Cours élémentaire de droit civil français (6e édition) par Ambroise Colin et H. Capitant

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Colin, Ambroise (1862-1929),Capitant, Henri (1865-1937). Cours élémentaire de droit civil français (6e édition) par Ambroise Colin et H. Capitant. 1930-1931.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

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

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

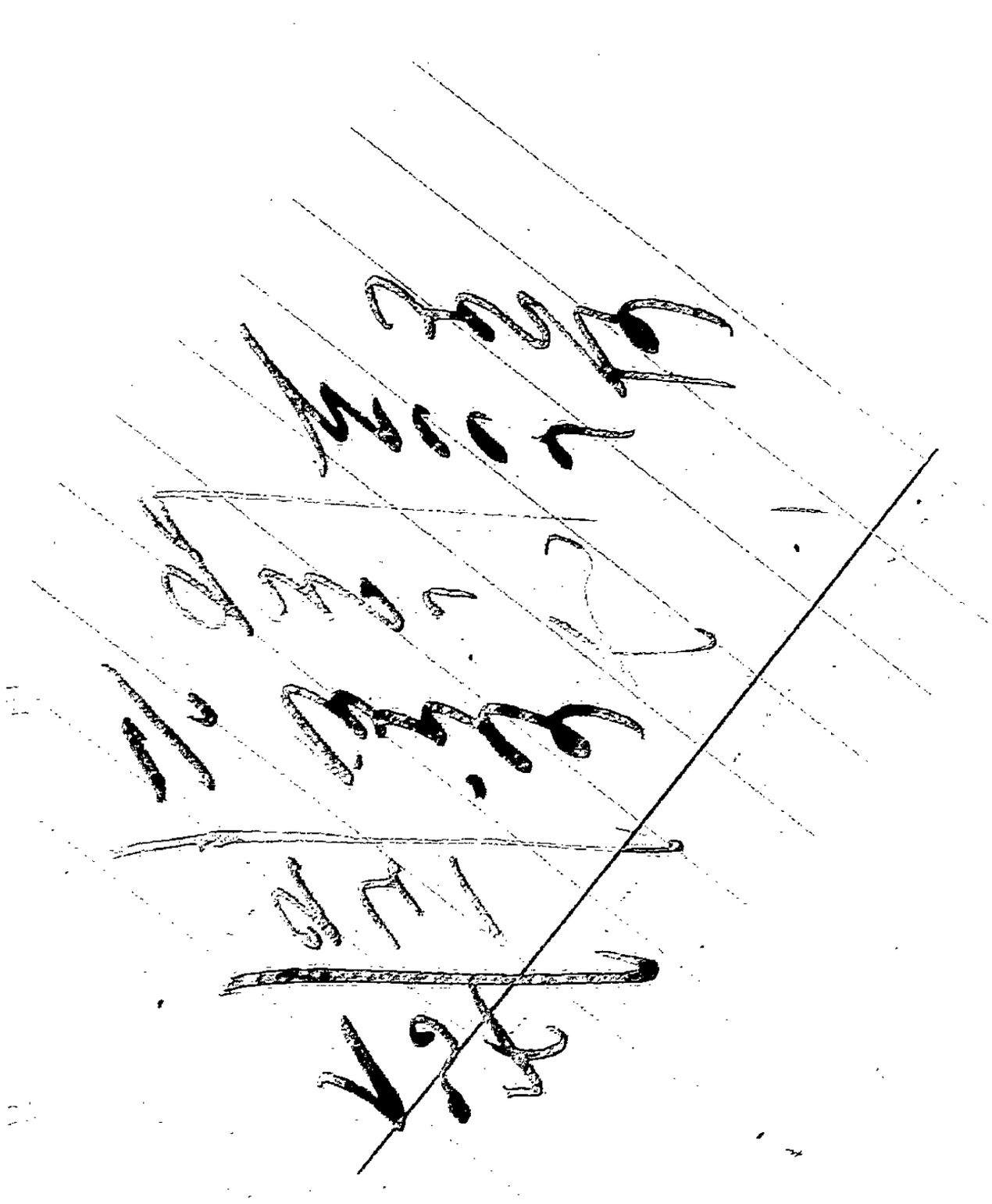
Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

4° F
2399



COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F

PAR

AMBROISE COLIN
CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION
PROFESSEUR HONORAIRE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

H. CAPITANT
PROFESSEUR DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences Morales et Politiques
(PRIX CHEVALLIER)

TOME PREMIER

CONFORME AU PROGRAMME DE PREMIÈRE ANNÉE

Sixième Édition.

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11
1930

AVANT-PROPOS

(Deuxième édition)

Ce premier volume d'un ouvrage composé et publié, pour la plus grande partie, au cours de la guerre, avait paru à la veille de l'ouverture des hostilités. Ainsi s'explique le long intervalle qui, malgré l'indulgente faveur avec laquelle elle avait été accueillie, sépare la première édition de la deuxième. Il s'en est fallu de peu que celle-ci ne fût presque indéfiniment ajournée. Tant de soucis poignants nous absorbaient ! Tant de difficultés matérielles s'opposent aujourd'hui à l'impression d'un volume de plus de mille pages ! Nous avons cru cependant que les suffrages du public, que les encouragements de l'Institut, de nos collègues des Facultés et de la magistrature nous dictaient le devoir de roidir notre volonté contre les obstacles, et d'apporter à notre œuvre les corrections et les améliorations nécessaires. Bientôt peut-être, cet instrument de travail, quelque superflu qu'il paraisse à l'heure actuelle, ne sera pas sans utilité pour notre jeunesse intellectuelle. Jeunesse sublime, qui aujourd'hui sauve le Droit, et qui te remettras à l'étudier demain, après sa victoire, ce fruit de notre effort sera pour toi le modeste témoignage de notre tendresse et de notre admiration !

Le présent volume a été, bien entendu, et suivant la formule usuelle, mis au courant des changements de la législation et de la Jurisprudence. Nous y avons fait une certaine place aux lois de la guerre. Place succincte et étroitement mesurée. Il ne peut s'agir, dans un livre élémentaire, que d'indiquer à grands traits et par de brèves notations les quelques rapports qui lient ça et là ces documents législatifs, de caractère éphémère et circonstanciel, au corps doctrinal de notre Droit civil ; et on ne peut évidemment s'attendre à trouver ici la solution des problèmes d'application, souvent ardus, que soulève cette législation spéciale. Nous renvoyons les lecteurs qu'ils préoccupent aux travaux particuliers

qu'ils ont déjà suscités, notamment aux exposés si complets e parfois si remarquables de la *Jurisprudence Générale Dallo (4e partie)*, ainsi qu'aux chroniques sagaces et pénétrantes pu. bliées par notre ami, M. Albert Wahl, dans la *Revue trimestrielle du Droit civil.*

Est-il besoin de dire que toute notre reconnaissance va aux lecteurs qui, pour notre profit et celui du public, ont bien voulu nous signaler diverses imperfections, erreurs ou lacunes de notre première édition ? A ces collaborateurs, souvent éminents par le savoir et par la situation, toujours compétents et judicieux, revient, s'il existe, tout le mérite de cette publication.

