraîne la nullité du legs.

247. — Pour que l'erreur sur la personne soit une cause de nullité, il n'est pas indispensable qu'elle porte sur la personne physique, il suffit qu'il y ait erreur sur une qualité que l'on avait principalement en vue et qui a été le motif déterminant de l'acte juridique (2). Cette observation présente surtout de l'intérêt pour les donations entre-vifs et les libéralités testamentaires. On admet ordinairement que, dans les donations et les testaments, l'erreur sur les qualités de la personne emporte nullité, quand la considération de ces qualités a été la cause de la libéralité (3).

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, t. I, n° 62.

(2) Demolombe, *Traité des contrats*, t. 1er, n° 121, donne l'exemple suivant : « Je contracte avec Paul, croyant faussement qu'il est mon neveu ; si cette qualité naturelle a été, en effet, la cause déterminante de mon consentement, le contrat sera rescindable, comme il le serait si j'avais contracté avec Paul parce que je le croyais faussement héritier de Pierre dans la succession duquel je trouvais une prétention litigieuse contre moi ».

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. X, § 651, p. 535 ; § 654, p. 549 ; Demolombe, *Donations et testaments*, t. 1er, nos 390 et s. ; Laurent, *Droit civil*, 2e éd., t. XI, n° 128 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. 1er, n° 261.

En ce qui concerne le mariage, l'article 180 du Code civil décide qu'il peut être annulé, lorsqu'il y a eu erreur dans la personne. L'interprétation de ce texte a soulevé de profondes divergences dans la doctrine ; la jurisprudence, avec la majorité des auteurs, admet aujourd'hui que l'erreur, qui porte simplement sur les qualités de la personne, ne suffit pas pour faire annuler le mariage ; il faut qu'il y ait erreur sur la personne physique ou civile (1), ou, en d'autres termes, qu'il y ait erreur soit sur l'individu lui-même, soit sur les éléments constitutifs de son état.

248.— 3° Enfin, il y a des cas dans lesquels l'erreur est sans influence sur la validité de l'acte juridique, parce qu'elle n'altère pas profondément la volonté. Il en est ainsi, d'après notre loi, lorsqu'elle porte sur les motifs de l'acte juridique, ou sur les qualités non substantielles de l'objet. Cela résulte de l'article 1110 du Code civil, qui énumère les cas où l'erreur est une cause de nullité des conventions.

Il est facile, du reste, de justifier ces solutions. L'erreur sur les qualités non substantielles de l'objet n'a pas pu exercer une influence décisive sur la volonté, puisqu'elle ne porte que sur des éléments secondaires de la chose, que l'auteur n'a pas eu principalement en vue au moment où il agissait. Il en est autrement, il est vrai, de l'erreur sur les motifs. Je suppose, par exemple, que j'achète un cheval parce que je crois faussement que le mien a péri ; bien que cette erreur m'ait déterminé à contracter, elle n'annule pas le contrat. En effet, les motifs qui font passer un acte ne sont ordinairement pas connus d'autrui et peuvent varier à l'infini ; le vendeur qui me vend un cheval ignore, dans la plupart des cas, pourquoi je l'achète. On peut ajouter que cette erreur ne porte sur aucun des éléments essentiels du contrat, ni sur le consentement, ni sur l'objet, ni sur la personne ; elle est pour ainsi dire, à côté du contrat, et, dès lors, on comprend qu'elle n'exerce aucune influence sur sa validité (2).

(1) Cass., ch. réunies, 24 avril 1862, D. P. 62.1.153, S. 62.1.341 ; Civ., 15 janvier 1872, D..P. 72.1.52.

(2) Les motifs sont antérieurs à l'acte de volonté par lequel on

Les mêmes principes s'appliquent aux actes à titre gratuit, donations et testaments ; cependant, on admet que l'erreur sur le motif entraînerait la nullité de la disposition, si le donateur ou le testateur avaient fait de celui-ci une condition de la libéralité, ou s'il résultait clairement des termes de l'acte qu'il a entendu en subordonner l'efficacité à l'existence de ce motif (1). Cette solution traditionnelle a été maintenue par les auteurs, malgré le silence du Code.

249.— Lorsque l'erreur est une cause de nullité de l'acte juridique, il n'y a pas à distinguer si c'est une erreur de fait ou une erreur de droit. L'erreur de droit est celle qui porte sur une disposition de la loi. Exemple : Paul, mineur de moins de 16 ans, est mort après avoir fait un testament ; je suis son héritier et j'exécute les legs contenus dans ce testament, ignorant qu'un mineur de 16 ans ne peut pas tester (2). Cette assimilation des deux espèces d'erreurs se comprend très bien. Qu'importe que l'erreur soit de droit ou de fait (3).

s'oblige ; ils ne sont pas un élément constitutif de cet acte de volonté. Voir Capitant, *Cause des obligations*, n° 102.

(1) Pothier, *Donations testamentaires*, n° 82, édit. Bugnet, t. VIII, p. 249 ; Furgole, *Des testaments*, ch. V, sect. 4, n°s 2 et s., et n°s 21 et s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. X, § 651, p. 535, et § 654, p. 549 ; Demolombe, *Donations et testaments*, t. I, n° 393 ; Paris, 9 février 1867, S. 67.2.129.

Le disposant n'aurait pas fait la libéralité, s'il avait connu la fausseté du motif qui l'a déterminé, et comme il a manifesté son intention de ne donner qu'à cause du motif qu'il indiquait, l'erreur détruit le consentement, car le donateur ou le testateur n'ont entendu s'engager que conditionnellement, et, la condition faisant défaut, l'acte juridique ne se forme pas.

(2) Art. 903 et 904, C. civ.

(3) Cette solution peut paraître en opposition avec la maxime : *Nemo censetur ignorare legem ; nemo jus ignorare censetur.* Mais cette maxime, basée sur une raison d'ordre public, en vue d'assurer l'application des lois, serait détournée de son but, si la personne qui a commis une erreur essentielle ne pouvait plus demander la protection de la loi, sous prétexte que son erreur porte sur le droit. Voir Bressolles, *Revue de législation et de jurisprudence* (Wolowski), t. XVII, p. 602, et t. XVIII, p. 158 ; Pochonnet, *Revue critique de législation*, t. VIII (année 1856), p. 165, et t. XI, p. 178 ; de Vareilles-Sommières, thèse de doctorat, année 1871 ; Laurent, t. XV, n° 505 ; Beudant, *Cours de droit civil*, INTRODUCTION, n° 118.

Par exception, dans certains cas particuliers, l'erreur de droit n'est pas une cause de nullité. Voir art. 1356 et 2052, C. civ.

Celui qui l'a commise mérite aussi bien la protection de la loi dans un cas que dans l'autre (1).

B. — Du Dol

250. — « On appelle dol, dit Pothier (2), toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre : *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam* » (3).

Le dol suppose donc des manœuvres frauduleuses, des agissements, des affirmations mensongères employées pour faire naître l'erreur dans l'esprit d'une personne et la déterminer à passer un acte.

L'article 1116 du Code civil décide 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 elles, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il faut donc que le dol ait exercé une influence déterminante sur le consentement de

(1) Certaines conventions sont soumises à des règles spéciales en ce qui concerne l'erreur : lorsqu'une personne a acheté une chose atteinte à son insu de vices cachés, elle a le droit de recourir en garantie contre son vendeur (art. 1641 à 1648, C. civ.) ; le partage n'est pas annulable en général pour cause d'erreur (art. 887, C. civ.). Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. X, § 626, p. 221 ; Valette, *Théorie générale de l'erreur et du dol dans les divers actes juridiques*, Thèse de doctorat, Paris, 1895.

(2) Pothier, *Traité des obligations*, n° 28, édit. Bugnet, t. II, p. 19.

Nous n'étudions ici le dol qu'au point de vue de la formation des actes juridiques et de l'effet qu'il produit sur la volonté de l'auteur de l'acte. La loi emploie parfois le mot dol dans un sens beaucoup plus large ; elle entend par dol tout acte fait de mauvaise foi par une personne dans l'intention de causer un préjudice à autrui. Ainsi, les articles 1150 et 1151 du Code civil supposent que le débiteur tenu d'une obligation refuse par dol de l'exécuter. De même, l'article 1167 du Code civil nous parle des actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers. Dans ces divers cas, il s'agit bien d'actes de mauvaise foi, mais ces actes ne sont pas accomplis pour faire naître une erreur dans l'esprit d'une personne et la déterminer à passer un acte juridique. Il y a donc là deux notions distinctes, qu'il serait préférable de séparer en réservant le mot dol pour désigner les manœuvres qui ont pour but de pousser une personne à passer un acte, et en réservant le mot fraude pour les actes par lesquels les débiteurs frustent leurs créanciers. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 106.

(3) *Fr.* 1, § 2, D., *De dolo malo*, IV, 3.

la victime. Cette règle doit être certainement appliquée à tous les actes juridiques ; le dol ne peut être une cause de nullité qu'autant qu'il a vicié et dénaturé la déclaration de volonté, de telle sorte que la victime n'aurait pas passé l'acte, si elle avait connu la vérité.

On appelle ce dol, dol *principal,* et on l'oppose au dol *simplement incident,* lequel n'entraîne pas la nullité de l'acte. Le dol incident est celui qui n'a pas déterminé la victime à passer l'acte, mais qui a eu pour résultat de l'amener à le faire dans des conditions désavantageuses. Il lui permet d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'auteur. Au surplus, cette distinction ne présente aucune utilité ; c'est le juge seul qui appréciera si le dol a été ou non la cause déterminante de l'acte, et c'est seulement quand il aura décidé, qu'on pourra dire si le dol était principal ou incident (1).

251. — Le dol a pour résultat d'induire en erreur la personne contre laquelle il est dirigé. Mais il ne faut pas confondre ces deux causes de nullité. L'erreur sans dol n'entraîne nullité que dans les cas prévus par l'article 1110 du Code civil, c'est-à-dire lorsqu'elle porte sur la substance de la chose. ou sur la personne quand il s'agit d'un acte fait *intuitu personæ.* Au contraire, l'erreur provoquée par le dol est toujours une cause de nullité lorsqu'elle a eu une influence décisive sur la volonté. C'est ainsi que l'erreur sur les motifs annule le contrat, quand elle est le résultat de manœuvres dolosives émanées de l'autre partie ; par exemple, j'achète un cheval parce que mon vendeur a usé de dol pour me faire croire que le mien était mort ; je peux demander la nullité de la vente, tandis que, si cette erreur n'avait pas été le résultat de manœuvres dolosives, je ne le pourrais pas (2).

(1) Laurent, *op. cit.,* t. XV, n° 523 ; Huc, *op. cit.,* t. VII, n° 37.

(2) L'erreur sur les qualités non substantielles de la chose n'est jamais une cause de nullité, même si elle est provoquée par le dol, du moins dans le sens que nous avons donné aux mots « erreur sur la substance de la chose ». En effet, nous avons dit que les qualités non substantielles sont les qualités d'importance secondaire, que la partie n'a pas eu principalement en vue au moment où elle passait l'acte ; or, le dol n'entraîne la nullité que lorsqu'il a eu pour résultat certain, évident (art. 1116, C. civ.), de déterminer la victime à contracter.

252. — *Observation.* — Lorsque l'acte juridique est une convention, l'article 1116 exige une condition particulière : il faut que le dol ait été pratiqué par l'une des parties contre l'autre, ou, tout au moins, que l'une des parties en ait été complice. Si le dol a été l'œuvre exclusive d'un tiers, la victime peut bien réclamer des dommages-intérêts au coupable, mais elle ne peut pas demander la nullité de la convention. Le motif en est le suivant : lorsque l'auteur du dol est un des contractants, il est juste et équitable que l'autre partie, victime de ces manœuvres, puisse faire annuler la convention ; « c'est la réparation aussi adéquate que possible du préjudice causé, et elle est obtenue aux dépens du coupable » (1). Mais, si le dol a été commis par un tiers, la victime n'a rien à reprocher à son co-contractant, lequel est innocent de toute faute et ne doit pas subir, par l'annulation du contrat, les conséquences d'actes dolosifs auxquels il est resté absolument étranger.

L'article 1116 paraît exiger cette condition toutes les fois que l'acte entaché de dol est une convention. Cependant, on admet ordinairement qu'elle n'est pas applicable aux donations entre-vifs et que celles-ci sont annulables lorsqu'elles ont été inspirées par des manœuvres dolosives, même si le coupable est un tiers autre que le donataire. Cette distinction entre la donation et les autres contrats est traditionnelle (2) et se justifie aisément. La donation doit procéder uniquement de l'esprit de bienfaisance ou d'affection, et dès que la volonté du donateur a été égarée par des manœuvres frauduleuses, la libéralité perd toute sa valeur. De plus, le donataire n'est pas aussi digne d'intérêt qu'un contractant ordinaire ; il reçoit, mais il ne donne rien ; l'acte est pour lui essentiellement gratuit et, par conséquent, l'annulation de cet acte ne lui cause pas un préjudice analogue au dommage que subirait celui qui contracte à titre onéreux. Ce dernier a un droit acquis au maintien du contrat, qui peut être avantageux pour lui et dont on ne doit pas lui enlever le bénéfice, puisqu'il n'a commis aucune faute. Toute autre est

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 109.
(2) Furgole, *Traité des testaments*, ch. V, section 3, n° 27.

la situation du donataire, qui ne peut pas alléguer les mêmes moyens de défense, quand on lui prouve que la donation qu'il a reçue est le résultat de manœuvres frauduleuses (1).

253.— La condition exigée par l'article 1116 ne s'applique certainement pas aux actes unilatéraux, puisqu'ils émanent de la volonté d'une seule partie. Ils restent donc sous l'empire du principe d'après lequel le dol est une cause de nullité, toutes les fois qu'il a déterminé une personne à passer un acte. Il n'y a pas à s'inquiéter de savoir quel est le coupable. Ainsi, l'article 783 du Code civil déclare que l'acceptation d'une succession peut être attaquée dans le cas où elle a été la suite d'un dol pratiqué envers l'héritier. Peu importe que le dol soit l'œuvre d'un créancier de la succession ou d'un légataire ou de toute autre personne. Il faut donner la même solution pour la renonciation et pour les libéralités testamentaires. Lorsque le testateur a été l'objet de manœuvres frauduleuses qui l'ont déterminé à faire un legs, la nullité de ce legs peut être prononcée, quand même les manœuvres émanent d'un tiers autre que le légataire.

254.– Preuve du dol. — Le dol ne se présume pas et doit être prouvé (2). *Actori incumbit onus probandi.* C'est à celui qui l'invoque à en rapporter la preuve.

Observation. — Par exception, le dol n'est pas une cause de nullité du mariage ; il n'exerce aucune influence sur sa validité (3). « On dit communément qu'en mariage, il trompe qui peut ; ce qui procède de ce que nos maîtres nous apprennent que « *dolus dans causam contractui matrimonii, non reddit illum ipso jure nullum* » (4). C'est une règle traditionnelle destinée à assurer la stabilité du mariage.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. X, § 651, p. 536 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 267 ; Demolombe, *Donat. et test.*, t. I, n° 383 ; Laurent, *op. cit.*, t. XI, n° 130 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 2885 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 288 ; Cass., 27 juin 1887, S. 87.1.419.

(2) Art. 1116, 2e al., C. civ.

(3) L'article 180 du Code civil décide, en effet, que le mariage ne peut être attaqué que dans le cas où il y a eu erreur dans la personne ou violence.

(4) Loisel, *Instit. coutumières*, livre I, t. II, max. 3.

C. — De la violence

255.— La violence est une contrainte exercée sur un individu pour le déterminer à passer un acte. Elle peut être physique ou morale. La contrainte physique réduit la victime à un état purement passif. Par exemple, « si on force un homme à signer en lui tenant la main, il n'y a pas là de consentement, tout au plus une fausse apparence de consentement, comme dans le cas où l'on aurait contrefait la signature » (1).

Il n'est ici question que de violence morale, c'est-à-dire des menaces dirigées contre un individu pour faire naître dans son esprit une crainte insurmontable. Ainsi comprise, la violence ne détruit pas la volonté. « Dans le domaine du droit, dit de Savigny, nous considérons la liberté sous une apparence visible, c'est-à-dire comme faculté de choisir entre plusieurs déterminations. Or, il n'est pas douteux que celui qui est contraint, ou plutôt menacé, conserve cette faculté. En effet, il peut choisir entre trois déterminations : accomplir l'acte qui lui est dicté, repousser par la résistance, ou, enfin, accepter le mal dont on le menace. S'il prend la première de ces résolutions, il a eu évidemment la liberté de choisir et de vouloir ; dès lors, nous devons reconnaître qu'il y a déclaration de volonté, non pas apparente, mais réelle, et si, par exemple, il s'agit d'un contrat, que ce contrat doit avoir tous ses effets juridiques » (2).

Cette doctrine nous vient des jurisconsultes romains, et elle a toujours été acceptée dans notre Droit (3).

Mais la volonté de la personne violentée se trouve altérée par la crainte sous l'empire de laquelle elle a agi ; la loi doit venir à son secours et la protéger contre les conséquences préjudiciables de l'acte. Le Droit lui permet de demander l'annulation de cet acte.

Quelles sont les conditions que doit réunir la violence pour

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, § 114, trad. Guénoux, p. 105.

(2) *Traité de droit romain*, t. III, § 114, p. 106, trad. Guénoux.

(3) Pothier, *Traité des obligations*, n° 21, édit. Bugnet, t. II, p. 15.

produire cet effet ? Les articles 1112 à 1114 du Code civil les déterminent :

256.— 1° Elle doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable. Le Droit romain se montrait plus sévère : il exigeait que la violence fût capable d'émouvoir l'homme le plus courageux : *Metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat* (1).

L'article 1112 tempère lui-même la règle qu'il a d'abord posée, en déclarant qu'on aura égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ; tempérament équitable, car il est évident que l'intensité de la crainte produite par la violence varie suivant la personne contre laquelle elle est exercée. Le même article ajoute, à titre d'explication, que la violence doit être telle qu'elle inspire la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent, ou plutôt, dirons-nous, *imminent*, car, le mot présent qu'emploie la loi n'est pas exact. « Celui qui veut exercer une pression sur la volonté d'autrui procède nécessairement par voie de menaces, il fait naître la crainte d'un mal futur. Un intervalle sépare nécessairement la menace et le fait (2) ».

La violence est une cause de nullité, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la personne que l'on veut déterminer à faire un acte, mais aussi lorsqu'elle a été dirigée contre son conjoint, ses descendants ou ses ascendants (3). L'affection qui l'unit à ces personnes lui rend aussi insupportable le mal qui peut les atteindre que celui qui la menace elle-même (4).

(1) Loi 6, D. *Quod metus causa*, IV, 2.
(2) Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 22 *bis*.
(3) Art. 1113, C. civ.
(4) Quelques auteurs considèrent cette énumération comme limitative et en concluent que la violence exercée contre un collatéral ou contre un ami n'est pas une cause de nullité. Mais le point de savoir si la violence a eu une gravité suffisante est une question de fait, et il serait contraire à l'esprit de l'article 1112, C. civ., de décider que, dans aucun cas, les menaces adressées au frère, à l'allié, à l'ami ne seront considérées comme suffisantes pour vicier la volonté. Tout ce qui résulte de l'énumération de l'article 1113, c'est que, dans ces hypothèses, la violence produit le même effet que si elle avait été dirigée contre la personne elle-même qui a passé l'acte. Demante et

257.— 2° Il faut que la violence soit injuste ou illégitime. L'exercice d'un droit ne constitue pas un acte de violence. Ainsi, un créancier menace son débiteur de le saisir, s'il ne veut pas lui donner une garantie (1). De même, un patron menace son employé de le faire arrêter, s'il se refuse à signer une reconnaissance de dette en réparation de détournements qu'il avoue avoir commis au préjudice du patron. Mais, ici encore, il faut tenir compte des circonstances, et l'engagement pourrait être annulé pour cause de violence, si les menaces avaient été employées dans le but d'arracher à la personne un engagement excessif (2).

La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou un autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat (3). La crainte révérentielle, inspirée par le respect des ascendants et le désir de ne pas leur déplaire, ne peut pas, en effet, être considérée comme paralysant la liberté du descendant.

Les deux conditions que nous venons d'exposer sont nécessaires, quel que soit l'acte juridique entaché de violence, qu'il s'agisse d'une convention ou d'un acte unilatéral. Il convient cependant de faire une observation relative aux actes à titre gratuit, donations entre-vifs et libéralités testamentaires. Les auteurs s'accordent à dire que ces actes peuvent être annulés pour cause de violence, sans qu'il soit nécessaire que les menaces présentent le caractère de gravité que l'on exige pour les actes à titre onéreux (4). Cette observation s'applique surtout aux testaments, mais elle offre peu d'intérêt ; il suffit de dire qu'en matière d'actes à titre gratuit, il faudra surtout avoir égard à l'âge, au sexe, à l'état de maladie. Ce sont les

Colmet de Santerre, t. V, n° 23 *bis* ; Demolombe, *Des contrats*, t. I, n° 162. *Contra :* Aubry et Rau, t. IV, § 343 *bis*, 2° ; Huc, t. VII, n° 31.

(1) Cass., 25 février 1879, S. 79.1.273, D. P. 79.1.158.

(2) Civ. 9 avril 1913, D. P. 17.1.103.

(3) Art. 1114, C. civ.

(4) Furgole, *Testaments*, ch. V, sect. 1, n° 3 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. X, § 654, p. 554 ; Demolombe, *Donat. et test.*, t. I, n° 380 ; Laurent, t. XI, n° 180 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 264 ; Bordeaux, 8 mai 1860, S. 60.2.433.

juges qui, dans tous les cas, apprécient souverainement si la violence a paralysé la liberté de la volonté.

258.— *Observation.* — Lorsque l'acte entaché de violence est une convention, l'action en nullité est recevable alors même que l'auteur de la violence est un tiers et que le cocontractant a ignoré les menaces qui ont déterminé l'autre partie à agir (1). Nous avons vu qu'il en est autrement quand il s'agit de dol (2). Quelle est la raison de cette différence ? C'est qu'il est plus difficile de se défendre contre la violence que contre le dol. La victime de la violence ne peut pas s'y soustraire, tandis que la victime du dol aurait pu, avec plus de prudence et de perspicacité, découvrir les manœuvres frauduleuses. En outre, l'auteur de la violence sera souvent insolvable, et, si la loi s'était bornée à concéder à la personne violentée un recours contre le coupable, elle ne lui aurait accordé qu'une protection illusoire.

D. — Lésion

259.— La lésion est le préjudice qu'une personne peut éprouver quand elle passe certains actes juridiques. Elle est de nature à se rencontrer dans les contrats à titre onéreux : par exemple, je vous vends ma maison pour une somme de 20.000 francs, qui est bien inférieure à sa valeur ; et même dans certains actes unilatéraux, comme l'acceptation ou la répudiation d'une succession, d'un legs universel ou à titre universel.

La lésion suppose que la personne lésée s'est trompée sur la véritable valeur de la chose, ou a contracté sous l'empire d'un pressant besoin d'argent, qui lui a fait accepter des conditions très désavantageuses. Elle constitue donc un vice de la volonté, puisque, sans l'erreur ou la pression des circonstances extérieures, l'acte n'aurait pas été conclu. Néanmoins, la loi décide que la lésion n'est pas une cause de nullité. L'article 1118 du Code civil le déclare pour les conventions, et

(1) Art. 1111, C. civ.
(2) Art. 1116, C. civ.

cette solution doit être certainement étendue aux actes unilatéraux (1).

La raison qui a déterminé les rédacteurs du Code civil à adopter cette règle est purement économique. Ils ont considéré qu'il était très difficile de dire quand il y a lésion et quelle en est l'étendue ; car la valeur des choses est variable et relative, et dépend des circonstances de temps et de lieu, ainsi que des goûts, des passions de chacun. Telle personne, qui désire vivement posséder un objet, l'achètera beaucoup plus cher qu'une autre.

Il faut bien reconnaître que ces considérations ne sont exactes qu'en matière de contrats ; elles ne suffisent pas à justifier la solution admise pour les actes unilatéraux, notamment pour l'acceptation d'une succession grevée de dettes qui ne sont découvertes par l'héritier que postérieurement.

La règle subit, du reste, des exceptions. La première concerne le partage (2), la vente d'immeubles (3) et l'acceptation de succession dans le cas prévu par l'article 783 du Code civil.

La seconde s'applique aux mineurs (4).

SECTION III

De la capacité d'agir

§ 1. *Incapacités d'exercice naturelles ou légales.*

§ 2. *Incapacités générales :* — A. *Mineurs non émancipés.* — B. *Interdits. Appendice. Aliénés non interdits.*

§ 3. *Incapacités spéciales.* — A. *Mineurs émancipés.* — B. *Femmes mariées non séparées de corps.* — C. *Personnes pourvues d'un conseil judiciaire.*

§ 1er. — Incapacités d'exercice naturelles ou légales

260.— L'acte juridique n'est valable que s'il a été passé par une personne douée de volonté et contre laquelle la loi ne prononce pas une incapacité d'exercice.

(1) Cons. art. 783, C. civ.
(2) Art. 887, C. civ.
(3) Art. 1674, C. civ.
(4) Voir ci-dessous, n° 263.

Nous savons que les incapacités d'exercice sont naturelles ou légales.

L'incapacité naturelle résulte de l'absence totale de la volonté. Elle atteint les enfants en bas âge qui ne comprennent pas la portée de leurs actes, et les individus chez qui l'intelligence se trouve complètement altérée soit par la folie, soit par l'idiotisme, soit par une cause passagère, comme l'ivresse complète ou la suggestion hypnotique. Les personnes privées de la la faculté de vouloir ne peuvent passer aucun acte juridique, puisqu'elles ne comprennent pas ce qu'elles font. En réalité, il n'y a pas à parler, dans ce cas, d'incapacité, mais de défaut de volonté. A l'occasion de chaque acte, il convient d'examiner si celui qui l'a fait a agi avec discernement, et si sa déclaration de volonté est sérieuse.

Ces personnes ne s'obligent même pas quand elles commettent un délit ; elles ne sont pas tenues de réparer le préjudice qu'elles ont causé. Le délit n'engage la responsabilité de son auteur, qu'autant qu'il est le résultat d'une volonté consciente et libre. Il n'y a donc que les individus qui ont l'usage de la raison qui sont obligés par leurs délits.

Ceux qui sont atteints d'une incapacité légale ne peuvent pas accomplir seuls les actes juridiques rentrant dans le cadre de leur incapacité. Mais, à la différence des personnes précédentes, ils ne sont pas incapables de s'obliger par leurs délits En effet, la loi ne pousse pas la protection qu'elle leur accorde jusqu'à les garantir contre les conséquences des dommages qu'ils causent à un tiers par un acte de mauvaise foi ou de négligence. Ils sont donc responsables des suites du délit qu'ils commettent (1).

Ainsi, il y a une différence caractéristique entre la capacité en matières d'actes juridiques et la capacité en matière de délits. Les personnes frappées d'incapacité par la loi sont néanmoins capables de s'obliger par leurs délits, du moment qu'elles ont la faculté de discernement.

Il ne suffit pas que le Droit détermine quelles sont les personnes incapables d'exercer leurs droits. Il doit encore

(1) Art. 1310, C. civ.

confier à un tiers la mission, soit de représenter l'incapable dans les actes qu'il ne peut accomplir personnellement, soit de l'assister et de l'habiliter, c'est-à-dire de compléter sa déclaration de volonté en y ajoutant la sienne propre.

Notre Droit emploie l'un et l'autre de ces procédés.

Aux incapables atteints d'une incapacité générale, il nomme un représentant qui agit en leur nom et place. A ceux qui ne sont atteints que d'une incapacité limitée, il adjoint un tiers, dont la mission consiste à les assister et à les autoriser dans les actes indiqués par la loi.

§ 2. — Incapacités générales

261.— Les personnes atteintes d'incapacité générale ne peuvent, en principe, faire elles-mêmes aucun acte juridique. Tels sont les mineurs non émancipés et les interdits.

262.— A. — *Mineurs non émancipés.* — Les mineurs non émancipés n'apparaissent pas eux-mêmes dans les opérations juridiques qui les concernent ; ils sont représentés par leur père ou leur tuteur (art. 389 et 450, C. civ.). Ceux-ci agissent au nom du mineur, et accomplissent pour son compte tous les actes qui sont nécessaires.

La gestion du tuteur est plus étroitement surveillée que celle du père de famille. Quand il s'agit d'actes importants concernant la personne du pupille (mode d'éducation par exemple), ou la gestion de son patrimoine (placement des capitaux, aliénation des biens, constitution d'hypothèque, etc.), le tuteur ne peut agir qu'avec l'autorisation du conseil de famille, laquelle, dans certains cas, doit même être homologuée par le tribunal (1).

Ainsi,le mineur ne contracte pas en personne avec les tiers ; il est représenté par son père ou son tuteur. Cette règle a des inconvénients ; il serait utile que le mineur, parvenu à l'âge

(1) Art. 452 à 467, C. civ. ; loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits. L'administration légale du père de famille a été réglementée par une loi du 6 avril 1910, voir Capitant, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 271.

adulte, figurât lui-même dans les actes qui l'intéressent, et fît son apprentissage sous la direction de son représentant. En fait, heureusement, l'intervention directe du mineur est chose assez fréquente. Notre Code lui-même l'a favorisée par le mode de sanction ingénieux qu'il a attaché à l'incapacité du mineur. Tout d'abord, il y a certains actes qui ne peuvent être faits que par l'intéressé parce qu'ils exigent une manifestation personnelle de volonté : mariage (art. 75, C. civ.) ; reconnaissance d'un enfant naturel ; engagement dans les armées de terre et de mer à partir de 20 ans (1) ; testament (art. 904, C. civ.), etc. En second lieu, le Code civil n'interdit pas au mineur de passer lui-même un acte juridique avec le concours de son père ou de son tuteur (2). Les lois récentes qui cherchent à répandre l'esprit d'épargne et de prévoyance, l'autorisent même à agir seul dans certains cas (3). Enfin, et ici la brèche apportée au principe est assez large, le mineur a le droit de faire, sans l'autorisation ni le concours de son représentant, les actes juridiques courants, acquisition de choses nécessaires à la vie, et même les actes d'administration de ses biens. Mais pour comprendre cette dérogation à la règle, il faut étudier la sanction de l'incapacité.

263. — *Conséquences de l'incapacité du mineur.* — Les actes accomplis par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs ou en observant les formalités prescrites, sont valables comme s'ils avaient été passés par une personne majeure pour son propre compte.

(1) Loi du 1er avril 1923, art. 61.

(2) Les mineurs pubères doivent être présents à la rédaction de leur contrat de mariage, lequel doit être fait avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de leur mariage (art. 1309 et 1398, C. civ.).

(3) La loi du 9 avril 1881, art. 6, 4°, et la loi du 20 juillet 1895, art. 16, autorisent les mineurs à se faire ouvrir à tout âge des livrets de caisse d'épargne sans l'intervention de leurs tuteurs ou de leurs parents, et leur permet d'opérer librement le retrait des fonds, dès qu'ils ont 16 ans révolus. Mais elle réserve au représentant le droit de s'opposer à ces retraits.

De même la loi du 20 juillet 1886, sur la caisse des retraites pour la vieillesse, art. 13, 2°, permet aux mineurs âgés de plus de 16 ans de faire des versements sans autorisation de leur tuteur.

Lorsque, au contraire, la loi n'a pas été respectée, le mode de sanction est très souple et très favorable à l'initiative du mineur. S'agit-il d'actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est requise et n'a pas été demandée, ils peuvent être annulés sur la simple constatation que les formes légales n'ont pas été observées. Il en est ainsi, que l'opération ait été faite par le mineur, ou par le tuteur lui-même. Quant aux actes qui rentrent dans les pouvoirs du tuteur, comme administrer les biens, passer un bail, acheter des objets servant à la vie courante, ils ne sont pas nuls, lorsqu'ils ont été conclus par le pupille tout seul. Ils ne peuvent être attaqués que par l'action en rescision pour cause de lésion, c'est-à-dire, *dans le cas où ils ont causé un préjudice au pupille.* Il en résulte que le mineur peut accomplir lui-même ces actes d'administration. Il peut passer un bail comme bailleur ou locataire, traiter avec des fournisseurs, administrer ses biens, en un mot, être associé à la gestion de ses affaires dans les années qui précèdent sa majorité. Les tiers qui contractent avec lui pour tous ces actes d'administration n'ont rien à craindre, tant qu'ils n'abusent pas de l'inexpérience du mineur, car le mineur n'est autorisé à attaquer ces opérations qu'en prouvant qu'il a été victime d'une lésion. De là vient l'adage : *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lœsus* (1).

264.– B. — *Interdits.* — Nous avons déjà dit que l'interdit est mis en tutelle, et que cette tutelle est organisée comme celle du mineur. Mais, à la différence du mineur, l'interdit n'intervient jamais en personne dans les actes juridiques qui le concernent. « Tous actes passés par l'interdit seront nuls de droit », dit l'article 502 du Code civil. Cet article signifie que la nullité devra être prononcée par le tribunal, sur la seule preuve que l'acte a été passé par l'interdit postérieure-

(1) Les articles du Code civil d'où résulte la distinction entre le domaine de l'action en nullité et celui de l'action en rescision pour cause de lésion, en ce qui concerne les mineurs, sont rédigés d'une façon très obscure (art. 1305, 1311). Aussi cette distinction n'a-t-elle été définitivement admise qu'après de longues discussions. Voir, par exemple, Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil,* 11e édit., t. II, nos 1497 à 1506. Voir aussi Bufnoir, *Propriété et contrat,* p. 669 et s.

ment à l'interdiction. C'est le tuteur qui représente l'interdit dans tous les actes de la vie civile (1).

265.— APPENDICE. — a) *Aliénés non interdits internés dans un établissement.* — Ces aliénés conservent le droit de faire des opérations juridiques, mais la loi du 30 juin 1838, article 39, permet d'attaquer les actes passés pendant l'internement pour cause de démence, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'au moment où il agissait, l'aliéné était sous l'empire de la folie. Le fait de l'internement élève, en effet, une forte présomption contre les actes accomplis durant le séjour dans l'établissement. La loi laisse, du reste, au tribunal saisi de l'action en nullité un pouvoir d'appréciation. Il n'y a pas nullité de droit, comme pour l'interdit. Il y a donc une différence, en ce qui concerne l'admission de l'action en nullité, entre l'acte passé par un interdit et celui qui émane d'un aliéné simplement interné.

266.— b) *Aliénés non interdits ni internés.* — Les aliénés non interdits ni internés ne perdent pas leur capacité. Les actes juridiques qu'ils font sont valables, s'ils ont été accomplis dans un intervalle lucide. Quand donc l'acte ne porte pas en lui-même la preuve de l'insanité d'esprit de son auteur, il devient très difficile d'établir qu'il a été fait dans un moment de folie. On voit par là le grand avantage de l'interdiction qui protège la famille contre les actes de l'insensé, en le frappant de l'incapacité d'agir.

§ 3. — Incapacités spéciales

267.— Les personnes atteintes d'une incapacité spéciale sont les mineurs émancipés, les femmes mariées non séparées de corps, les individus pourvus d'un conseil judiciaire.

268.— A. — *Mineurs émancipés.* — A la différence du mineur ordinaire, l'émancipé agit toujours en personne ; il fait

(1) Cependant, la plupart des auteurs admettent que l'interdit, quand il est dans un intervalle lucide, peut passer lui-même certains actes relatifs au droit de famille : le mariage, l'adoption, etc. Mais on n'est pas d'accord sur la liste de ces actes. V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 2079 ; Ambr. Colin et Capitant, *op cit.*, 5e éd., t. I, p. 590 et s.

lui-même les actes juridiques qui l'intéressent, tantôt seul, tantôt avec l'assistance de son curateur, tantôt avec l'observation des formalités prescrites en matière de tutelle : autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal (art. 481 à 487, C. civ.).