20 septembre 1918.

EXTRAIT DE L'AVANT-PROPOS

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

On nous croira sans peine lorsque nous dirons qu'en publiant un Cours nouveau de Droit Civil français, nous n'avons pas la prétention *de faire mieux* que nos éminents devanciers. Pour ne parler que des livres élémentaires, et parmi ceux-ci, des plus récents, qui pourrait se flatter, à l'heure actuelle, de surpasser ou même de retrouver les qualités d'érudition, de finesse, de lumineux bon sens qui ont valu au Traité de M. Planiol, parmi les étudiants comme auprès du grand public, une si durable et si légitime popularité ?

Nous avons pensé cependant que, dans la littérature du Droit civil, il y avait place encore pour un livre qui procéderait, avant tout, d'une inspiration et d'une méthode proprement pédagogiques. Offrir aux étudiants de tout âge et de tout ordre un Traité qui, répondant aux promesses de son titre, soit véritablement un *cours*, telle a été en effet notre principale ambition. C'est pourquoi, laissant de côté les développements de détail, les recherches de curiosité, nous nous sommes efforcés constamment de mettre en lumière *les principes*, en leur rattachant, par une trame aussi forte que possible, les applications de la loi positive et de la pratique jurisprudentielle. Nous n'avons pas redouté le reproche de dogmatisme, ni l'inconvénient des catégories tranchées, des divisions rigides, à arêtes un peu dures. Ce n'est pas que nous ignorions tout ce qu'une telle manière peut, en face des nuances fuyantes de la vie, offrir parfois d'un peu arbitraire, voire même d'artificiel. Mais c'est celle qui constitue, en somme, la *méthode classique*, c'est-à-dire celle qui répond et répondra toujours le mieux aux exigences de l'enseignement.

Faut-il nous excuser en outre d'avoir donné une place importante à la critique législative, à la discussion des règles légales et des solutions interprétatives, au *raisonnement juridique* en un mot? Dussions-nous être taxés de tendances rétrogrades,

nous ne pensons pas que l'observation, la description, la comparaison des phénomènes d'ordre juridique puissent suffire à former la jeunesse à l'étude et à l'application des lois. Nos Facultés nous paraissent faites pour élever des jurisconsultes autant et plus que des sociologues. On nous pardonnera sans doute, peut-être même d'aucuns nous sauront-ils gré d'avoir essayé, avant tout, d'y contribuer.

Nous avons toujours tâché d'être clairs, mais non pas de cette clarté décevante qu'on obtient sans peine en esquivant les difficultés. Ni l'art ni la science du Droit ne sont choses faciles. Nous avertissons nos jeunes lecteurs que l'étude de ce livre ne les affranchira pas du travail personnel de la réflexion, ni de la tâche indispensable qui consiste à avoir sous les yeux et à méditer le texte des dispositions écrites dont l'exégèse constitue encore, quoi qu'on fasse, la base de l'enseignement du Droit civil.

Enfin, on remarquera sans peine la place considérable que, dans cette œuvre de doctrine, nous avons donnée à la Jurisprudence. Nous avons constamment essayé d'en exposer la formation, l'état actuel et, au besoin, la critique, d'une manière exacte, et profitable non seulement aux étudiants mais encore aux praticiens qui nous feront l'honneur de nous consulter.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

§ 1. — Définitions et terminologie générale[1].

La première tâche qui s'impose à toute science est de fixer sa terminologie. S'il n'est pas entièrement exact de dire que « toute science n'est qu'une langue bien faite », les définitions présentent dans les sciences morales une importance particulière, puisque l'un des buts essentiels qu'elles doivent se proposer consiste à traduire par des *mots*, des *idées* qui sont, elles-mêmes, la représentation des *réalités*[2].

Le Droit et les droits. — Le mot *droit* peut être pris dans trois acceptions différentes :

1° Il désigne d'abord l'ensemble des *préceptes*, *règles* ou *lois* qui gouvernent l'activité humaine dans la société et dont l'observation est sanctionnée au besoin par la contrainte sociale, autrement dit par la force publique. Ce corps de préceptes porte le nom de *Droit* (avec un grand D). Certains jurisconsultes modernes y ajoutent l'épithète d'*objectif*. Le Droit objectif dans les sociétés modernes est, en général, unique pour tous les individus ou sujets d'une même communauté politique. C'est ainsi, par

1. Sur toutes les matières générales, consulter : Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4e éd., 1923 ; Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, 1911 ; Ch. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891 ; Gény, *Science et technique du Droit privé positif*, 4 vol., 1914-1924 ; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 1er *La règle du Droit*, 1921 ; Gaston May, *Introduction à la Science du Droit*, 2e éd. 1925 ; Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913, et la bibliographie indiquée à la suite de chaque chapitre ; Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques*, I. *La définition du Droit*, 1917 ; Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 1926.

2. V. Gény. *La technique législative dans la codification civile moderne*, Le Code civil, livre du Centenaire, 1804-1904, t. 1er, p. 993.

exemple, qu'on dira : le *Droit français*, le *Droit allemand,* le *Droit italien*, etc... ;

2° Le mot *droits* (avec un petit d et au pluriel) désigne les *facultés* ou *prérogatives* appartenant à un individu et dont il peut se prévaloir à l'égard de ses semblables dans l'exercice de son activité. Chaque genre de faculté ou prérogative constitue un *droit* déterminé, par exemple le *droit de propriété*, le *droit de puissance paternelle*. Entendu dans ce sens, le mot *droit* désigne, suivant l'expression de Savigny, « un pouvoir de l'individu » ; on l'appelle parfois *droit subjectif*, par opposition au Droit objectif défini plus haut. Les droits subjectifs ne peuvent d'ailleurs s'exercer que sous le contrôle du Droit objectif grâce à la définition qu'il en fournit et au concours qu'il leur prête.