1° Le mineur émancipé jouit d'une demi-capacité. Il a le libre gouvernement de sa personne, et il accomplit seul les actes de pure administration de son patrimoine, c'est-à-dire les actes qui ont pour objet la conservation des biens, la perception des fruits et revenus, les baux, les réparations, les dépenses quotidiennes, etc. (1).

Pour tous ces actes, il a la même capacité qu'un majeur. Il n'est pas même protégé par l'action en rescision pour cause de lésion. Pourtant, s'il contracte des engagements excessifs, hors de proportion avec ses ressources, s'il fait des achats inconsidérés, les tribunaux ont le droit de réduire les obligations assumées par lui, en prenant en considération sa fortune, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (2).

2° Quant aux actes qui ne sont pas de pure administration, ils doivent être passés, les uns avec l'assistance du curateur, les autres, les plus graves : aliénations d'immeubles, emprunts, constitutions d'hypothèques, etc., avec les formalités prescrites pour le mineur en tutelle (3).

269.— *Sanction de l'incapacité.* — Les actes passés par un mineur émancipé, soit avec l'assistance de son curateur, soit avec l'observation des formalités légales, sont valables, comme s'ils émanaient d'un majeur. Si, au contraire, le mineur émancipé a agi sans observer la loi, la sanction, ici encore, est double, comme pour le mineur non émancipé.

Sont entachés de nullité et passibles de l'action en nullité les actes que le mineur n'aurait dû faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou les autres formes analogues.

(1) Art. 481, C. civ.
(2) Art. 484, C. civ.
(3) Art. 483, 484, C. civ. ; loi du 27 février 1880, art. 4.

Sont, au contraire, rescindables pour cause de lésion, ceux pour lesquels il avait besoin de l'assistance de son curateur.

Cette distinction réduit à fort peu de chose le rôle du curateur, puisque son assistance n'est exigéee par la loi que pour une classe d'actes restreinte, et qu'en outre, le défaut d'assistance du curateur n'entraîne pas, de plein droit, la nullité de l'opération, laquelle reste, au contraire, valable si elle ne cause pas une lésion au mineur.

270.— B. — *Femmes mariées non séparées de corps.* — Les femmes mariées conservent le droit d'administrer leurs biens. Mais il faut tenir compte du régime matrimonial adopté par les époux, car il transporte le plus souvent au mari l'administration de tout ou partie des biens de la femme (1).

(1) Les auteurs disent ordinairement que la femme mariée ne peut faire aucun acte juridique sans l'autorisation maritale. A notre avis, cette proposition est inexacte. L'incapacité de la femme mariée ressemble à celle du mineur émancipé, c'est-à-dire que la femme conserve le droit de faire les actes d'administration, et n'a besoin de l'autorisation maritale que pour les autres. La preuve en est que, sous les régimes matrimoniaux qui laissent à la femme l'administration de ses biens (régime de séparation de biens, régime dotal quant aux biens paraphernaux), la loi lui laisse la libre administration de son patrimoine (art. 1449, 1576, C. civ.). Il en est de même sous le régime de communauté, lorsque la femme s'est réservé, par contrat de mariage, l'administration d'une partie de ses biens propres. De même encore, l'article 124 C. civ. dispose que, lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté et que le mari est en état d'absence, la femme peut opter pour la continuation de la communauté, et elle prend alors l'administration des biens, sans avoir besoin de l'autorisation de justice. Enfin l'article 217 C. civ., qui établit l'incapacité de la femme mariée, énumère les actes qu'elle ne peut pas faire sans autorisation, et ce sont précisément des actes (donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux) qui ne rentrent pas dans la notion de l'administration.

L'habitude de dire que la femme ne peut faire aucun acte sans autorisation, vient de ce que le régime de droit commun est la communauté, sous lequel l'administration des biens de la femme appartient au mari. Sous ce régime, il est vrai de dire que la femme ne peut passer aucun acte sans être autorisée, puisque ce n'est pas elle qui administre ses biens.

Nous venons de parler de régime matrimonial. Les époux règlent, en se mariant, le sort de leurs biens comme ils le jugent à propos (art. 1387, C. civ.). Les combinaisons entre lesquelles ils peuvent choisir sont variées : régime de communauté, régime sans communauté, régime dotal, séparation de biens. Suivant le régime qu'ils auront adopté, la femme conservera tous ses droits sur son patri-

La capacité de la femme mariée est un peu plus large que celle du mineur émancipé. La loi marque cette différence par les termes qu'elle emploie. L'article 1449 du Code civil dit que la femme séparée de biens a la *libre* administration de ses biens, tandis que l'article 481 ne donne au mineur que le droit de faire les actes de *pure* administration.

Mais, pour tous les autres actes relatifs à sa personne ou à ses biens (1), la femme mariée ne peut agir qu'avec l'autorisation du mari, ou à défaut, avec celle de la justice (2).

L'acte passé sans autorisation est annulable. L'annulation en peut être demandée par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers (3).

271.— C. — *Personnes pourvues d'un conseil judiciaire.* — Les personnes auxquelles on peut donner un conseil judiciaire sont les faibles d'esprit et les prodigues. Le conseil judiciaire ne gère pas ; il se borne à assister l'incapable dans certains actes juridiques, comme le fait le curateur de l'émancipé.

Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire conserve sa capacité pour les actes qui intéressent sa personne et non son patrimoine ; il les accomplit seul (par exemple, mariage,

moine, ou bien elle en abdiquera une portion plus ou moins étendue entre les mains de son mari ; en particulier sous la plupart des régimes, le mari acquiert l'administration et la jouissance de tout ou partie des biens de la femme. Ce second ordre d'idées est absolument distinct et indépendant de la question d'incapacité de la femme mariée, et il importe beaucoup de ne pas confondre ces deux points de vue. L'incapacité de la femme mariée, pouvons-nous dire, est toujours la même, quel que soit le régime matrimonial. Sans doute, tantôt la femme conserve l'administration de ses biens, tantôt elle la perd, mais dans les deux cas, son incapacité n'est pas modifiée ; on ne doit pas dire que, dans le second, elle est incapable de faire les actes d'administration ; ce serait inexact. Si elle ne peut pas faire ces actes, ce n'est pas parce qu'elle est incapable, mais tout simplement parce qu'elle n'a pas l'administration.

(1) Il y a certains actes que la femme peut faire sans autorisation : testament (art. 226, 905, C. civ.), reconnaissance de son enfant naturel antérieur au mariage (art. 337, C. civ.), etc.

(2) La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, déjà signalée plus haut p. 177. note 2, a donné à la femme, qui exerce une profession distincte de celle du mari, le droit d'administrer et d'aliéner à titre onéreux, sans autorisation, les biens acquis par son travail.

(3) Art. 225, C. civ.

reconnaissance d'enfant naturel) ; de même, il continue à administrer lui-même ses biens. Mais, pour les actes plus importants, qui sont de nature à lui causer un préjudice, il ne peut les passer qu'avec l'assistance de son conseil (1).

Le défaut d'assistance entraîne la nullité de l'acte irrégulièrement passé.

SECTION IV

NULLITÉ DES ACTES JURIDIQUES (2)

§ 1. *Divers degrés dans l'imperfection d'un acte juridique. Notions historiques.*

§ 2. *Distinction admise par la majorité des interprètes.* — A. — *Actes inexistants.* — B. *Actes nuls de plein droit.* — C. *Actes annulables.* — *La jurisprudence.*

§ 3. *De l'action en nullité des actes annulables et de l'action en rescision pour cause de lésion.*

§ 4. *Confirmation des actes annulables. Prescription des actions en nullité et en rescision.*

(1) Les articles 499 et 513, C. civ., énumèrent les actes pour lesquels l'assistance du conseil judiciaire est requise. Mais la jurisprudence en a sensiblement étendu la liste, de telle sorte qu'aujourd'hui les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont frappées d'une incapacité analogue à celle du mineur émancipé et de la femme mariée. Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 2121 à 2138; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 609 et s.

(2) Cons. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 37, t. IV, § 332 à 339 ; Baudry-Lacant. et Paul Guyot, *Précis*, t. I, nos 102-11 à 102-20 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, nos 326 à 349 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 75 et s. ; Larombière, *Des obligat.*, article 1304, nos 12 et s. ; Demolombe, *Du mariage*, t. I, n° 240 ; Des *contrats*, t. VI, nos 21 et s. ; Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 71 ; t. II, nos 269, 270 ; t. XIII, nos 449, 450 ; t. XV, nos 450 et s. ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, nos 12 et s. ; t. VII, n° 10 ; Bufnoir, *Propriété et contrats*, p. 646 et s. ; Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, thèse de doctorat, Dijon, 1885 ; Hartemann, *Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables*, thèse Nancy, 1889 ; Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité*, thèse Lyon 1897 ; Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse Aix, 1902. Voir surtout la remarquable thèse de M. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques ; essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909. Sur la théorie des nullités dans le nouveau C. civ. allemand, voir Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, art. 141, 142.

§ 1er. — Divers degrés dans l'imperfection d'un acte juridique. Notions historiques

272.— L'imperfection d'un acte juridique peut résulter de l'une des trois causes suivantes :

1° Un des éléments essentiels, indispensables à sa formation, fait défaut. En pareil cas, il est bien évident que l'acte n'a aucune valeur et ne peut produire aucun effet juridique. Pour caractériser cette situation, la doctrine emploie un terme très énergique ; elle dit qu'il est *inexistant.*

2° L'acte viole une prescription légale ; par exemple, il contient des dispositions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; ou bien il était soumis à des formes solennelles qui n'ont pas été observées. Cet acte ne peut, lui non plus, produire aucun effet juridique, puisqu'il a été passé en violation de la loi. Il est frappé d'une nullité, dite *nullité absolue.*

3° Enfin, la manifestation de volonté est imparfaite, soit parce qu'elle émane d'un incapable non régulièrement habilité, soit parce qu'elle est entachée de l'un des vices précédemment étudiés. Pour protéger l'intéressé contre ses conséquences, la loi lui permet d'en faire prononcer l'*annulation* par les tribunaux. On dit que l'acte est *annulable,* ou atteint de *nullité relative.*

Ainsi, il y a des degrés dans l'inefficacité d'un acte juridique, et on les distingue en employant ordinairement les termes d'*inexistence,* de *nullité absolue,* de *nullité relative* ou *annulabilité.*

Cette matière est restée pendant longtemps fort obscure. Cela tient à ce que la terminologie du Code manque de précision, et à ce qu'il emploie indifféremment les mots nuls, action en nullité, dans les divers sens que nous venons d'indiquer.

Cependant, l'accord s'est à peu près établi entre les jurisconsultes, au moins pour ce qui concerne le fond des idées et les effets produits par les divers degrés de l'invalidité, et une théorie bien construite, un peu trop remarquable peut-être par son caractère de logique déductive, a été édifiée.

Notions historiques

273. — La distinction de l'acte nul de plein droit, ne produisant aucun effet, et de l'acte simplement annulable, se retrouve dans les textes du Droit romain. Du premier, ces textes disent : *Nullum est negotium ; nihil actum est* (1). Cet acte n'engendre aucun effet juridique ; il est nul de plein droit, *ab initio,* sans qu'il soit besoin d'en faire prononcer la nullité. Il en est ainsi quand l'acte ne réunit pas les conditions nécessaires à sa formation, la vente sans objet par exemple (2) ; ou quand il est interdit par la loi, comme la donation entre époux (3).

Quant à l'annulabilité, elle est apparue postérieurement comme un mode de protection accordé par le préteur dans les cas où un acte, valable parce qu'il satisfait aux conditions exigées par le droit civil, cause pourtant un préjudice immérité à son auteur. Ainsi, une personne a contracté sous l'empire de la violence ; ou, trompé par des manœuvres frauduleuses, un mineur de 25 ans a traité avec un tiers qui a abusé de son inexpérience. Le préteur n'annule pas cet acte, mais il prononce au profit de la personne lésée la *restitutio in integrum,* qui entraîne la rescision, l'anéantissement de l'acte incriminé (4). Jusqu'au jour où la *restitutio* est accordée, l'acte produit ses effets, car il est valable aux yeux du Droit civil, seulement son sort est incertain, puisque celui auquel il cause un dommage immérité peut le faire tomber en s'adressant au préteur.

Cette distinction entre les deux degrés de l'imperfection d'un acte juridique n'a jamais été perdue de vue dans notre ancien Droit (5). Elle n'est pas toujours, il est vrai, présentée d'une façon précise ; elle reste même un peu confuse et

(1) Fr. 1, § 3, D. *De pactis,* II, 14 ; fr. 9 pr. ; 3, § 13 ; 11, § 9 ; 34 ; 35 ; D. *De donat. int. vir. et ux.,* XXIV, 1.

(2) Fr. 9 pr. et § 2, *De contrah. empt.,* XXIII, 1.

(3) Voir les textes cités à la note 1.

(4) Girard, *Manuel élément. de dr. rom.,* 6e éd., p. 1079 et s.

(5) Voir Georges Renard, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du Droit romain au moyen âge,* Nouvelle Revue historique de Droit, 1903, p. 214 et s. ; 327 et s.

incertaine chez Domat (1) et chez Pothier (2), mais d'autres l'exposent avec toute la clarté désirable. Ainsi, au XVIII[e] siècle, le président Bouhier (3) s'exprime de la façon suivante :

« Nos anciens auteurs distinguent deux sortes de nullités : les unes ont pour principe l'intérêt public, que l'acte soit contre les bonnes mœurs ou qu'il ait mérité d'être prohibé par quelque autre considération politique. Par exemple, si on avait traité de la succession d'un homme vivant ; si on avait testé contre les formalités prescrites par les lois ; en un mot, s'il était question de choses qui ne tombassent point dans le commerce des hommes, ou de contractants qui ne fussent pas en état de consentir. De telles nullités sont appelées absolues, en ce sens qu'elles peuvent être opposées par toutes sortes de personnes et qu'elles anéantissent l'acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avenu. Les autres nullités sont celles qui ont été introduites en faveur de certaines personnes, comme celles qui ont donné lieu au secours du Velléien pour les femmes et à celui du Macédonien pour les fils de famille, à celui de la restitution pour les contrats des mineurs et autres semblables. Comme ces nullités ne regardent que l'intérêt des particuliers, elles sont appelées respectives ou, selon d'autres, causatives, parce qu'elles ne peuvent être opposées que par ceux au profit de qui elles ont été établies (4). »

274. — Les rédacteurs du Code civil ont assurément maintenu la distinction traditionnelle, qui leur était familière. Les travaux préparatoires et divers articles en font foi (5).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre I, sect. V et sect. VI.

(2) Pothier, *Traité des oblig.*, éd. Bugnet, t. II, n[os] 17, 18, 19, 21, 42, 43.

(3) *Observations sur les coutumes de Bourgogne*, ch. XIX, § 12 et 13.

(4) Voir Pothier, *Traité des obligations*, n[os] 17, 18, 19, 21, 42, 43. Consulter Bourgeon, *op. cit.*, p. 150 à 181 ; Hartemann, *op. cit.*, p. 103 à 236 ; Laurent, t. XV, n[os] 458 et suiv.

(5) La distinction a été plusieurs fois exposée dans les travaux préparatoires : d'abord, à propos du mariage et de la rédaction de l'article 146, C. civ. (Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 99 ; Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 312, 324, 326) ; ensuite dans la discussion du titre des obligations conventionnelles. Le rapport présenté par Jaubert la rappelle très nettement (Locré, t. XII, p. 491). « Une cause illicite,

Mais ils ne l'ont pas formulée en termes catégoriques, bien qu'ils l'aient rappelée à diverses reprises, et particulièrement dans l'article 1117, au titre des obligations conventionnelles. Leur terminologie est indécise ; ils appliquent indifféremment les mots nuls et nullité aux actes qui sont dépourvus d'effets et à ceux qui sont simplement annulables (1).

275.— Les commentateurs du Code civil se sont efforcés d'éclaircir cette matière. Ils ont inventé un terme nouveau : celui d'*inexistence* ou *acte inexistant* (2).

C'est à propos des nullités de mariage, et pour compléter les dispositions des articles 180 et suivants du Code civil, que cette nouvelle distinction a été imaginée. Le chapitre IV du titre du mariage énumère les différentes causes de nullité qui peuvent frapper le mariage, et les auteurs admettent avec la Jurispru-

c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable : il n'y a pas de contrat. Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît une obligation : ce ne serait pas non plus un contrat. » De même, à propos du cautionnement (Locré, t. XV, p. 378, n° 11). Certains articles du Code viennent, d'autre part, confirmer les indications des travaux préparatoires. Le plus formel est l'article 1117, C. civ., qui déclare que la convention contractée par erreur, violence ou dol, *n'est point nulle de plein droit*, mais donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. Au contraire, quelques pages plus loin, l'article 1131 déclare que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou une cause illicite ne *peut avoir aucun effet*. En dehors de ces deux textes, qui sont les plus formels, on peut citer encore l'opposition de termes qui se rencontre, d'un côté, dans les articles 146, 1339, 1974, et, de l'autre, dans les articles 1109, 1125, 1304, 1305.

Consulter aussi les travaux préparatoires sur l'article 1338, C. civ., rapportés par Laurent, t. XVIII, n^{os} 565 et suiv. ; Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 284, 285 ; p. 523, 524 ; p. 585.

(1) Ainsi, dans l'art. 1117, C. civ. : « La convention, contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision... », les mots « *nulle de plein droit* » font allusion à l'inefficacité absolue de l'acte. Au contraire, dans l'article 502 : « Tous actes passés par l'interdit... seront *nuls de droit* », ces mots signifient simplement : devront être annulés. Comparer aussi, d'une part, les articles 931, 943, 944, 945, 970, etc., et, de l'autre, les articles 225, 472, 1110, 1111, 1116.

(2) Cette expression a été mise à la mode et répandue par Demolombe et Laurent. V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 333 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5^{e} éd., t. I, p. 81 et s.

dence, que cette énumération est limitative. En matière de mariage, disent-ils, par une dérogation remarquable au droit commun qui admet des nullités virtuelles, il n'y a pas de nullités autres que celles qui sont formellement prononcées par un texte (1). Pourtant, en dehors des cas de nullité prévus par ces articles, il y a des causes d'inefficacité du mariage dont on ne peut nier l'existence. Ainsi il est bien évident que le mariage est irrégulier quand il y a absence du consentement de l'un des futurs époux, identité de sexe, ou défaut d'intervention d'un véritable officier de l'état civil. Et cependant, il n'est pas question de ces hypothèses dans le chapitre IV. Pour expliquer ce silence et rester d'accord avec le principe qu'il n'y a pas de nullité de mariage sans texte, les interprètes ont alors imaginé de dire que le mariage atteint de l'une de ces causes d'imperfection est non pas nul, mais inexistant, parce qu'il manque d'un élément essentiel à sa formation (2).

Une fois créée, cette théorie de l'inexistence a été généralisée et appliquée à tous les actes juridiques, car la logique semblait exiger cette extension. Elle est aujourd'hui acceptée par la plupart des auteurs (3).

Mais toutes les difficultés ne sont pas pour cela aplanies. Une divergence subsiste quant au classement des nullités.

Le système, qui paraît aujourd'hui rallier les suffrages de

(1) Voir Cass., 12 novembre 1884, S. 45.1.246 ; Paris, 3 mars 1897, S. 97.2.102 ; Douai, 28 décembre 1908, D. P. 09.2.102, S. 09.2.222.

(2) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 347.

(3) Au fond, cette extension aux actes juridiques du Droit du patrimoine d'une catégorie créée pour les nullités de mariage n'a guère d'utilité. Entre l'inexistence et la nullité absolue, il n'y a en effet aucune différence d'ordre pratique. V. Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5° éd., t. I, p. 81.

Ajoutons que les dispositions du Code civil afférentes aux nullités de mariage diffèrent sur plusieurs points importants des règles applicables aux nullités des actes juridiques patrimoniaux.

Ces différences sont trop nombreuses pour être relevées toutes ici. Notons notamment les particularités relatives aux personnes pouvant invoquer les nullités absolues du mariage, à la confirmation possible dans certains cas du mariage entaché de nullité absolue, au mariage putatif. V. Ambr. Colin et Capitant, t. I, p. 165 à 190.

Tout ceci prouve une fois de plus qu'il n'y a rien de commun entre les règles du Droit de la famille et celles du Droit du patrimoine.

la majorité des commentateurs, distingue trois degrés dans l'invalidité de l'acte juridique : l'inexistence, la nullité absolue ou nullité de plein droit, la nullité relative ou annulabilité.

§ 2. — Distinction admise par la majorité des interprêtes. — A. Actes inexistants. — B. Actes nuls de plein droit. — C. Actes annulables. — La Jurisprudence.

A. — *Actes inexistants* (1)

276.— Tout acte juridique est constitué par la réunion de certains éléments essentiels qui doivent nécessairement s'y rencontrer. Si l'un de ces éléments est absent, l'acte est incomplet, il ne peut produire aucun des effets que la loi attache à sa formation, on dit qu'il est *inexistant ;* c'est un pur fait sans existence légale. Par exemple, d'après la définition ci-dessus donnée, tout acte juridique suppose une manifestation de volonté effective de la part de son auteur. Si donc cette manifestation de volonté fait défaut, soit parce que la personne a agi dans un accès d'aliénation mentale, soit parce qu'elle était trop jeune pour comprendre ce qu'elle faisait, l'acte ne peut naître ; il n'existe pas aux yeux de la loi.

Ces éléments essentiels varient avec chaque groupe d'actes ou même avec chaque acte déterminé. Ainsi, d'après le Code civil, trois conditions sont nécessaires pour la formation d'un contrat : le consentement, l'objet et la cause (art. 1108, C. civ.). De même, la vente exige la fixation d'un prix ; le paiement suppose l'existence d'une dette antérieure qu'il est destiné à éteindre (art. 1235, C. civ.). De même enfin, dans le mariage, la différence de sexe est un élément essentiel.

Théoriquement, l'acte inexistant ne doit pas être confondu avec l'acte nul. La loi ne s'occupe pas de l'acte inexistant, puisque c'est un pur fait qui ne produit aucune conséquence juridique. Elle n'a pas besoin de l'anéantir, de l'annuler, puisqu'il n'a pas été *juridiquement accompli.* On ne peut annuler que les actes susceptibles de produire des effets de droit, c'est-à-dire présentant les conditions nécessaires à leur formation.

(1) V. Loyer, *Les actes inexistants, thèse, Rennes,* 1908.

L'acte inexistant n'est qu'une apparence, qu'on écarte en prouvant qu'elle ne couvre aucune réalité.

Au contraire, l'acte nul est un véritable acte juridique qui produirait tous ses effets, s'il n'était pas atteint d'une cause d'inefficacité (1).

B. — *Actes nuls de plein droit*

277.— L'acte qui réunit les conditions requises pour sa formation peut être frappé cependant de nullité, s'il a été fait en violation d'une disposition de la loi. Le législateur sanctionne ordinairement par la nullité les ordres et les défenses qu'il édicte.

Ainsi, par exemple, l'inobservation des formes dans les actes solennels (2), la violation d'une règle d'ordre public (art. 6. C. civ.), l'insertion d'une clause immorale, ou d'une condition ou d'une charge impossible ou illicite dans un acte à titre onéreux (3) entraînent la nullité de plein droit.

La nullité de plein droit ou nullité absolue est le mode de sanction auquel la loi recourt ordinairement pour assurer le respect des dispositions qu'elle veut imposer à l'observation

(1) Bien des objections peuvent être opposées à cette théorie de l'inexistence. D'abord un acte simulé est inexistant, et pourtant il produit des effets à l'égard des tiers (art. 1321, C. civ.).

D'autre part, l'art. 1601, C. civ. nous dit que si au moment de la vente la chose vendue est périe en totalité, la vente est nulle.

De même aussi, l'article 1131 déclare que l'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, ce qui signifie que dans tous ces cas, aussi bien quand il y a absence de cause que cause illicite, l'obligation est frappée de nullité.

Il est donc inexact de dire que le contrat sans objet ou l'obligation sans cause sont inexistants, puisque la loi elle-même déclare qu'ils sont nuls.

(2) Beaucoup d'auteurs considèrent le défaut de solennité comme une cause d'inexistence (Baudry-Lacant. et Guyot, t. I, n° 131). Dans les actes solennels, disent-ils, la forme est essentielle ; *forma dat esse rei*. Mais, comme le remarque fort judicieusement M. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 349, cette manière de voir n'est pas rigoureusement exacte. L'absence de forme ne touche pas à l'essence même de l'acte. Une donation par acte sous seing privé, par exemple, contient bien tous les éléments indispensables à la formation d'un contrat. Ce qui lui manque, c'est une *condition de validité exigée par la loi*. Il s'agit donc bien ici de nullité.

(3) Art. 1172, C. civ.

des parties. Au contraire, l'annulabilité ou nullité relative, dont nous parlerons plus bas, n'est qu'un remède exceptionnel établi par la loi dans certains cas déterminés.

Il convient d'ajouter deux observations.

Première observation. — La loi ne prononce pas toujours expressément la nullité. Souvent, le Code se contente d'employer une formule prohibitive : « ne peut, ne doit », ou bien une formule impérative , comme dans les articles 334, 1394 du Code civil ; il ordonne ou il défend, mais sans édicter de sanction (1). Il n'est pas douteux que la nullité peut être prononcée en vertu de la volonté tacite du législateur ; il y a des cas où elle est virtuelle (2). Mais quels sont ces cas ? Comment reconnaîtra-t-on que le législateur a eu l'intention de sanctionner par la nullité les actes contraires à une disposition impérative ou prohibitive édictée par lui ? Il n'y a pas de critérium qui permette de donner à cette question une réponse générale ; on ne pourra la résoudre qu'en étudiant, pour chaque cas particulier dans lequel elle se présentera, l'esprit de la loi et les motifs qui ont fait édicter l'ordre ou la défense (3).

Deuxième observation. — Nous laissons de côté les vices de

(1) Art. 445, 463, 464, 791, 903, C. civ., etc.

(2) Cf. Aubry et Rau, I, § 37, 5e éd., p. 181, 182.

(3) Ainsi la question de savoir si les lois qui dispensent en temps de guerre la Banque de France de rembourser en or le montant des billets émis par elle, emportent nullité des clauses imposant aux débiteurs l'obligation de payer en or, a donné lieu à une longue controverse entre la doctrine et la jurisprudence. Celle-ci s'est prononcée pour l'affirmative (Civ., 11 février 1873, D. P. 73.1.177, S. 73.1.97 ; 17 mai 1927, D. P. 1928, 1.25, note Capitant).

L'emploi de la forme prohibitive prouve presque toujours que le législateur a eu l'intention de sanctionner par la nullité la violation de la règle ainsi formulée. Voir p. ex. les art. 144, 161, 162, 163, 335, 686, 791, 1388 2220, C. civ., etc. Cons. Laurent *op. cit.*, t. I, nos 59 à 68 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 337 ; Ambr. Colin et Capitant,, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 79. Le livre préliminaire du projet de Code civil contenait un article (titre IV, art. 9), ainsi conçu : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée ». On sait que la plupart des articles de ce titre préliminaire ont été supprimés comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la législation.

Pourtant, il faut tenir compte de l'observation faite au n° 275 : en matière de mariage, il y a certaines prohibitions auxquelles le Code n'attache pas la sanction de la nullité.

forme qui peuvent se glisser dans la rédaction de l'écrit destiné à constater la formation d'un acte juridique. L'irrégularité commise dans la confection de l'acte instrumentaire dressé pour servir de preuve n'en entraîne pas la nullité, à moins que la loi ne l'ait expressément prononcée, ou que la mention omise ne constitue une formalité substantielle, en l'absence de laquelle cet acte perd toute valeur (1).

278. — *Effets de la nullité de plein droit* (2). — La nullité est l'œuvre de la loi elle-même qui frappe l'acte juridique d'inefficacité. Elle le paralyse au moment même de sa naissance (3). Cet acte ne peut produire aucun effet juridique. Il n'est pas besoin d'en faire prononcer par le juge l'invalidité, car cette invalidité existe de plein droit, en vertu même de la loi. Aussi n'y a-t-il pas, à proprement parler, d'action en nullité (4). Celui qui a intérêt à faire constater par les tribunaux la nullité de l'acte juridique, agit tout simplement comme si cet acte n'avait pas été fait ; il invoque les droits qu'il prétend avoir. Ainsi, celui qui a

(1) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 651.

(2) La maxime *quod nullum est nullum producit effectum* par laquelle on résume les effets de la nullité d'un acte ne s'applique pas toujours rigoureusement. Il y a certains cas dans lesquels les effets juridiques de l'acte survivent à la nullité. Cette matière, fort peu étudiée jusqu'à ces temps derniers, a fait l'objet d'une thèse remarquable de M. Jacques Piédelièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, Paris, 1911.

(3) L'acte nul de plein droit ne produit pas plus d'effets que l'acte inexistant. Aussi quelques auteurs se contentent-ils de diviser les actes atteints d'inefficacité en deux groupes : les actes inexistants et les actes annulables. Dans la première catégorie, ils rangent les causes suivantes : absence d'un élément essentiel, inobservation des formes dans les contrats solennels, violation d'une règle d'ordre public, insertion d'une condition ou d'une charge impossible ou illicite dans les contrats à titre onéreux. Voir en ce sens, Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 646 et s. ; Bourgean, thèse précitée. Nous nous sommes rallié à ce système dans notre *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, *loc. cit.*

(4) Cette proposition n'est pas admise par tous les auteurs. MM. Aubry et Rau, t. I, § 37, déclarent que la nullité n'existe jamais de plein droit ; elle doit toujours être prononcée par jugement. « A cet égard, disent-ils, 5e éd., t. IV, p. 184, il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas où la loi se borne à ouvrir contre un acte une action en nullité, et ceux où elle en déclare elle-même la nullité, soit d'une manière pure et simple, soit avec addition des mots *de droit* ou *de plein droit*. Les actes entachés de nullité restent donc efficaces tant que l'annulation n'en a point été prononcée par le juge. »

exécuté un contrat entaché de nullité radicale n'a pas besoin d'en demander l'annulation, il n'a qu'à réclamer les choses qu'il a livrées, soit par l'action en revendication, quand il s'agit d'un corps certain, soit par l'action en répétition de l'indû, quand il s'agit d'une somme d'argent. Que si l'adversaire résiste à sa prétention, en contestant l'invalidité du contrat, le litige sera porté devant les tribunaux. Si le juge reconnaît l'existence de la cause de nullité, il se bornera à la constater ; il n'aura pas besoin d'annuler l'acte, puisque c'est la loi elle-même qui l'a infirmé (1).

279.— De là découlent les conséquences suivantes :

1° Toute personne ayant intérêt à invoquer la nullité d'un acte juridique a le droit de la faire constater. Par exemple : un donateur a fait donation d'une maison par acte sous seing privé, contrairement à l'article 931 du Code civil ; postérieurement, il vend cette maison à une autre personne et la met en possession. Cet acheteur, s'il est attaqué par le donataire, repoussera sa demande en se fondant sur la nullité de la donation.

Aussi désigne-t-on ordinairement la nullité de plein droit sous le nom de nullité *absolue*, par opposition à la nullité *relative*, qui ne peut être invoquée que par celui au profit de qui elle a été établie.

2° L'acte nul ne peut pas être confirmé par ceux de qui il émane (2).

Confirmer un acte, c'est renoncer à invoquer la cause de nullité qui l'entache. Cela suppose donc que la nullité est créée dans l'intérêt d'une personne, pour la protéger. Quand il s'agit au contraire d'une nullité prononcée comme sanction

(1) L'acte entaché d'une cause de nullité n'est pas toujours entièrement anéanti. Tout d'abord, l'article 900 du Code civil décide que, dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou mœurs sont réputées non écrites. D'autre part, si l'acte juridique contient plusieurs manifestations de volonté distinctes les unes des autres, la nullité n'anéantit que les clauses illicites. Il en sera souvent ainsi dans les contrats de mariage, dans les testaments.

(2) Comp. cependant les art. 1338, 1339, C. civ.

d'une violation de la loi, les parties ne peuvent pas renoncer à s'en prévaloir (1).

3° La nullité de plein droit ne s'éteint pas par l'effet de la prescription. L'acte nul ne produit aucun effet juridique ; l'écoulement d'un certain laps de temps ne saurait lui donner une vigueur qu'il n'a jamais eue. Il semble donc que les intéressés pourront toujours, et quel que soit le temps écoulé, invoquer la nullité d'un acte. Mais, en fait, il arrivera le plus souvent qu'au bout de trente ans, on ne pourra plus s'en prévaloir, parce que la situation juridique créée par cet acte se trouvera consolidée par l'effet de la prescription. « Après trente ans, on ne remet pas en question ce qui remonte à une date antérieure (2) ». Deux exemples vont nous le montrer :

1er Exemple : dans une cession d'office ministériel, le vendeur a stipulé par un traité secret que l'acheteur lui paierait une somme de 20.000 francs en plus du prix fixé au contrat. Ce traité est nul (3) ; l'acheteur qui a payé cette somme a une action en répétition contre le vendeur ; mais, s'il reste pendant trente ans sans intenter cette action, celle-ci se trouve éteinte par la prescription, et il ne peut plus invoquer la nullité du traité secret.

2e Exemple : j'ai laissé Pierre entrer en possession d'une maison, parce que mon père, dans son testament, la lui avait léguée. Postérieurement, je découvre un nouveau testament qui révoque ce legs. J'ai le droit de revendiquer la maison que j'avais livrée sous l'influence de l'erreur ; mais je reste trente

(1) Pourtant on comprendrait qu'un contrat atteint de nullité pour violation d'une règle d'ordre public, s'il s'agissait d'une violation susceptible de disparaître, pût être confirmé par les parties, à dater du moment où ce contrat ne contiendrait plus rien de contraire à l'ordre public.

Ainsi quelques arrêts ont admis qu'un contrat de mariage nul pour défaut de formes peut être confirmé après la dissolution du mariage. Cass., 10 avril 1866, S. 66.1.190, D. P. 66.1.350 ; 25 avril 1869, D. P. 69.1.246 ; 26 avril 1869, S. 69.1.297. En ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 337, 1°. Mais la Cour de cassation paraît avoir abandonné cette opinion par un arrêt du 6 novembre 1895, S. 96.1.5.

(2) Ch. Beudant, note D. P. 80.1.145, sous Cass., 5 mai 1879.

(3) Cass., 18 mars 1895, S. 96.1.11

ans sans agir. Au bout de ce temps, Pierre aura acquis la propriété de la maison par la prescription acquisitive, et pourra repousser mon action.

Ainsi, quand un acte nul a été exécuté, si les parties laissent passer trente ans sans invoquer la nullité, la prescription extinctive ou acquisitive, suivant les cas, met obstacle à la constatation de cette nullité, et l'acte conserve une valeur de fait ; le rapport de droit qu'il a établi se perpétue.

Cependant il n'en est pas toujours ainsi, et il ne serait pas exact de dire que, par la prescription des différentes actions permettant de faire constater la nullité, l'acte devient toujours inattaquable au bout de trente ans. Il est facile de trouver des hypothèses où la prescription ne joue pas ce rôle. Prenons le cas d'un pacte sur succession future, qui est nul comme contraire à l'ordre public (1) : par exemple, un enfant a renoncé par avance à la succession de son père en faveur de son frère ; le père meurt. Quel que soit le temps écoulé depuis le jour où le pacte est intervenu, l'enfant renonçant peut intenter l'action en partage des biens de la succession, et il le pourra tant que son frère n'aura pas acquis par la prescription acquisitive la propriété exclusive de ces biens, car l'action en partage est imprescriptible (2).

Autre exemple : le contrat de mariage, rédigé postérieurement à la célébration du mariage ou en dehors de la présence de l'un des futurs époux (3), est nul. Bien que le mariage ait duré plus de trente ans, néanmoins, au jour de la dissolution, les époux seront admis à se prévaloir de la nullité du contrat pour le règlement de leurs droits respectifs.

C. — *Annulabilité*

280. — L'annulabilité est une nullité d'un genre spécial. Elle a pour but de protéger certaines personnes injustement lésées par un acte juridique.

(1) Art. 791, 1130, C. civ.
(2) Art. 816, C. civ.
(3) Cass., 6 novembre 1895, S. 96.1.5.

Les principales causes qui rendent un acte annulable sont les suivantes :

1° La déclaration de volonté de l'auteur de l'acte a été viciée par le dol, la violence, l'erreur, et même, dans certains cas, par la lésion ;

2° La personne qui a passé l'acte est incapable et elle a agi sans observer les règles prescrites par la loi.

L'annulabilité a donc pour cause l'un ou l'autre de ces évènements : 1° déclaration de volonté viciée ; 2° incapacité de l'auteur de l'acte.

Elle se présente à nous avec un caractère bien marqué, qui la distingue nettement de la nullité. C'est une mesure de protection d'un ou de plusieurs intérêts privés. Cette mesure s'explique, parce qu'une personne a commis une erreur, ou a été victime de son inexpérience, ou enfin parce qu'on a usé de violence ou de manœuvres frauduleuses contre elle. Le meilleur procédé pour la protéger, c'est, non pas d'anéantir l'acte, car le remède dépasserait souvent le but, mais de subordonner son maintien à la volonté de l'intéressé. S'il trouve l'acte avantageux, il le confirmera ; sinon, il en demandera l'annulation.

On rencontre dans le Code civil quelques autres cas dans lesquels l'annulabilité repose bien sur une idée de protection des intérêts privés, mais qui diffèrent un peu des hypothèses que nous venons d'indiquer. Ainsi, l'article 1422 décide que le mari ne peut pas disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Cette prohibition est établie dans l'intérêt de la femme, et celle-ci a seule le droit de demander la nullité des donations faites en violation de cette défense. De même, lorsque les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ont fait des actes excédant les pouvoirs d'administration que leur confère la loi (1), l'absent, de retour, peut seul demander l'annulation de ces actes, car c'est dans son intérêt que la loi

(1) Art. 128, C. civ.

limite les droits d'administration des envoyés en possession provisoire (1).

281.— *Conséquences de l'annulabilité.* — 1° Tant que l'acte n'a pas été annulé par le juge, il produit les mêmes effets que s'il était valable. Le juge, à l'appréciation duquel il est soumis, ne se borne pas à en constater l'inefficacité, comme dans les cas de nullité ou d'inexistence ; c'est lui qui prononce l'annulation. Cette annulation fait, du reste, disparaître complètement l'acte, non seulement pour l'avenir, mais pour le passé. Toutes les conséquences juridiques qu'il a produites sont effacées, comme s'il n'avait jamais été fait. La partie qui en demande l'annulation doit donc intenter une action spéciale qui s'appelle l'action en nullité (art. 1304, C. civ.).

2° Tout intéressé peut faire constater l'inexistence ou la nullité d'un acte. Au contraire, le droit d'intenter l'action en nullité n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi accorde cette action pour les défendre contre le dommage injuste que l'acte leur cause (art. 1125, C. civ.). Par exemple, un mineur achète un immeuble sans être autorisé ou représenté par son tuteur ; il peut demander l'annulation de la vente, mais le vendeur ne le peut pas. C'est pour cela qu'on désigne l'annulabilité sous le nom de nullité relative.

3° Les actes annulables peuvent être confirmés par celui qui a le droit d'en demander l'annulation. La confirmation constitue une renonciation à l'action en nullité. Elle rend à l'acte toute sa vigueur ; il est considéré comme n'ayant jamais été vicié.

(1) Les articles 1596 et 1597 du Code civil interdisent aux tuteurs de se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; aux mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre, etc. ; aux juges, avoués, etc., de devenir cessionnaires des droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. Ces articles édictent une incapacité qui présente un caractère spécial ; elle n'est pas établie en vue de protéger l'incapable, mais au contraire contre lui. En conséquence, la nullité établie par eux est une nullité relative qui pourra être invoquée, dans le cas de l'article 1596, par le propriétaire du bien, et, dans le cas de l'article 1597, par le cédant du droit litigieux et par le cédé.

4° L'action en nullité s'éteint par la prescription, lorsque celui qui a le droit de l'intenter laisse passer un certain temps sans attaquer l'acte. Le délai ordinaire de la prescription est de trente ans ; l'article 2262 du Code civil décide que toutes les actions sont prescrites par trente ans. Mais, en matière d'annulabilité, et en ce qui concerne les conventions, la loi a établi une prescription plus courte, qui est de dix ans et qui est fondée sur une idée de confirmation tacite. Celui auquel appartient l'action en nullité est censé avoir renoncé au bénéfice de cette action et, par conséquent, avoir confirmé tacitement l'acte attaquable, quand il est demeuré pendant dix ans sans intenter cette action (art. 1304, C. civ.).

La Jurisprudence

282.— Il règne encore une certaine obscurité dans la jurisprudence sur cette difficile matière des nullités. Tout d'abord, les tribunaux ne font pas ordinairement la distinction de l'inexistence et de la nullité (1).

Pourtant un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 décembre 1902 (2) a opposé nettement pour la première fois la nullité de plein droit à l'inexistence, dans une espèce où, par exception, la distinction présentait quelque intérêt.

D'autre part, la jurisprudence décide que la nullité radicale et absolue ne produit pas son effet de plein droit et doit être demandée sous forme d'action en nullité (3).

(1) Voir les décisions citées dans la thèse de M. Pize, p. 7, note 1 ; p. 125, note 2 ; p. 143, note 2 ; p. 146, note 1.

Toutefois quelques arrêts plus catégoriques que les autres parlent d'actes auxquels l'*existence légale fait défaut*. Voir Cass., 6 avril 1858, S. 59.1.17 ; Cass., 6 novembre 1895, S. 96.1.5 ; Pau, 13 mai 1890, S. 91.2.228 ; Bastia, 8 février 1888, S. 89.2.177 ; Douai, 23 novembre 1901, S. 02.2.297 ; Pau, 3 mars 1909, S. 10.2.76.

(2) S. 1903.1.257, avec une note de M. Tissier.

(3) Du moins deux arrêts l'ont-ils expressément déclaré en ce qui concerne le mariage, Bordeaux, 25 juin 1884, S. 84.2.201 ; Cass., 9 novembre 1887, S. 87.1.461. Dans le même sens, Beudant, *Cours de dr. civ., fr.*, t. I, n° 280 ; Labbé, *note* S. 89.2.177.

« D'après une règle générale de droit, dit l'arrêt de la Cour de Bordeaux, les nullités, fussent-elles absolues ou substantielles et même d'ordre public, n'existant pas de plein droit, les actes qu'elles vicient conservent tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés. » La jurisprudence paraît bien se rallier à cette

Enfin, elle paraît également admettre que la nullité de plein droit ne peut pas être indéfiniment invoquée, mais se prescrit, au contraire, par l'expiration du délai de 30 ans, car l'article 2262, C. civ., dit-elle, s'applique à toutes les actions. Après l'expiration de ce temps, la nullité ne peut plus être prononcée: « l'acte n'acquiert pas une existence légale, disent plusieurs arrêts, mais son existence de fait se trouve consolidée (1) ».

théorie, puisqu'elle décide que la nullité est sanctionnée par une action spéciale, laquelle se prescrit par trente ans. Voir Cass., 5 mai 1879, S. 79.1.313, D. P. 80.1.145, note de Ch. Beudant.

(1) Cass., 11 novembre 1845, S. 45.1.785 ; Cass., 6 avril 1856, S. 59.1.17 ; Pau, 5 février 1866, S. 66.2.194 ; Cass., 5 mai 1879, précité ; Rennes, 19 mai 1884, S. 85.2.169, note de M. Labbé ; Cass., 6 novembre 1895, S. 96.1.5.

Cependant, si l'acte atteint d'une nullité radicale et absolue n'a reçu aucune exécution, et qu'après l'expiration du délai de trente ans, le créancier poursuive son débiteur et réclame l'exécution de l'obligation née de cet acte, ce dernier peut toujours se prévaloir de la nullité par voie d'exception, car l'exception de nullité, à la différence de l'action, ne s'éteint pas par la prescription de trente ans. Chambéry, 25 juillet 1889 ; Cass., 3 avril 1892, S. 93.1.33 ; Req., 1er décembre 1846, D. P. 47.1.15 ; Pau, 5 février 1866, S. 62.2.194 ; Cass. req., 21 juin 1880, S. 81.1.287.

Il faut ajouter qu'il y a des cas où la jurisprudence enlève aux parties le droit de se prévaloir de la nullité d'un contrat, de telle sorte que, si ce contrat a été exécuté, il ne peut plus être attaqué. La jurisprudence admet, en effet, que, lorsque deux personnes ont fait et exécuté une convention qui présente un caractère immoral pour l'un et l'autre des contractants (vente d'une maison de tolérance, cession d'une maison de jeu, etc.), les parties ne peuvent pas se prévaloir de la nullité de l'opération pour réclamer ce qu'elles ont livré. Cette solution, dont l'origine remonte au droit romain (fr. 3 et 8 D. *De cond. ob. turp. vel. inj. caus.*, XII, 5) et qui est conforme à la tradition de notre droit (Ferrière, *Diction. de droit et de prat.*, v° *Répétition de ce qui a été donné pour cause déshonnête* ; Pothier, *Traité des obligations*, nos 42 et s.) se fonde sur un vieil adage : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il y a turpitude commune aux deux parties, et ni l'une ni l'autre ne peuvent soutenir une demande en justice en la basant sur un acte contraire à la loi ou à la morale. Cass., 15 décembre 1873, S. 74.1.412, note de M. Dubois ; Riom, 30 novembre 1893, S. 94.2.75 ; Grenoble, 5 novembre 1895, D. P. 96.2.263 ; Pau, 31 janvier 1889, S. 89.2.52 ; Cass., 11 novembre 1890, S. 91.1.319 ; Paris ; 16 novembre 1888, S. 91.2.89, note de M. Meynial ; Cass. req., 1er avril 1895, S. 96.1.289, note de M. Appert ; Nancy, 2 janvier 1893, S. 94.2.206 ; Alger, 9 mai 1894, S. 94.2.302 ; Req., 15 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 22-25 avril 1911.

En sens contraire : Cass. civ., 11 février 1884, S. 84.1.265 ; Cass. civ., 25 janvier 1887, S. 87.1.224 ; Besançon, 6 mars 1895, S. 95.2.196.

Voir sur ce point, Capitant, *De la cause des obligations*, nos 114 à 119.

283.— *La démence est-elle une cause d'inexistence ou d'annulation de l'acte passé par un aliéné ?*

En pure théorie, il n'est pas douteux que l'acte passé par une personne dont la raison est égarée par la maladie au moment où elle agit, est inexistant, parce que la démence est destructive de la volonté.

Notre législation a écarté cette règle en ce qui concerne les actes faits par un interdit, ou par celui qui est interné dans un établissement. Pour éviter qu'on ne soit obligé de rechercher si l'interdit a agi dans un intervalle lucide ou sous l'empire de la maladie, question toujours fort délicate à trancher, le législateur l'a frappé d'une incapacité générale. Tous les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls d'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par les représentants de l'interdit (art. 502, C. civ.). Quant à la personne internée dans un établissement, l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 décide que les actes faits par elle, pendant son internement, peuvent être attaqués pour cause de démence, et annulés. Mais ici encore il s'agit de nullité relative.

Mais que décider quand il s'agit d'un acte passé par un aliéné non interdit, ni interné ?

La question est controversée. La majorité des auteurs considère que la démence est exclusive de toute volonté, et décide que lorsqu'un acte est passé par un aliéné, à un moment où sa raison est égarée par la maladie, cet acte est inexistant, puisqu'il n'est pas la manifestation d'une volonté réelle (1). La jurisprudence actuelle, appuyée par quelques auteurs, tend, au contraire, à admettre que la démence est un simple vice de la volonté qui entraîne l'annulabilité de l'acte et non son inexistence (2).

(1) Cf. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 81 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. II, n° 275 *bis* ; Laurent, *op. cit.*, t. V, n° 313 et t. XIX, n° 48 ; Huc, *op. cit.*, t. VII, n° 11 ; Lacoste, note sous Poitiers, 30 octobre 1893, S. 95.2.225. Dans le même sens, Toulouse, 21 janvier 1885, D. P. 86.2.73, note de M. Glasson ; Bastia, 8 février 1888, S. 89.2.177.

(2) Cass., 9 nov. 1887, S. 87,1.461 ; Bordeaux, 14 janvier 1857, S. 57.2.253 ; Nîmes, 28 janvier 1891, D. P. 91.2.97 ; Poitiers, 30 octobre 1893, précité ; Bordeaux, 22 avril 1896, S. 96.2.232, P. F. 97. 2.321, note de M. Carré de Malberg dans le même sens. En ce sens également, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 343, n° 3.

§ 3. — De l'action en nullité des actes annulables et de l'action en rescision pour cause de lésion

284.— L'action destinée à faire prononcer l'annulation des actes juridiques entachés d'un vice ou faits par un incapable s'appelle action en nullité (1). A côté de cette action, il y en a une autre qui aboutit au même résultat, c'est l'action en rescision. Le Code emploie même souvent ces deux expressions comme synonymes ; pourtant il réserve plus volontiers les mots action en rescision pour les cas où l'acte est attaquable pour cause de lésion (2), et il est d'usage de désigner sous ce nom l'action qui permet de faire annuler un acte entaché de lésion, dans les hypothèses exceptionnelles où la loi considère la lésion comme un vice de la volonté (3). L'action en rescision n'est donc qu'une variété de l'action en nullité. Elle présente deux caractères spéciaux et distinctifs : 1° elle suppose que l'acte attaqué est lésionnaire ; il suffit donc que la personne qui l'intente prouve l'existence de la lésion ; 2° en matière contractuelle, le défenseur peut arrêter le cours de l'action et éviter la rescision du contrat en offrant au demandeur de réparer le préjudice par lui subi (4).

285.— Cette distinction de l'action en nullité et de l'action en rescision jouait, au contraire, un rôle important dans notre ancien droit (5). Lorsque la nullité résultait du texte des coutumes ou des ordonnances, elle pouvait être invoquée de plein droit par l'intéressé devant les tribunaux, sous le nom d'*action en nullité*.

« Par exemple, dit Pothier (6), on opposera contre un contrat, quel qu'il soit, s'il est passé par une femme sous puissance de mari qui n'était point autorisée, qu'elle était, par ce défaut

(1) Art. 1304, C. civ.
(2) Art. 887, al. 2, 1305, 1306, 1313, 1674, C. civ.
(3) Art. 1118, C. civ.
(4) Voir les art. 891 et 1681, C. civ., pour le partage et pour la vente d'immeubles.
(5) Voir Argou, *Inst. de dr. fr.*, livre IV, t. XIV, § 2, p. 480 ; Pothier, Ed. Bugnet, t. X, *Traité de la Proc. civile*, nos 727 et s.
(6) *Loc. cit.*

d'autorisation, incapable de contracter, et que, par conséquent, l'acte est nul. »

Si, au contraire, la cause de nullité avait son fondement dans les textes du droit romain ou les principes de l'équité, il fallait obtenir du prince « des lettres de rescision » qui permettaient à l'intéressé d'intenter l'action devant le juge (1). Ainsi, le mineur était restituable contre les actes qu'il avait passés en minorité (2).

Du reste, la délivrance des lettres de rescision n'était qu'une formalité fiscale, elle se faisait sans examen de l'affaire (3). Cette formalité dut être introduite, à l'origine, comme un mode de reconnaissance de l'autorité royale.

L'action en rescision se prescrivait par dix ans, l'action en nullité par trente ans.

Ces différences ont disparu, parce qu'elles n'avaient plus de raison d'être. La loi des 7-11 septembre 1790, articles 20 et 21, a supprimé les chancelleries et ordonné que, désormais, on se pourvoirait, dans les cas de rescision comme dans ceux de nullité, par demande directe devant les juges compétents. Le Code civil a achevé l'assimilation en établissant une prescription unique de dix ans.

L'annulabilité d'un acte peut être invoquée non seulement par voie d'action, mais aussi sous forme d'exception. Il en est ainsi dans le cas où l'acte juridique n'a pas encore été exécuté. Le jour où on en demande contre lui l'exécution, l'intéressé se défend en opposant l'exception de nullité. Exemple : Primus a déterminé, par des manœuvres frauduleuses, Secundus

(1) C'est ce que signifie la règle formulée par Loisel, *Instit. Cout.*, éd. Dupin, t. II, n° 706 : « Voies de nullité n'ont point de lieu en France », et Eusèbe de Laurière ajoute en note : « Mais quand il est question de nullités, qui sont déclarées par les ordonnances et les coutumes, les voies ou exceptions de nullités ont lieu sans lettres du prince ».

(2) Pothier, *ib.*, n° 729.

(3) « Ces lettres s'obtiennent dans les Chancelleries des Parlements, ou même des Présidiaux, lorsque la matière est dans le cas de l'édit des Présidiaux ; par ces lettres, le roi mande au juge de restituer l'impétrant contre certains actes, et de le remettre au même état que s'ils n'eussent point été passés, au cas qu'il se trouve fondé dans de justes causes pour cette répétition. » Pothier, *loc. cit.*, n° 728.

à acheter sa maison ; quelque temps après, il réclame à Secundus le payement du prix. Celui-ci refuse de payer, en invoquant le dol dont il a été victime, et oppose à la demande de Primus l'exception de nullité.

286.— *Effets de l'action en nullité.* — Lorsqu'un acte est annulé ou rescindé, il est anéanti et tous ses effets disparaissent ; les choses sont remises dans le même état que s'il n'avait jamais été fait. Donc toutes les conséquences du rapport de droit que l'acte avait créé sont effacées. S'il s'agit d'un contrat, les parties doivent se restituer mutuellement ce qu'elles ont reçu.

Cette règle subit deux tempéraments : 1° Au profit des incapables. Lorsqu'un incapable fait annuler un contrat qu'il a irrégulièrement passé, il n'est tenu de rendre ce qui lui a été livré par l'autre partie que s'il en a profité (art. 1312, C. civ.). Si, au contraire, il a gaspillé les sommes qu'il a reçues en dépenses improductives, il n'est pas obligé de les restituer. 2° Celui qui a acquis de bonne foi une chose produisant des fruits conserve ceux qu'il a perçus, tant que sa bonne foi a duré (art. 549 et 550, C. civ.).

L'annulation de l'acte juridique produit également son effet vis-à-vis des ayants cause de l'auteur dont le droit est annulé. Nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a (1). Exemple : un mineur émancipé a vendu un immeuble sans observer aucune formalité, et l'acheteur l'a revendu ou a concédé à un tiers un droit réel sur cet immeuble. Le droit de propriété de l'acquéreur disparaissant, le droit qu'il a consenti à son ayant cause s'évanouit en même temps.

§ 4. — Confirmation des actes annulables. Prescription des actions en nullité et en rescision

287.— La confirmation consiste dans le fait de renoncer au droit d'attaquer un acte contre lequel la loi accorde l'action en nullité (2). Les actes annulables sont seuls susceptibles d'être

(1) Art. 2125, C. civ. Voir ci-dessus, n° 226.
(2) Art. 1338, C. civ.

confirmés (1). La confirmation est un acte unilatéral, une manifestation de volonté émanée de celui qui avait le droit de faire prononcer la nullité. Elle se réalise au moyen d'une déclaration expresse, ou bien tacitement : par exemple, par l'exécution volontaire de l'acte annulable.

La confirmation n'est valable que si elle présente les deux caractères suivants (2) :

1° Il faut qu'elle soit faite avec connaissance du vice dont l'acte est entaché ;

2° Il faut qu'au moment où elle intervient, la cause qui avait produit le vice ait cessé d'exister : par exemple, il faut que la violence ait pris fin ou que l'incapacité ait cessé.

L'acte confirmé est validé ; il devient inattaquable, et produit les mêmes effets que s'il n'avait jamais été atteint d'aucun vice.

Cependant, la confirmation ne doit pas nuire aux tiers qui, comptant sur l'annulation de l'acte, auraient acquis des droits subordonnés à cette annulation. Ainsi, un mineur a vendu un immeuble sans observer les formes prescrites. Devenu majeur, il revend de nouveau cet immeuble à un second acheteur, et, postérieurement, confirme la première vente. Cette confirmation n'aura aucun effet vis-à-vis du second acquéreur.

288.— *Prescription.* — L'action en nullité et l'action en rescision s'éteignent par l'écoulement d'un certain laps de temps après lequel l'acte ne peut plus être annulé. Le délai ordinaire de la prescription est de trente ans (3). Mais, en notre matière, les rédacteurs du Code civil l'ont limité à dix ans (art. 1304, C. civ.). Ils ont considéré que le fait de rester pendant dix ans sans demander la nullité de l'acte manifestait

(1) Par exception, la donation nulle pour vice de forme, qui ne peut pas être confirmée par le donateur (art. 1339, C. civ.), peut l'être cependant après le décès de celui-ci par ses héritiers (art. 1340, C. civ.). Les auteurs ont vainement cherché une explication satisfaisante de cette dérogation. V. Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 653: Planiol et Ripert, *op. cit.*, 8e éd., t. III, n° 2532 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. III, p. 766.

(2) Art. 1338, C. civ.

(3) Art. 2262, C. civ.

d'une façon suffisamment claire l'intention de le confirmer (1). Ce délai de dix ans court en principe du jour où l'acte a été passé ; mais, si l'état de choses qui rend l'acte imparfait est de nature à se prolonger, c'est seulement à partir du moment où il aura disparu, c'est-à-dire du moment où la confirmation deviendra possible, que la prescription commencera (2).

Aussi les exceptions à la règle sont-elles fort nombreuses. Voici les principales (art. 1304, C. civ.) :

Lorsque le consentement est infecté d'un vice, le délai ne court que du jour où l'intéressé a découvert le dol machiné contre lui, l'erreur qu'il a commise, ou enfin du jour où la violence exercée à son égard a pris fin.

Lorsque l'acte est annulable pour cause d'incapacité, le point de départ du délai est reporté à l'époque de la cessation de l'incapacité, c'est-à-dire, pour les mineurs, au jour de la majorité ; pour les interdits, au jour de la mainlevée de l'interdiction ; pour les femmes mariées, à la dissolution du mariage. En ce qui concerne l'aliéné interné dans un établissement, la loi du 30 juin 1838, article 39, décide que la prescription ne courra contre les actes qu'il a passés pendant son internement, qu'à dater de la signification qui lui sera faite ou de la connaissance qu'il acquerra de cet acte par un autre moyen, après sa sortie définitive de la maison d'aliénés. Quant aux prodigues et aux faibles d'esprit, que l'article 1304 ne mentionne pas, il convient néanmoins de leur accorder la même faveur, et de ne faire commencer les dix ans que du jour de la cessation de leur incapacité (3).

289.— Les auteurs discutent la question de savoir à quelles espèces d'actes la prescription de dix ans doit être appliquée. Le texte de l'article 1304 du Code civil ne parle que des con-

(1) Voir l'article 1115 du Code civil : « Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, *soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.* » Contre l'idée de confirmation tacite, Japiot, *op. cit.*, p. 831 et suiv.

Certains textes restreignent le droit d'intenter l'action à un délai encore plus court (art. 1676, 181, 183, C. civ.).

(2) Voir les alinéas 2 et 3 de l'art. 1304.

(3) Cass., 8 avril 1891, S. 91.1.149.

ventions, et l'on se demande s'il faut l'interpréter restrictivement et revenir, pour les actes unilatéraux, à la prescription de droit commun, qui est de trente ans, ou si, au contraire, il faut considérer cet article comme un texte de principe et l'étendre à tous les actes juridiques (1).

Cette seconde solution, qui interprète extensivement la disposition de l'article 1304, paraît préférable. D'abord, cet article a son origine dans l'ordonnance de juin 1510, article 46, et, dans l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, article 134, qui établirent la prescription de dix ans, et l'appliquèrent « à toutes rescisions de contrats, distracts ou d'autres actes quelconques », et nos anciens auteurs n'avaient jamais élevé de difficultés sur l'interprétation de ce texte (2). De ce que les rédacteurs du Code civil ont présenté la théorie de l'action en nullité à propos des obligations conventionnelles, on ne peut rien conclure. C'est dans le même titre que figurent les règles sur la preuve, qui pourtant s'appliquent à tous les actes. Enfin, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux ou de contrats, n'y a-t-il pas les mêmes raisons de présumer que celui qui peut se prévaloir d'une cause de nullité a renoncé à l'invoquer quand il est resté dix ans sans l'intenter ?

Mais la jurisprudence tend à interpréter restrictivement l'article 1304 du Code civil ; en particulier elle ne l'applique pas aux actions en nullité dirigées contre les dispositions testamentaires (3).

Il en est de même de la doctrine, qui restreint encore l'application de notre article aux contrats pécuniaires, et refuse de l'étendre aux conventions relatives au droit de famille (4).

(1) Cons. Aubry et Rau, t. IV, § 339, *in fine* ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 10e éd., t. II, n° 407 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1288 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.* 4e éd., t. II, p. 354.

(2) Furgole, ch. X, sect. 2, n° 54 ; Lebrun, liv. III, ch. VIII, sect. 3, n° 56.

(3) Cass., 25 novembre 1857, S. 58.1.209. Voir pourtant Grenoble, 6 décembre 1842, S. 43.2.290 ; Cass., 26 nov. 1862, S. 63.1.15, D. P. 63.1.71 ; Paris, 2 février 1880 et Cass, 21 mars 1882, S. 83.1.301, qui décident que la prescription de dix ans s'applique à l'action en nullité d'une renonciation à succession.

(4) Cf. Aubry et Rau, IV, § 339 ; Baudry-Lacant. et Guyot, *Précis*, t. II, n° 407 ; Planiol et Ripert, t. II, n° 1288. *Contrà*, Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 727, 728.

290.— Enfin, l'exception de nullité est-elle soumise à la prescription de dix ans comme l'action en nullité ?

La question se présente lorsque l'acte annulable n'a pas été exécuté. Exemple : un mineur s'oblige vis-à-vis d'un tiers, sans être habilité, mais le créancier ne lui réclame pas l'exécution de l'obligation qu'il a contractée. Dix ans s'écoulent à partir de la majorité, puis, le créancier poursuit l'ex-mineur en vertu du contrat. Celui-ci peut-il encore, bien que dix ans se soient écoulés depuis sa majorité, repousser la demande en opposant l'exception de nullité ?

La jurisprudence a toujours considéré l'exception comme perpétuelle. Elle maintient en vigueur la règle romaine. *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* L'article 1304 du Code civil ne restreint que la durée de l'action, non celle de l'exception. Au surplus, cette distinction est nécessaire pour éviter dans certains cas une injustice. Supposons, en effet, que l'acte ait été passé par un interdit, sous l'empire de la folie. Le malade, revenu à la raison, ne se rappelle plus cette opération, ou bien ses héritiers l'ignorent. L'expiration du délai de 10 ans, en les privant du droit de se défendre, les mettrait à la merci du créancier, qui aurait attendu ce laps de temps pour poursuivre sans risque son débiteur (1).

SECTION V

MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES : CONDITION, TERME (2)

291.— Les conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées et restreintes par la volonté des parties. Parmi ces modalités, il y en a deux qui se rencontrent fréquemment dans

(1) Cass., 20 juin 1880, D. P. 81.1.108, S. 81.1.297 ; Agen, 7 juillet 1886, S. 86.2.189 ; Besançon, 2 juin 1891, P. F. 93.2.195. *Contrà :* Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 265 *bis*, VI et VII ; Laurent, t. XIX, n°s 57 et suiv. ; Baudry-Lacant. et Guyot, *Précis*, t. II, n° 408.

(2) V. spécialement Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n°s 306 à 325 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 154 à 174 ; Baudry-Lacant. et Guyot, *Précis*, t. I, n°s 102-24 à 102-26 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. IV, §§ 302, 303, p. 94 et suiv. ; Demolombe, *Traité des Contrats*, t. II n°s 273 et s. ; Baudry-Lacant. et Barde, *Des obligations*, t. II, n°s 743, à 1041 ; cons. les autres traités de droit civil.

les actes juridiques et dont il convient, par conséquent, de déterminer les caractères. Ce sont la condition et le terme. Elles trouvent leurs applications dans les actes à titre onéreux et surtout, pour la première, dans les actes à titre gratuit.

I. — De la condition (art. 1168 à 1184, C. civ.)

§ 1er. *Notion.*

§ 2. *Divisions des conditions.*

§ 3. *De l'accomplissement des conditions.*

§ 4. *Effets de la condition en suspens, arrivée, défaillie.*

§ 5. *Des conditions impossibles, immorales ou illicites.*

§ 1er. — Notion

292.— Le législateur donne au mot condition des acceptions différentes. Dans l'article 1108 du Code civil, il désigne par ce mot les éléments essentiels pour la formation d'une convention.

Dans le titre des donations entre-vifs et des testaments (livre III, titre deuxième), il l'emploie fréquemment comme synonyme de « charges » imposées par le donateur ou le testateur au gratifié (Ex. : art. 953, C. civ.).

Mais la véritable signification du mot, au point de vue juridique, celle qui donne à ce terme un caractère vraiment technique, est la suivante : la condition consiste dans le fait de subordonner la formation ou la disparition d'un rapport de droit à la réalisation d'un événement futur et incertain. L'acte juridique conditionnel est un acte dont le sort est incertain, tant qu'on ignore si le fait dont dépend sa naissance ou sa résolution se produira ou ne se produira pas.

L'événement qui est l'objet de la condition doit être futur et incertain (1). Il n'y a pas condition véritable par conséquent : 1° s'il s'agit d'un fait arrivé à l'insu des parties ; en pareil cas, l'incertitude ne se rencontre que dans leur esprit, non dans la réalité ; car de deux choses l'une : ou l'événement, s'est produit, et l'acte existe purement et simplement, ou, au

(1) Art. 1168, C. civ.

contraire, il ne s'est pas réalisé, et l'acte est à considérer comme non avenu (1) ; 2° l'événement qu'on a en vue est réellement futur, mais doit certainement se produire un jour ou l'autre. Ici encore, il n'y a pas d'incertitude sur le sort de l'acte. Exemple : je vous donnerai 1.000 francs quand telle personne mourra. L'intention des parties n'a pu être que de retarder l'*exécution* de l'acte à l'époque où l'événement se réalisera, mais il est évident que l'acte produira un jour ses effets. Cette clause constitue un terme incertain et non une condition.

Il résulte de là que les événements, dont la réalisation est impossible physiquement (2) ou juridiquement, ne constituent pas de véritables conditions. Cependant l'article 1172 du Code civil considère les conventions, dont la conclusion est subordonnée à un pareil événement, comme conditionnelles. En vérité, ce ne sont pas là, à proprement parler, des conditions ; le sort de l'acte n'est pas incertain, puisqu'il est évident que l'événement ne peut pas survenir. La seule question qui se pose est de savoir s'il faut annuler l'acte, ou tenir la condition pour non avenue, non écrite.

Enfin, il y a des rapports de droit qui sont, par leur nature même, subordonnés à l'arrivée d'un fait déterminé, de telle sorte que, s'il ne se produit pas, le rapport de droit ne peut pas se former. Ainsi, le legs n'est valable que si le légataire survit au testateur ; l'efficacité des dispositions insérées dans un contrat de mariage est subordonnée à la célébration du mariage (3). Il en résulte que, si je fais un legs en ajoutant expressément, à condition que le légataire survive, ou une donation par contrat de mariage, sous la condition que le mariage sera cé-

(1) L'article 1181 du Code civil dit que l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou *d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties*. Mais le dernier alinéa ajoute : « Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée », ce qui prouve que la condition n'opère que subjectivement, dans l'esprit des auteurs de l'acte, et non objectivement. Le sort de l'acte est dès à présent certain ; il existe ou il est non avenu. L'incertitude qui caractérise l'acte conditionnel ne se rencontre pas ici.

(2) *Si digito cœlum attigero*, § 11, *Inst.* III, 19, *De inutilibus stipulat.*

(3) Art. 1088, C. civ.

lébré, l'acte n'est pas conditionnel, car la clause ajoutée fait partie inhérente de cet acte et ne constitue pas une modalité modifiant ses effets normaux (1).

293.- La déclaration de volonté conditionnelle peut avoir pour objet la création d'un rapport de droit. Exemples : je vous donnerai 10.000 francs si vous vous mariez ; je lègue mes biens à Pierre à condition qu'il vive jusqu'à 21 ans ; je vous vends ma maison à tel prix à condition que je sois nommé à un poste dans une autre ville. On dit alors que la condition est suspensive, parce que l'obligation ne naîtra que si l'événement se réalise. Jusque-là, elle est en suspens.

Elle peut également avoir pour objet la résolution d'un rapport de droit. Exemple : je vous donne 10.000 francs, mais la donation sera résolue si vous mourez avant moi ; je vous vends ma maison pour tel prix, mais je me réserve de la reprendre moyennant la restitution du prix dans un délai de cinq ans (art. 1659, C. civ.). On appelle cette deuxième espèce de condition, condition résolutoire. Le rapport de droit se forme immédiatement, il produit ses effets comme s'il était pur et simple, mais sa disparition est subordonnée à l'arrivée du fait prévu (2).

294.— En analysant de près la condition résolutoire, on voit qu'elle n'est qu'une variété de la condition suspensive ; ce qu'elle suspend, ce n'est pas la naissance, mais la disparition du rapport de droit. L'acte sous condition résolutoire est un acte pur et simple résoluble sous condition. C'est une *pura conventio quæ resolvitur sub conditione* (3). Cette observation est parfaitement exacte ; néanmoins la distinction entre la con-

(1) Savigny, *Traité de droit romain,* trad. Guénoux, t. III, p. 127 ; Aubry et Rau, IV, § 3, 302, texte et note 2.

(2) On peut caractériser la différence qui existe entre la condition suspensive et la condition résolutoire, en donnant la formule de l'une et de l'autre :

Formule de la condition suspensive : Je veux telle chose, si...

Formule de la condition résolutoire : Je veux telle chose, mais je ne la veux plus, c'est-à-dire l'effet de ma volonté disparaîtra, si...

(3) Loi 3, D. *De contrah. empt.* XVIII, 1er ; loi 2, D. *De in diem addict.*, XVIII, 2 ; Pothier, *Des oblig.*, nos 198, 224, édit. Bugnet, t. II, p. 93 et 106 ; Goudsmit, *op. cit.*, § 58, p. 149, note 3.

dition suspensive et la condition résolutoire est utile, parce que ces deux formes de la condition produisent des effets bien différents, puisque de l'arrivée de la première dépend la formation, et de l'arrivée de la seconde l'extinction de l'acte. Mais il ne faut pas oublier que la condition étant en réalité unique, les mêmes principes doivent s'appliquer à chacune de ses formes (1).

§ 2. — Divisions des conditions

On peut, en tenant compte de leur contenu, classer les conditions en plusieurs catégories :

295.— *Conditions potestatives, casuelles, mixtes.* — En premier lieu, l'événement prévu dans la déclaration de volonté conditionnelle peut être soit un événement indépendant de la volonté de l'intéressé, soit un acte qu'il est en son pouvoir d'accomplir. Suivant les cas, la condition sera donc casuelle, potestative ou mixte.