On doit donc concevoir tout droit comme un *pouvoir de commandement*. Mais tout commandement chez les uns suppose l'obéissance chez les autres. Par exemple, le *droit de créance* ne se conçoit que moyennant l'obligation imposée à un *débiteur* d'accomplir telle ou telle prestation au profit du *créancier*. Le *droit de propriété* sous-entend l'obligation pesant sur tous les autres hommes de respecter l'usage et la jouissance exclusifs tirés par le propriétaire de la chose sur laquelle porte son droit de propriété. Or, ces devoirs, ces obligations ont besoin d'être *sanctionnés*, c'est-à-dire imposés au besoin par la force sociale que peut, seul, mettre en mouvement un précepte du Droit objectif.

3° Dans une troisième acception enfin, le Droit désigne la science, l'étude qui porte sur *le Droit* en général et, en particulier, sur *les droits* qu'il établit. C'est ainsi qu'on dit : *la Faculté de droit*, des *livres de droit,* un *étudiant en droit*.

Le Droit et la Morale[1]. — Pour nous en tenir à la première des trois définitions qui précèdent, le *Droit* apparaît comme offrant avec la *Morale* ou *Ethique* tout à la fois des ressemblances et des différences essentielles.

Le but de la Morale et du Droit est au fond le même : c'est la recherche du bonheur, lequel ne peut exister pour l'homme que moyennant un équilibre établi d'une manière stable et permanente entre les diverses personnalités humaines. Le domaine du Droit et de la Morale paraît aussi se confondre, puisqu'ils se proposent, l'un et l'autre, de fixer un ensemble de règles destinées à gouverner l'activité de chacun de nous.

Mais, suivant la formule célèbre et maintes fois citée de Bentham, le Droit et la Morale, s'ils ont le *même centre*, n'ont pas *la même circonférence*. Autrement dit, leurs sphères d'action respectives diffèrent essentiellement. Celle de la Morale est singulièrement plus étendue. En effet, outre les règles de son activité ou devoirs envers ses semblables, elle propose à l'homme des devoirs envers lui-même et, dans les systèmes théistes, des devoirs envers Dieu. De ces trois groupes de devoirs, le Droit, qui ne vise que l'activité *sociale* de la personne, reste étranger aux deux derniers.

1. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925.

Et, même parmi nos devoirs envers les autres hommes, il en est que la Morale commande et non le Droit, parce qu'ils impliquent un degré de perfection psychique qui est rarement atteint, par exemple, les devoirs d'assistance et de sacrifice. Or, — et ceci nous conduit à la seconde et principale différence entre la Morale et le Droit — celui-ci ne peut comprendre que des préceptes accessibles au commun, à la moyenne des hommes, précisément parce qu'il est le *Droit*, parce qu'il doit pouvoir s'imposer au besoin par la force. La morale, au contraire, est illimitée dans son essor parce que, dans ses différents systèmes, elle ne comporte que des sanctions psychologiques ou religieuses.

Droit positif et Droit naturel[1]. — Tel que nous l'avons défini, le Droit est essentiellement *positif*, c'est-à-dire *posé*, établi par une loi écrite ou par une coutume, et dans tous les cas obligatoire. Il aboutit à des ordres ou *dispositions*. C'est en ce sens que Portalis a pu écrire : « Les lois sont des volontés[2]. » Le *Droit naturel* est celui que nous concevons, en dehors de tout précepte écrit ou coutumier, comme dérivant de la nature et de la raison. Son étude rentrerait plutôt dans le domaine de la *Philosophie du Droit*.

La conception du Droit naturel mérite qu'on s'y arrête parce que, très florissante au XVIII[e] siècle, elle a exercé sur l'élaboration de notre Code civil une influence incontestable. L'article 1[er] du Livre préliminaire de ce Code, tel que l'avait rédigé la Commission de l'an VIII, portait : « *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 hommes*[3]. » Ce texte, qui d'ailleurs disparut dans la rédaction définitive du Code civil, met en lumière l'idée du Droit naturel telle que le concevaient nos pères de 1804 et telle qu'elle ressort clairement de maint passage des travaux préparatoires de notre Code, celle d'un corps de règles antérieures et supérieures à tout droit positif et dont la loi écrite aurait pour tâche de se rapprocher aussi exactement que possible, étant d'autant plus parfaite qu'elle ressemblerait plus fidèlement à ce modèle. Cette idée, à son tour, s'harmonise à merveille avec les doctrines de Rousseau, inspiratrices de la génération révolutionnaire, lesquelles représentaient l'homme comme investi, par le seul fait de sa naissance, de droits inhérents à sa personnalité, identiques dans tous les temps et sous tous les climats, et ne supportant d'autres limitations que celles qu'il a consenties lui-même dans le pacte social, sous certaines conditions et en vue de certains avantages déterminés. Mais, depuis cette époque, la notion du Droit naturel est tombée dans un pro-

1. V. Charmont, *La renaissance du Droit naturel ;* Saleilles, *Ecole historique et Droit naturel*. Rev. trim. de Droit civil, 1902, p. 80 ; Georges Renard, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, 1924.

2. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 43.

3. Un texte de la même époque, qui est toujours en vigueur, l'article 7 du Code civil autrichien de 1811, décide que, lorsque la loi est muette et ne contient aucune disposition qu'on puisse appliquer par analogie à la question qu'il s'agit de résoudre, cette question doit être tranchée *par les principes du Droit naturel*. Cela revient à dire que le juge doit statuer en équité.

fond discrédit. On lui a justement reproché l'arbitraire et l'incertitude des solutions auxquelles elle conduit. De fait, s'il y avait un Droit de la nature, doué d'une existence propre, il devrait y avoir sur chaque matière, à propos de chaque détail de l'activité humaine, une règle établie par le Droit naturel, comme il y en a une, expresse ou implicite dans la législation positive. Cette règle du Droit naturel, il suffirait de la découvrir. Mais, comme ceux qui la recherchent sont différents entre eux de culture, de tendances et d'opinions philosophiques et politiques, il adviendra qu'ils varieront aussi dans leurs déductions, et qu'il y aura, en définitive, autant de Droits naturels que d'individus. Ensuite, et surtout, comment expliquer, s'il existe un archétype uniforme de législation, que les lois humaines aient été si variables « depuis six mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent », qu'elles soient encore aujourd'hui si diverses, suivant les différents peuples, enfin que, partout et toujours, on ressente le besoin de les réformer et de les perfectionner? Ce prétendu Droit de la nature et de la raison serait-il donc *indiscernable*? N'est-il pas plus simple de dire qu'il n'y a pas de Droit en dehors de celui qui s'impose à tous par la volonté du législateur, c'est-à-dire du Droit positif?