Les articles 1169, 1170, 1171 du Code civil définissent ces trois espèces de conditions :

« La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur (2). »

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, 4e édit., t. I, § 36, p. 470 : « Toute condition est suspensive, car toute condition, sans exception, suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée ; et c'est précisément là ce qui constitue l'essence de la condition. Il est donc contraire aux règles de la logique d'attribuer exclusivement à une espèce le nom générique qui convient à toutes les conditions, et de refuser, par suite, à une autre espèce la qualification et le caractère qui lui appartiennent. Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est que souvent les parties joignent à l'acte qui crée un droit un autre acte, qui a pour but d'éteindre éventuellement ce même droit. Par exemple : je vous vends ma maison à tel prix, mais la vente sera résiliée si vous ne me payez pas ce prix dans les huit jours. Dans ce cas, nous avons d'abord une disposition qui crée les rapports de droit résultant du contrat de vente, et, en second lieu, une disposition qui a pour but de résilier ces rapports. Or, comme l'effet de cette seconde disposition dépend d'une condition, savoir du non-payement du prix, on dit que les deux conventions constituent un acte de vente sous condition résolutoire, quoique, en réalité, la vente soit pure et simple et qu'il n'y ait de conditionnelle que la faculté qui est laissée à l'une des parties de résilier la vente. Aussi, les jurisconsultes romains distinguent-ils toujours avec soin la disposition qui contient la résiliation condtionnelle d'avec le droit pur et simple. »

(2) Art. 1169 C. civ. Il résulte de cette définition que la condition, qui dépend exclusivement de la volonté d'un tiers, est casuelle.

« La condition potestative est celle qui est subordonnée à l'arrivée d'un événement qu'il est au pouvoir des parties de faire naître ou d'empêcher (1).

« La condition mixte dépend à la fois de la volonté de l'auteur de l'acte et de la volonté d'un tiers (2). » Exemple : je vous donne ou lègue 1.000 francs, si vous épousez telle personne.

296.— La condition potestative se subdivise elle-même en deux catégories : *La condition simplement potestative,* qui suppose de la part de l'intéressé, non seulement une manifestation de volonté, mais l'accomplissement d'un fait extérieur, par exemple : si vous vous mariez, si vous allez habiter Paris, si vous vendez votre maison ; *la condition purement potestative,* qui dépend uniquement, exclusivement de la volonté, et peut, par conséquent, se formuler ainsi : si je le veux, si je le juge à propos.

La condition simplement potestative n'empêche pas la formation du rapport de droit, même si elle est potestative de la part de la personne qui a contracté une obligation ; le débiteur est réellement obligé, puisque, pour échapper à l'obligation qu'il a contractée, il devra faire un acte, volontaire il est vrai, mais dont l'accomplissement constituera pour lui une contrainte sérieuse, efficace. Par exemple : si je me décide à aliéner ma maison, je vous promets de vous la vendre à vous de préférence à un autre. L'obligation dépend bien de ma volonté, mais, par suite de circonstances qui peuvent se produire, je serai peut-être obligé un jour, ou tout au moins, j'aurai peut-être intérêt à vendre ma maison (3).

La condition purement potestative, au contraire, détruit l'efficacité de l'obligation, quand elle dépend de la volonté du débiteur de cette obligation. Il est évident qu'une personne

(1) Art. 1170, C. civ.

(2) Art. 1171, C. civ.

(3) Par exception, la donation entre-vifs ne peut pas être faite sous une condition simplement potestative dépendant de la volonté du donateur. Ainsi, serait nulle la donation ainsi conçue : je vous donnerai mon cheval, si je vais habiter Paris ; je vous donne mon cheval, mais la donation sera révoquée, si je me marie. Cette prohibition résulte d'une règle spéciale aux donations, qu'on formule ainsi : Donner et retenir ne vaut (Art. 944, C. civ.).

n'est pas sérieusement obligée lorsqu'elle dit : je vous vendrai ma maison, ou bien, je vous ferai une donation, si je le juge à propos, si cela me plaît. Aussi l'article 1174 du Code civil décide-t-il que toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (1).

Au contraire, l'obligation est valable, si la condition purement potestative dépend, non pas de la volonté du débiteur, mais de celle du créancier. Exemple : je m'engage à vous prêter 10.000 francs le 1er janvier, si vous le voulez. Je vous loue ma maison et je vous promets de vous la vendre 20.000 francs à la fin du bail, si vous le désirez. Ici, en effet, le débiteur contracte une obligation ferme à laquelle il ne peut pas se soustraire (Voir *infrà*, n° 299).

Enfin, la condition purement potestative n'annule pas non plus la convention lorsqu'elle est résolutoire. Dans ce cas, le contrat est pur et simple, les obligations qu'il crée naissent immédiatement, mais chacune des parties se réserve le droit de le résoudre, quand elle le voudra. C'est ainsi que les donations entre époux sont révocables au gré du donateur (2). Cette

(1) Il ne peut pas y avoir de doute sur le sens de cet article qui, en parlant de condition potestative, vise certainement la condition purement potestative seule. Il suffit, pour s'en convaincre, de le comparer avec l'article 1170 du Code civil.

(2) Art. 1096, C. civ. Au contraire, la donation entre-vifs ordinaire ne peut pas être faite sous une condition résolutoire purement potestative. Ainsi, il est interdit au donateur de se réserver la faculté de révoquer la donation qu'il fait. Cette clause est prohibée par la règle déjà citée : Donner et retenir ne vaut (art. 944, C. civ.).

La plupart des auteurs admettent bien que la condition résolutoire purement potestative est licite, mais les exemples qu'ils donnent sont ordinairement mal choisis. Ainsi, on invoque à l'appui de cette proposition la faculté qui appartient au vendeur de reprendre la chose vendue dans un certain délai, moyennant le remboursement du prix (art. 1659, C. civ.). Mais il est évident que cette condition n'est pas purement potestative, car le vendeur ne pourra résoudre le contrat qu'en remboursant le prix, éventualité qui ne dépend pas exclusivement de sa volonté.

Enfin, on cite encore quelquefois comme exemple de condition résolutoire potestative le cas suivant : je vous loue ma maison, et nous convenons que nous aurons l'un et l'autre le droit de mettre fin au bail, quand il nous plaira. Mais, comme le fait remarquer M. Laurent, l'exemple est mal choisi : « Le bailleur qui use de cette faculté ne résout pas le contrat, il y met fin par sa volonté ; c'est donc un terme et non une condition. » (Laurent, t. XVII, n° 65).

distinction se comprend très bien. La faculté de résolution n'empêche pas le contrat de produire ses effets sur-le-champ.

297.— *Conditions positives ; conditions négatives.* — La condition est positive ou affirmative, lorsque l'effet de l'acte est subordonné à l'accomplissement de l'événement prévu. Elle est négative, quand, au contraire, l'acte ne doit produire son effet qu'autant que l'événement ne se réalisera pas.

298.— 1re *Observation.* — Il y a des actes juridiques qui ne peuvent pas être soumis à l'adjonction d'une condition, parce que leur nature s'y oppose. Ceux qui ont trait à des intérêts pécuniaires admettent, presque tous, l'insertion d'une condition qui suspend la naissance ou la résolution de leurs effets (1). Quant aux actes qui ont trait à l'état des personnes, ils répugnent naturellement à l'admission d'une condition quelconque ; ils doivent être faits purement et simplement (2).

299.— 2e *Observation.* — Il ne faut pas confondre la promesse de vente (je m'engage à vous vendre ma maison 20.000 francs, si d'ici à l'expiration d'un délai fixé par nous vous désirez l'acheter) avec la vente conditionnelle (je vous vends ma maison 20.000 francs, et vous vous engagez à l'acheter, à condition que je sois nommé à un poste dans une autre ville). La promesse de vente acceptée par l'autre partie est un contrat unilatéral fait pour préparer la conclusion de la vente, mais distinct de celle-ci ; c'est pourquoi on l'appelle un *avant-contrat*. Si donc le créancier de cette promesse en demande la résiliation dans le délai convenu, la vente se formera au moment même où elle

(1) Cependant, l'acceptation ou la répudiation d'une succession ne peut avoir lieu ni à terme, ni sous condition (art. 774, C. civ.).

(2) « Pour certains actes, il n'est pas même possible d'agir ainsi (c'est-à-dire d'insérer une condition), dit Ihering ; ils ne peuvent être conclus par anticipation, ni directement, ni indirectement. Tels sont en particulier tous les actes qui touchent au droit de la famille. D'après la conception romaine, on ne peut d'avance s'obliger à contracter mariage (les fiançailles sont juridiquement non obligatoires), ni à le dissoudre. Même principe pour l'émancipation, pour l'adoption et pour l'adrogation. Tous ces actes n'ont de valeur en droit que si, au moment de leur conclusion, ils ont été librement voulus. » Ihering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 164, trad. Meulenaere, 2e éd.

sera conclue, c'est-à-dire au moment où les deux parties se mettront d'accord pour vendre ou acheter. Il n'y aura pas rétroactivité de la vente au jour de la promesse ; notamment si, dans l'intervalle, le promettant a vendu la maison à un tiers de bonne foi, cette vente ne sera pas anéantie au profit du créancier de la promesse de vente. Au contraire, dans le deuxième exemple, l'effet de la vente remontera au jour même où elle a été passée (V. *infrà*, n° 303. Cons. Leduc, *Des avants-contrats, Thèse*, Paris, 1909).

§ 3. — De l'accomplissement des conditions

300. — Pour décider si une condition est accomplie, il faut tenir compte en première ligne de l'intention de l'auteur ou des auteurs de l'acte. C'est ce que dit l'article 1175 du Code civil à propos des conventions : « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût » (1).

Si un délai a été déterminé pour l'accomplissement de la condition, elle n'est censée accomplie qu'autant qu'elle se réalise dans le temps fixé (2). Quand il n'y a pas de temps fixé, elle produit son effet à quelque moment qu'elle se réalise, même si la personne en faveur de laquelle le droit conditionnel existait est décédée (3).

(1) Pothier formulait déjà cette règle et l'expliquait par les exemples suivants : « Si j'ai contracté quelque obligation envers vous sous cette condition : « si dans un tel temps vous me donnez cent louis d'or », vous êtes censé accomplir cette condition en m'offrant en argent blanc la somme de deux mille quatre cent livres, à laquelle montent les cent louis d'or, m'étant indifférent de recevoir cette somme en argent ou en or ; avec d'autant plus de raison qu'on ne considère dans la monnaie que la valeur que le prince lui a donnée, et non les corps qui n'en sont que le signe. » *Traité des obligations*, n° 206, édit. Bugnet, t. II, p. 97. De même, ajoute en substance Pothier au paragraphe suivant, lorsque la condition consiste dans quelque fait, soit du créancier, soit du débiteur, soit d'une tierce personne, on demande si la condition ne peut être accomplie que par la personne elle-même, ou si elle peut l'être par les héritiers de la personne et par quelque autre que ce soit qui fasse pour elle et en son nom ce qui est porté en la convention. La décision dépend de la nature du fait et de l'examen de l'intention qu'ont eue les parties contractantes.

(2) Voir les articles 1176 et 1177 du Code civil.

(3) Voir l'article 1179 du Code civil. En matière de legs, il en est autrement. La condition, qui suspend le legs, doit se réaliser du vivant

Bien que non arrivée, la condition est réputée quelquefois cependant accomplie : il en est ainsi, quand celui qui a intérêt à ce que la condition ne se réalise pas, en a empêché volontairement l'accomplissement (1).

§ 4. — Effet de la condition en suspens, défaillie, arrivée

La rétroactivité.

301.- I. Tant que la condition n'est pas réalisée, une incertitude pèse sur le sort de l'acte qui en dépend.

Pour préciser et bien caractériser la situation, il convient de distinguer entre la condition suspensive et la condition résolutoire.

S'agit-il de la condition résolutoire, la situation est bien simple. Le rapport de droit naît immédiatement, il n'y a incertitude que sur le point de savoir s'il subsistera ou s'il sera résolu ; mais, en attendant, l'acte produit tous ses effets comme s'il était pur et simple (2).

Au contraire, tant que la condition suspensive ne s'est pas réalisée, on ne sait si l'acte juridique produira l'effet voulu (3). Mais cet acte est formé ; le rapport de droit auquel il doit donner naissance est, dès à présent, ébauché. Celui qui a promis sous condition suspensive ne peut plus retirer la promesse qu'il a faite. Le droit conditionnel existe en germe (4). En

du légataire (art. 1040, C. civ.). Cette exception s'explique par le caractère des legs, qui constituent des libéralités adressées à une personne déterminée, et non pas directement et au même titre aux héritiers de cette personne.

(1) Voir art. 1178, C. civ.

(2) Art. 1183, C. civ. Ex. : Je vous donne ma maison, mais la donation sera résolue si vous mourez avant moi.

(3) Ex. : Je vous donnerai 10.000 francs si vous vous mariez ; un débiteur constitue une hypothèque sur les biens qu'il pourra acquérir plus tard (art. 2130, 2131, C. civ.).

(4) Pothier disait : « L'effet de la condition est de suspendre l'obligation jusqu'à ce que la condition soit accomplie ou réputée pour accomplie. Jusque-là, il n'est encore rien dû, mais il y a espérance qu'il sera dû : *Pendente conditione nondum debetur sed spes est debitum iri.* » *Traité des obligations*, n° 218.

Il vaut mieux dire qu'il y a un droit en germe plutôt qu'une simple espérance, comme le font les articles 1179 et 1180 du Code civil. Cette analyse est plus exacte. Le créancier, le propriétaire sous condition suspensive ont dès maintenant un droit qui figure dans leur patrimoine.

conséquence, il est permis à celui au profit duquel il est né, de prendre toutes les mesures conservatoires destinées à le sauvegarder. Créancier, il peut agir en vérification d'écriture de l'acte sous seing privé qui constate son droit de créance, et faire immédiatement inscrire l'hypothèque qui le garantit. Propriétaire ou titulaire d'un droit réel, il est maître, dès à présent, d'opérer la transcription de son titre, d'interrompre une prescription acquisitive qui court à son détriment et pourrait lui être opposée après l'accomplissement de la condition (1). Il lui est également permis d'aliéner ce germe de droit, et enfin, s'il meurt *pendente conditione*, ce germe de droit, qui se trouve dans son patrimoine, ne s'éteint pas, mais passe à ses héritiers (2).

Mais, bien entendu, il ne peut faire aucun acte constituant, à proprement parler, l'exercice du droit. Créancier, il ne peut pas poursuivre son débiteur ; propriétaire sous condition, il ne peut pas user et jouir de la chose, car celui qui l'a aliénée sous condition suspensive en reste propriétaire tant que la condition n'est pas accomplie.

302.— II. Qu'advient-il de l'acte lorsque l'événement prévu ne se produit pas ? Si la condition est suspensive, cet acte est considéré comme n'ayant jamais été passé. Si elle est résolutoire, il devient au contraire définitif ; le risque qui menaçait son existence a disparu.

303.— III. *Arrivée de la condition ; sa rétroactivité.* — Plaçons-nous enfin dans l'hypothèse où l'événement se réalise. Nous rencontrons ici une règle importante énoncée dans l'article 1179, C. civ., et que nous pouvons ainsi formuler en élargissant les termes de cet article : la condition accomplie produit un effet rétroactif au jour auquel l'acte a été passé. Par conséquent, si la condition est suspensive, les effets de l'acte juridique remontent au moment où la déclaration de volonté a été manifestée. Si elle est résolutoire, le rapport de droit, au contraire,

(1) Art. 1180, C. civ.

(2) Art. 1179, C. civ. Il en est autrement pour les dispositions de dernière volonté (art. 1040, C. civ.). Voir ci-dessus, p. 345, note 3.

est anéanti ; les choses sont remises au même état que s'il n'avait jamais existé (art. 1183, C. civ.).

La rétroactivité de la condition, ainsi proclamée par le Code civil, est une fiction, puisqu'elle fait remonter les effets de l'acte à une époque antérieure à l'arrivée du fait auquel son sort est lié. Il importe d'en expliquer l'origine historique et d'en déterminer la portée, car les commentateurs du Code en ont singulièrement exagéré les effets, contrairement à la pensée même des rédacteurs.

304.— *Origine historique.* — Cette fiction est déjà indiquée par nos anciens auteurs et on en retrouve la trace dans quelques textes du Droit romain (1), qui ne s'en servent du reste que pour expliquer certains effets de l'obligation conditionnelle. Mais il est certain que jamais les jurisconsultes romains n'ont attribué à la condition un caractère rétroactif, et de nombreux textes contredisent cette conception (2).

Quant à nos anciens auteurs, ils se contentent de reproduire les deux textes du Digeste qui font allusion à la rétroactivité. Pothier déclare que l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement avait été contracté, et il en conclut que « si le créancier meurt avant l'existence de cette condition, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance, parce que, au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, et par conséquent avoir été transmis à son héritier » (3).

(1) « Le plus net, dit M. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 486, note 1, est de Gaius, fr. 11, 1, D. *Qui potiores*, XX, 4 : « *Cum semel conditio exstitit perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.* » Voir aussi fr. 8 pr. D. *de per .rei vend.*, XVIII, 6, Cf. Chausse, *De la rétroactivité dans les actes juridiques*, Revue critique, 1900, p. 529.

(2) Voir Girard, *op. cit.*, p. 486 ; Chausse, *loc. cit.*, p. 540.

(3) Pothier, *Traité des obligations*, nos 220-221, éd. Bugnet, t. II, p. 105. Au n° 221, Pothier ajoute : « C'est encore une suite de l'effet rétroactif des conditions que, si l'engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne hypothèque, l'hypothèque sera censée acquise du jour du contrat, quoique la condition n'ait existé que longtemps après. » Ce sont les deux seules conséquences que Pothier déduise de la rétroactivité. Il les emprunte aux deux lois romaines précitées. Il est, du reste, facile de voir que ces lois pen-

Les rédacteurs du Code civil ont emprunté la fiction à Pothier (il suffit de lire l'article 1179 pour s'en convaincre), mais ils n'ont pas eu l'intention d'en élargir l'application et de l'étendre à tous les effets de l'acte conditionnel. Les travaux préparatoires sont très brefs ; la règle y est simplement énoncée et justifiée en quelques mots (1). Du reste, l'article 1182 prouve que les rédacteurs n'ont pas attaché à cette fiction plus d'importance que leurs prédécesseurs, puisque, tranchant la grave question de savoir à qui, du vendeur ou de l'acheteur, incombe la perte fortuite de la chose vendue sous condition suspensive, il décide que c'est au vendeur et que l'acheteur n'est pas tenu d'en payer le prix si postérieurement la condition vient à se réaliser.

304 *bis*. — *Effets de la rétroactivité.* — En résumé, la rétroactivité n'a jamais été admise que comme un procédé technique d'explication de certains effets de l'acte conditionnel qui sont les suivants :

1° La manifestation de volonté subordonnée à une condition suspensive produit, du jour même où elle intervient, un effet obligatoire ; elle lie les parties ; il ne dépend plus d'elles de se rétracter. Ainsi, lorsque deux personnes ont fait un contrat de vente subordonné à l'arrivée d'une condition, elles ne peuvent, ni l'une, ni l'autre, sans un nouvel accord de volontés, reprendre leur parole, se délier, ni rien faire qui empêche le contrat de produire ses effets le jour où l'événement se réalisera. Il en résulte que la partie qui s'est obli-

vent s'expliquer l'une et l'autre beaucoup plus simplement que par l'idée de rétroactivité. Si le droit du créancier *pendente conditione* passe à l'héritier, c'est que l'acte juridique a créé un lien de droit qui se transmet aux héritiers. D'autre part, rien n'empêche de constituer hypothèque au profit d'une créance future, *a fortiori*, au profit d'une créance conditionnelle.

Cf. Domat, *Lois civiles, Des gages et hypothèques*, liv. 3, tit. 1er, sect. III, n° 17, édit. Rémy, t. 2, p. 31 ; Furgole, *Testaments*, ch. VII, sect. IV.

(1) Voir Locré, *La législation civile de France*, t. XII, p. 340 :

« Un contrat, dit Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 65, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté, lorsque la condition a été accomplie. »

gée ne doit pas empêcher l'accomplissement de la condition ; et, quand elle le fait, la loi répute alors la condition accomplie (art. 1178, C. civ.). De même, si l'acte conditionnel a pour objet le transfert de la propriété d'un corps certain, le propriétaire intérimaire ne peut pas, en vendant l'immeuble à un tiers, en le grevant de droits réels, détruire l'effet du premier contrat. Le jour où la condition se produit, ces aliénations ou droits réels consentis sur le bien par le propriétaire, *pendente conditione*, par exemple, par le vendeur sous condition suspensive, par l'acheteur ou le donataire sous condition résolutoire (art. 1673, 2e al., 952, C. civ.), sont anéantis.

2° En revanche, si l'acquéreur, sous condition suspensive, a disposé, *pendente conditione*, du droit en germe qui est né à son profit, si, par exemple, il a concédé une hypothèque sur l'immeuble, ces actes sont consolidés par l'arrivée de la condition (art. 2125, C. civ.). Il en est de même des droits réels consentis par celui qui a vendu ou donné un bien en stipulant une condition résolutoire du droit de l'acquéreur.

3° Enfin, la plus-value que la chose acquiert postérieurement au contrat et avant l'arrivée de l'événement, profite à l'acquéreur.

La fiction de la rétroactivité a l'avantage de rendre ces effets plus frappants, plus saisissants. Dans cette mesure, on peut dire que l'acquéreur, le créancier sous condition, sont réputés devenir l'un, propriétaire, l'autre, créancier, du jour même où l'acte a été passé (1). Mais là se borne le domaine

(1) On peut du reste aisément se passer de la fiction de rétroactivité sans rien changer aux conséquences indiquées au texte. Rien n'est plus simple, par exemple, que d'expliquer l'évanouissement des droits réels consentis par l'aliénateur dans l'intervalle du contrat à la réalisation de la condition. C'est une conséquence de la règle : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Celui qui a vendu son immeuble sous condition n'a plus qu'un droit soumis à une cause d'extinction qui est l'arrivée de la condition. En aliénant ce droit périssable, en le démembrant, il ne le consolide pas. Le droit qu'il transmet au tiers reste toujours soumis à la même éventualité. V. Baudry-Lac. et Barde, *op. cit.*, t. II, n° 815 ; Chausse, *op. cit.*, p. 543 ; Girard, *op. cit.*, p. 486. Quand donc la condition vient à se réaliser, le droit qu'il a concédé au tiers s'éteint ; il s'éteint non pas rétroactivement, *ex tunc*, comme disent les auteurs, il disparaît au moment même de l'arrivée de la

de la rétroactivité. C'est se méprendre que de la transformer en règle impérative dominant toute notre matière, et méconnaître la véritable nature de la condition. A tout autre point de vue donc, il faut revenir à la réalité et dire que l'acte produit ses effets au jour même où l'évènement se réalise.

Ainsi, si l'acte juridique est un contrat de vente et que, *pendente conditione*, l'objet vendu vienne à périr par cas fortuit entre les mains du vendeur, le contrat ne produit aucun effet au jour où la condition arrive. L'acheteur n'est pas obligé de payer au vendeur le prix convenu (1). De même, celui qui a aliéné une chose sous condition suspensive en demeure propriétaire jusqu'au jour où l'événement se produit ; les actes d'administration par lui faits sont valables et opposables à l'acquéreur. Celui-ci doit notamment respecter les baux conclus par le vendeur (2). De son côté, le propriétaire intérimaire continue à percevoir les fruits et les intérêts produits par la chose ; il n'est pas tenu de les restituer, au jour de l'arrivée de la condition (3).

Ces deux conséquences, bien que traditionnelles et déduites des textes du Code, sont pourtant contestées par les auteurs qui considèrent la fiction de la rétroactivité comme ayant la valeur d'un principe (4).

condition, *ex nunc*. Au point de vue pratique, le résultat est le même, remarquons-le bien, quelle que soit l'explication adoptée.

C'est ainsi que le Code civil allemand, qui a supprimé la rétroactivité des conditions (art. 158), décide lui aussi (art. 161) que les droits conférés *pendente conditione* sont anéantis par l'événement de la condition.

(1) Art. 1182, C. civ.

(2) Arg. art. 1673, C. civ.

(3) Arg. art. 856, 928, 958, 962, 1682, C. civ. — Le légataire sous condition suspensive n'a droit aux fruits qu'à dater du jour où, la condition étant réalisée, il demande la délivrance de l'objet légué (art. 1004, 1011, 1014, C. civ.).

(4) Dans notre sens, Baudry-Lacant. et Barde, *Des oblig.*, t. II, nos 823, 824. *Contrà :* Laurent, *op. cit.*, t. XVII, nos 82-84 ; Huc, *op. cit.*, t. VII, nos 257-258.

La jurisprudence, plus avisée que la doctrine, a bien eu soin d'écarter la règle de la rétroactivité dans le cas où la purge des hypothèques grevant un immeuble a été faite par un propriétaire sous condition résolutoire, p. ex. un acheteur à réméré, dont le droit est postérieurement résolu. Elle décide que la purge n'est pas atteinte par la rétrocativité de la condition et que ses résultats subsistent (Cass., 14 avril 1847, S. 47.1.341, D. P. 47.1.217. Voir la note de M. Dalmbert, S. 04.1.417).

§ 5. — Des conditions impossibles, immorales ou illicites (1).

305. — Les conditions impossibles, immorales ou illicites devraient toujours avoir pour effet de rendre nul l'acte dans lequel elles sont insérées. Cela est évident pour la condition impossible, car celui qui subordonne le sort d'un acte juridique à l'arrivée d'une telle condition sait bien que l'acte ne produira pas d'effet. Cela est certain aussi pour les conditions immorales ou illicites, car une déclaration de volonté, qui est contraire à une loi d'ordre public ou aux bonnes mœurs, est nulle de plein droit (art. 6, C. civ.).

Telle serait la solution à laquelle conduirait l'application pure et simple des principes. Mais il y a ici une ancienne distinction dont l'origine remonte au Droit romain et qui s'est maintenue dans notre législation. Si l'acte dans lequel la condition est insérée est à titre onéreux, il est tout entier considéré comme nul. « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend » (art. 1172, C. civ.). Si, au contraire, c'est un acte à titre gratuit, donation ou testament, il reste valable, et la condition impossible, illicite ou immorale est réputée non écrite (art. 900, C. civ.) (2).

Quelles sont les conditions qu'il faut regarder comme impossibles, illicites ou immorales ?

(1) Cons. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs* ; Lepelletier, *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, Thèse de doctorat, Paris, 1889.

(2) Cette distinction a son origine dans le Droit romain, qui traitait différemment, à ce point de vue, les actes entre-vifs, y compris la donation et les libéralités testamentaires. Gaius, *Comment.*, III, § 98 ; loi 3, D. *De cond. et dem.*, XXXV, 1. Les actes entre-vifs faits sous une condition impossible ou illicite étaient nuls ; au contraire, dans les actes de dernière volonté, ces conditions étaient considérées comme non écrites. Gaius avouait qu'il était difficile de rendre compte de cette distincton : « *Vix idonea diversitatis ratio reddi potest* » (III, § 98). Notre législateur a étendu cette dernière règle aux donations entre-vifs. Du reste, les auteurs ne s'entendent pas sur les véritables motifs de cette distinction. Les uns la font remonter au droit romain ; les autres, au contraire, prétendent qu'il faut en chercher l'origine dans les lois de l'époque intermédiaire. Cf. Ambroise Colin et Capitant, *op. cit.*, III, 4e éd., p. 643 et s.

306. — La condition impossible est celle qui suppose un événement qui ne peut pas se réaliser, soit parce qu'il est contraire aux lois de la nature, soit parce qu'il est en contradiction avec les principes du droit. Dans le premier cas, il y a impossibilité matérielle ou physique : *Si cœlum digito tetigeris* ; si vous faites un triangle sans angles (1). De semblables conditions ne sont pas de nature à se présenter dans la pratique, ou, du moins, elles décéleront presque toujours l'insanité d'esprit de l'auteur de l'acte et, dans ce cas, cet acte, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, sera frappé de nullité. La condition juridiquement impossible est celle qui a pour but d'exclure un des éléments essentiels à l'existence de l'acte juridique auquel elle est jointe, ou qui tend à créer un rapport de droit que le jeu des principes généraux rend impossible (2). Exemple : je vous donne cent, si vous émancipez votre enfant qui n'a pas atteint l'âge de quinze ans exigé par la loi (3). Je vous donne un bien sous la condition qu'il sera perpétuellement inaliénable (4).

La condition de ne pas faire une chose impossible n'est pas, bien entendu, une condition impossible. C'est une condition nécessaire qui ne produit aucun effet sur l'acte juridique. Exemple : je vous donne cent, si vous n'émancipez pas votre fils qui a douze ans (5).

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 204.

(2) Bartin, *op. cit.*, p. 17.

(3) Art. 477, C. civ.

(4) M. Bartin a très bien distingué la clause d'inaliénabilité et la simple condition de ne pas aliéner imposée à un légataire ou à un donataire, que la jurisprudence confond. La clause d'inaliénabilité frappe le bien lui-même ; elle est réelle pour ainsi dire. Elle est juridiquement impossible, parce que les biens doivent circuler librement ; leur caractère propre est de pouvoir ête aliénés, de passer de main en main. Donc, toute condition qui porte qu'un bien sera perpétuellement inaliénable tend à donner à ce bien une qualité qu'il ne peut revêtir. Au contraire, la défense d'aliéner, imposée au bénéficiaire d'une libéralité, ne frappe que la personne du bénéficiaire, et non le bien lui-même. Dans certains cas, elle pourra être parfaitement licite ; dans d'autres, elle sera illicite.

Voir aussi, comme exemples de conditions juridiquement impossibles, les espèces des arrêts suivants : Cass., 8 avril 1889, *Pand. fr.*, 1889.1.293 ; Cass., 8 janvier 1894, D. P. 94.1.128, S. 95.1.279.

(5) Art. 1173, C. civ.

307. — La condition illicite diffère de la condition impossible, en ce qu'elle est une véritable condition ayant pour objet un acte susceptible d'être accompli, mais contraire à la loi ; par exemple, une donation est faite sous la condition que le donataire commettra un délit, ou s'engagera à renoncer à une succession non encore ouverte. Les conditions illicites sont nécessairement potestatives, parce qu'elles tendent toujours à pousser une personne à accomplir un certain fait. Par conséquent, les conditions casuelles ne peuvent jamais être illicites, puisque, dans ces conditions, l'arrivée ou la non-arrivée de l'événement prévu ne dépend pas de la volonté des parties.

Quelles sont donc les conditions que la loi prohibe, comme étant illicites ? La réponse à cette question est difficile à donner ; les espèces qui se présentent en pratique sont nombreuses et très différentes les unes des autres, et il semble presque impossible de trouver une formule générale qui embrasse tous les cas. Nous ne pouvons donc ici qu'indiquer l'idée qui a inspiré le législateur quand il a parlé de ces conditions.

Parmi les dispositions de la loi, il y en a auxquelles on ne peut pas déroger : ce sont les lois impératives dont nous avons donné la notion ci-dessus (1). Les articles 900 à 1172 du Code civil, quand ils parlent des conditions contraires aux lois ou prohibées par la loi, font évidemment allusion à ces lois placées au-dessus de la volonté des individus. Par conséquent, nous pouvons dire que toute condition qui a pour but de déterminer une personne à déroger à une loi d'ordre public est illicite. Pourtant cette formule est insuffisante et il est nécessaire de la compléter par quelques explications. Tout d'abord lorsque le fait énoncé par la condition consiste dans un acte prohibé par la loi, il est bien évident que la condition est illicite. Exemple : je vous promets cent, si vous commettez tel délit. Mais la condition peut être illicite même si l'acte visé n'est pas contraire à la loi. Il en est ainsi dans les exemples suivants : je vous fais une donation sous la con-

(1) Voir n° 26.

dition que vous ne vous marierez pas, ou que vous embrasserez l'état ecclésiastique. Voilà des actes, qui, considérés en eux-mêmes, n'offrent aucune violation d'un texte de loi, et cependant les conditions qu'ils renferment peuvent être illicites. Quelle en est donc la raison ? C'est qu'il y a des droits essentiels, nécessaires au libre développement de l'activité humaine, qui doivent, à ce titre, rester intacts entre les mains de leur titulaire. Tels sont les droits politiques, les droits publics, qui garantissent les diverses manifestations de la liberté de l'homme, et certains droits privés, en particulier les droits de famille, le droit d'aliéner ses biens, etc. Il n'est pas admissible qu'un tiers, par une restriction insérée dans un acte, cherche à restreindre ou paralyser chez autrui le libre exercice de l'un de ces droits. Il résulte donc de là que toute condition, qui a pour objet d'en limiter l'usage, est illicite, parce qu'elle équivaut à la négation de ce droit.

308.— L'application de ce principe aux nombreuses espèces que présente la vie juridique offre souvent de grandes difficultés. Dans bien des cas, l'atteinte portée à l'exercice du droit n'est pas nettement caractérisée, et il y a lieu de se demander si la condition implique véritablement abdication du droit de la part de celui à qui elle est imposée, ou si, au contraire, elle ne lui en laisse pas en réalité l'exercice normal et légitime. C'est au juge qu'il appartient de trancher cette question, en tenant compte des circonstances spéciales de chaque espèce, de la situation des parties, de leurs relations, de l'intention de l'auteur de l'acte. Voici trois exemples :

La liberté du travail est certainement un droit dont l'homme ne peut pas se dépouiller ; l'article 1780 du Code civil le constate en déclarant qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Toute condition qui tend à nous l'enlever est illicite ; mais, si la condition se contente de réglementer l'exercice de cette liberté, sans la paralyser, elle sera, au contraire, licite. Ainsi, il n'est pas douteux que la vente d'un fonds faite sous la condition que le vendeur cessera d'exploiter le même commerce dans un périmètre déterminé, est valable.

De même, la liberté d'aliéner constitue aussi un droit in-

tangible, et, en principe, la condition imposée au gratifié de ne pas aliéner le bien donné est illicite. Dans certains cas, cependant, elle perd ce caractère et reprend sa force ; par exemple, lorsqu'elle a été introduite en faveur du donateur, qui a voulu se réserver le droit de retour légal de l'article 747 du Code civil, ou dans l'intérêt du gratifié, qui est un mineur (1).

De même enfin, la condition de ne pas se remarier imposée dans un legs par le mari à sa femme, ou même par la femme à son mari, est illicite quand elle est inspirée par des sentiments de jalousie posthume ; mais elle devient valable si elle est dictée par des motifs avouables, comme le désir de protéger la veuve contre les entraînements auxquels pourrait l'exposer sa faiblesse, le désir d'empêcher une industrie de passer entre des mains étrangères, la préférence donnée par le disposant à sa propre famille sur celle que pourrait se créer le conjoint (2).

309. — *Conditions immorales.* — Ces conditions tendent à contraindre une personne à accomplir un acte contraire aux bonnes mœurs.

Observation. — Les règles précédentes s'appliquent aussi bien à la condition résolutoire qu'à la condition suspensive. Par exemple, je vous vends un bien et je stipule que la vente sera résolue si vous l'aliénez. Nous avons, du reste, expliqué ci-dessus que la condition résolutoire n'est qu'une variété de la condition suspensive.

II. — Du terme

§ 1er. — Notion.

310.— Le terme est une modalité jointe à une déclaration de volonté, modalité en vertu de laquelle l'acte juridique ne recevra son exécution qu'à un jour déterminé.

(1) Voir ci-dessus, p. 353, note 4. Cons. Cass., 18 avril 1901, S. 01.1.240, D. P. 01.1.254 ; Paris, 13 juillet 1911, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 1911 ; Sur la condition d'établir son domicile en un lieu déterminé, Req. 17 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, 2.111.

(2) V. Cass. civ., 16 décembre 1913, D. P. 15.1.28, S. 14.1.460.

L'article 1185, C. civ., donne une définition analogue : Le terme, dit-il, retarde l'exécution de l'engagement. Exemples : je vous paierai 1.000 francs au premier janvier prochain ; je vous lègue ma maison, mais vous n'en deviendrez propriétaire qu'à une époque déterminée postérieure à mon décès.

La définition et les exemples que nous venons de donner s'appliquent au terme suspensif qui est le plus fréquent.

A côté du terme suspensif, il y a le terme extinctif qui éteint les effets de l'acte juridique au bout d'un certain temps. Exemples : je vous loue ma maison pour une période de dix années ; je vous prête une somme d'argent que vous me rendrez au bout de cinq ans ; je lègue à Pierre l'usufruit de ma maison jusqu'à sa majorité.

§ 2. — Divisions du terme.

311.— *Terme certain, terme incertain.* — L'époque à laquelle est fixé le terme suspensif peut être, soit un jour déterminé du calendrier, par exemple, le premier janvier prochain, soit un évènement qui doit arriver à une époque fixe : le jour de telle fête, de tel anniversaire. On dit alors que le terme est certain.

Le terme est incertain, quand il est attaché à un événement dont la réalisation, bien que certaine, se produira à un moment qu'on ne connaît pas encore. Exemple : je vous paierai telle somme à la mort de Paul. On voit que le terme incertain diffère de la condition. Dans la condition, il y a incertitude sur le point de savoir si l'événement arrivera et quand il arrivera ; dans le terme incertain, au contraire, l'incertitude ne porte que sur le point de savoir quand l'événement se produira (1).

(1) En droit romain, on admettait que, dans les dispositions de dernière volonté, le terme incertain devait être assimilé à la condition et produire le même effet. *Dies incertus in testamento conditionem facit*, loi 75, D. *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1 ; loi 79, 1, D. *eod. tit.* ; loi 12, 1, D. *De leg.*, 2°. En effet, on ne sait pas si l'événement se réalisera du vivant du bénéficiaire de la disposition. On se demande s'il faut encore admettre dans notre Droit moderne la même règle. Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. III, p. 878 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd. t. III, p. 878 ; Aubry et Rau, 5e édit., t. XI, § 717.

312.— *Terme exprès, terme tacite.* — Le terme est exprès, lorsqu'il est formellement stipulé par les parties ; il est tacite, quand il résulte de la nature même du rapport juridique.

313.— *Terme de droit, terme de grâce.* — Le terme de droit est celui qui est établi, soit par la loi, soit par les parties. Le terme de grâce est un délai de faveur que le juge peut accorder au débiteur malheureux incapable de payer ce qu'il doit (1).

§ 3. — Effets du terme.

314.— *Terme suspensif.* — Le terme ne suspend pas la naissance du rapport de droit, il en retarde seulement l'exécution. Le propriétaire, le créancier à terme sont propriétaire, créancier ; leur droit est né le jour où a été passé l'acte juridique, mais ils ne peuvent l'exercer qu'à l'échéance du terme.

Il y a donc une profonde différence entre le terme et la condition, laquelle tient en suspens l'existence même du droit. L'article 1185, C. civ. met en relief cette différence : « Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. »

Le droit à terme existe donc à partir du jour où l'acte a été passé (2). Mais il ne pourra être exercé qu'au moment de l'arrivée du terme. Il en résulte que le créancier à terme ne peut pas poursuivre le débiteur avant l'échéance, et c'est ce qu'on exprime par cet adage : qui a terme ne doit rien (3). De même,

(1). 1244, C. civ.

(2) Lorsqu'il s'agit d'une créance à terme et que le débiteur paye avant l'échéance, même ignorant qu'il avait droit à un délai, il n'est pas admis à répéter ce qu'il a payé (art. 1186, C. civ.). Cette solution montre bien que le droit à terme prend naissance à partir du jour même où l'acte a été passé.

Le legs à terme est transmissible aux héritiers du légataire, si celui-ci meurt avant l'échéance. Il en est autrement dans le cas où le legs est fait sous condition suspensive (art. 1040, C. civ.).

(3) Dans les contrats le terme est ordinairement inséré en faveur du débiteur, et celui-ci peut alors y renoncer et contraindre les créanciers à recevoir un payement anticipé. Mais il peut être également stipulé dans l'intérêt du créancier ; par exemple, je vous prête de l'argent à 6 0/0 l'an et pour une période de dix ans, moyennant une constitution d'hypothèque. Ce prêt constitue un mode de placement

le propriétaire à terme ou le titulaire d'un droit réel soumis à la même modalité ne peuvent user de leur droit qu'à partir de l'échéance. Ainsi, le propriétaire n'aura droit aux fruits et aux intérêts produits par la chose qu'à dater de ce jour.

315.— *Terme extinctif.* — Le terme extinctif fait cesser le rapport de droit qui, jusque-là, avait produit ses effets. Il ressemble donc à la condition résolutoire ; mais il en diffère en ce qu'il doit certainement arriver.

Le terme extinctif met fin au rapport de droit, mais il ne produit pas d'effet rétroactif ; il laisse subsister pour le passé les effets produits par l'acte juridique.

SECTION VI

De la représentation dans les actes juridiques (1)

316.— Il y a représentation lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne pour le compte d'une autre, dans des conditions telles que les effets se produisent directement et immédiatement sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte.

Cette institution joue un rôle considérable dans le commerce juridique.

D'abord, il y a des incapables qui ne peuvent pas exercer eux-mêmes leurs droits, parce que le discernement nécessaire leur fait défaut. La loi leur nomme un représentant qui agit pour leur compte. L'incapable devient propriétaire, créancier, débiteur, comme s'il avait lui-même contracté.

D'autre part, la représentation facilite la formation des rapports juridiques entre personnes capables, en leur permettant de faire des actes sans y apparaître en personne. Elle supprime l'impossibilité matérielle qui mettrait obstacle à la recherché, et le débiteur ne pourrait pas imposer à son créancier un remboursement anticipé.

(1) Voir Planiol et Ripert, *op. cit.*, 8e éd., t. I, nos 298 à 300 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. I, p. 88 et s. ; Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Thèse de doctorat, Caen, 1898 ; Crome, *op. cit.* § 28 ; cons. aussi Regelsberger, *op. cit.*, I, § 159 à 164 ; *Windscheid, op. cit.*, 8e éd., pub. par Kipp., t., I, § 73-74.

conclusion d'une opération. Son utilité se manifeste principalement dans la sphère du Droit du patrimoine (1).

317.— *Notions historiques.* — La représentation est admise par toutes les législations modernes. Pourtant, elle est restée fort longtemps inconnue.

Le Droit romain n'admettait pas qu'un acte juridique pût faire naître des droits et des obligations chez d'autres personnes que celles qui y avaient pris part. Il partait de cette idée simple que ceux qui n'y ont pas été parties ne peuvent devenir ni propriétaires, ni créanciers, ni débiteurs par l'effet de cet acte. La représentation apparaissait donc aux jurisconsultes romains comme une impossibilité juridique (2).

Du reste, cela ne s'opposait pas à ce qu'une personne fît un acte par l'intermédiaire d'autrui, car le commerce juridique ne saurait se passer de cette faculté, et les Romains

(1) Dans le domaine du Droit de famille, la représentation ne trouve que des applications sans importance. Ordinairement, les actes juridiques relatifs au droit de famille s'accomplissent directement et sans intermédiaire ; le mariage même s'oppose par son caractère à ce mode de conclusion. (Voir cep. la loi de guerre du 4 avril 1915).

En matière de testament, il en est de même : nul ne peut tester par représentant.

En matière civile, devant les tribunaux, les avoués sont les représentants légaux et obligés des parties et eux seuls ont le droit de postuler et de conclure au nom des plaideurs. La loi n'a pas voulu abandonner aux parties elles-mêmes la direction du procès, ce qui aurait pu les exposer à des erreurs ou à des surprises et aurait rendu les communications judiciaires plus lentes et plus hasardeuses.

(2) V. Ortolan, *Traité de Droit romain,* 12e édit., t. III, append. IX de M. Labbé : « En y réfléchissant, on reconnaît que l'idée romaine était la plus simple, la plus vraie, celle qui a dû, la première, s'offrir à l'esprit humain, et, en outre, qu'elle a été la suite nécessaire du formalisme qui caractérisait le droit primitif. Comment l'auteur d'un acte ne serait-il pas le sujet actif ou passif des effets de cet acte ? Supposer étranger à l'acte celui qui le fait, et présent celui qui ne l'est pas. c'est une fiction, l'inverse de la réalité, une subtilité, un raffinement contraire à la rudesse des premiers usages. Le formalisme entoure la volonté de formes qui la précisent et la protègent. La volonté n'est efficace que si elle revêt la forme prescrite. Les formalités servent aussi à fixer les rapports entre personnes. La seule personne dont la volonté ait été régulièrement manifestée, la seule qui ait rempli les conditions légales du droit, la seule qui ait solennellement noué le contrat avec une autre, c'est la personne qui a figuré dans la cérémonie de l'acte juridique. »

l'employaient pour la gestion des biens des mineurs en tutelle et pour le mandat. Mais les effets de l'acte se produisaient toujours sur la tête de celui qui l'avait accompli. Ce dernier devait transmettre au véritable intéressé les droits qu'il avait acquis, de même que celui-ci devait le décharger des obligations qu'il avait contractées. L'opération se dédoublait donc ; il fallait après coup, transporter les droits et les obligations de la tête de l'intermédiaire sur celle du maître. Ce procédé compliqué exposait le gérant et l'intéressé à subir le contre-coup de leur insolvabilité réciproque.

Aussi, tout en conservant le principe de la non représentation, les jurisconsultes romains, pour satisfaire aux besoins du commerce juridique, ont-ils perfectionné le procédé par une série de réformes qui eurent pour résultat de simplifier la formation du rapport de droit entre le véritable intéressé et les tiers. L'acte passé par un intermédiaire produisait bien ses effets sur la tête de ce dernier, mais, en outre, il engendrait des actions utiles entre le maître et celui qui avait traité avec le représentant.

On peut dire qu'à partir de ce moment, la règle de la représentation a fait son entrée dans le monde juridique ; il n'y avait plus qu'à supprimer les droits et obligations qui naissaient en la personne de l'intermédiaire, et à admettre que le rapport juridique se formait directement, par dessus sa tête, entre le mandant et le tiers. Mais le Droit romain n'est pas allé jusque-là (1).

318. —*Caractères distinctifs de la représentation.* — La représentation se reconnaît aux traits caractéristiques suivants :

1° Celui qui fait l'acte juridique agit au nom et pour le compte d'une autre personne ; en d'autres termes, il a l'intention d'agir pour un tiers, et il fait connaitre cette intention à celui avec qui il traite.

Si, au contraire, bien qu'agissant pour le compte d'autrui, il laisse ignorer sa qualité d'intermédiaire, il n'y a

(1) Cf. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 675 et s.

plus représentation ; le contrat se forme entre les deux parties contractantes. Il en est ainsi, en matière commerciale, dans le contrat de commission. Le commissionnaire, qui est un véritable mandataire agissant pour le compte d'une autre personne, traite ordinairement en son propre nom et apparaît seul dans l'acte qu'il passe (1). Cette manière d'opérer s'est conservée dans le droit commercial, parce qu'elle augmente l'avantage que présente l'entremise des commissionnaires. Les affaires commerciales se concluent souvent à grande distance ; le fabricant ne connaît pas ceux à qui il vend ses produits, et il lui est difficile d'apprécier leur solvabilité. Il peut, en outre, grâce à ce procédé, garder le secret des marchés qu'il fait, secret qui est souvent nécessaire pour leur réussite. D'autre part, les tiers n'ont pas non plus à s'inquiéter du commettant et de sa solvabilité ; « celui-ci peut ainsi jouir, pour ses opérations, du crédit de son commissionnaire qui est parfois plus grand que le sien » (2).

Enfin, il y a encore cet avantage que le commettant n'a pas besoin de donner au commissionnaire, pour chaque opération, un pouvoir exprès de traiter avec les tiers, et le commissionnaire n'est pas tenu non plus de prouver son mandat à ceux avec qui il contracte.

2° Il ne suffit pas que le représentant fasse l'acte pour le compte d'une tierce personne, il faut encore qu'il ait le pouvoir de la représenter. Ce pouvoir est conféré soit directement par la loi, soit par l'intéressé lui-même.

C'est la loi qui donne à l'administrateur des biens de l'incapable, tuteur (art. 450, C. civ.), père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs (art. 389, C. civ.), mari administrateur des biens de sa femme (art. 1428, 1531, 1549, C. civ.), le droit de le représenter.

Il y a représentation contractuelle lorsqu'une personne charge une autre de faire une ou plusieurs opérations juridiques pour son compte.

(1) Art. 94, C. com.
(2) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit comm.*, 12e éd., § 474, p. 432.

Ce pouvoir s'appelle une procuration.

Du reste, il peut y avoir représentation, même si l'intéressé n'a pas donné de mandat, même s'il ignore l'acte accompli pour son compte. Cela se produit dans la *gestion d'affaires*. Les biens ou les intérêts d'une personne, qui est provisoirement absente, se trouvent en souffrance. Un ami de cette personne intervient, pour lui éviter un dommage, et fait, en son nom, des actes urgents d'administration, en prévenant le tiers avec qui il traite qu'il agit en tant que gérant d'affaires. Le gérant contracte donc comme représentant. La ratification du maître, intervenant après coup, produit le même effet que s'il avait donné pouvoir d'agir. Toutes les conséquences juridiques de l'opération se produisent en sa personne. *Ratihabitio mandato aequiparatur*. Et il convient de remarquer que même si le maître refuse de ratifier la gestion d'affaires, néanmoins la représentation opère encore dans une certaine mesure. Le maître reste tenu des engagements qui ont été contractés en son nom vis-à-vis des tiers, dans le cas où l'affaire a été bien administrée, c'est-à-dire dans le cas où elle lui a procuré quelque utilité (1). On voit donc que le pouvoir ou la ratification, qui équivaut au pouvoir, ne sont pas de l'essence de la représentation. Toutefois, il reste vrai de dire que la représentation suppose, en principe, une déclaration de volonté du représenté autorisant le représentant à faire l'acte ou ratifiant la gestion.

319. — *Nature juridique de la représentation.* — L'ana-

(1) V. art. 1375, C. civ. Pourtant, on a prétendu que le maître, qui refuse de ratifier, n'est tenu vis-à-vis des tiers que dans la mesure de son enrichissement, par l'action *de in rem verso* et non par l'action née du contrat passé entre le tiers et le gérant d'affaires. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 812 ; Huc, *op. cit.*, t. VIII, n° 383. Mais ceci paraît contraire au texte de l'art. 1375, qui déclare que le maître dont l'affaire a été bien administrée *doit remplir* les engagements que le gérant a contractés en son nom et l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris. Donc le tiers acquiert bien une action directe contre le maître, en vertu du contrat passé par le gérant au nom de ce dernier. Dans notre sens, Demolombe, *Contrats*, t. VIII, n° 192 , Laurent, t. XX, n° 332 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des Obligations*, t. IV, n° 2814 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 722, 723.

lyse de cette institution a donné lieu, en Allemagne, à de longues discussions qui n'ont eu qu'un faible écho chez nous.

La doctrine traditionnellement admise en France est la suivante :

La représentation est une *fiction* en vertu de laquelle le représenté est censé manifester sa volonté par l'intermédiaire du représentant. Le représentant n'est, en quelque sorte, que le véhicule de la volonté du représenté. *Qui mandat, ipse fecisse videtur.*

Il est facile de voir le point faible de cette analyse. Lorsque le représentant tient son pouvoir de la loi, il est impossible de prétendre qu'il exprime la volonté de l'incapable, puisque celui-ci peut en être totalement privé. Il en est de même dans la gestion d'affaires, puisqu'elle est entreprise sans l'assentiment du maître. Même dans le mandat, l'explication proposée apparaît comme contraire aux faits. Il est inexact d'assimiler le mandataire à un simple messager chargé de transmettre un ordre. Le mandataire joue un rôle actif au contrat ; le mandant lui laisse presque toujours une certaine liberté d'appréciation pour débattre les conditions de l'opération. C'est donc bien le mandataire qui veut. Il n'est pas un simple porte-parole.

Mais si l'on rejette le précédent système, si l'on admet que la volonté exprimée dans l'acte est bien celle du représentant, comment expliquer que les effets de cet acte se produisent dans la personne du représenté et non dans celle du représentant ? Comment expliquer qu'un contrat passé entre A, le représentant, et B, crée un lien de droit, non pas entre ces deux personnes, mais entre B et C, le représenté ? N'y a-t-il pas là, comme on l'a dit, une *monstruosité logique* (1) ?

C'est cette prétendue monstruosité qui avait arrêté les jurisconsultes romains. Et pourtant les besoins de la vie juridique les avaient peu à peu obligés à introduire dans leur

(1) Les jurisconsultes allemands ont vainement cherché à se soustraire à ce reproche. Voir les divers systèmes rapportés dans Regelsberger, *Pand.*, t. I, § 159, p. 584-585, et dans Pilon, *op. cit.*, p. 25 à 61.

droit le principe de la représentation. Or, tout en admettant la règle nouvelle, les juristes en sont demeurés à la conception romaine d'après laquelle les obligations nées d'un contrat ne lient que ceux qui l'ont conclu. Et c'est pour rester d'accord avec cette conception qu'ils admettent que le représentant n'est qu'un porte-parole. Mais les faits eux-mêmes prouvent que cette explication est inexacte. Ne vaut-il pas mieux, dès lors, la rejeter et reconnaître enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit (1) ? Nous disons donc que l'acte accompli par représentation présente un double aspect : 1° il est accompli par un représentant ; 2° les effets de cet acte se produisent sur la tête du représenté.

320. — *Conséquences qui résultent de cette analyse.* — 1° C'est le représentant qui fait l'acte. La manifestation de volonté émane bien du représentant. Il faut donc qu'il soit capable de vouloir. Mais cette capacité suffit, il n'est pas besoin qu'il soit capable de s'obliger, puisque l'acte n'entraîne aucune conséquence juridique quant à son patrimoine (art. 1990, C. civ.).

D'autre part, si la manifestation de volonté du représentant est entachée d'une cause de nullité, le représenté pourra demander l'annulation de l'acte.

2° Les effets de l'acte se produisent sur la tête du représenté ; c'est lui qui devient propriétaire, créancier, débiteur ; c'est lui qui est libéré, s'il s'agit d'un acte extinctif d'obligation.

Si des conditions de capacité sont nécessaires pour la validité de l'opération, c'est dans sa personne que ces conditions devront exister. Par exemple, si le représenté a donné

(1) Ihering, *Esprit du Dr. rom.*, trad. Meulenaere, 2e éd., t. IV, § 69, p. 310. « C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes ; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique, qui réclament ce qui doit être, et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici ».

mandat d'aliéner ou d'hypothéquer un immeuble, il faut qu'il ait la capacité requise par la loi pour l'accomplissement de ces actes.

Observation. — Lorsque le représentant est chargé de passer un acte pour la conclusion duquel la loi exige la forme authentique, le pouvoir d'agir doit être conféré dans la même forme (1). Il ne faut pas, en effet, que le représenté se trouve privé des garanties d'indépendance et de sécurité qu'assure la présence du notaire à la déclaration de volonté. Ainsi la procuration donnée pour constituer une hypothèque, pour faire une donation, doit être notariée (2).

321. — *Actes dans lesquels la représentation n'est pas admise.* — La représentation s'applique à tous les actes juridiques. Par exception cependant, certains actes exigent l'intervention de l'intéressé lui-même. Ils sont très rares. Ce sont le *mariage* et le *testament*.

(1) Art. 36, 66, 932, 2e al., C. civ.

(2) Lorsque la forme authentique est établie par la loi non dans l'intérêt de celui qui fait l'acte, mais exclusivement pour protéger les tiers contre une fraude possible, l'authenticité de la procuration n'est plus exigée. Planiol et Ripert, t. II, n° 2243 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 4e éd., t. II, p. 708 ; Baudry-Lacant. et Wahl, *Du mandat*, nos 464 et s.

CHAPITRE III

DE L'INFLUENCE DU TEMPS SUR LA NAISSANCE ET L'EXTINCTION DES DROITS

322.— Dans un grand nombre de rapports de droit, le temps nous apparaît comme étant une des conditions d'où dépend l'acquisition ou la perte d'un droit.

Voici les principaux cas où cette influence se manifeste :

1° La prolongation, pendant un certain temps, d'un état de choses déterminé peut donner naissance à un droit ou entraîner son extinction. La plus importante application de cette règle se rencontre en matière de prescription. Le droit de propriété et les droits réels principaux s'acquièrent par la possession d'une chose prolongée pendant le temps fixé par la loi (prescription acquisitive ou usucapion) (1). Tous les droits s'éteignent par l'effet de la prescription, lorsque le titulaire reste dans l'inaction pendant trente ans (prescription extinctive) (2).

On peut encore citer d'autres hypothèses qui rentrent dans cette première catégorie. Lorsque l'état d'absence d'un individu a duré plusieurs années, la loi prononce l'envoi en possession au profit de ses héritiers présomptifs, et consolide peu à peu leurs droits à mesure que cet état se prolonge (3).

2° La loi fixe parfois un délai pour l'exercice de certains droits ou l'accomplissement de certains actes, et si l'intéressé laisse passer ce temps, il est forclos. Ainsi, le vendeur qui se réserve dans le contrat de vente le droit de racheter la chose vendue, ne peut stipuler cette faculté de rachat pour un terme excédant cinq ans (4) ; l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude doit être formée dans

(1) Art. 2262 et 2265, C. civ.
(2) Art. 2262, C. civ.
(3) Voir ci-dessus, p. 130 et s.
(4) Art. 1659 et 1660, C. civ.

l'année à compter du délit ou du jour où il a été connu par le donateur (1) ; en cas de perte ou de vol d'un meuble corporel, le propriétaire peut le revendiquer pendant trois ans à compter de la perte ou du vol contre celui qui l'a acquis de bonne foi (2). De même, en matière de procédure, certains actes doivent être notifiés ou dressés dans un temps déterminé, sous peine de déchéance, etc. (3).

3° Enfin, il y a des droits dont l'homme n'acquiert la jouissance qu'a partir d'un certain âge (4) ; il y en a d'autres dont l'exercice est suspendu pendant un certain temps : ainsi la femme veuve ne peut se remarier qu'après trois cents jours révolus depuis la dissolution de son précédent mariage (5), etc.

On voit par là quel rôle important le temps joue dans la formation et la dissolution des rapports de droit ; aussi convient-il de donner quelques explications au sujet de la division et de la supputation du temps et de la prescription.

§ 1er. — Détermination et mesure du temps (6).

323.— Avant la Révolution, on employait en France le calendrier grégorien publié par le pape Grégoire XIII.

A l'époque intermédiaire, les décrets des 5 octobre et 24 novembre 1793 établirent un nouveau calendrier, qu'on appelle le calendrier républicain, et fixèrent une nouvelle ère, c'est-à-dire un nouveau point de départ pour compter les années ; le 22 septembre 1792 fut choisi pour cette date. D'après le calendrier républicain, l'année commençait avec l'équinoxe d'automne et comprenait 12 mois égaux de trente jours ; chaque mois était divisé lui-même en 3 décades. Les 12 mois étaient suivis de jours complémentaires, au nombre de 5 dans les années ordinaires, de 6 dans les années bissextiles. L'ère nouvelle dura 14 ans ; le sénatus-consulte du 22 fructidor

(1) Art. 957, C. civ.
(2) Art. 2279, C. civ.
(3) Voir Planiol, *op. cit.*, 8e éd., t. II, nos 704 à 706.
(4) Ex. art. 144, 905, C. civ.
(5) Art. 228, C. civ. Pour la femme divorcée, voir l'art. 296, C. civ.
(6) Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 1, 5e éd., §49, p. 239.

an XIII rétablit l'usage du calendrier grégorien à dater du 1er janvier 1806.

Le Code civil fut promulgué pendant que le nouveau calendrier était en vigueur, le 30 ventôse an XII, et l'article 2261, au titre de la prescription, déterminait le calcul du délai de la prescription d'après les règles de ce calendrier. Mais, l'année suivante, l'usage de ce calendrier fut aboli, et la nouvelle édition du Code civil, publiée en 1807, supprima l'article 2261, de telle sorte que c'est le calendrier grégorien qui sert de base au calcul de la prescription (1).

Cette innovation fut-elle, dans la pensée de ses auteurs, restreinte à la matière de la prescription, ou, au contraire, doit-elle être généralisée et appliquée à toutes les matières contenues dans le Code civil ? C'est une question douteuse et diversement résolue (2).

324. — Le jour civil est un espace de 24 heures qui va de minuit à minuit.

Le délai est un espace de temps accordé par la loi pour faire un acte juridique (3).

Les délais se comptent par jours civils pleins, abstraction faite de l'heure, de l'instant où l'événement s'est produit (4). En effet, comme le dit Goudsmit (5), « la supputation par heures, minutes et secondes, ne peut, en règle générale, être admise dans le domaine juridique ; d'abord, parce qu'on manque d'instruments et de moyens pour fixer exactement les divisions les plus minimes du temps, et ensuite, parce qu'il est excessivement rare qu'on tienne compte, dans le commerce, de l'heure et de la minute où un acte s'accomplit ». Il en ré-

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n° 582.
(2) Cf. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n° 582. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. I, § 49, p. 242.
(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e édit., t. I, p. 242.
(4) Art. 2260, C. civ. Voir Cass., 8 février 1869, S. 69.1.215, pour le mode de calcul du délai de la grossesse établi par l'article 312 du Code civil. Pourtant, en ce qui concerne l'âge de la majorité, on admet généralement qu'il faut compter non pas par jours civils, mais par heures, à partir du moment de la naissance. Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1616.
(5) *Op. cit.*, § 79.

sulte que, en principe et sauf dérogation expresse de la loi, le jour auquel un délai commence à courir, c'est-à-dire le jour pendant lequel s'est produit l'événement qui sert de point de départ, ne compte pas dans le calcul du délai, puisque ce n'est qu'une fraction de jour : *Dies a quo non computatur in termino.*

Au contraire, le dernier jour du délai, le *dies ad quem*, y est toujours compris, en ce sens que c'est le dernier jour pendant lequel l'acte peut être fait. Il n'en est autrement que dans le cas où le délai établi par la loi est un délai franc ; mais les délais de cette espèce se rencontrent surtout en matière de procédure (1).

§ 2. — Notion de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive.

325. — La prescription est basée sur l'écoulement d'un certain laps de temps, mais ce simple fait ne peut ni créer, ni éteindre un droit ; il faut qu'il s'y ajoute un autre élément, qui consistera, suivant les cas, dans un acte ou dans une abstention de la part d'une personne.

Pour la prescription acquisitive ou usucapion, cet élément est la possession, c'est-à-dire le fait d'exercer un droit réel, propriété, usufruit, servitude. Au bout d'un certain temps, le possesseur devient titulaire du droit qu'il exerce, s'il ne l'était pas antérieurement déjà. Par exemple, celui qui, de bonne foi, acquiert un immeuble *a non domino* en prescrit la propriété par dix ou vingt ans (2). Celui qui s'empare d'un fonds de terre et le possède pendant trente

(1) Voir art. 1033, C. proc. civ. ; voir aussi art. 1, C. civ. ; art. 5, loi du 2 août 1884 sur les ventes d'animaux domestiques.

« On appelle francs, dit Garsonnet, *Traité de procéd. civ.*, t. II, n^s^ CCIV, les délais dans lesquels on ne compte ni le *dies a quo*, ni le *dies ad quem*, et la faveur que la loi fait à la partie, en lui permettant d'agir après qu'ils sont expirés, s'explique par cette pensée qu'une personne, peut-être inexpérimentée et ignorante du droit, mérite quelque indulgence ; elle a pu hésiter sur le sens du délai, et il est équitable d'interpréter le doute en sa faveur, en lui permettant de jouir jusqu'à la dernière minute du temps qu'on lui donne pour se mettre en règle. » Cf. Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 1925, t. II, n° 449.

(2) Art. 2265, C. civ.

ans, sans que le propriétaire interrompe la possession, en devient lui-même propriétaire. Ainsi, la prescription acquisitive ou usucapion est un mode d'acquérir la propriété ou un autre droit réel par la possession prolongée. Elle ne s'applique qu'aux droits réels susceptibles de possession ; elle ne s'applique pas aux droits de créance. Le fait de se comporter pendant un certain temps comme créancier d'une personne qui se croit débiteur n'engendre pas un véritable droit. En effet, les droits de créance ne peuvent pas être l'objet d'une possession (1).

Dans la prescription extinctive, l'élément qui, joint à l'écoulement du temps, opère extinction du droit, c'est l'inaction du titulaire de ce droit. Tours les droits, aussi bien les droits réels (2) que les droits de créance, sont sujets à s'éteindre par l'effet de la prescription.

Cette observation montre que la prescription acquisitive et la prescription extinctive sont deux institutions différentes, puisque la seconde est d'une application générale, tandis que la première est limitée au domaine des droits réels susceptibles de possession (propriété, usufruit, servitudes). Néanmoins, les rédacteurs du Code ont confondu dans le même titre les règles relatives aux deux prescriptions (3).

326.— Il semble, au premier abord, que la prescription, soit acquisitive, soit extinctive, ait pour unique effet de consacrer une spoliation, puisqu'elle aboutit à priver une personne d'un droit qui lui appartient ; mais il n'en est rien, et nos anciens auteurs, pour en montrer l'utilité et les avantages, avaient coutume de dire qu'elle est la *patrona generis humani*. De son côté, l'exposé des motifs du Code civil déclare qu'elle est de toutes les institutions du droit civil la plus nécessaire à l'ordre social. Il est facile de montrer

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, § 201.

(2) Cependant le droit de propriété ne peut pas s'éteindre par le non-usage ; seule, la prescription acquisitive au profit d'une autre personne entraîne la perte de ce droit.

(3) Art. 2219 et s., C. civ.

l'exactitude de cette affirmation pour chacune des deux prescriptions.

327.— L'usucapion ne fait qu'affermir et consolider une possession prolongée. Or, le possesseur d'une chose en est presque toujours le véritable propriétaire et, à ce point de vue, la prescription offre le grand avantage de le dispenser de prouver son droit, preuve qui est presque impossible à faire. En effet, en vertu des principes de notre législation, la personne qui acquiert un droit réel sur une chose n'acquiert ce droit que tel qu'il existait sur la tête de l'aliénateur. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (1). Si donc le vendeur n'est pas propriétaire de la chose vendue, si son droit est soumis à une condition résolutoire ou entaché d'une cause de nullité, l'acquéreur ne devient pas propriétaire ou ne le devient que sous les mêmes restrictions. Il en résulte que la preuve du droit de propriété est fort difficile à administrer. Le propriétaire actuel d'une chose doit prouver d'abord qu'il l'a valablement acquise, ensuite que son auteur était bien propriétaire ; et, pour fournir cette seconde preuve, il faut établir aussi que ce dernier avait déjà régulièrement acquis la chose d'un précédent propriétaire ; car si, dans la liste des auteurs qui ont successivement possédé l'immeuble, un seul était sans titre, celui-ci n'a pu transférer la propriété, et les acquéreurs successifs ne sont pas devenus propriétaires. La prescription acquisitive permet d'échapper à ces difficultés. Il suffira que le possesseur démontre que lui-même ou ses auteurs sont restés en possession le temps requis par la loi.

Tel est le vrai rôle de l'usucapion.

Il est vrai que, dans certaines circonstances, la prescription acquisitive aboutira à une injustice. Si une personne s'empare de mauvaise foi de tout ou partie de la chose d'autrui et la possède pendant 30 ans à l'insu du vrai propriétaire, elle acquiert le droit de propriété au détriment de ce dernier. Mais l'injustice est moins grande qu'elle ne

(1) Voir ci-dessus, n° 226.

paraît au premier abord, car cette spoliation suppose une inaction et une négligence inexcusables de la part du propriétaire (1).

328. — La prescription libératoire est aussi aisée à justifier. Le débiteur qui s'est acquitté de sa dette trouve un moyen de preuve facile dans la prescription. A-t-il perdu sa quittance, l'a-t-il volontairement déchirée, il ne lui reste que le secours de la prescription pour établir sa libération ; il lui suffit de prouver que le créancier est demeuré un certain temps, depuis le jour de l'échéance de la créance, sans exiger le paiement.

Sans doute, il pourra également arriver que la prescription libère injustement un débiteur de mauvaise foi qui n'a pas payé sa dette et a profité, soit de l'ignorance, soit de l'indulgence du créancier. Mais, ici encore, le créancier a commis une faute en restant dans l'inaction.

Ces inconvénients inhérents aux deux prescriptions ne sont rien à côté des services qu'elles rendent. L'une et l'autre tarissent les difficultés et les chicanes en assurant la sécurité dans les transactions ; elles régularisent le fonctionnement des rapports de droit.

329. — *Observation.* — L'usucapion ne joue qu'un rôle fort restreint dans notre Droit en matière de choses mobilières corporelles. Elle est ici remplacée par la règle de l'article 2279, C. civ., en vertu de laquelle : *en fait de meubles, possession vaut titre.* Cette règle signifie que la tradition d'un meuble corporel faite à un *accipiens* de bonne foi, — et la bonne foi est toujours présumée (art. 2268, C. civ.), — le rend propriétaire et purge son droit de tous les vices qui pourraient infecter le titre du *tradens.* Ainsi celui qui de bonne foi acquiert un meuble corporel d'un non propriétaire en devient cependant propriétaire par le fait de sa mise en possession. La même règle s'applique aux créances constatées par des titres au porteur.

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n^os^ 27 et s.

SIXIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

NOTIONS SOMMAIRES SUR LES PREUVES

330. — Prouver, c'est établir l'exactitude d'un fait, ou encore, c'est soumettre au juge, saisi d'un litige, les éléments de conviction propres à établir la vérité d'un fait duquel dépend l'existence ou l'extinction d'un droit (1).

Cette matière de la preuve présente une grande importance. Quiconque se prétend titulaire d'un droit à l'encontre d'une autre personne, droit de famille ou droit du patrimoine, doit faire la preuve du fait juridique qui l'a engendré ; sinon le juge tiendra ce droit pour non existant et le titulaire ne pourra pas l'exercer.

Cette matière se rattache à la fois au Droit civil et à la Procédure civile. On aperçoit facilement le lien qui l'unit au second de ces domaines. La preuve se présente ordinairement à l'occasion d'une contestation entre deux personnes sur l'existence d'un droit. Elle est destinée à éclairer le juge sur la valeur des prétentions des adversaires. Aussi est-ce la procédure civile qui règle les formes d'après lesquelles les divers modes de preuve doivent être administrés devant la justice. Mais les principes généraux de la preuve font partie intégrante du Droit civil. C'est le droit civil qui, en dehors de toute question litigieuse, détermine quels sont les modes de preuve qui peuvent être employés pour les diverses classes de faits juridiques ; de même, quand deux personnes font un contrat, elles ont soin,

(1) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. XII, § 749-1° ; Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 1925, t. II, n° 592 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. 2, p. 197 et s.

pour éviter toute contestation postérieure, de rédiger un écrit, et c'est le Droit civil qui détermine la forme dans laquelle cet écrit doit être rédigé, et le degré de force probante qui s'y rattache. Enfin, il y a des cas où une personne est obligée de faire la preuve de certains faits en dehors de toute question contentieuse. C'est ainsi, par exemple, que l'homme et la femme qui veulent se marier doivent démontrer, au moyen de leur acte de naissance, qu'ils ont atteint l'âge requis par la loi (1).

331.— *Observation.* — Les rédacteurs du Code civil ont exposé la théorie des preuves dans le titre des contrats (art. 1315 et suiv.). Ils ont suivi l'exemple de Pothier qui, écrivant un traité des obligations, a consacré une partie spéciale à « la preuve tant des obligations que de leur paiement » (2). Mais, dans un Code consacré à l'ensemble du droit civil, cette méthode est vicieuse. Les règles de la preuve ont une portée générale ; elles s'appliquent à tous les rapports de droit quels qu'ils soient, sauf quelques particularités spéciales à certaines matières (3).