Une telle conclusion nous paraîtrait, quant à nous, exagérée, et nous sommes loin de ressentir à l'égard du Droit naturel le dédain excessif avec lequel on l'a traité trop souvent. Le tout est de bien s'entendre sur sa définition et sur son fondement. Si l'élaboration des lois, c'est-à-dire du Droit positif, est un fait contingent et dépendant de la volonté humaine, l'existence d'une société politique, que ces lois doivent régir, pour qu'elle puisse vivre et se développer, apparaît, au contraire, comme un *fait naturel*. Dès lors, on constatera l'existence d'un ensemble de règles ou idées directrices (en très petit nombre) dont, rationnellement, le législateur doit s'inspirer dans l'élaboration du Droit positif, pour que celui-ci soit conforme aux besoins et aux tendances de cette société dans son état actuel. Cet ensemble d'idées très générales et très simples, c'est le Droit naturel. On s'explique donc très bien que les législations positives diffèrent sensiblement les unes des autres suivant le tempérament des diverses communautés politiques contemporaines. Néanmoins, à un même état de civilisation, les législations, divergentes quant aux moyens employés pour le mettre en œuvre, seront, toutes, l'expression d'un même Droit naturel.

Si l'on conçoit de cette façon le Droit naturel, il est donc vrai de dire, avec les auteurs du Code civil, qu'il est *universel*. En revanche, il serait inexact de le présenter comme *immuable*. Il est en effet, tout au contraire, essentiellement *variable* et *progressif*. Le Droit naturel des peuples modernes diffère profondément de celui des peuples de l'antiquité. Et celui des sociétés de l'avenir ne différera pas moins du nôtre.

Le Droit naturel et les Codes français. — Envisagée sous cet aspect, la notion du Droit naturel se dégage de l'histoire et de l'observation des faits sociaux. Et il devient possible de déterminer *scientifiquement* les éléments du Droit naturel correspondant à un stade déterminé de l'évolution

humaine. Dans les sociétés les plus anciennes, le Droit se confond avec la religion et la philosophie générale. Il aspire à réaliser la destinée humaine tout entière, à gouverner les croyances comme les actes, les âmes comme les corps. Il sacrifie la personne humaine à l'État, ou plus généralement au groupe dont l'individu fait partie et en qui réside à la fois toute puissance spirituelle et temporelle. Plus tard, l'individu s'émancipe peu à peu de cette double contrainte. Il y est aidé par la lutte qui se poursuit, durant tout le Moyen Age, entre les deux pouvoirs, confondus jadis dans la Cité Antique, désormais distincts et rivaux, l'Eglise et l'Empire. L'individu, dont la direction était l'enjeu de la lutte, se libère de plus en plus, d'abord dès le XVI[e] siècle, grâce à la Réforme, de l'autorité religieuse, puis, avec les révolutions politiques du XVII[e] et du XVIII[e] siècles, de l'autorité laïque. La fin du XVIII[e] siècle voit triompher en France les conceptions individualistes qui constituent ce qu'on appelle les *idées modernes* et qui, formulées d'une manière éloquente par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, constituent le Droit naturel des législateurs révolutionnaires et des auteurs de nos codes. On peut les résumer ainsi :

1° La personne humaine est la fin du Droit. Le but d'une législation positive est d'assurer et de favoriser le développement des facultés physiques, intellectuelles et morales de l'individu, en vue de sa dignité et de son bonheur. Et le rôle de l'Etat doit se borner à protéger contre toute atteinte extérieure ou intérieure la réalisation de cette tâche.

2° L'individu a le choix comme la responsabilité des moyens par lesquels se développera sa personnalité en quête du bonheur. C'est le principe de la *liberté civile* ou de l'autonomie de la volonté individuelle, que limite seulement l'obligation pour chacun de ne pas nuire au développement parallèle des autres individus et aux droits de l'Etat, garant commun des libertés individuelles.

3° Enfin, la discipline sociale, organisée en vue du but précédemment indiqué, doit être l'œuvre des volontés individuelles appelées à se conformer à la loi. C'est le principe de la *liberté politique*, qu'on peut définir : la participation des sujets du Droit, sous une forme ou sous une autre, à l'élaboration de ce Droit.

C'est sous l'empire de ces idées, constituant le Droit naturel moderne, qu'a vécu la Communauté française depuis plus d'un siècle ; ce sont elles qui ont présidé à la rédaction et à l'application de nos Codes. Mais, tout en leur rendant l'hommage légitime qui leur est dû, il ne faudrait pas les considérer comme immuables et les investir d'un empire éternel à l'abri de toute modification. Rien n'est fixe dans la nature. La marche, le progrès du Droit ne s'arrêtent jamais. Depuis longtemps, des concepts nouveaux ont grandi, parmi lesquels une notion surtout tend à acquérir une influence chaque jour grandissante. C'est celle de la *solidarité*. L'individu ne développe pleinement toutes ses facultés personnelles que grâce au concours souvent inaperçu mais toujours indispensable de la communauté à laquelle il appartient et envers laquelle il contracte, dès lors, une obligation, celle de consentir, au besoin, les sacrifices nécessaires pour que

l'Etat puisse remplir le même office au profit des autres individus. Cette notion du *Droit social* qui conduit à élargir, de plus en plus, la sphère d'intervention de l'Etat, surtout en vue de la protection des faibles et du redressement des inégalités naturelles, est, dans une certaine mesure, en contradiction avec le *droit individuel* consacré par la Révolution française et par les Codes qui en sont issus, mais elle est en même temps trop conforme à notre sentiment de la justice et aux tendances de plus en plus démocratiques de notre société pour que nous ne la croyions pas appelée, sinon à renouveler de fond en comble, du moins à élargir considérablement notre Droit naturel moderne et, par là, notre Droit positif.

Un exemple pratique achèvera de marquer le caractère variable du Droit naturel. On a maintes fois observé que le Code civil français de 1804 n'a vraiment réglé d'une manière complète et détaillée que l'organisation de la famille et la protection du patrimoine, c'est-à-dire de la richesse acquise, en un mot, le *Droit bourgeois*. Il a sensiblement négligé l'organisation du travail qu'il considère comme une marchandise, au point de ne voir dans le contrat qui lie le salarié à l'employeur qu'une simple variété du louage. Ce point de vue, pendant une bonne partie du XIX^{e} siècle, a pu ne pas paraître en contradiction avec le Droit naturel. Mais notre société a, depuis, subi des transformations profondes. Le développement de la grande industrie et de la classe du prolétariat, c'est-à-dire de ceux qui n'ont ni patrimoine, ni souvent même, en réalité, de famille, a fait clairement apparaître les lacunes de la législation civile. Il a fallu combler ces lacunes par de nouvelles lois. De là une série nouvelle de règles, de là toute une législation en voie de formation, la *législation ouvrière et sociale* dont on peut dire qu'elle correspond à une *catégorie nouvelle du Droit naturel*.