Il faut donc présenter les principes de cette matière avant d'aborder l'étude de chaque groupe d'institutions.

SECTION I

Objet de la preuve

332.— L'appréciation d'une opération juridique doit toujours être faite à un double point de vue.

Il faut, tout d'abord, considérer les faits qui lui ont donné naissance, faits matériels ou actes volontaires accomplis par un ou plusieurs individus.

Il faut ensuite déterminer quelle est la règle de droit qui découle de ces faits.

La preuve judiciaire n'a pour objet que la constatation des

(1) Art. 144, C. civ.

(2) Ed. Bugnet, t. II, p. 398 et s.

(3) Il y a, du reste, ici encore, des différences fort importantes entre les règles de la preuve applicables au Droit du patrimoine et celles qui s'appliquent au Droit de la famille, notamment à l'état des personnes. Voir *infrà*, p. 398, note 4.

points de fait susceptibles d'être contestés ; elle ne s'applique pas aux prescriptions de la loi. En d'autres termes, la partie qui invoque l'existence d'un droit n'a à prouver que la réalité ces faits qui, d'après elle, l'ont engendré. Par exemple, celui qui prétend être devenu propriétaire d'une parcelle de terre par l'effet de la prescription, doit établir qu'il a possédé cette parcelle pendant le temps requis et dans les conditions exigées par la loi. De même, celui qui invoque un droit de créance doit prouver la cause, délit, contrat, etc., qui lui a donné naissance. Mais le plaideur n'est pas obligé de déterminer quelles sont les conséquences juridiques engendrées par les faits dont il a justifié l'existence. C'est au juge qu'incombe cette mission. On exprime cette distinction sous la forme de cet adage traditionnel : *Da mihi factum, dabo tibi jus* (1).

Ainsi, en résumé, les règles de droit ne sauraient faire l'objet d'une preuve proprement dite ; celle-ci ne s'applique qu'aux faits.

Ces faits sont toujours des *faits juridiques*, puisque les parties en invoquent l'existence pour se prévaloir des conséquences juridiques qu'ils emportent. Mais ils peuvent être soit des événements matériels, soit des actes volontairement accomplis dans l'intention de produire un effet de droit. Cette distinction a une grande importance dans notre matière.

En règle générale, la preuve des faits matériels n'est soumise à aucune restriction ; elle peut être administrée par tous les moyens qui s'offrent à l'intéressé et qui sont de nature à engendrer la conviction dans l'esprit du juge. Par exemple, la personne qui est victime d'un dol ou d'un délit et qui ré-

(1) Lorsqu'une personne invoque à l'appui de sa prétention, non plus une règle de droit écrit, mais un usage, dont l'existence n'est pas de notoriété publique, faut-il encore faire la même distinction ? La question a été fort discutée. On a soutenu pendant longtemps que le juge ne devait tenir compte du prétendu usage allégué que si la preuve de son existence était établie par l'intéressé. Mais il n'y a pas de raison de faire cette distinction entre le droit coutumier et le droit écrit. Pourtant, comme il s'agit d'un usage qui manque de notoriété, le juge a le droit de demander à celui qui l'invoque d'en établir l'existence et la teneur. Il dépend, du reste, du juge de former sa conviction par tous moyens. Voir, sur cette question, Gény, *Méthode d'interprét.*, t. I, n° 218, et les références.

clame à l'auteur, soit l'annulation du contrat, soit des dommages-intérêts, fera la preuve des actes dolosifs ou délictuels comme elle le pourra. En effet, il ne dépend pas des parties de s'en procurer une preuve écrite régulière.

333.— Il y a cependant quelques faits pour lesquels la loi fixe à l'avance les modes de preuve qui pourront être employés et écarte les autres comme ne présentant pas des garanties suffisantes de sincérité. Ainsi, la preuve de la filiation d'une personne est réglementée par les articles 319 et suivants du Code civil.

Quant aux événements tels que la naissance et la mort, le Code a organisé un procédé de constatation qui permet d'en administrer très facilement la preuve. Mais, bien entendu, il n'a pas écarté la possibilité de prouver ces faits par d'autres moyens, lorsque le mode régulier de constatation fait défaut.

Quand il s'agit, au contraire, d'actes juridiques, la loi réglemente les moyens de preuve qui peuvent être employés. Notamment pour empêcher de trop fréquentes contestations, elle exige que les parties qui passent un acte juridique de quelque importance rédigent un écrit. L'écrit, l'*instrumentum*, est le mode de preuve régulier, normal de l'acte juridique.

334.— *Observation.* — Il y a certains faits qui ne peuvent pas être invoqués en justice, parce que la loi en interdit la preuve pour des raisons de morale ou d'ordre public. Ainsi le Code civil défend de prouver la filiation adultérine ou incestueuse, dans la crainte de procès scandaleux (1). De même encore, la loi ne permet pas à une personne de prouver qu'elle est devenue créancière à l'occasion d'un pari ou du jeu.

SECTION II

A QUI INCOMBE LA CHARGE DE LA PREUVE. — DES PRÉSOMPTIONS LÉGALES.

335.— La question de savoir quelle est, dans un procès, celle des deux parties qui doit, la première, faire la preuve

(1) Art. 335 et 342, C. civ.

des faits qu'elle invoque, est fort importante. En effet, si cette partie ne réussit pas à établir les faits qui justifient sa demande, elle perd son procès ; sa prétention est tenue pour non fondée, sans que l'autre ait besoin d'en démontrer l'inexistence. Or, la preuve est souvent très compliquée à administrer ; les faits invoqués manquent de précision; il peut être très difficile d'en établir rigoureusement l'exactitude. Par exemple, des valeurs mobilières, qui appartenaient à un défunt, sont trouvées entre les mains d'un parent ou d'un domestique. Les héritiers soutiennent qu'il y a eu détournement ou simple dépôt ; le détenteur prétend, au contraire, que ces valeurs lui ont été données par le défunt de la main à la main. Celle des deux parties à qui incombe la charge de la preuve perd le procès, si elle n'arrive pas à établir la vérité de son allégation. Il est donc bien vrai de dire que de la question de savoir qui doit faire la preuve dépend souvent l'issue du procès.

L'article 1315 du Code civil résout ainsi la question : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

La formule de cet article ne vise que les droits de créance, mais il faut sans hésiter la généraliser et l'appliquer à tous les droits, quels qu'ils soient. Nous pouvons donc dire : tout demandeur qui forme une action en justice doit en établir le fondement, et tout défendeur qui, pour se soustraire au droit invoqué contre lui, fait valoir un moyen de défense tendant à paralyser ce droit, doit également prouver ce moyen de défense. Au contraire, le défendeur, qui se borne à nier les faits qui lui sont opposés, n'est tenu de fournir aucune preuve à l'appui de sa dénégation. On exprime ces règles au moyen des adages suivants : *Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor. Negantis naturali ratione nulla est probatio.*

C'est donc au demandeur qu'il appartient de prouver les faits sur lesquels il fonde le droit qu'il allègue. Il doit en fournir la preuve dans tous les cas, quelle que soit leur nature, qu'ils soient positifs ou négatifs. Sur ce dernier point, les anciens glossateurs admettaient une opinion contraire. Celui qui

invoque un fait négatif, prétendaient-ils, n'est pas tenu de le prouver, et ils citaient à l'appui de cette opinion la loi 2, D. *De probat.*, XXII, 3 : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Mais l'interprétation qu'ils donnaient de ce texte était erronée, car il signifie simplement que le défendeur, qui dénie l'existence du droit invoqué contre lui, n'a aucune preuve à fournir (1).

Si le demandeur ne fait pas la preuve des faits qu'il a allégués, il est débouté de sa demande et le défendeur, qui s'est contenté de nier l'existence du droit invoqué contre lui, n'a rien à prouver ; il conserve le bénéfice de la situation qu'il avait auparavant.

Quand le demandeur a établi les faits sur lesquels il fonde l'existence de son droit, si le défendeur résiste et invoque un moyen de défense proprement dit, comme le paiement, ou la prescription extinctive, ou la nullité du droit prétendu, il doit alors, à son tour, faire la preuve de sa prétention. *Reus in exceptione fit actor.* « Quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait (2).

336. — Il est facile de justifier ces règles :

Suivant l'expression d'Unger (3), le demandeur veut intro-

(1) Aussi cette opinion est-elle aujourd'hui abandonnée. La plupart des faits négatifs peuvent se résoudre en un fait affirmatif contraire. « Prétendre que Primus n'est pas Français revient à dire qu'il est étranger ; prétendre qu'un testament n'est pas valable revient à dire qu'il est nul. » Garsonnet, *op. cit.*, t. II, § CCLXIV, p. 312. Sans doute, certains faits négatifs ne peuvent pas se ramener à une affirmation opposée, mais ce n'est pas une raison pour décharger le demandeur du fardeau de la preuve dans les cas rares où il en est ainsi. Il y a plusieurs textes qui imposent au demandeur l'obligation de prouver des faits de cette espèce, bien qu'ils ne puissent pas aisément se ramener à une affirmation contraire. « C'est ainsi que le demandeur en déclaration d'absence est tenu de prouver que le présumé absent n'a pas donné de ses nouvelles depuis sa disparition, et que le successeur irrégulier qui demande l'envoi en possession d'une succession est tenu de prouver qu'aucun parent légitime ne s'est présenté pour la réclamer. » Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. XII ; § 749, note 14 ; Cf. Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 276 *bis*, VII.

(2) Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd., § 36.

(3) Unger, *op. cit.*, t. II, § 1299, n° 4.

duire un changement dans la situation présente ; il prétend être propriétaire de la chose qui est entre les mains du défendeur, ou créancier de celui-ci. Or, jusqu'à preuve du contraire, il est logique, il est rationnel de penser que celui qui détient une chose en est propriétaire, ou qu'une personne n'est tenue d'aucune obligation vis-à-vis d'une autre. Le défendeur doit donc conserver les avantages de sa situation qui fait présumer, soit qu'il est propriétaire, soit qu'il n'est pas débiteur. Tant que la preuve du droit n'est pas administrée, ces présomptions militent en sa faveur. « S'il suffisait d'actionner le défendeur pour lui imposer le fardeau de la preuve, toutes les chances seraient contre lui, et le procès le plus injuste serait le plus facile à gagner (1). »

Quand, au contraire le demandeur a établi son droit, la situation première est renversée, la présomption originaire est détruite. Le défendeur doit donc, à son tour, prouver la réalité des faits qu'il invoque pour sa libération, par exemple, la prescription acquisitive ou le paiement de l'obligation ; en d'autres termes, il doit prouver que le droit du demandeur ne lui est pas opposable.

Des présomptions légales

337. — Les règles précédentes subissent une dérogation, lorsque la partie peut invoquer en faveur de sa prétention une *présomption légale.*

Il y a présomption légale quand la loi elle-même tire d'un fait déterminé la conclusion que tel autre fait s'est produit (art. 1349, C. civ.).

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. II, § CCLXXIV ; Demolombe, *Des contrats*, t. VI, n° 187 : « Au point de vue de l'intérêt social, qui ne voit les dangers immenses de la doctrine par laquelle le demandeur serait dispensé de faire la preuve du changement qu'il veut apporter à la situation acquise du défendeur, et que les droits les plus légitimes et les plus anciens se trouveraient menacés, les plus anciens surtout et presque toujours les mieux fondés, mais dont la preuve ne peut pas souvent, en raison de leur ancienneté même, être fournie rigoureusement par celui auquel ils ont été transmis. A quel titre donc viendrait-on les soumettre à l'intolérable inquisition qui serait inséparable d'un tel système, et qui constituerait un véritable attentat à la liberté, non moins qu'à la fortune des citoyens ? »

Exemples : 1° Un enfant est né d'une femme mariée, et la date de sa naissance prouve qu'il a été conçu pendant le mariage. La loi en conclut que cet enfant a pour père le mari (art. 312, C. civ.).

2° Un créancier remet volontairement à son débiteur le titre sous seing privé qui constate sa créance. D'après l'article 1282, C. civ., cette remise prouve que le débiteur a payé sa dette.

3° La loi établit des incapacités de recevoir à titre gratuit ; il y a lieu de craindre que les intéressés ne cherchent à tourner la prohibition, en donnant à une personne interposée qui sera chargée de remettre la libéralité à l'incapable, en particulier à un des proches parents de celui-ci. En conséquence, l'article 911, C. civ. crée une présomption d'interposition à l'égard des père et mère, des enfants et descendants et de l'époux de l'incapable, et décide que toute libéralité adressée à l'une de ces personnes est présumée faite à l'incapable.

La présomption légale est une *dispense de preuve*. Il suffit que l'intéressé prouve le premier fait, celui qui sert de base à la présomption, c'est-à-dire, dans les exemples ci-dessus, la conception de l'enfant pendant le mariage, la remise du titre, la libéralité adressée au proche parent de l'incapable. Il est dispensé de prouver le second, puisque c'est la loi elle-même qui le déduit du premier.

Comment se justifie la création des présomptions légales ? Elle s'explique de la façon suivante :

L'expérience démontre que de l'accomplissement du premier fait on peut, presque toujours, conclure à l'exactitude du second. Mais la preuve matérielle de ce second fait est difficile à administrer. C'est pourquoi la loi dispense les intéressés de la fournir en l'élevant au rang de présomption légale.

Comme la présomption légale peut, dans des cas exceptionnels, être fausse, la loi permet ordinairement à la partie adverse de faire la preuve contraire. Ainsi, le mari a le droit de prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant conçu pendant le mariage.

Pourtant, il y a des présomptions légales qui sont irréfragables, c'est-à-dire qu'elles excluent toute preuve contraire. La

partie, à qui on les oppose, n'est pas autorisée à montrer que, dans le rapport de droit concret qui fait l'objet du litige, la présomption est contraire à la réalité des faits. Mais il n'en est ainsi qu'exceptionnellement. Pour que la loi admette cette dérogation au principe de l'admissibilité de la preuve, il faut que des raisons d'ordre public indiscutables exigent ce sacrifice de l'intérêt privé à l'intérêt général. L'article 1352 du Code civil indique deux séries d'hypothèses :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle *annule certains actes ou dénie l'action en justice...* »

1re *Hypothèse.* — La loi annule certains actes parce qu'elle présume qu'ils sont faits en fraude de la loi. Nous en avons donné un exemple ci-dessus, en citant l'article 911 du Code civil, qui annule les libéralités faites aux proches parents d'un incapable comme adressées en réalité à l'incapable lui-même.

2e *Hypothèse.* — La loi se fonde sur la présomption pour refuser l'action en justice. Il en est ainsi de la présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée : *Res judicata pro veritate habetur.* Cette présomption interdit de remettre en question, entre les parties, l'existence ou la non-existence du rapport de droit qui a fait l'objet d'une contestation antérieure définitivement tranchée.

SECTION III

§ 1er *Généralités.*

§ 2e *De la preuve par écrit.*

§ 3e *De la preuve par témoins.*

§ 4e *De l'aveu et du serment.*

§ 5e *Des présomption de l'homme ou présomptions laissées à l'appréciation du juge.*

§ 1er. — Généralités

338.— La vérification des faits invoqués par les parties peut se faire de trois façons :

I. Soit d'une façon directe et immédiate par la constatation matérielle des faits ;

II. Soit par les déclarations des parties ou de tierces personnes ;

III. Soit par le raisonnement.

339.— I. — La constatation matérielle des faits n'est possible que dans des cas assez rares. En effet, presque toujours les faits que les parties allèguent seront, soit des actes, soit des événements antérieurement accomplis et qui n'auront laissé aucune trace.

Quand il s'agit de procès relatifs à un immeuble, l'examen direct de l'état des lieux permettra souvent aux juges de former leur conviction. Ce moyen de preuve directe est important en matière de possession, de servitude, de bornage, de cours d'eau, etc. Le Code de procédure civile en règle la procédure sous le nom de *descente sur lieux* (1).

Dans d'autres matières, les constatations matérielles exigeront des connaissances techniques qui font défaut au magistrat. Le juge recourra à des personnes ayant la compétence requise et les chargera de faire une *expertise*. Ainsi, le Code civil ordonne l'expertise en matière de partage judiciaire pour estimer la valeur des immeubles à partager (art. 824) ; de même, en cas de rescision d'une vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, la preuve de la lésion subie par le vendeur ne pourra se faire que par rapport d'experts (art. 1678, C. civ.) (2). Mais ce procédé reste exceptionnel.

340.— II. — Dans l'immense majorité des cas, les constatations matérielles sont impossibles, et il faut se contenter des affirmations émanées des parties ou de tierces personnes.

La plupart des modes de preuve employés devant les tribunaux reposent, en effet, sur la foi due au témoignage de l'homme, c'est-à-dire, en prenant ce mot dans son sens

(1) Art. 295 à 302, C. pr. civ.
(2) Voir aussi l'art. 1747, C. civ.

étendu (1), aux déclarations de l'homme, soit verbales, soit manifestées par écrit.

Ces moyens de preuve sont les suivants (2) :

1° Les écrits. Ils sont de deux sortes :

Les plus importants sont les titres ou actes instrumentaires rédigés pour constater la formation ou l'extinction d'un rapport de droit et pour en fournir la preuve. Ce sont des modes de preuve *préconstitués*, c'est-à-dire établis à l'avance, pour prévenir toutes contestations, et pour permettre de trancher celles qui pourraient s'élever à l'occasion de ce rapport de droit.

Les autres écrits ne méritent pas le nom d'actes, soit parce qu'ils ne sont pas signés, bien qu'étant destinés à constater un fait juridique, comme les livres de commerce, les registres ou papiers domestiques, les copies d'actes authentiques, soit parce qu'ils ne sont pas rédigés pour servir de preuve, comme les lettres missives ; mais ils peuvent néanmoins être invoqués pour établir un fait discuté.

2° Le témoignage des tiers qui ont assisté à l'accomplissement de l'acte ou du fait contesté.

3° L'aveu de la partie adverse.

4° L'affirmation de la partie sous la foi du serment.

341. — III. — Enfin, le juge peut encore chercher la découverte de la vérité dans certains faits matériels ou certains indices moraux desquels il conclut à la réalité du fait contesté. Ce mode d'investigation porte le nom de preuve par *présomptions*. Il ne faut pas confondre ces présomptions qui « sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats » (3), avec les présomptions légales dont nous avons parlé ci-dessus, et qui constituent une dispense de preuve.

342. — Tels sont les divers modes de preuve qui peuvent être invoqués par les intéressés.

(1) Cf. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd., n° 23.
(2) Voir art. 1317 à 1369, C. civ.
(3) Art. 1353, C. civ.

1re *Observation.* — Les parties ne sont pas libres dans tous les cas d'employer l'un ou l'autre de ces modes de preuve. Il faut, à ce point de vue, rappeler une distinction que nous avons faite ci-dessus :

Quand la partie demande à prouver un fait matériel, elle peut en administrer la preuve par un quelconque des moyens indiqués. Si, au contraire, il s'agit d'un acte juridique proprement dit, la loi n'admet qu'à titre exceptionnel la preuve par témoins et par les présomptions de l'homme ; elle exige la production d'un écrit.

2e *Observation.* — Le juge apprécie en pleine liberté la valeur des preuves qui lui ont été fournies. Il se détermine par son intime conviction. Cette règle forme un principe essentiel de notre Droit moderne.

Dans notre Droit ancien, au contraire, on pratiquait le système de la *preuve légale.* Dans ce système, c'est la loi elle-même qui indique sous quelles conditions la preuve est réputée faite. Ainsi un seul témoin ne faisait pas preuve, bien que sa déposition fût empreinte de la plus grande sincérité. *Testis unus, testis nullus.* Il fallait que le fait fût, au moins, affirmé par deux témoins (1).

Le principe moderne est incontestablement préférable. Le juge ne statue que conformément à sa conviction. Pourtant, il y a encore des cas où la loi lui impose l'obligation d'accepter certains modes de preuve comme concluants, quand même ils n'entraîneraient pas sa conviction. Quand un rapport de droit est constaté par un acte écrit, les témoignages invoqués contre l'exactitude de cet écrit n'ont aucune valeur ; le juge n'en doit pas tenir compte, même s'il croit à leur sincérité (2). De même, lorsqu'une partie a déféré le serment à son adversaire, et que celui-ci a affirmé un fait qui lui est favorable, cette affirmation tranche définitivement le litige (3).

(1) Pothier, *Obligations,* n° 817, éd. Bugnet, t. II, p. 436 ; *Procédure civile,* n° 186, éd. Bugnet, t. X, p. 86 ; Domat, *Les lois civiles,* livre III, titre VI, sect. 1, n° 2.

(2) Voir art. 1341, C. civ.

(3) V. art. 1363, C. civ.

3° *Observation.* — Enfin, il faut encore ajouter, et cette observation apporte une nouvelle restriction à la règle précédente, que le juge ne doit chercher sa conviction que dans les faits prouvés par les parties. Il ne peut pas la puiser dans les éléments étrangers au débat. Ainsi, quand même il aurait appris de source certaine que le débiteur a payé sa dette, néanmoins, si celui-ci ne fournit pas la preuve de sa libération, le juge ne doit pas fonder sa décision sur les renseignements qu'il a obtenus par des moyens extra-judiciaires (1).

§ 2. — De la preuve par écrit

343.— La constatation par écrit des actes juridiques et de certains événements, comme la naissance et la mort, présente une incontestable utilité. Elle évite les contestations et les difficultés qui pourraient surgir plus tard relativement au contenu de ces actes et à leur date. Aussi est-elle le mode de preuve par excellence des actes juridiques.

L'écrit rédigé pour servir de preuve s'appelle indifféremment *acte* ou *titre*. Mais ces deux mots sont également employés pour désigner l'acte volontaire, le *negotium*, qui a pour but de créer, modifier ou éteindre un droit. Ainsi le mot acte qui est le plus fréquemment usité, s'applique, en même temps, à l'opération juridique et à l'écrit dressé pour la constater. Cette double signification du même mot, dont nous avons maints exemples dans le Code (2), est de nature à créer des confusions. Pour l'éviter, il faudrait employer, comme le font MM. Aubry et Rau, l'expression d'*acte instrumentaire* pour désigner l'écrit qui doit servir de preuve. Le mot *instrument*, du latin *instrumentum*, était autrefois usité, mais il est tombé en désuétude (3).

(1) V. Cass., 3 août 1887, S. 87.1.320 ; 13 avril 1892, S. 95.1.359 ; 23 avril 1902, S. 02.1.260.

(2) Art. 196, 690, 778, 1138, etc. La loi emploie aussi le mot *titre* pour désigner l'acte juridique, voir art. 2265, C. civ.

(3) On a conservé l'expression d'*instrumenter* qui s'applique aux officiers publics qui font un acte de leur ministère. On appelle aussi *témoins instrumentaires* les témoins qui les assistent (Art. 6, loi 25 ventôse an XI, sur le notariat, et art. 1317, C. civ.).

1° Des actes sous seing privé

344.– L'acte sous seing privé est l'écrit rédigé par une personne, sans l'intervention d'un officier public, à l'effet de constater un acte juridique (1).

Forme de ces actes

345.– Aucun texte ne règle les conditions de forme et de rédaction des actes sous seing privé. Les parties les rédigent comme elles jugent à propos. Le corps de l'acte peut être écrit par un tiers (2), ou même imprimé, rédigé en français ou dans une langue étrangère ; les surcharges, interlignes, renvois ne sont point interdits. Une seule condition est nécessaire : la signature de l'auteur de l'acte ou des parties. C'est de là que vient la dénomination d'*acte sous seing privé*.

La signature consiste dans le fait d'apposer son nom, de sa propre main, au bas de l'écrit, conformément à l'habitude prise par chacun de nous. La signature affirme la volonté de la personne de faire un acte écrit qui pourra postérieurement lui être opposé. L'absence de signature enlève à l'acte toute sa force. Aucun autre signe, ni sceau, ni cachet, ni croix, ne peut la remplacer (3), car seule, la signature est la marque distinctive et certaine qui individualise son auteur.

La loi n'exige pas que l'acte sous seing privé soit daté (4), mais, en fait, la mention de la date s'y rencontre presque toujours. En effet, cette indication présente pour les parties une grande utilité. L'absence de date n'est pas, en elle-même, une cause de nullité. L'écrit non daté est valable, en tant qu'écrit. Mais l'omission de la date ne permettra pas de prouver à quel moment l'acte juridique a été passé, ce qui peut être fort gê-

(1) Cf. Demolombe, *Contrats*, t. VI, n° 350.

(2) Le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur (art. 970, C. civ.).

(3) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. X, § 666, p. 609 ; t. XII, § 756, p. 185 ; Dalloz, *Nouv. Code civ. annoté*, art. 1322, n° 84.

(4) Il y a exception pour le testament olographe (art. 970, C. civ.).

nant, au cas, en particulier, où l'auteur de l'acte est frappé d'incapacité (1).

Force probante de l'acte sous seing privé

346.— Pierre est porteur d'un acte sous seing privé signé par Paul, dans lequel celui-ci s'engage à rendre à une date déterminée une somme de 1.000 francs que Pierre lui a prêtée. Le créancier, invoquant le titre qu'il a entre les mains, réclame au débiteur le paiement de la dette. Ce dernier peut, en présence de l'acte qui lui est opposé, ne pas contester la sincérité de sa signature. L'acte ainsi reconnu fait pleine foi de son contenu ; il établit que Paul est débiteur de la somme indiquée (art. 1322, C. civ.). Mais il ne fait foi de son contenu que *jusqu'à preuve contraire*. Cela veut dire que Paul a le droit de prouver que les indications de l'acte sont mensongères, qu'en réalité, l'argent n'a pas été prêté, ou que la volonté des parties etait, non pas de faire un prêt, mais une donation qu'elles ont voulu dissimuler sous l'apparence d'un prêt. Mais il devra faire cette preuve à l'aide d'un écrit, et non par témoins, ainsi que nous le verrons à propos de l'article 1341 du Code civil.

Au contraire, le débiteur auquel on oppose un acte privé signé par lui, peut soutenir que cet acte est faux, que sa signature a été imitée (art. 1323, C. civ.). Cette simple assertion enlève à l'acte toute force probante. Il faut alors que le porteur en prouve la sincérité. En effet, il s'agit de vérifier avant tout si la signature est celle du défendeur, et la loi impose au demandeur l'obligation de fournir cette preuve (art. 1324, C. civ.), parce qu'elle juge qu'il n'y a pas de raison pour

(1) La loi oblige les parties à remplir certaines formalités dans les cas suivants :

1° Lorsque l'écrit est rédigé pour constater la conclusion d'un contrat synallagmatique (art. 1325, C. civ.) ;

2° Lorsqu'il contient un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer une certaine quantité de choses qui se déterminent au poids, au nombre ou à la mesure (art. 1326 et 1327, C. civ.).

Ces deux hypothèses embrassent la très grande majorité des actes privés.

croire, *a priori*, à la véracité de cet acte. La procédure qui devra être suivie porte le nom de vérification d'écriture (1).

Si l'acte est opposé, non point au signataire lui-même, mais à ses héritiers ou ayants cause, ceux-ci n'ont pas besoin de le désavouer formellement ; ils n'ont qu'à déclarer qu'ils ne connaissent pas la signature ou l'écriture de leur auteur (art. 1323, C. civ.).

Lorsque la procédure de vérification établit que l'acte émane de celui à qui on l'oppose, il recouvre toute sa force probante.

Observation. — Si le signataire de l'acte prétend que la teneur en a été falsifiée par un grattage ou une surcharge, il doit en faire la preuve conformément aux règles de la procédure de l'inscription de faux (art. 214 à 252, C. proc. civ.), dont il sera question plus bas.

De la date de l'acte sous seing privé

347.— Il n'y a rien à dire de spécial en ce qui concerne la date de l'acte à l'égard des parties. Du moment que l'acte est reconnu ou vérifié, il fait foi de sa date vis-à-vis de ceux qui l'ont signé. Mais cette énonciation ne vaut, comme toutes les autres, que jusqu'à preuve contraire. La partie qui conteste la date doit donc prouver que l'acte a été antidaté ou postdaté (2).

A l'égard des tiers, au contraire, la date indiquée n'a aucune valeur (art. 1328, C. civ.), car rien ne prouve qu'elle soit exacte.

Cette règle est indispensable pour protéger les tiers intéressés contre les antidates qui seraient pratiquées à leur détriment. Un exemple suffit à le montrer : un propriétaire donne un immeuble à bail ; postérieurement, il vend cet immeuble et pour éviter que l'acheteur ne soit obligé de respecter le bail, comme le veut l'article 1743, C. civ., les parties antidatent l'acte de vente, afin de faire croire qu'il a été conclu antérieurement au contrat de bail.

(1) Art. 193 à 214, C. pr. civ.

(2) V. Cass., 13 novembre 1895, *Pand. fr.*, 97.1.145, note de M. Lambert ; voir aussi Boistel, note D. P. 98.2.257.

348.— Mais à partir de quel moment l'acte deviendra-t-il cpposable aux tiers ?

A partir du moment où il aura acquis date certaine vis-à-vis d'eux, c'est-à-dire à partir du moment où il sera établi qu'il a été antérieurement rédigé. Or, cette certitude résultera de l'un des trois événements suivants :

1° L'acte est présenté à l'enregistrement (1). Cette formalité est constatée sur l'acte lui-même par une mention faite par les fonctionnaires de l'enregistrement, mention donnant quittance des droits perçus et indiquant la date à laquelle l'acte a été présenté.

L'enregistrement est un moyen mis par la loi à la disposition des parties pour donner date certaine aux actes privés. Ainsi, dans l'exemple ci-dessus, le bail deviendra opposable à tous ceux qui traiteront avec le bailleur à partir du jour où il aura été enregistré.

2° La substance de l'écrit est constatée dans un acte authentique, par exemple, dans un procès-verbal de scellés ou d'inventaire, lequel contient la description des papiers mis sous scellés ou inventoriés. L'analyse faite par l'officier public dans l'acte authentique montre que l'acte sous seing privé remonte à une date antérieure.

3° La mort du signataire ou de l'un des signataires de l'acte; peu importe que ce signataire ait figuré à l'acte comme partie ou comme témoin (2).

349.— Reste à déterminer quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de date certaine d'un acte sous seing privé. L'article 1328 du Code civil les désigne sous le terme générique de tiers. Mais cette expression est vague et

(1) L'enregistrement consiste dans une mention sommaire de l'acte sur des registres publics.

(2) On admet que ces trois faits sont les seuls qui donnent date certaine à un acte privé vis-à-vis des tiers. Cass., 18 mai 1898, D. P. 1900.1.326. Pourtant, il y a d'autres événements qui ont certainement la même valeur probante. Par ex. : le cachet de la poste apposé sur un acte expédié par la poste ; l'amputation des deux mains à l'un des signataires. Mais, dit-on, l'article 1328 du Code civil est rédigé en termes restrictifs.

demande à être précisée. Il est bien évident qu'elle ne s'applique pas aux personnes qui ne sont unies par aucun rapport juridique aux auteurs de l'acte. On désigne ordinairement ces personnes sous le nom de *penitus extranei.* L'acte sous seing privé ne saurait leur être opposable : il ne produit aucun effet à leur égard (1) ; le contrat intervenu entre deux parties ne peut causer aucun préjudice à ceux qui ne sont pas en rapport juridique avec les parties. Ce n'est pas contre eux qu'est dirigée la fraude de l'antidate.

350.— L'expression de tiers ne peut donc viser que les ayants cause des parties. Nous savons qu'ils sont de deux sortes : les ayants cause à titre universel et les ayants cause à titre particulier. Or, l'exemple que nous avons donné ci-dessus montre que l'article 1328 du Code civil vise les *ayants cause à titre particulier,* c'est-à-dire ceux qui ont acquis un droit dont l'efficacité pourrait être compromise par l'acte juridique constaté dans l'écrit sous seing privé. Le locataire qui, comme nous l'avons supposé, a loué la maison vendue, est un tiers à l'égard de l'acheteur. De même, de son côté, l'acheteur de la maison est un tiers, en ce qui concerne le contrat de bail conclu entre le vendeur et le locataire (2).

351.— Au contraire, les ayants cause à titre universel, héritiers, légataires universels ou à titre universel, sont tenus de toutes les obligations de leur auteur, quelle qu'en soit la date. Les créanciers chirographaires rentrent dans la même catégorie ; n'ayant qu'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, ils subissent les conséquences de tous les actes juridiques passés par celui-ci (3). Les ayants cause à titre universel ne peuvent, pas plus que l'auteur lui-même, invoquer le défaut de date certaine de l'écrit sous seing privé (4).

(1) « *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest.* » L'article 1165 du Code civil dit que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers.

(2) Voir aussi Civ. Cass., 9 janvier 1901, D. P. 01.1.449.

(3) V. Cass., 29 octobre 1890, D. P. 91.1.475.

(4) L'article 1328 du Code civil a été remplacé en matière immobilière par un autre mode de protection des intérêts des tiers,

2° Des actes authentiques

352.— L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public compétent en égard à la nature des faits à constater et au lieu dans lequel l'acte est passé, et avec les formalités requises par la loi (Cf. art. 1317, C. civ.).

Trois conditions sont nécessaires pour constituer l'authenticité. Il faut :

1° Que l'acte soit reçu par un officier public ;

2° Que l'officier public soit compétent (art. 1318, C. civ.). Cette compétence doit exister à un double point de vue : il faut que l'acte rentre dans les attributions de l'officier public ; et, en outre, que celui-ci agisse dans le ressort qui lui est assigné pour l'exercice de ses fonctions.

3° Enfin, l'officier public doit être capable d'instrumenter (art. 1318, C. civ.). Un officier public perd cette capacité quand il est suspendu, ou destitué, ou remplacé. De même encore, les notaires ne peuvent pas recevoir les actes qui les intéressent personnellement, ou qui intéressent leurs parents ou alliés jusqu'à un certain degré (3).

353.— Parmi les officiers publics, les notaires ont une compétence générale pour toutes sortes d'actes. L'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI dit qu'ils sont établis pour recevoir ou dresser les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. Ainsi les notaires sont chargés de recevoir tous les actes pour lesquels la loi n'a pas spécialement et exclusivement désigné d'autres officiers publics.

qui est plus efficace. Cet autre mode de protection consiste dans la publicité, par voie d'inscription, des privilèges et des hypothèques, et, par voie de transcription, des aliénations entre-vifs d'immeubles et des actes relatifs aux droits immobiliers. Il en résulte que l'article 1328 du Code civil a perdu une grande partie de son utilité pour les actes concernant la propriété foncière.

(3) Art. 8 et 10, loi du 25 ventôse, an XI, contenant organisation du notariat.

354.— Les actes notariés (1) sont rédigés en minutes, ou en brevets. La minute est le mode de rédaction ordinaire. L'original ou minute est conservé dans l'étude du notaire, lequel délivre aux parties des copies dites expéditions. La première expédition remise au créancier, porte le nom de *grosse ;* elle est revêtue de la formule exécutoire (2), formule qui permet de recourir aux voies d'exécution forcée contre le débiteur, de saisir ses biens (3). Seules, parmi les actes dressés par les officiers publics, les grosses des actes notariés jouissent de ce privilège. C'est ce qui fait le grand avantage de l'acte notarié. Le créancier dont le droit est constaté par acte notarié peut saisir les biens du débiteur. Au contraire, le créancier, dont le titre est sous seing privé, doit obtenir d'abord un jugement de condamnation.

Quand l'acte notarié est rédigé en brevet, c'est l'original lui-même qui est remis aux parties. Cette forme ne s'applique qu'à quelques actes peu importants (4).