Le Droit est-il une science ou un art ? — Les constatations qui précèdent nous fournissent la réponse à une question souvent débattue. Quelle est la place du Droit (suivant la troisième acception du mot) dans une classification générale des sciences ? Et encore, car les deux questions sont étroitement liées, le Droit, envisagé comme un corps d'études systématiques, est-il une science ou un art ? Questions que l'on ne peut résoudre sans rappeler quelles différences existent entre l'art et la science. La Science, on le sait, est la connaissance méthodique des lois de la nature ; chaque science en particulier, c'est *la connaissance d'un groupe spécial de ces lois, de celles qui se réfèrent à un ordre déterminé de phénomènes*. Un art, au contraire, c'est *un ensemble de procédés combinés en vue d'atteindre un résultat beau ou utile*.

Ceci posé, nous dirons que le Droit peut être envisagé, tout à la fois, comme une science et comme un art. Il constitue une *science*, branche de la science générale dénommée *Sociologie*, en tant qu'il dégage, de l'observation des faits, grâce au concours des sciences, ses auxiliaires, l'histoire et l'économie politique, la connaissance des besoins sociaux, en tant aussi qu'il cherche, dans l'étude et la comparaison des législations positives, l'indication des aspirations de la conscience juridique universelle et des moyens

par lesquels elle se réalise. Et le Droit est également un *art*, soit qu'il procède à la combinaison technique des procédés juridiques destinés à satisfaire à ces besoins ou à ces aspirations (art législatif), soit qu'il fasse l'application des préceptes formulés par la législation existante pour résoudre les problèmes et les difficultés concrètes de la vie juridique (art jurisprudentiel)[1].

Divisions du Droit positif. — Le Droit positif, le seul que l'on enseigne dans nos Facultés de Droit, se divise de la manière suivante :

On distingue d'abord le *Droit national* et le *Droit international*.

Le *Droit international* est celui qui régit les rapports des nations entre elles. On le dit *Droit international public* (appelé aussi quelquefois *Droit des gens*) ou *Droit international privé*, selon qu'il met ou ne met pas en jeu des intérêts politiques. Le *Droit national*, au contraire, est celui qui ne régit qu'une nation déterminée.

Le *Droit national*, à son tour, se divise en *Droit public* et *Droit privé*.

A. — Le *Droit public* est celui qui règle la constitution de l'Etat et ses rapports avec les individus, ses sujets. Il comprend notamment :

le *Droit constitutionnel*, qui se réfère à l'organisation générale de l'Etat ;

le *Droit administratif*, qui règle l'exercice des diverses fonctions de l'Etat et, en particulier, la gestion de ses intérêts dans ses rapports avec les particuliers ;

le *Droit pénal* ou *criminel*, qui établit et mesure la répression des atteintes apportées par les infractions des particuliers à la tranquillité et au bon ordre, que l'Etat a pour fonction essentielle d'assurer et de garantir.

B. — Le *Droit privé* (Droit privé national s'entend) est celui qui organise les rapports entre particuliers, entre citoyens d'un même Etat.

On l'appelle plus spécialement *Droit civil* quand il réglemente les rapports de famille et les rapports patrimoniaux qui se forment entre les individus envisagés en général (en tant que membres de la *cité*, d'où l'épithète de *civil*, c'est-à-dire abstraction faite de l'exercice par eux de telle ou telle profession). Certaines branches du *Droit privé* qui concernent spécialement les rapports juridiques ayant leur source dans le commerce, l'industrie, l'agriculture, etc., portent les noms de *Droit commercial*, *Droit maritime*, *Droit industriel*, *Droit rural*, etc... Enfin, les moyens à employer pour obtenir l'application du Droit privé, en cas de litige, font l'objet de la *Procédure civile*. Au fond, le Droit commercial, le Droit maritime, le Droit industriel ou ouvrier, la Procédure civile sont des rameaux détachés, ou, comme on dit, des *filiales* du *Droit civil*. Celui-ci constitue le *Droit commun*, applicable à tous les individus dans leurs rapports privés. C'est lui qui fournit les solutions à appliquer dans toutes les hypothèses en vue desquelles il n'a pas été statué différemment par une disposition de droit exceptionnel. C'est là une des raisons, entre beaucoup d'autres, qui explique l'importance attachée à l'étude du Droit civil et la place pré-

1. Certains écrivains contemporains emploient plus volontiers, au lieu du mot *art*. l'expression de *politique* (politique législative, politique juridique). Nous croyons. que ce mot, plus ambitieux et plus sonore, n'exprime pas autre chose que le précédent

pondérante qu'il occupera toujours dans le programme de nos Facultés.

Ajoutons une dernière indication à cette nomenclature. On appelle *Droit privé économique* ou *patrimonial* la partie du Droit privé qui règle les rapports des hommes au point de vue de leurs intérêts pécuniaires. Le Droit privé économique ne comprend qu'une partie du Droit civil, car un grand nombre de dispositions de ce Droit, celles qui ont trait notamment à l'organisation de la famille, à la nationalité, à la protection des incapables, etc .. sont étrangères aux intérêts patrimoniaux des individus ou, du moins, n'y touchent qu'indirectement.

Dispositions impératives et dispositions déclaratives ou supplétives. — En dehors de celles qui découlent de leur définition même, il importe de signaler entre le *Droit public* et le *Droit privé* une différence essentielle.

On peut la formuler de la manière suivante : Les règles ou lois établies par le Droit public sont toujours *impératives*. Il en est de même de celles du Droit civil qui ont pour objet les rapports de famille, l'état des individus, la protection des incapables. Mais, dans le Droit privé *économique* ou *patrimonial*, on trouve un grand nombre de prescriptions qui sont simplement *supplétives* ou *déclaratives*. Cette formule peut paraître bizarre, étant donné que la loi, commandement adressé aux citoyens par le législateur, semble devoir toujours présenter un caractère impératif. Il importe donc de l'expliquer aussitôt.

Nous verrons qu'une partie importante du Droit civil économique consiste à régler l'élaboration des *actes juridiques*, c'est-à-dire des manifestations de la volonté des citoyens dans leurs rapports les uns avec les autres, en vue de créer entre eux des droits et des obligations, ou de les transformer et de les éteindre. En effet — c'est là une conséquence du principe de la *liberté civile* — la loi laisse, en principe, aux personnes intéressées la liberté de se placer, les unes par rapport aux autres, dans telle ou telle situation juridique déterminée, c'est-à-dire devenir créanciers, débiteurs, propriétaires, etc... et cela par des manifestations de leur volonté dont elles règlent, comme elles l'entendent, les conséquences, en concluant des accords ou contrats et en déterminant quels droits, quelles obligations en découleront pour l'un et pour l'autre des contractants. Elle leur reconnaît aussi le droit de régler par testament la dévolution de leurs biens pour le temps qui suivra leur mort. En somme, il appartient à chacun de protéger et de défendre ses intérêts pécuniaires comme il l'entend, de se ménager, à son gré, tel droit, c'est-à-dire telle faculté ou prérogative à l'égard d'autrui qui y consent, ou inversement d'assumer, au profit d'autrui, telle ou telle obligation. Ainsi, les rapports juridiques patrimoniaux des individus, leurs droits et leurs obligations respectives sont, en principe, l'œuvre de leur *volonté autonome*. Le Droit privé positif se contente d'assurer l'observation de cette volonté, en tant qu'elle réunit les conditions qu'il juge nécessaires pour que la force sociale soit mise à sa disposition[1].

1. Le Code civil proclame à maintes reprises ce principe de l'autonomie de la volonté (V. art. 537, 1134, 1156, 1387, etc.).

Et cependant, on trouve dans la loi un grand nombre de dispositions réglant les conditions et les effets des actes juridiques en général, et spécialement, ceux des contrats les plus usuels. Citons, dans le Code civil, la plupart des articles (1101 à 1369) consacrés à la théorie générale des obligations conventionnelles, tous ceux aussi que le Code consacre à tel ou tel contrat usuel, par exemple, les textes relatifs à la vente (art. 1582 à 1701) ou au louage (art. 1708 à 1831). Quelle est donc la portée de ces dispositions et comment leur existence se concilie-t-elle avec le principe de l'*autonomie de la volonté* ? Nous aurons répondu à cette question en disant que la plupart de ces dispositions sont *supplétives* ou *déclaratives*, c'est-à-dire qu'elles déterminent les conséquences des actes juridiques envisagés, uniquement pour le cas où les parties intéressées ne les auraient pas prévues elles-mêmes et réglées d'une manière différente. Cette hypothèse est d'ailleurs celle qui se présente en fait le plus fréquemment. Quand deux personnes concluent un contrat, il est infiniment rare qu'elles en prévoient et règlent en détail tous les effets juridiques. Elles se contentent presque toujours de se mettre d'accord sur les points principaux, par exemple, s'il s'agit d'une vente, sur la chose vendue, sur le prix, sur la date du paiement. Pour le surplus, elles s'en remettent aux dispositions établies par le législateur pour ce contrat. On comprend dès lors pourquoi nous avons appelé ces dispositions *supplétives* ou *déclaratives*. Elles ne statuent de telle ou telle façon que parce que le législateur a supposé que la volonté de l'individu se serait prononcée dans ce sens si elle avait été exprimée, elles ne font donc que *suppléer* à l'expression de la volonté libre de l'individu, *déclarer* cette volonté inexprimée mais sous-entendue. Cette supposition, cette présomption pourront d'ailleurs être librement écartées par une déclaration de volonté expresse en sens contraire. Exemple : l'article 1754 du Code civil au Titre du *louage*, nous dit que le locataire d'un immeuble doit faire faire à ses frais certaines réparations dites *locatives*. C'est là la règle qui s'appliquera à défaut de bail écrit ou à défaut de clause du bail visant les réparations. Mais rien n'empêche que, dans leur bail, les deux contractants, propriétaire et locataire, ne décident, au contraire, que nulle réparation ne sera à la charge de l'occupant, ou bien encore que celui-ci devra supporter non seulement les réparations locatives mais encore les grosses réparations. En un mot, comme on l'a dit, dans les textes du genre de l'article 1754 du Code civil, le législateur « n'impose pas, il propose ». Au contraire, les dispositions du droit public « imposent » toujours ; il n'est pas permis d'y déroger.

Cependant, il faudrait se garder de croire que toutes les dispositions du Droit patrimonial présentent un caractère simplement supplétif. Nous avons dit au contraire, que certaines ont une portée impérative absolue, c'est-à-dire s'imposent à la volonté des particuliers qui ne peuvent en écarter l'application. Il en sera ainsi lorsqu'il s'agit d'une règle dont la violation ne compromettrait pas seulement un intérêt particulier, mais porterait atteinte à l'intérêt général en détruisant l'harmonie économique et l'équilibre social tels que le législateur les a conçus. Ces dispositions intangibles, parmi

lesquelles on peut citer celles qui concernent le *régime de la propriété foncière*, sont celles que l'article 6 du Code civil désigne sous le nom de « lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » et dont le même texte nous dit qu' « on ne peut y déroger par des conventions particulières ». Elles se rattachent dans une certaine mesure, par leur caractère rigoureusement impératif, aux dispositions de Droit public.

Le problème qui consiste à déterminer, parmi les dispositions concernant les actes juridiques, quelles sont celles qui rentrent dans cette catégorie est souvent assez délicat et peut donner lieu à bien des divergences d'appréciation. Il est vrai que le législateur prend parfois le soin de s'expliquer lui-même sur le point qui nous occupe en écrivant telle ou telle disposition. Par exemple, il ajoute ces mots, « *à peine de nullité* » au texte par lequel il prescrit telle ou telle condition de fond ou de forme à propos d'un acte déterminé[1]. Mais malheureusement, il ne prend pas toujours cette précaution utile[2].

§ 2. — Sources du Droit civil.

Nous bornant désormais à l'étude du *Droit civil français*, nous avons à résoudre tout d'abord une question fondamentale, celle des *sources* de ce Droit. En d'autres termes, où le trouve-t-on formulé ?

Deux catégories de sources doivent être distinguées. Les sources *législatives*, d'abord, comprenant la *loi* et la *coutume ;* en second lieu, à titre secondaire et comme *complément* des premières, les sources d'*interprétation*, c'est-à-dire la *Doctrine* et la *Jurisprudence*.