355.— Les autres officiers publics, à la différence des notaires, ne sont compétents que pour rédiger certaines catégories d'actes, et ces actes, bien qu'authentiques, ne sont pas exécutoires. Ce sont les officiers de l'état civil, les greffiers, les huissiers, les juges de paix assistés de leur greffier, les agents de la police judiciaire ayant le droit de dresser des procès-verbaux.

Force probante de l'acte authentique

La question doit être étudiée à un double point de vue, comme nous l'avons déjà fait pour l'acte sous seing privé.

356.— 1° En ce qui concerne l'acte lui-même. La partie qui produit un acte authentique n'est pas obligée d'établir qu'il

(1) Sur les actes notariés, voir Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. XII, § 755-2° ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, nos 130 à 154 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. II, p. 202 et s.

(2) La formule exécutoire est un ordre donné aux huissiers et à la force publique d'assurer l'exécution de l'acte. Il n'y a que les grosses des jugements et les grosses des actes notariés qui soient revêtues de la formule exécutoire.

(3) Art. 25, loi du 25 ventôse an XI.

(4) Voir l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI.

émane réellement de l'officier public dont il porte la signature. Jusqu'à preuve du contraire, il est considéré comme étant l'œuvre de l'officier public dont il porte la signature.

Cette présomption de sincérité qui s'attache à l'acte authentique est facile à justifier. Il est difficile de contrefaire la signature de l'officier public et son paraphe, lesquels sont connus et peuvent être aisément contrôlés, et d'imiter les autres signes extérieurs, timbres et cachets, qui accompagnent l'acte. Le crime de faux en écritures publiques est donc rare ; d'autant plus qu'il est sévèrement puni par la loi (1). Il y a lieu, par conséquent, de présumer que l'acte qui présente les apparences de l'authenticité émane bien de l'officier public dont il porte le nom.

Ainsi la charge de la preuve est déplacée. Si la personne, à qui on oppose un acte authentique, en met en doute l'authenticité, c'est elle qui doit prouver que cet acte est faux, et elle ne peut faire cette preuve qu'en suivant la voie dangereuse pour elle de la procédure de l'inscription de faux (2).

Au contraire, nous avons vu que celui qui invoque un acte sous seing privé doit, en cas de contestation, en démontrer la sincérité.

357.— 2° Contenu de l'acte. — Les déclarations que renferme l'acte authentique n'ont pas toutes la même force probante. Cette force varie selon qu'elles émanent de l'officier public ou des parties.

A. — Faits que l'officier public déclare avoir accomplis lui-même ou avoir constatés *de visu* : par exemple, l'officier public a mentionné dans l'acte qu'il a accompli telles formalités, ou

(1) V. art. 141 à 148, C. pén.

(2) Art. 214 à 251, C. pr. civ. La procédure de l'inscription de faux est très longue, très compliquée. Le législateur a pris des précautions excessives ; la procédure se divise en trois périodes dont chacune se termine par un jugement. La première aboutit à un jugement qui admet ou rejette l'inscription de faux ; la seconde se clot par un jugement qui autorise ou repousse la preuve du faux ; la troisième, enfin, a pour conclusion le jugement définitif sur le faux. Le demandeur doit suivre cette longue voie. S'il succombe, il est condamné à une amende de 300 francs ; il peut être, en outre, condamné à des dommages-intérêts au profit du défendeur.
V. art. 145, C. pén.

que tel fait s'est passé en sa présence. Ces énonciations font foi jusqu'à inscription de faux. En effet, mettre en doute l'exactitude de ces mentions, c'est soutenir que l'officier public a commis un mensonge. Or, la loi a confiance dans sa sincérité. Cette confiance est justifiée par les garanties que présentent les conditions de nomination des officiers publics, qui sont désignés par l'Etat. En outre, le crime de faux entraînerait pour l'officier public de terribles conséquences ; il est puni par le Code pénal de la peine des travaux forcés à perpétuité (1). C'est pour cela que la loi attache une valeur exceptionnelle à ses affirmations (2). Ainsi, notamment, la date de l'acte authentique est tenue pour vraie, tant qu'on ne prouve pas que l'officier public a commis un faux.

B. — Au contraire, les mentions qui se rapportent à des faits que l'on peut contester sans mettre en doute la véracité de l'officier public, n'ont pas la même valeur que les précédentes ; elles sont simplement tenues pour vraies jusqu'à preuve contraire. Ces mentions ont trait à des faits que les parties déclarent devant l'officier public avoir accomplis, mais dont celui-ci ne peut vérifier l'exactitude ou la valeur réelle. Par exemple, dans un acte de vente, les parties déclarent qu'une portion du prix a été payée hors de la présence du notaire ; ou encore, le notaire constate que le prix a été payé en sa présence, mais on prétend que le payement était simulé, et que le vendeur a restitué l'argent après coup (3).

(1) V. art. 141 à 148, C. pén.

(2) Cette solution résulte de l'article 45 et du 2e alinéa de l'article 1319 du Code civil. Mais le texte de ce dernier article est obscur. V. Civ. rej., 10 mars 1896, D. P. 96.1.201 ; Cass., 15 février 1897, S. 98.1.86.

Cette force exceptionnelle ne s'applique qu'aux déclarations que l'officier public fait conformément à la mission que lui confie la loi. Si l'officier public constate dans l'acte un fait qu'il n'est pas chargé de relater, il sort de ses fonctions, il n'agit plus comme officier public, et dès lors sa déclaration ne vaut pas plus que celle d'un simple particulier. Par exemple, le notaire déclare que les parties sont de bonne foi et que l'acte qu'elles passent n'est pas simulé. V. aussi Poitiers, 10 février 1857, D. P. 57.2.126.

(3) V. Req., 4 janvier 1897, S. 98.1.309 ; Req., 10 janvier 1900, D. P. 1901.1.347, S. 1904.1.270 ; 21 février 1912, D. P. 1912.1.195, S. 1913.1.215.

Rien ne prouve que les affirmations des parties soient conformes à la vérité. Il y a lieu, pourtant, de les supposer telles, tant que la preuve de leur fausseté n'aura pas été fournie, parce que, dans la plupart des cas, ces énonciations seront sincères. Mais on ne pouvait imposer à celui qui les conteste l'obligation de recourir à l'inscription de faux.

On peut juger, par ces explications, de la très grande utilité des actes authentiques et, en particulier, des actes notariés. Celui qui a en main un acte notarié, n'a aucune preuve à fournir des faits qui y sont relatés ; l'acte est tenu pour authentique ; les affirmations de l'officier public ont une force presque irréfragable ; il est certain, jusqu'à preuve de faux, que l'acte a été passé par les parties indiquées, à la date convenue, que les déclarations qui leur sont attribuées ont bien été faites, que les opérations que l'officier public affirme s'être accomplies en sa présence ont eu lieu. Il ne reste à l'adversaire qu'un moyen de détruire la force probante de cet acte, c'est de prouver que les déclarations des parties étaient fausses ou simulées.

358.— *Observation commune aux actes sous seing privé et aux actes authentiques.* — Un acte juridique peut contenir, à côté des mentions qui en forment le corps et l'objet principal, des clauses purement énonciatives, qui y sont insérées incidemment pour rappeler un fait antérieur, et qui pourraient disparaître de l'acte sans que sa validité fût modifiée.

La force probante de ces énonciations varie suivant qu'elles se rapportent directement à l'opération juridique constatée dans l'acte, ou qu'elles y sont étrangères (art. 1320, C. civ).

L'énonciation a un rapport direct avec l'opération juridique dans l'exemple suivant : les parties dressent un acte pour constater que l'une d'elles doit à l'autre une somme d'argent, et elles ajoutent que les intérêts de cette créance ont été régulièrement payés jusqu'à ce jour. Cette déclaration incidente, relative à des paiements antérieurs qui ont dû être constatés par des quittances, a la même force probante que les mentions constitutives de l'acte. En effet, du moment que le créancier a laissé insérer cette énonciation dans l'acte, c'est qu'il en a reconnu l'exactitude.

Si, au contraire, l'énonciation est étrangère à l'opération juridique, comme dans l'exemple suivant : le vendeur d'un immeuble déclare dans l'acte de vente qu'il a recueilli cet immeuble dans la succession de son père, cette énonciation ne peut servir que de commencement de preuve par écrit. En effet, l'autre partie n'avait aucun intérêt, lors de la rédaction de l'acte, à empêcher l'insertion d'une mention qu'elle jugeait indifférente (1).

§ 3. — De la preuve par témoins

359.— Le témoin est une personne qui a assisté à la réalisation du fait contesté ou à la passation de l'acte juridique, et qui vient affirmer en justice que ce fait ou cet acte ont eu lieu.

L'administration de la preuve par témoins se fait conformément aux règles établies par le Code de procédure civile (2).

Cette procédure porte le nom d'*enquête*.

Domaine d'application de la preuve testimoniale.

360.— *La preuve testimoniale est exclue en matière d'actes juridiques et dans les questions d'état* (3).

Le domaine dans lequel la preuve par témoins est autorisée n'est donc pas le même que celui de la preuve par écrit. L'écrit est le mode de preuve normal des actes juridiques et des questions d'état, et la preuve par témoins n'est admise qu'exceptionnellement en ces matières. Au contraire, la preuve par témoins est le mode ordinairement employé pour prouver la grande masse des faits matériels, c'est-à-dire de tous les événements non volontaires invoqués par les parties, et des délits (4).

(1) Ces dispositions ont été empruntées à Pothier, *Oblig.*, nos 736, 737, éd. Bugnet, t. II, p. 401.

(2) Art. 252-295, 407-414, C. pr. civ.

(3) Le Code civil a apporté des modifications aux règles ordinaires de la preuve en matière de questions d'état. V. art. 34 et s., 46, 194 à 200, 312 à 318, 319 à 325, 339, 340, 341, C. civ. La preuve par témoins est admise dans les procès en contestation d'état, et en matière d'actions en réclamation d'état, sous certaines réserves (art. 323, 340, 341).

Le testament est soumis aussi à des règles spéciales en ce qui concerne sa preuve.

(4) Nous avons dit ci-dessus que certains événements fort im-

361.— Pourquoi la loi exclut-elle la preuve testimoniale des actes juridiques ? (1).

Cette prohibition remonte au XVI[e] siècle ; antérieurement, la preuve par témoins était considérée comme la preuve de droit commun. On se contentait d'exiger que le fait fût certifié vrai par deux témoins au moins, afin d'éviter le danger de subornation. Mais ce danger constitue précisément le côté faible de ce mode de preuve, et cet inconvénient était très vivement ressenti (2). C'est pourquoi l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 54) prohiba l'emploi de la preuve testimoniale en matière de contrats, et la prohibition fut reproduite dans l'ordonnance de 1667 (art. 2) sur la réforme de la justice. La portants : la naissance, la mort, doivent être constatés par écrit.

Il est admis aujourd'hui sans discussion que la prohibition de la preuve par témoins est une règle fondamentale de notre procédure, et que ce mode de preuve n'est autorisé que dans les cas où un texte formel le permet. Voir Glasson et Tissier, *Précis de procédure civile*, 2[e] édit., t. I, p. 751 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5[e] éd., t. XII, § 761, p. 299 ; Baudry-Lacant. et Guyot, *Précis*, t. II, n° 576. *Contrà*, Toullier, *Droit civil*, t. IX, n[os] 26 et s. ; Bonnier, *Traité des preuves*, 5[e] éd., n[os] 148 et 149.

Le rapprochement des divers articles relatifs à la preuve testimoniale (cpr. art. 46, 322 à 325, 341, 1341 à 1348, C. civ.). permet, en effet, de délimiter la portée de la prohibition. Elle s'applique à la preuve des contrats et des conventions extinctives d'obligations, des questions d'état, de la plupart des actes juridiques unilatéraux, dispositions testamentaires, acceptation expresse, renonciation à une succession, à la communauté, confirmation expresse d'un acte annulable.

Pourtant il y a des actes juridiques qui peuvent être prouvés par témoins. L'article 1348 du Code civil cite les quasi-contrats. Mais sa formule est beaucoup trop large. Celui qui devient créancier en vertu d'un quasi-contrat doit faire constater par écrit la cause de sa créance. Il n'est dispensé de produire une preuve écrite que dans les cas où il lui est impossible de s'en procurer une, ainsi que le prévoit l'alinéa premier de l'article 1348. La preuve par témoins est également admissible pour les actes juridiques qui peuvent être accomplis tacitement, sans manifestation expresse de volonté (confirmation tacite d'un acte annulable, acceptation tacite d'une succession, d'un legs, etc.). Il est vrai que, dans ces dernier cas, la preuve porte sur les faits matériels d'où résulte la manifestation de volonté.

(1) Cons. sur cette question, H. Capitant, *Rapport sur la réforme des articles* 1341 à 1348, *C. civ.* Bulletin de la Société d'études législatives, 1916-17.

(2) « Il y a, dit Loisel, entre les proverbes ruraux, que fol est qui se met en enquête, car, le plus souvent, qui mieux abreuve, mieux preuve. » *Instit. cout.*, livre V, t. 5, I.

preuve par témoins ne fut plus permise que jusqu'à « la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer ».

L'ordonnance de 1566 déclare que l'interdiction de la preuve testimoniale a pour objet d'empêcher la multiplicité des procès, multiplicité qui provenait précisément de ce que les gens sans scrupules intentaient une action en justice en comptant sur les dépositions de témoins achetés à prix d'argent.

Le Code civil a maintenu cette prohibition, et a établi dans l'article 1341 les deux règles suivantes :

1re *Règle* : La preuve par témoins n'est permise qu'autant que la valeur de la chose, qui fait l'objet de l'acte juridique litigieux, ne dépasse pas 150 francs.

2e *Règle* : Lorsqu'un écrit a été dressé pour constater une convention, la foi qui est due à l'écrit ne peut pas être ébranlée par des témoignages oraux, même si la somme ou la valeur de l'objet de la convention est inférieure à 150 francs. « Il n'est reçu aucune preuve contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs » (art. 1341, C. civ.).

La loi du 2 avril 1928, tenant compte de la dépréciation du franc, a élevé la limite de 150 à 500 francs.

Cas où la preuve par témoins est autorisée en matière d'actes juridiques

362. — Par exception, la loi permet d'employer la preuve par témoins, en matière d'actes juridiques, dans les trois cas suivants (1) :

Premier cas. — Il existe un commencement de preuve par écrit de l'acte juridique qu'il s'agit de prouver.

« On appelle ainsi, dit l'article 1347 du Code civil, tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

(1) Voir art. 1347 et 1348, C. civ.

Le motif de cette disposition est le suivant : la preuve par témoins perd son caractère équivoque lorsqu'elle est appuyée par un écrit qui rend vraisemblable le fait allégué, car on ne demande plus au témoignage qu'un supplément de preuve ; on ne lui demande que de corroborer les présomptions résultant de l'écrit. La concordance des affirmations des témoins avec les indications fournies par l'écrit est une garantie de la sincérité des premiers.

363.— *Deuxième cas*. — Il a été impossible de se procurer une preuve écrite de l'acte dont on prétend prouver l'existence (1).

L'article 1348 du Code civil cite comme exemple, le dépôt nécessaire fait en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, les obligations contractées en cas d'accidents imprévus qui n'ont pas permis de rédiger un écrit, les dépôts de bagages faits par les voyageurs dans les hôtelleries. Dans ce dernier cas, il n'y a pas impossibilité matérielle de se procurer une preuve écrite, mais la loi a tenu compte de l'usage en vertu duquel le voyageur ne réclame jamais un reçu.

La jurisprudence interprète largement cette disposition et l'applique aux cas où il y a simplement impossibilité relative ou morale. Ainsi, elle admet que les médecins ne sont pas obligés de fournir une preuve écrite des honoraires qui leur sont dus pour soins médicaux (2).

364.— *Troisième cas*. — Le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve écrite, par suite d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1348, 4°, C. civ.)

(1) C'est à cette impossibilité de se procurer une preuve écrite que la loi rattache l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière de créances résultant de quasi-contrats, délits ou quasi-délits. Mais, en ce qui concerne les délits et quasi-délits, la conclusion est inexacte puisqu'ils sont des *faits juridiques*, et que la preuve par témoins n'est exclue que pour les actes juridiques.

(2) Rennes, 26 février 1879, S. 80.2.214 ; Pau, 26 février 1890, D. P. 91.2.115 ; Cass., 15 juin 1892, S. 93.1.281, note Labbé ; Cour supér. de Luxembourg, 9 février 1900, S. 1900.4.20 ; Req. 27 mars 1907, D. P. 1909.1.188, S. 1907.1.209 ; 1er mai 1911, D. P. 1913.1.148, S. 1913.1.305 ; Civ., 13 avril 1923, S. 1923.1.254.

Le créancier doit d'abord prouver par témoins : 1° qu'il existait un écrit ; 2° qu'un cas fortuit ou de force majeure a entraîné la perte de cet écrit. Il sera ensuite autorisé à faire la preuve par témoins de l'acte juridique d'où résulte sa créance.

Observation. — La prohibition de la preuve par témoins ne s'applique pas en matière commerciale. Les opérations commerciales peuvent être prouvées par témoins quelle que soit la valeur de leur objet. Cette dispense est traditionnelle. Elle est énoncée incidemment dans l'article 109 du Code de commerce, à propos des achats et ventes, qui sont parmi les contrats commerciaux les plus usités. Cet article décide que la preuve testimoniale est recevable *dans les cas où le juge croira devoir l'admettre*. En fait, la preuve testimoniale est la preuve de droit commun en matière commerciale. Elle seule est compatible avec la rapidité avec laquelle se concluent les opérations commerciales.

365.— *Limitation par la jurisprudence de la règle qui prohibe l'emploi de la preuve testimoniale en matières d'actes juridiques.* — La prohibition de l'article 1341 du Code civil a été doublement restreinte par la jurisprudence :

Tout d'abord, les tribunaux décident que cette prohibition n'est pas d'ordre public et qu'elle peut, en conséquence, être écartée en matière contractuelle par l'accord des parties (1).

D'autre part, la jurisprudence admet que les réponses faites par l'une des parties devant les juges, soit dans un interroga-

(1) Cass., 1er juin 1893, S. 93.1.285 ; 23 avril 1894, S. 98.1.442. La question est discutée en doctrine. La majorité des auteurs considère que la prohibition de la preuve testimoniale est d'ordre public. En édictant cette défense, disent-ils, le législateur a été guidé par des raisons d'inérêt général ; il a voulu surtout empêcher la multiplicité des procès. Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e édit., t. XII, § 761, p. 299 ; Baudry-Lacant. et Barde, *Des obligations*, t. IV n° 2518 ; Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 1925, t. II, n° 601, *op. cit.*, 2e éd. t. I, p. 808.

La jurisprudence décide, au contraire, que la prohibition a pour but principal de prévenir la subornation des témoins, et qu'elle est surtout établie dans l'intérêt du défendeur que ce danger menace. V. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1106 ; Ambr. Colin et Capitant, *op. cit.*, 5e éd., t. 2, p. 225.

toire sur faits et articles demandé par l'un des plaideurs, soit dans une comparution personnelle ordonnée par les magistrats, dans le but d'obtenir des éclaircissements (1), peuvent valoir comme commencement de preuve par écrit contre celui de qui elles émanent. Il en est ainsi lorsque les déclarations de la partie interrogée contiennent des contradictions, des réticences, des obscurités qui rendent vraisemblable le fait allégué par l'adversaire. Quand donc ces déclarations ont été consignées par écrit, soit dans le procès-verbal d'interrogatoire, soit dans le jugement, elles forment un commencement de preuve par écrit, et le tribunal peut, en conséquence, autoriser la preuve par tous moyens, c'est-à-dire par témoins et par simples présomptions (2).

§ 4. — De l'aveu et du serment

366.— Lorsqu'une personne n'a pu faire la preuve des faits qu'elle allègue ni par écrit, ni par témoins, ni par présomptions, il ne lui reste plus que deux ressources : obtenir un aveu de son adversaire, ou lui déférer le serment.

(1) Cette procédure est prévue par l'article 119 du Code de procédure civile. Elle ressemble à l'interrogatoire sur faits et articles (art. 324 à 337, C. pr. civ.) qui a pour objet d'aboutir à un aveu judiciaire provoqué par les questions du juge. Mais il y a entre elles plusieurs différences. En particulier, la comparution personnelle peut être ordonnée d'office, tandis que l'interrogatoire sur faits et articles ne peut être ordonné que sur requête. V. Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de Procédure civile*, 1925, t. II, n° 693.

Les réponses à un interrogatoire du juge d'instruction, en matière pénale, peuvent également être admises comme commencement de preuve par écrit. V. Toulouse, 16 juin 1897, S. 98.2.137, note de M. Labbé ; 12 janvier 1911, *Le Droit*, 3 mars 1911.

(2) Cf. Cass., 24 juin 1878, S. 80.1.205 ; Rennes, 26 février 1879, S. 80.2.214 ; Cass. req., 29 décembre 1879, S. 81.1.127 ; Poitiers, 25 avril 1883, S. 84.2.78 ; Cass. req., 19 octobre 1885, S. 86.1.128 ; Cass. 28 octobre 1898, S. 1900.1.250 ; Cass., 18 décembre 1899, S. 1900.1.328 ; Cass., 4 novembre 1901, S. 1902.1.16 ; 2 décembre 1919, *Gaz. Pal.*, 23 janvier 1920. Voir aussi *Nouveau C. civ. annoté* de Dalloz, art. 1347, n°s 150 à 178. Cf. Laurent, *op. cit.*, t. XIX, n° 504 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. XII, § 764, p. 352 ; Glasson et Tissier, *op. cit.*, t. II, n° 600.

Aveu (1)

367.— L'aveu est la déclaration par laquelle une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait que son adversaire invoque contre elle.

L'aveu est de deux sortes : judiciaire ou extra-judiciaire (art. 1354, C. civ.).

L'aveu judiciaire est celui qui est fait pendant l'instance et en présence du juge.

Tantôt il est spontané, tantôt il est provoqué par l'adversaire à l'aide de la procédure de l'interrogatoire sur faits et articles.

De même encore, il peut intervenir dans la comparution personnelle des parties ordonnée par le tribunal.

L'aveu judiciaire fait preuve complète du fait avoué qui est désormais tenu pour constant (art. 1356, C. civ.).

L'aveu fait en justice est *indivisible* (art. 1356, 3e al., C. civ.). Cela signifie que la partie qui invoque l'aveu de son adversaire, doit le prendre tel qu'il est, dans son entier. Elle ne peut pas le diviser, pour en retenir seulement ce qui lui est favorable. Par exemple, le défendeur, à qui le demandeur réclame la restitution d'un capital avec les intérêts, reconnaît que cette somme lui a été prêtée, mais il soutient qu'il n'y a pas eu stipulation d'intérêts. Le demandeur ne peut pas scinder cet aveu ; il faut qu'il l'accepte dans son ensemble. S'il en était autrement, le demandeur se déchargerait de l'obligation de faire la preuve, et en rejetterait la charge sur son adversaire. L'aveu se trouverait ainsi complètement dénaturé (2). Mais le demandeur

(1) Art. 1354 à 1356, C. civ.

(2) La règle de l'indivisibilité de l'aveu ne doit pas s'appliquer dans tous les cas. Lorsque le défendeur, qui reconnaît l'existence du fait principal, invoque un fait postérieur duquel il prétend faire découler sa libération, il n'est pas toujours dispensé de prouver la réalité de ce fait accessoire. Les auteurs font la distinction suivante :

1° Le fait postérieur invoqué par le défendeur, n'est-il qu'un incident du rapport juridique formé par le fait principal ? Par exemple, le défendeur soutient qu'il a payé la dette, ou qu'il est libéré par l'effet de la prescription. Dans ce cas, les deux déclarations sont indivisibles ; le demandeur ne peut pas les scinder.

2° Le fait postérieur est-il un fait nouveau, complètement in-

aura le droit de prouver l'inexactitude du fait accessoire invoqué par l'auteur de l'aveu.

L'aveu est une déclaration unilatérale qui n'a pas besoin d'être acceptée par l'autre partie. Il est irrévocable dès qu'il a été fait (art. 1356, 4e al., C. civ.). Du reste, l'adversaire ne manquera pas, en pratique, de demander acte de l'aveu au juge devant qui il est proféré, pour en conserver la preuve.

Lorsque l'aveu est le résultat d'une erreur commise par son auteur, celui-ci peut le rétracter. Mais il faut que l'erreur soit une erreur de fait, non une erreur de droit (art. 1356, 4e al., C. civ.). Cette distinction se comprend très bien. L'auteur de l'aveu ne peut pas demander à le retirer, sous le prétexte qu'il ignorait les conséquences juridiques qu'il allait produire contre lui. L'erreur de droit n'enlève rien à la portée de l'aveu.

368. — *Aveu extra-judiciaire.* — L'aveu extra-judiciaire est fait en dehors de l'instance, dans une conversation, ou dans un écrit.

Bien que proféré hors de la présence des juges, il n'en conserve pas moins sa valeur, mais, s'il est purement oral, l'adversaire ne peut pas en faire la preuve par témoins, quand il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale n'est point admissible (art. 1355, C. civ.).

Serment (1)

369.— Les affirmations des plaideurs ne sauraient constituer une preuve ; elles sont nécessairement suspectes. Pourtant, si les autres moyens de preuve manquent, on peut de-

dépendant du premier et qui aurait pu se produire même en l'absence de celui-ci ? Par exemple, le défendeur soutient qu'une créance est née à son profit contre le demandeur et que cette créance a entraîné l'extinction par compensation (art. 1290, C. civ.) du droit de ce dernier. En pareil cas, l'aveu peut être divisé par le demandeur. C'est au défendeur qu'incombe la charge de prouver la réalité du nouveau fait qu'il invoque. Cf. Baudry-Lacant. et Barde, *Des obligations*, t. IV, nos 2712 et s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, 5e éd., t. XII, § 751, p. 131 et s.

(1) Art. 1357 à 1369 C. civ.

mander à l'une des parties de jurer, sous la foi du serment, que ses déclarations sont conformes à la vérité.

Le serment judiciaire est de deux espèces (art. 1357, C. civ.). Tantôt, c'est l'un des adversaires qui *défère* le serment à l'autre, le serment s'appelle alors *décisoire*, parce qu'il tranche le procès. Celui qui l'a déféré ne peut pas ensuite prétendre qu'il a été faussement prêté (1).

370. — Tantôt, c'est le juge lui-même qui le défère à l'une des parties. Mais il ne peut le faire que si la preuve lui paraît insuffisante pour fonder sa conviction. Il ne doit recourir à ce moyen extrême, ni si aucune preuve n'a été administrée, ni si, au contraire, la demande est pleinement justifiée (art. 1367, C. civ.). Aussi le serment déféré par le juge s'appelle-t-il *supplétif* ou *supplétoire*. Le juge a le droit de le déférer à celle des deux parties qiu lui paraît le plus digne de foi.

Le serment supplétif n'a pas la même force que le serment décisoire. Ce dernier tranche le procès, car celui qui le défère s'en remet à l'affirmation de son adversaire. Au contraire, le serment supplétif ne lie pas le juge. Celui-ci reste libre de juger en sens opposé.

§ 5. — Des présomptions de l'homme ou présomptions laissées à l'appréciation du juge

371. — Les présomptions consistent à établir un rapport de conséquence entre certains faits connus, non contestés, et celui qu'il s'agit de prouver. Ces faits connus s'appellent des *indices*. De leur existence, le juge conclut à l'exactitude du fait invoqué par l'une des parties.

Les présomptions, dit l'article 1349 du Code civil, sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Ce qui caractérise ce mode de preuve, c'est qu'il est fondé sur le raisonnement suivant : puisque tels événements se sont passés, on peut en conclure que le fait contesté est exact. Sans doute, tout mode de preuve consiste à aller du

(1) Art. 1358 à 1365, C. civ.

connu à l'inconnu ; sans doute, c'est toujours par les conséquences tirées d'un fait connu et non contesté qu'on arrive à la démonstration du fait inconnu ; mais, dans la preuve ordinaire, la conclusion est simple et rapide, le travail de raisonnement apparaît à peine, tandis que dans la présomption, la déduction se laisse facilement apercevoir. Aussi ce moyen d'investigation est-il moins probant que les autres. Le juge peut se laisser abuser par le raisonnement. La conclusion qu'il tire des faits connus n'est qu'une probabilité sur la valeur de laquelle les esprits peuvent différer. Ce n'est qu'un mode de preuve psychologique, et la raison humaine est sujette à erreur.

En conséquence, le législateur a restreint l'emploi de la preuve par présomptions comme celui de la preuve testimoniale. Là où il écarte la preuve testimoniale, il interdit également la preuve par présomptions. Cela revient à dire qu'en matière d'actes juridiques, cette dernière n'est admise qu'à titre exceptionnel et sous les mêmes restrictions que le témoignage.

D'autre part, la loi recommande aux juges de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353, C. civ.).

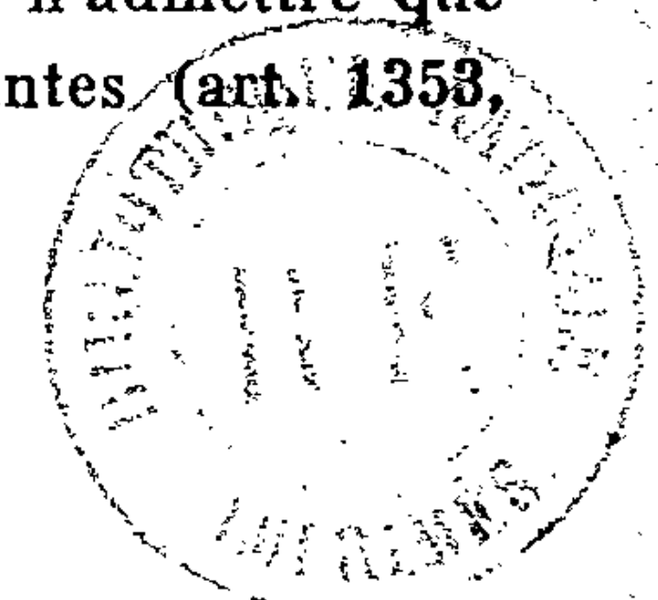

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION à la première édition. 5

PRÉFACE de la deuxième édition..... 18

PRÉFACE de la quatrième édition. 21

PRÉFACE de la cinquième édition. 22

PREMIÈRE PARTIE

Du droit en général. — Des sources du droit Théorie générale des lois

CHAPITRE PREMIER. — DU DROIT EN GÉNÉRAL

Définition du mot droit..... 23

Point de vue objectif. 23

Point de vue subjectif 25

Distinction de la morale et du droit..... 25

De la formation du droit..... 27

Droit positif, droit naturel..... 30

Principales divisions du droit positif..... 39

CHAPITRE II. — DES SOURCES DU DROIT

La coutume. — La loi. — La jurisprudence des tribunaux 42

CHAPITRE III. — DES LOIS

Définition. 55

Caractères des lois du droit privé. 56

Ordre public. 60

Confection et promulgation des lois. 66

Non rétroactivité des lois..... 67

Abrogation des lois. 81

CHAPITRE IV. — DE LA CODIFICATION. 85

CHAPITRE V. — INTERPRÉTATION DES LOIS

I. — Interprétation par voie d'autorité législative. 93

Pages

II. — Interprétation doctrinale et judiciaire. 93
1° Interprétation proprement dite. 95
2° Cas où la loi n'a pas statué. 101

DEUXIÈME PARTIE

Des droits subjectifs

CHAPITRE UNIQUE. — DROITS SUBJECTIFS, DIVISION DES DROITS

§ 1er. — Classification et division des droits subjectifs..... 107
§ 2. — Division des droits civils. 109
I. — Droits publics. 109
II. — Droits du patrimoine ; Droits réels ; Droits de créance. .. 110
III. — Droits de famille..... 118
§ 3. — De l'action en justice 119
§ 4. — Notion du patrimoine. 121

TROISIÈME PARTIE

Des personnes ou sujets des droits

Généralités..... 125

CHAPITRE PREMIER. — DES PERSONNES PHYSIQUES

§ 1er. — Commencement de la personnalité. 127
§ 2. — Fin de la personnalité ; notion de l'absence. 129
§ 3. — Du domicile,..... 134
1° Notion du domicile ; son importance pratique. 134
2° Détermination du domicile..... 137
3° Changement de domicile..... 141
4° Domiciles spéciaux 142
§ 4. — De l'état des personnes. — Éléments qui le constituent : Nationalité, famille. — Du nom des personnes. 143
1° Notion de l'état des personnes. — Des actes de l'état civil. — Actions d'état 143
2° Éléments qui constituent l'état : nationalité, famille 147
Nationalité. 147
Famille. 152
Parenté. 152
Différentes espèces de parenté..... 155
Adoption..... 158
Alliance..... 159
Effets juridiques de la parenté et de l'alliance en général. ... 160
3° Du nom des personnes. 161
Comment se détermine le nom d'un enfant 162
Changements de nom résultant d'événements postérieurs à la naissance..... 162
Nature juridique du nom. 164

Pages

Caractères particuliers du droit au nom..... 165
Changements de nom par la voie administrative..... 167
Actions qui protègent le nom..... 167

§ 5. — Capacité des personnes physiques. — Jouissance et exercice des droits. — Causes des incapacités d'exercice : âge, état de femme mariée, infirmités physiques ou morales. — Influence des condamnations pénales sur la capacité..... 169
1° Capacité de jouissance, capacité d'exercice..... 169
2° Différentes causes des incapacités d'exercice..... 172
Minorité..... 172
État de femme mariée..... 176
Infirmités physiques ou morales : Aliénation mentale, faiblesse d'esprit et prodigalité..... 177
3° Influence des condamnations pénales sur la capacité des personnes..... 179

CHAPITRE II. — DES PERSONNES JURIDIQUES

§ 1er. — Notions générales. — Historique. — Nature de la personnalité juridique..... 182
1° Notions générales..... 183
2° Historique..... 185
Droit romain..... 185
Ancien droit français..... 188
Droit moderne..... 192
3° Nature de la personnalité juridique..... 199
Théorie de la fiction..... 199
Deuxième théorie..... 202
Troisième théorie..... 205
Traits caractéristiques de la personne juridique..... 207
§ 2. — Diverses espèces de personnes juridiques..... 211
A. Personnes juridiques du droit public..... 211
B. Personnes juridiques du droit privé..... 212
Premier groupe : Les établissements d'utilité publique..... 212
Deuxième groupe : Les associations qui ont accompli les formalités prescrites soit par les lois antérieures, soit par la loi du 1er juillet 1901..... 213
Troisième groupe : Les associations à but lucratif, c'est-à-dire les sociétés civiles et commerciales..... 213
§ 3. — Naissance des personnes juridiques..... 214
Établissements publics..... 214
Personnes juridiques du droit privé..... 214
1° Fondations..... 214
2° Associations..... 215
3° Sociétés..... 217
§ 4. — Extinction des personnes juridiques et dévolution de leurs biens. 217
Établissements d'utilité publique..... 218
Associations..... 218
Dévolution des biens..... 219
§ 5. — État, domicile et capacité des personnes juridiques..... 222
1° État..... 222
2° Domicile..... 225

Pages

3° Capacité..... 226
I. Jouissance des droits civils..... 226
A. Capacité de jouissance..... 228
B. Principe de la spécialité..... 230
II. Exercice des droits..... 233
§ 6. — Des associations à but non lucratif qui n'ont pas la personnalité juridique..... 236

QUATRIÈME PARTIE

Des objets des droits

CHAPITRE UNIQUE. — LES CHOSES ET LES BIENS

§ 1er. — Notions générales..... 243
§ 2. — Diverses classifications des biens..... 244
1° Biens corporels, biens incorporels..... 245
2° Meubles et immeubles..... 247
Historique de cette distinction..... 247
Droit moderne..... 250
Principaux intérêts que présente cette division..... 253
3° Choses non susceptibles d'être appropriées ; choses qui peuvent être appropriées..... 255
4° Choses consomptibles ; choses non consomptibles par le premier usage..... 257
5° Choses fongibles ; choses non fongibles..... 258
§ 3. — Des fruits produits par les choses..... 259
§ 4. — Des biens des personnes juridiques du droit public..... 262
Biens du domaine public..... 263
Biens du domaine privé..... 265

CINQUIÈME PARTIE

De l'acquisition et de l'extinction des droits. Les actes juridiques.