Nons nous occuperons successivement :

I. — Des sources législatives.
II. — De l'interprétation de ces sources.

I. — **Sources législatives. — La Loi et la Coutume.** — Le mot de *loi* a plusieurs sens. Dans son acception purement philosophique, la loi est un rapport permanent entre certains phénomènes. Dans l'ordre juridique l'expression de *loi* désigne, *lato sensu*, toute *règle obligatoire* (c'est ainsi qu'on dira *la loi du contrat*). Plus spécialement — et c'est dans ce sens que nous emploierons le mot dorénavant — une *loi*, c'est *une règle ou disposition obligatoire pour les citoyens, édictée par l'autorité souveraine*,

1. La législation ouvrière la plus récente ne comporte guère que des dispositions *impératives*. Par exemple, la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, contient *in fine* un article 30 ainsi conçu : « Toute convention contraire à la présente loi est nulle de droit. »

2. A la classification des lois en lois *impératives* d'une part, et en lois *supplétives* ou *déclaratives* de l'autre, certains interprètes ajoutent une troisième catégorie, celle des lois *dispositives*. On appelle ainsi celles qui se réfèrent à des situations dans lesquelles la volonté ne joue aucun rôle et où il y a un conflit d'intérêts privés entre personnes n'ayant pas contracté ensemble, conflit astreignant le législateur à se prononcer en faveur de celui de ces intérêts qui lui parait le plus digne de protection. Par exemple, on peut supposer qu'une personne ait acheté de bonne foi un objet volé à une autre. A qui restera cet objet ? L'art. 2279, qui se prononce en faveur de l'acheteur de bonne foi, est une *loi dispositive*.

et générale dans son application. Le caractère de généralité dans l'application est essentiel et, dans une saine terminologie, différencie la loi proprement dite de l'*acte législatif*. On appellera de ce dernier nom les règles émanant du pouvoir législatif mais destinées à ne s'appliquer qu'à un cas particulier. Par exemple, la loi autorisant une congrégation, un emprunt départemental ou communal, celle qui accorde une récompense nationale à un citoyen pour services rendus à la patrie, ne sont en dépit du nom par lequel on les désigne, que des actes législatifs et non des lois.

L'ensemble des *lois*, au sens propre du mot, peut être désigné sous le nom de *Droit écrit*.

La *Coutume*, ou *Droit non écrit*, désigne l'ensemble des règles juridiques qui n'ont pas été imposées par le pouvoir législatif, mais qui sont spontanément issues des besoins et des usages de la vie sociale. La coutume s'impose par l'habitude, par la tradition. Elle peut se trouver relatée soit dans des enquêtes judiciaires, soit dans les décisions des tribunaux, soit dans les écrits des jurisconsultes.

1° Les lois écrites. — Les lois écrites, constituant les sources du Droi positif français, ne se trouvent pas seulement dans le Code civil. Elles peuvent se répartir en quatre groupes suivant l'ordre chonologique.

A. — L'ancien Droit.
B. — Le Droit intermédiaire.
C. — Le Code civil.
D. — Les lois nouvelles ou postérieures au Code civil.

A. — **L'ancien Droit.** — On entend par *ancien Droit,* le Droit antérieur à la Révolution française[1].

En ce qui concerne le Droit civil, les dispositions de l'ancien Droit ne sont évidemment plus en vigueur aujourd'hui, depuis l'apparition du Code civil. Et la loi du 30 ventôse an XII, qui en a promulgué l'édition définitive, contient, dans son article 7, une formule générale d'abrogation de tout le Droit antérévolutionnaire. « *A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code.* » Il semblerait donc, à première vue, que l'étude de cette ancienne législation soit dépourvue d'intérêt pour la connaissance du Droit civil

1. **Brissaud,** *Manuel d'histoire du Droit privé,* Paris, 1908; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français,* 11e édit., 1912; Viollet, *Histoire du Droit civil français,* 3e édit. 1905; Tardif, *Histoire des sources du Droit canonique,* 1887; Chénon, *Histoire générale du Droit français public et privé,* t. 1er, 1926; Olivier Martin, *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté* de Paris, t. 1er, 1922. — Pour les sources mêmes et Coutumes: Bourdot de Richebourg, *Coutumier général,* 4 v., 1724; Ordonnances. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises,* 29 v., 1827; Jurisprudence: Denisart, *Collection de décisions nouvelles,* 1771, 3 v. et *Nouveau Denisart,* 9 v., 1790; Louet, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris,* édition de 1712 avec notes de Brodeau.

positif moderne et ne relève que de l'histoire. Il n'en est rien cependant.

Et tout d'abord, en effet, on pourrait, en cherchant bien, trouver certaines dispositions de l'ancien Droit qui soient demeurées en vigueur et restent applicables encore de nos jours. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII n'abroge les règles de l'ancien Droit que *dans les matières faisant l'objet du Code civil* de 1804. Or celui-ci, malgré son extrême compréhension, n'a pas pu ne pas omettre certains ordres de questions. Si l'ancien Droit contenait des dispositions concernant les matières ainsi omises, elles seraient donc encore en vigueur, en tant du moins qu'elles ne se trouveraient pas en contradiction avec quelque disposition du Code ou avec l'esprit général de la loi moderne.

De plus et surtout, même dans les matières où il a cessé d'être en vigueur (c'est-à-dire sur la plupart des points), l'ancien Droit conserve, à défaut de force législative, une valeur doctrinale considérable. C'est la source à laquelle ont le plus souvent puisé les rédacteurs du Code civil, praticiens imbus des traditions de l'ancienne Jurisprudence qu'ils se sont contentés très souvent de condenser en formules plus concises. Pour bien saisir donc non seulement la filiation historique des règles modernes, mais même, dans bien des cas, leur portée pratique actuelle, les sources de l ancien Droit restent hautement intéressantes à consulter.

Enfin, bien des questions se présentent dans les matières faisant l'objet du Code civil, qui n'ont pas été tranchées par lui, et pour les résoudre, la Doctrine et surtout la Jurisprudence s'inspirent des règles adoptées par nos anciens auteurs, de la pratique suivie par les Parlements et les tribunaux qui en dépendaient.

Ceci dit, il suffira de tracer une esquisse sommaire des monuments législatifs de l'ancien Droit, dont l'étude fait plus spécialement l'objet de l'enseignement de l'*Histoire du Droit*.

Le Droit privé de la Monarchie française n'était pas, à la veille de la Révolution, uniforme comme il l'est de nos jours au point de vue de l'application territoriale. Le Royaume se divisait en deux régions, correspondant, en gros, à peu près au Nord et au Midi, les *pays de Coutumes* et les *pays de Droit écrit*.