CHAPITRE PREMIER. — NAISSANCE ET EXTINCTION DES DROITS EN GÉNÉRAL. — FAITS JURIDIQUES

§ 1er. — Notions générales sur l'acquisition et l'extinction des droits. 268
§ 2. — Des faits juridiques ; des actes juridiques..... 272

CHAPITRE II. — DES ACTES JURIDIQUES

SECTION Ire. — *Définition et principales classifications des actes juridiques*..... 276
1° Actes exigeant le concours de deux volontés ; actes exigeant seulement une volonté..... 278

Pages

2° Libéralités ou actes à titre gratuit ; contrats désintéressés ; contrats à titre onéreux. 280
3° Actes entre-vifs ; actes à cause de mort. 280

SECTION II. — *Du rôle de la volonté dans les actes juridiques.* 281
§ 1er. — Notions générales 281
§ 2. — Comment la déclaration de volonté doit-elle être formulée ?. 283
§ 3. — Cas où la déclaration de volonté est simulée. 286
§ 4. — Des vices qui peuvent entacher la volonté. 289
A. Erreur. 289
B. Dol. 296
C. Violence. 300
D. Lésion. 303

SECTION III. — *De la capacité d'agir.* 304
§ 1er. — Incapacités d'exercice naturelles ou légales 304
§ 2. — Incapacités générales. 306
A. Mineurs non émancipés. 306
B. Interdits. 308
Appendice. — A. Aliénés non interdits internés dans un établissement. 309
B. Aliénés non interdits ni internés. 309
§ 3. — Incapacités spéciales. 309
A. Mineurs émancipés. 309
B. Femmes mariées non séparées de corps. 311
C. Personnes pourvues d'un conseil judiciaire. 312

SECTION IV. — *Nullité des actes juridiques.* 313
§ 1er. — Divers degrés dans l'imperfection d'un acte juridique. — Notions historiques. 314
§ 2. — Distinction admise par la majorité des interprètes. 319
A. Actes inexistants. 319
B. Actes nuls de plein droit. 320
C. Annulabilité. 325
La Jurisprudence. 328
§ 3. — De l'action en nullité des actes annulables et de l'action en rescision pour cause de lésion. 331
§ 4. — Confirmation des actes annulables. — Prescription des actions en nullité et en rescision. 333

SECTION V. — *Modalités des actes juridiques. Condition. Terme* 337
I. — De la condition. 338
§ 1er. — Notion. 338
§ 2. — Division des conditions. 341
§ 3. — De l'accomplissement des conditions 345
§ 4. — Effets de la condition en suspens, arrivée, défaillie. 346
§ 5. — Des conditions impossibles, immorales ou illicites. 352
II. — Du terme. 356
§ 1er. — Notion. 356
§ 2. — Divisions du terme : Terme certain, terme incertain. 357
§ 3. — Effets du terme. 358

SECTION VI. — *De la représentation dans les actes juridiques.* 359
Notions historiques. 360
Caractères distinctifs de la représentation. 361

Pages

Nature juridique de la représentation..... 363
Actes dans lesquels la représentation n'est pas admise..... 366

CHAPITRE III. — DE L'INFLUENCE DU TEMPS SUR LA NAISSANCE ET L'EXTINCTION DES DROITS

§ 1er. — Détermination et mesure du temps..... 368
§ 2. — Notion de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive..... 370

SIXIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE. — NOTIONS SOMMAIRES SUR LES PREUVES

SECTION 1re. — *Objet de la preuve*..... 376
SECTION II. — *A qui incombe la charge de la preuve*..... 378
Des présomptions légales..... 381
SECTION III. — *Des différents modes de preuve*..... 383
§ 1er. — Généralités..... 383
§ 2. — De la preuve par écrit..... 387
1° Des actes sous seing privé..... 388
Forme de ces actes..... 388
Force probante de l'acte sous seing privé..... 389
De la date de l'acte sous seing privé..... 390
2° Des actes authentiques..... 393
Force probante de l'acte authentique..... 394
Observation commune aux actes sous seing privé et aux actes authentiques..... 397
§ 3. — De la preuve par témoins..... 398
Domaine d'application de la preuve testimoniale..... 398
Cas où la preuve par témoins est autorisée en matière d'actes juridiques..... 400
§ 4. — De l'aveu et du serment..... 403
Aveu..... 404
Serment..... 405
§ 5. — Des présomptions de l'homme ou présomptions laissées à l'appréciation du juge..... 406

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS

ABSENCE, 99-101.

ABROGATION DES LOIS 49-51.

ACTE INSTRUMENTAIRE, 239 *bis*, 277, 343.

ACTES ANNULABLES (Voir *Nullités*).

ACTES AUTHENTIQUES, 352-358. Conditions nécessaires pour constituer l'authenticité, 352-355 ; force probante des actes authentiques, 356, 357 ; en ce qui concerne l'acte lui-même, 356 ; en ce qui concerne son contenu, 357 ; force probante des clauses énonciatives, 357.

ACTES INEXISTANTS (voir *Inexistence*).

ACTES JURIDIQUES, 230-321. Définition, caractères, 229-230 ; actes bilatéraux, actes unilatéraux, 232-233 ; actes à titre gratuit, actes à titre onéreux, 234 ; actes entre-vifs, actes à cause de mort, 235 (voir *Forme, nullités, modalités, représentation, preuve*).

ACTES NOTARIÉS, 353-354.

ACTES NULS (voir *Nullité*).

ACTES SOUS SEING PRIVÉ, 344-351 ; forme de ces actes, 345 ; force probante de ces actes, 346 ; date des actes sous seing privé, 347-351 ; à partir de quel moment la date d'un acte sous seing privé devient-elle opposable aux tiers, 348-351 ; force probante des clauses énonciatives contenues dans un acte sous seing privé, 358.

ACTION EN JUSTICE. L'action est distincte du droit qu'elle garantit, 91.

ACTION EN NULLITÉ des actes annulables, 284-286 ; effets, 286 ; prescription, 281, 288-290 ; point de départ de la prescription, 288 ; délai de la prescription, 289-290.

ACTION EN RESCISION pour cause de lésion, 284-285 ; en quoi elle différait, dans notre ancien droit, de l'action en nullité, 285 ; prescription, 288-289.

ACTOR SEQUITUR FORUM REI, 103.

ADOPTION, 125 ; nom de l'adopté, 130.

AIR, chose non susceptible d'être appropriée, 214.

ALIÉNATION MENTALE. Influence sur la capacité juridique, 144 ; est-elle une cause d'inexistence ou d'annulabilité des actes juridiques ? 283.

ALIÉNÉS. Incapacité de l'aliéné interdit, 144, 264 ; aliéné interné dans un établissement, 144, 265, 288 ; aliéné non interdit ni interné, 144, 266.

ALLIANCE, 126-127 ; effets juridiques, 127.

ANALOGIE. Interprétation des lois par analogie, 71-72.

ANNULABILITÉ (voir *Nullité*).

ASSOCIATIONS. Situation des associations autorisées avant la loi du 1er juillet 1901, 154-155, 173 ; réforme opérée par la loi du 1er juillet 1901, 155, 168, 173 ; associations personnes juridiques, 190-191, 197 ; dissolution, 178, 182 ; capacité des associations déclarées, 190, 197 ; associations reconnues d'utilité publique, 167, 177, 191, 193, 196 ; associations qui n'ont pas la personnalité juridique, 199-203.

AVEU, 366-368 ; aveu judiciaire, 367 ; son indivisibilité, 367 ; influence de l'erreur sur l'aveu, 367 ; aveu extra-judiciaire, 368.

AYANTS CAUSE. Ayants cause à titre particulier, à titre universel, 225 ; dans quelle mesure les actes sous seing privé passés par l'auteur sont opposables aux ayants cause, 348-351.

BIENS, 204-222 ; classifications des biens, 205-217 ; biens corporels, biens incorporels, 206-207 ; meubles et immeubles, 208-213 ; biens des personnes juridiques du droit public, 220-222 ; domaine public, 220-221 ; domaine privé, 222.

BONNES MŒURS, 33 (voir *Nullité, condition*).

BREVET, acte en brevet, 354.

CALENDRIER. Calendrier grégorien, 323 ; calendrier républicain, 323.

CAPACITÉ. Personnes physiques, 134-147 ; capacité de jouissance, capacité d'exercice, 134-137 ; influence des condamnations pénales sur la capacité, 146 ; personnes juridiques, 186-189 ; capacité de faire un acte juridique, 260-271 ; capacité en matière de délits, 260 ; capacité en matière de représentation, 320.

CESSANTE RATIONE LEGIS, CESSAT LEX IPSA, 50.

CHOSES 204-222 ; choses corporelles, choses incorporelles, 206-207 ; choses susceptibles d'être appropriées, choses qui ne le sont pas, 214-215 ; choses abandonnées par leur propriétaire, 215 ; choses consomptibles, choses qui ne le sont pas, 216 ; choses fongibles, choses non fongibles, 217.

CODIFICATION en général, 52-60 ; avantages et inconvénients, 53-60.

COLONIE, personne juridique, 166 ; domaine public, domaine privé, 220-222.

COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT, 362, 365.

COMMUNE, personne juridique, 166 ; domaine public, 220-221 ; domaine privé, biens communaux, 222.

COMPARUTION PERSONNELLE DES PARTIES, 365.

CONDAMNATIONS PÉNALES. Influence sur la capacité des personnes, 135, 146.

CONDITION, 292-309 ; notion, 292-293 ; condition suspensive, 293 ; condition résolutoire, 293-294 ; divisions des conditions : conditions potestatives, casuelles, mixtes, 295-296 ; conditions positives, négatives, 297 ; condition potestative dans la donation entre-vifs, 296 ; actes juridiques qui ne peuvent pas être conditionnels, 298 ; accomplissement des conditions, 300 ; effets de la condition en suspens, 301 ; défaillie, 302 ; accomplie, 303-304 *bis* ; rétroactivité de la condition, sa portée d'application, 303-304 ; conditions impossibles immorales ou illicites, 305-309 ; quand elles sont insérées dans un acte à titre onéreux, elles en entraînent la nullité, 277, 305 ; dans les actes à titre gratuit, elles sont réputées non écrites, 305 ; conditions impossibles, 306 ; conditions illicites, 307-308 ; conditions immorales, 309.

CONFIRMATION des actes annulables, 281, 287. L'acte nul ne peut pas être confirmé, 279 ; les actes annulables peuvent être confirmés, 281 ; conditions de la confirmation, 287 ; effets, 287 ; confirmation tacite résultant de la prescription, 288.

CONGRÉGATIONS RELIGIEUSES, 175 ; dissolution, 180.

CONSEIL JUDICIAIRE. Incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire, 145, 214.

CONSENTEMENT dans les contrats, 229, 236 (voir *Volonté*).

CONTRATS, 225, 232, 234 (voir *Actes juridiques*).

CONTRE-LETTRES, 241.

CONVENTIONS, 232.

COURS D'EAU, division, 214, 220 ; lit, 214.

COUTUME, 14-17. La coutume peut-elle abroger la loi ? 51.

CRÉANCIERS. Droit des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, 92 ; créanciers chirographaires, 225, p. 269, note 1, 351.

CURATEUR du mineur émancipé, 268-269.

DATE. Force probante de la date des actes sous seing privé, 347-351 ; acte authentique, 357.

DÉLAI, 324.

DÉLITS ET QUASI-DÉLITS, 229.

DÉMENCE. Effet sur les actes passés par l'aliéné, 283.

DÉPARTEMENT, personne juridique, 166 ; capacité, 188, 195 ; domaine public, 220-221 ; domaine privé, 222.

DESCENTE SUR LIEUX, 339.

DÉSUÉTUDE. Abrogation des lois par déséutude, 51.

DIVORCE. Nom de la femme divorcée 130.

DOCTRINE. Les autorités doctrinales ne sont pas une source du droit, 19 ; interprétation doctrinale des lois 63-73.

DOL dans la conclusion des actes juridiques, 250-254 ; distinction entre le dol et la fraude, 250, p. 296, note 2 ; dol principal, dol incident, 250 ; dol dans les contrats, 252 ; dol dans les donations entre-vifs, 252 ; dol dans les actes unilatéraux, 253 ; preuve du dol, 254 ; point de départ de l'action en nullité pour cause de dol, 288.

DOMAINE PUBLIC de l'État, du département, de la commune, de la colonie, 220-221.

DOMICILE, 102-110 ; importance pratique, 103 ; détermination du domicile, 105, 107 ; domicile légal, 108 ; changement de domicile, 107 ; unité de domicile, 106 ; domiciles spéciaux, 109 ; élection de domicile, 110 ; domicile des personnes juridiques, 185.

DONATIONS DE BIENS A VENIR, 235, note.

DROIT, entendu au point de vue objectif. — Définition, 1 ; formation du droit positif, 4-6 ; sources du droit, 14-22 ; droit coutumier, 14-17 ; droit écrit, 15 ; droit positif, droit naturel, 7-11 ; principales divisions du droit positif, 12-13.

Droit administratif, 12.

Droit civil, 13.

Droit commercial, 13.

Droit constitutionnel, 12.

DROIT COUTUMIER, 14-17 ; usages relatifs à la propriété foncière, 16 ; usages commerciaux, 16 ; usages conventionnels, 16. Voir *Coutume*.

Droit criminel, 12.

Droit international, privé, 13.

Droit international public, 12.

Droit privé, 13.
Droit public, 12.
DROIT DE L'AUTEUR ET DE L'INVENTEUR. Nature, 89.
DROIT DE CRÉANCE (voir *Droits subjectifs*).
DROIT ÉCRIT, 15.
DROIT NATUREL (voir *Droit*).
DROITS PERSONNELS. Divers sens de ces mots, 78.
DROIT DE PRÉFÉRENCE. Effet du droit réel, 85.
DROITS ACQUIS, rétroactivité, 43.
DROITS RÉELS (voir *Droits subjectifs*).
DROITS SUBJECTIFS. Définition, 2, 74; droits absolus, droits relatifs, 74; droits politiques, 75; droits civils, 75-90; division des droits civils : droits publics, 76; droits du patrimoine, droits réels, droits de créance 77-89; détermination de l'objet du droit réel et du droit de créance, 88; comparaison du droit réel et du droit de créance quant aux effets qu'ils produisent, 86; droits de famille, 90; droits intellectuels ou propriétés incorporelles, 89; sujets des droits, 94-203; jouissance et exercice des droits, 134-146, 187-203; objets des droits, 204-222; naissance et extinction des droits, 224-229; influence du temps sur la naissance et l'extinction des droits, 322-329.
DROIT DE SUITE. Effet du droit réel, 85.
EAUX COURANTES. Droit des riverains, 214.
ECOLE DU DROIT DE LA NATURE ET DU DROIT DES GENS, 4.
ÉCOLE HISTORIQUE, 5, 6, 8-9, 54.
ÉCRIT. Distinction de l'acte écrit rédigé pour servir de preuve d'un acte juridique et de cet acte juridique, 239 *bis*, 343 (voir *Preuve*).
ÉMANCIPATION, 141, 238, note 2, 268, 269 (voir *Mineur*).
EN FAIT DE MEUBLES, POSSESSION VAUT TITRE, 213, 226, p. 271, note 2.
ENFANTS NATURELS. Enfants naturels simples, 123; enfants adultérins, enfants incestueux, 123, 124; différences entre la filiation légitime et la filiation naturelle, 123; reconnaissance des enfants naturels, 123; nom de l'enfant naturel, 129, 130.
ENQUÊTE. Preuve par témoins, 359-365.
ENREGISTREMENT, 348.
ERREUR dans les actes juridiques, 243-249; diverses espèces d'erreurs, 243-248; erreur sur la substance de la chose, 244; erreur sur la personne, 245, 247; cas où l'erreur est sans influence sur la validité de l'acte juridique, 248; erreur de fait, erreur de droit, 249; point de départ de la prescription de l'action en nullité pour cause d'erreur, 288; distinction de l'erreur de fait et de l'erreur de droit en matière d'aveu, 367.
ESCLAVAGE. Abolition dans les colonies françaises, 94; l'esclave dans les législations anciennes, 94.
ETABLISSEMENTS. Définition, 148.
ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, 166; naissance, 170; capacité, 188, 193, 195; extinction, dévolution des biens, 181; domicile, 185.
ÉTABLISSEMENTS D'UTILITÉ PUBLIQUE, 154, 167; naissance, 171; extinction, 177; dévolution des biens, 182; capacité, 191, 193, 196; domicile, 185.
ÉTAT, personne juridique, 149, 166; capacité, 166, 188; domaine public, 220-221; domaine privé, 222.

ÉTAT (*Status*), 111-118 ; notion de l'état, 111-112 ; distinction de l'état et de la capacité, 112 ; actes de l'état civil, 113 ; actions d'état, 113 ; état des personnes juridiques, 184 ; preuve en matière de questions d'état, 333, 334.

ÉTRANGERS. Condition des étrangers quant aux droits civils et aux droits politiques, 118 ; personnes juridiques étrangères, 184.

EXCEPTION de nullité, 290.

EXPECTATIVES, rétroactivité, 43.

EXPERTISE, 339.

FAIBLE D'ESPRIT (voir *Conseil judiciaire*).

FAITS JURIDIQUES, 228-229, 232 (voir *Preuve*).

FAMILLE. Droits de famille, 119 et s. (voir *Droits subjectifs*) ; liens qui unissent les différents membres de la famille (voir parenté, alliance).

FAUX. Procédure de l'inscription de faux, 356.

FEMME MARIÉE, domicile, 107 ; incapacité de la femme mariée non séparée de corps, 142, 270 ; nom, 130.

FILIATION. Principales différences entre les effets de la filiation légitime et ceux de la filiation naturelle, 123.

FONCTIONNAIRES Domicile, 107.

FONDATIONS. Définition, 148 ; en droit romain, 151 ; dans l'ancien droit français, 152-153 ; dans le droit moderne, 156, 164 ; naissance, 172 ; extinction, 183.

FORCE PROBANTE. Acte sous seing privé, 346, 358 ; date de l'acte sous seing privé, 347 ; acte authentique, 356-358.

FORMA DAT ESSE REI, 277.

FORME. Cas où la loi impose aux parties qui font un acte juridique, l'observation de certaines formes, 238-239 *bis* ; actes formels ou solennels, 238 ; formalités destinées à porter un acte à la reconnaissance des tiers, 239.

FORMULE EXÉCUTOIRE, 354-355.

FRAUDE. Distinction entre le dol et la fraude, 250, p. 296, note 2.

FRUITS, 218-219 ; fruits naturels, 219 ; fruits civils, 219.

GESTION D'AFFAIRES, 233, 318.

GIBIER, 215.

GROSSE. Actes notariés, jugements, 354.

HEIMATLOSAT, 115.

HÉRÉDITÉ, 93.

IMMEUBLES ET MEUBLES, 208-213 ; historique de la distinction, 208-210 ; droit moderne, 221-212 ; principaux intérêts de la distinction, 213.

IMPRESCRIPTIBILITÉ. Nom des personnes, 132 ; biens du domaine public, 221.

INALIÉNABILITÉ. Biens du domaine public, 221 ; effet de la cause d'inaliénabilité insérée dans un acte juridique, 308.

INCAPACITÉS. Incapacités de jouissance, 134-135 ; incapacités d'exercice, 136-145, 260-271 ; incapacités d'exercice naturelles ou légales, 260 et s. ; incapacités générales, 261-266 ; incapacités spéciales, 267-271 ; incapacité des mineurs, 139-141 ; mineurs non émancipés, 263 ; conséquences de l'incapacité du mineur non émancipé, 263 ; mineurs émancipés, 268-269 ; sanctions de l'incapacité des mineurs émancipés, 269 ; femme mariée non séparée de corps, 142, 270 ; aliénés, 144 ; interdits, 144, 264 ; aliénés internés dans un établissement, 144, 265 ; aliénés non interdits ni inter-

nés, 144, 266 ; faibles d'esprit et prodigues, 145, 271 ; condamnés à une peine criminelle, 146 ; effets de l'action en nullité pour cause d'incapacité, 284-290 ; point de départ de l'action en nullité pour incapacité, 288.

INCESSIBILITÉ. Nom des personnes, 132 ; usage, habitation, 226.

INDICES. Présomptions de l'homme, 371.

INDIVIDUALISME, doctrine individualiste, 10, 11.

INDIVISIBILITÉ de l'aveu, 367.

INEXISTENCE des actes juridiques, 272, 275, 276, 277, 282.

INFANS CONCEPTUS PRO NATO HABETUR QUOTIES DE COMMODIS EJUS AGITUR, 97.

INFIRMITÉS PHYSIQUES OU MORALES. Effet sur la capacité de celui qui en est atteint, 143-145.

INTERDICTION des aliénés, 144, 264.

INTERDICTION LÉGALE, 146.

INTERDIT. Domicile de l'interdit, 107 ; incapacité, 144, 264 ; nullité des actes passés par l'interdit, 264, 280 et s.

INTERPRÉTATION DES LOIS. Interprétation par voie d'autorité législative, 62 ; interprétation doctrinale et judiciaire, 63-73 ; règles à suivre pour l'interprétation des lois, 65-73 ; interprétation par analogie, 71-72.

INTERROGATOIRE SUR FAITS ET ARTICLES, 365, 367.

JURISPRUDENCE. Source du droit, 20-22 ; interprétation des lois par la jurisprudence, 63 et s.

LÉGITIMATION, 124.

LÉSION, 259 ; action en rescision pour cause de lésion, 284, 285.

LETTRES DE RESCISION, 285.

LOI. Définition, 23 ; lois déclaratives ou supplétives, 25 ; lois impératives ou prohibitives, lois d'ordre public, 26-33 ; lois dispositives, 34 ; lois interprétatives, rétroactivité, 40 ; confection et promulgation des lois, 35 ; non-rétroactivité des lois, 36-48 ; abrogation des lois, 49-51 ; interprétation des lois, 61-73.

MER. Chose non susceptible d'être appropriée, 214 ; rivage de la mer, 214, 221 ; produits de la mer, 215.

MEUBLES. Distinction des meubles et des immeubles, 208-213 ; intérêts de la distinction, 213.

MINEURS. Domicile des mineurs, 107 ; incapacité du mineur, 139-141 ; mineur placé sous la puissance paternelle de ses père et mère, 139 ; mineur en tutelle, 140, 262 ; actes dans lesquels le mineur intervient lui-même, 262 ; conséquences de l'incapacité du mineur, 263 ; mineurs émancipés, 141, 268-269 ; sanction de l'incapacité des mineurs émancipés, 269.

MINOR RESTITUITUR NON TANQUAM MINOR, SED TANQUAM LOESUS, 263, 269.

MINUTES. Actes rédigés en minutes, 354.

MODALITÉS des actes juridiques, 291 et s. (voir *Terme, condition*).

MORALE. Distinction de la morale et du droit, 3.

MORT CIVILE. Abolie en 1854, 94.

NAISSANCE, 96-97, 112 ; naissance des personnes juridiques, 170-175.

NATIONALITÉ, 115-116 ; perte de la qualité de Français, 117.

NATURALISATION, 116.

NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, 282, p. 329, note 1.

NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET, 226, 304, p. 350, note 1, 327.

NOM. Actions qui protègent le nom, 133 ; notions historiques sur le nom, 128 ; comment se détermine le nom d'un enfant, 129 ; changements de nom résultant d'évènements postérieurs à la naissance, 130 ; nom de l'enfant naturel, 129, 130 ; nom de l'adopté, 130 ; nom de la femme mariée, divorcée, 130 ; nom de la femme veuve, 130 ; nature juridique du nom, 131 ; caractères particuliers du droit au nom, 132 ; imprescriptibilité du nom, 132 ; incessibilité du nom, 132 ; interdiction des changements de noms, 132 ; demandes en changement de nom, 133.

NOTAIRES. 353, 354.

NULLITÉS des actes juridiques, 272-290 ; divers degrés dans l'imperfection d un acte juridique, 272 ; notions historiques, 273-275 ; nullités de mariage, origine de la distinction de l'inexistence et de la nullité, 275 ; actes inexistants, 276, 282 ; actes nuls de plein droit, ou nullité absolue, 277-279, 282 ; nullités tacites ou virtuelles, 277 ; effets de la nullité de plein droit, 278-279 ; annulabilité, 280-283 ; conséquences de l'annulabilité, 281 ; théorie de la jurisprudence, 282-283 ; action en nullité des actes annulables et action en rescision pour cause de lésion, 284-290 ; confirmation et prescription de l'action en nullité et de l'action en rescision, 287-288.

OBJETS DES DROITS, 204-222.

OBLIGATIONS (voir *Droits subjectifs*).

OBLIGATIONS NATURELLES, 91.

OFFICE MINISTÉRIEL. Nature du droit du titulaire d'un office ministériel, 89 ; actes secrets en matière de cession d'offices ministériels, 241 ; nullité de ces actes, 241, p. 287, note 3.

OFFICIERS PUBLICS, 352-355.

ORDRE PUBLIC, 27-33 ; nullité résultant de la violation d'une règle d'ordre public, 277 ; conditions contraires à l'ordre public, 307-308.

PAIEMENT DE L'INDU, 233.

PARENTÉ, 120-125 ; ligne directe, 120 ; ligne collatérale, 121 ; degrés, 120-121 ; mode de calcul de la parenté, 120-121 ; mode de calcul d'après le droit canonique, 121, note 2 ; différentes espèces de parenté, 122-125 ; parenté légitime, 120-121-124 ; parenté naturelle, 123 ; parenté adoptive, 125 ; effets juridiques, 127.

PATRIMOINE, 92-93 ; droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, 92 ; transmission du patrimoine au décès de la personne, 93, 225, (voir *Droits subjectifs*).

PERSONNES. En général. 94 et s. ; personnes physiques, 96 et s. ; commencement de la personnalité, 96-97 ; fin de la personnalité, 98-101.

PERSONNES JURIDIQUES, 148-203 ; notions générales, 148 ; historique, 149-156 ; distinction faite au 19e siècle entre l'autorisation administrative et la reconnaissance de la personnalité juridique, 154 ; réforme apportée par la loi du 1er juillet 1901, 155 ; nature de la personnalité juridique, 157-160 ; traits caractéristiques de la personne juridique, 161-164 ; diverses espèces de personnes juridiques, 165-169 ; personnes juridiques du droit public, 166 ; personnes juridiques du droit privé, 167-169 ; naissance, 170-175 ; extinction, 176-180 ; dévolution de leurs biens, 181-183 ; état, 184 ; personnes juridiques étrangères, 184 ; domicile, 185 ; capacité, 186-198 ; jouissance des droits civils, 187-193 ; principe de la spécialité, 193 ; exercice des droits, 194-198 ; associations qui n'ont pas la personnalité juridique, 190-203 ; biens des personnes juridiques du droit public, 220-222 (voir *Associations*).

POSSESSION considérée comme élément de la prescription acquisitive, 325-329.

PRESCRIPTION. Prescription acquisitive, 325-327, 329 ; prescription extinctive, 325-326, 328 ; calcul du délai de la prescription, 324 ; la nullité absolue ne s'éteint pas par l'effet de la prescription, 279 ; la jurisprudence semble admettre le contraire, 282 ; prescription de l'action en nullité et de l'action en rescision, 288-290.

PRÉSOMPTIONS DE L'HOMME, ou présomptions de fait, mode de preuve, 371.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES, 337 ; présomptions qui admettent, présomptions qui n'admettent pas la preuve contraire, 337.

PREUVE. Théorie générale des preuves, 330-371 ; cette théorie se rattache à la fois à la procédure civile et au droit civil, 330 ; objet de la preuve, 332-334 ; preuve des faits, preuves des règles de droit, 332 ; preuve des faits juridiques, 332-334 ; preuve des actes juridiques, 333 ; à qui incombe la charge de la preuve, 335-336 ; *actori incumbit probatio*, 335 ; *reus in exceptione fit actor*, 335, 336 ; des présomptions légales, 337 ; présomptions qui ne sont pas susceptibles de preuve contraire, 337 ; différents modes de preuve, 338 et s. ; généralités, 338-243 ; preuve par la constatation matérielle des faits, 339 ; preuve fondée sur les déclarations des parties ou des tiers, 340 ; preuves préconstituées, 430 ; preuve par présomptions, 431 ; preuve par écrit, 343 et s. ; preuve par témoins, 359-365 ; domaine d'application de la preuve par témoins, 360-365 ; commencement de preuve par écrit, 362, 365 ; impossibilité de se procurer une preuve écrite, 363 ; perte du titre par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, 364 ; limitation par la jurisprudence de la règle qui prohibe l'emploi de la preuve testimoniale en matière d'actes juridiques 365 ; aveu, 367-368 ; serment, 369-370 ; présomptions de l'homme, 371.

PROCÉDURE CIVILE, 13.

PRODIGUE (voir *Conseil Judiciaire*).

PRODUITS d'une chose opposés aux fruits, 218.

PROMESSE de vente, 299.

PROMULGATION des lois, 35.

PROPRIÉTÉS INCORPORELLES, 89.

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, 89.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, 89.

PUBLICATION des lois 35.

PUBLICITÉ des transmissions immobilières. 226, p. 289 note 3, 239 ; formalités destinées à porter un acte à la connaissance des tiers, 239.

PUISSANCE PATERNELLE, 139 ; déchéance, 147.

QUÆ TEMPORALIA SUNT AD AGENDUM, PERPETUA SUNT AD EXCIPIENDUM, 290.

QUASI-CONTRATS, 233.

RÉGIMES MATRIMONIAUX, 270.

RÈGLEMENTS, 35, note 1.

REPRÉSENTATION dans les actes juridiques, 316-321 ; son utilité, 316 ; représentation en justice, 316, note 2 ; notions historiques, 317 ; caractères distinctifs de la représentation, 318 ; du contrat de commission 318 ; gestion d'affaires, 318 ; nature juridique de la représentation, 319 ; actes pour lesquels la représentation n'est pas admise, 321.

RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEQUE NOCERE NEQUE PRODESSE POTEST, 349.

RES JUDICATA PRO VERITATE HABETUR, 337.

RESCISION (voir *Action en rescision*).

RÉSIDENCE. Distinction de la résidence et du domicile, 105.

RÉTROACTIVITÉ. Non-rétroactivité des lois, 36-48 ; explication du principe, 37 ; sa raison d'être, 38 ; sa portée d'application. 39-48 ; lois pénales, 40 ; lois de compétence, 40 ; lois interprétatives 40 ; lois relatives à l état et à la capacité 42 ; actes volontaires, 42 ; droits acquis, simples espérances, 43 ; conventions relatives aux intérêts pécuniaires, 46-48 ; rétroactivité de la condition, 303-304 *bis*.

RIVIÈRES NAVIGABLES, RIVIÈRES NON NAVIGABLES, 214, 221.

SERMENT 369-370 ; serment décisoire, 369 ; serment supplétif, 370.

SIGNATURE. Actes sous seing privé, 345 ; dénégation, 346.

SILENCE DANS LES ACTES JURIDIQUES, 236.

SIMULATION de la volonté dans les actes juridiques, 240-242 ; effets de la simulation, 241.

SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES. Personnalité juridique en droit romain, 149, p. 187, note 1 ; dans l'ancien droit français, 152, p. 190, note 1 ; dans le droit moderne, 154 ; capacité, 192, 198 ; domicile, 106, 185.

SPÉCIALITÉ. Principe de la spécialité des personnes juridiques, 193.

SUCCESSION. Transmission du patrimoine au décès de la personne, 93 ; succession à titre particulier, à titre universel, 225, 226.

SUJETS DES DROITS (voir *Personnes*).

TACITE RECONDUCTION, 236.

TÉMOIN, 238 ; preuve par témoins, 359-365 (voir *Preuve*).

TEMPS. Influence du temps, sur la naissance et l'extinction des droits, 322-329 ; détermination et mesure du temps, 323-324.

TERME, 310-135 ; notion, 310 ; terme suspensif, 314 ; terme extinctif, 315 ; divisions du terme : terme certain, terme incertain, 311 ; terme exprès, terme tacite, 312 ; terme de droit, 313 ; terme de grâce, 313 ; effets du terme suspensif, 314 ; du terme extinctif, 315.

TESTAMENT, 233.

TESTIS UNUS, TESTIS NULLUS, 342.

TIERS, 225, 348-351.

TUTELLE. Enfants mineurs, 140, 262-263 ; interdit judiciaire, 144, 264 ; interdit légal, 144, 264.

USAGES. Usages relatifs à la propriété foncière, 16 ; usages commerciaux, 16 ; usages conventionnels, 16.

VÉRIFICATION D'ÉCRITURES, 346.

VICES qui peuvent entacher la manifestation de volonté, 243 et s. (voir *Erreur, dol, violence, lésion*).

VILIS MOBILIUM POSSESSIO, 209-212.

VIOLENCE dans la formation des actes juridiques, 255-258 ; conditions que doit réunir la violence pour annuler l'acte juridique, 256-257 ; violence dans les actes à titre gratuit, 257 ; violence dans les contrats, 256-257 ; point de départ de l'action en nullité pour cause de violence, 288-289.

VOLONTÉ. Principe de la liberté de la volonté, 230 ; la volonté élément de l'acte juridique, 236 ; déclaration de volonté expresse, tacite, 236 ; déclaration de volonté simulée, 240-242 ; vices qui peuvent entacher la manifestation de volonté, 243 et s.

AIRIE A. PEDONE, 13, Rue Soufflot — PARIS (Ve)

Cours élémentaire de droit civil français

PAR

Ambroise COLIN
Prof. hon. à la Faculté de droit de Paris
Conseiller à la Cour de Cassation

H. CAPITANT
Professeur de droit civil à la Faculté de droit de Paris

1925-1929. *Trois volumes in-8°.* Prix . . **150 fr.**

Précis de Législation Industrielle, par Henri CAPITANT, Prof. à la Faculté de droit de Paris, et Paul CUCHE, Prof. à la Faculté de droit de Grenoble. *Un volume in-8°.* . . . . . Prix : **25** fr.

Espèces-choisies empruntées à la jurisprudence. *(Publiées par un groupe de professeurs des Facultés de droit). Préfaces de* Henri CAPITANT et Edouard LAMBERT, *in-8°. 2e édition 1927.* . **25** fr.

De la cause des obligations, *(Contrats, Engagements unilatéraux, legs),* par Henri **CAPITANT** (Prix Wolowski, Académie des Sciences morales et politiques), *in-8°, 3e édition,* 1927. . . . . **40** fr.

Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit, par Henri CAPITANT, *in-8°, 2e édition,* 1928. . . . . **7 fr. 50**

Les traités de droit privé dans leur application aux nationaux des Tiers-Etats *(Détermination des individus dont le statut est influencé par les traités de droit privé),* par Maurice CAPITANT, *in-8°,* 1928. . . . . **30** fr

L'Illicite, tome I : **l'impératif juridique,** par René CAPITANT, *in-8°,* 1928. . . . . **30** fr.

Revue Générale de Droit International Public

Fondée en **1894**, par MM. **Pillet-Fauchille-Pedone**
publiée par **Marcel SIBERT**, Professeur de droit international à l'Université de Lille.

Abonnement annuel : **France, 100 fr. - Etranger, 125 fr.**
La ***Revue*** paraît régulièrement *(six livraisons par année,* depuis 1894.

Imprimerie LES PRESSES MODERNES, Troyes.