Les pays de coutume étaient en général situés au Nord de la Loire. Plus exactement, la ligne de séparation allait des environs de Genève à l'embouchure de la Charente. Mais ce n'était pas une ligne droite ; elle s'infléchissait au Sud vers l'Auvergne et l'Angoumois. Les *pays de coutume* étaient ainsi nommés parce que le Droit par lequel ils étaient régis trouvait son origine dans les anciennes coutumes, lesquelles pendant des siècles, n'avaient pas été rédigées par écrit. Ces coutumes procédaient, en général, pour leur plus grande partie au moins, du Droit germanique, apporté en Gaule par les envahisseurs barbares, au Ve et au VIe siècles après Jésus-Christ. Elles différaient d'ailleurs suivant les régions et, souvent, au moins pour certains détails, variaient même de bourgade à bourgade.

Les *pays de Droit écrit* comprenaient les régions du Midi, où naguère la domination romaine s'était le plus fortement implantée. L'Alsace vint plus

tard s'y ajouter. Le Droit civil applicable dans cette vaste contrée, quant aux principales matières, était le Droit romain, qualifié de Droit écrit, parce que, à la différence des anciennes coutumes, le Droit romain se trouvait consigné dans des monuments écrits. Ces monuments, depuis l'époque où la connaissance du Droit byzantin avait pénétré en France, c'est-à-dire depuis les XII^e^ et XIII^e^ siècles, étaient les recueils de Justinien, empereur d'Orient, composant le *Corpus juris civilis* : Institutes, Pandectes, Code et Novelles.

Il importe d'ailleurs de remarquer aussitôt que ces appellations anciennes de Droit écrit et de Droit coutumier, si on s'y réfère à la veille de la Révolution, étaient depuis longtemps devenues inexactes et qu'elles constituaient même, dans une certaine mesure, le contrepied de la réalité. D'une part, le Droit romain ou écrit n'était applicable en France, région où la domination de Justinien et de ses successeurs n'avait jamais pénétré, qu'à titre de *raison écrite*, c'est à-dire, en somme, de coutume générale et en l'absence de règles contraires édictées par les coutumes locales que l'on rencontrait en grand nombre même dans la région du Midi. Et inversement, depuis le XV^e^ et surtout le XVI^e^ siècles, le Droit coutumier du Nord s'était transformé en un véritable droit écrit grâce à la *rédaction des coutumes*. Prescrite pour tout le royaume par l'ordonnance de Montil-les-Tours de 1453, la rédaction officielle des coutumes s'était effectuée surtout sous les règnes de Louis XII et de François I^er^. Il s'était formé ainsi de véritables Codes partiels et locaux de Droit privé, dont les plus importants (telles les coutumes de Paris et d'Orléans) furent ensuite l'objet d'une revision destinée à les compléter et à les perfectionner. Ajoutons qu'il y avait d'importantes matières du Droit privé que les coutumes des pays coutumiers ne réglaient pas et dans lesquelles ils empruntaient les solutions du Droit romain, par exemple, la matière des Obligations.

A côté de cette double source législative, Droit écrit, Droit coutumier, l'ancien Droit en comptait d'autres encore, au nombre de deux, différentes des précédentes, en ce qu'elles étaient non pas *locales*, mais *générales*, c'est-à-dire applicables à tout le royaume. C'était d'abord le *Droit canon* ou ecclésiastique, qui réglait certaines matières aujourd'hui gouvernées par le Code civil, par exemple, la législation du Mariage. C'était, en second lieu, les *Ordonnances royales*, dont les moins importantes portaient le nom d'*Edits* et de *Déclarations*. Les ordonnances, moins nombreuses et moins importantes dans le domaine du Droit civil que sur les autres matières, telles que l'Administration, le Commerce, la Procédure civile et criminelle, n'en constituaient pas moins, sur bien des points, de véritables petits Codes partiels, précurseurs du Code civil de 1804 ; telles étaient, par exemple, les ordonnances préparées au XVIII^e^ siècle par les soins du Chancelier d'Aguesseau et relatives aux *Donations* (février 1731), aux *Testaments* (août 1735), aux *Substitutions* (août 1747)[1].

1. On peut encore considérer comme des sources législatives les *arrêts de reglement* rendus par les Parlements, lesquels différaient en ceci des arrêts des juridictions modernes et des arrêts non réglementaires des Parlements eux-mêmes,

Ainsi, la caractéristique de l'Ancien Droit, c'est la diversité.

Ajoutons que si, au point de vue territorial, il y avait simultanéité de législations diverses suivant les différentes régions du royaume, il y avait aussi diversité du Droit applicable suivant la catégorie sociale à laquelle appartenaient les individus. C'est ainsi que, relativement à l'organisation de la propriété foncière, les terres nobles n'étaient pas placées sous l'empire des mêmes règles que les terres roturières. Les successions nobles n'étaient pas dévolues suivant le même système que les successions ordinaires. Ici encore, on pouvait, durant les trois derniers siècles de la monarchie, noter une tendance à l'unification et à la formation, sous l'influence de la Jurisprudence et de la littérature juridique, d'un droit commun, applicable indépendamment des particularités de classe et d'origine.

B. — **Le Droit intermédiaire**. — On entend par *Droit intermédiaire* les lois élaborées sous les différentes assemblées révolutionnaires dans la période comprise entre la réunion de l'Assemblée Constituante et la mise en vigueur des Codes napoléoniens. La Révolution avait, en ce qui concerne le Droit civil, repris l'ancienne pensée des rois de France et décidé de réaliser l'unité législative. Mais, en attendant que cette tâche gigantesque pût aboutir, comme l'ancien Droit restait provisoirement en vigueur, elle dut parer au plus pressé en modifiant, par des lois spéciales et fragmentaires, les points de notre Droit privé qui paraissaient être le plus en désaccord avec les conceptions politiques nouvelles et avec l'idéal social vers lequel elle s'orientait. De là, un certain nombre de lois civiles, dont quelques-unes, fort importantes. Deux choses sont à noter sur l'ensemble de la législation intermédiaire.

D'abord, si on les soumet à une appréciation critique, les lois civiles de la Révolution ont une valeur très inégale. Les unes sont des monuments remarquables de sagesse et, en même temps, de technique législative. Nous citerons, dans cet ordre d'idées, la fameuse loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire. D'autres, au contraire, simples *lois de combat*, n'ont eu qu'une fortune éphémère, et ont promptement nécessité des rectifications. Telle fut, par exemple, la loi du 17 nivôse an II, relative aux successions, dont les dispositions avaient pour but principal de favoriser, à l'excès, la division des fortunes, et par là, les progrès de la démocratie.

En second lieu, au point de vue de leur application actuelle, les lois révolutionnaires ne doivent pas être confondues avec les dispositions de l'ancien Droit. Ces dernières seules font l'objet de la formule d'abrogation globale expresse contenue dans l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Les lois des Assemblées révolutionnaires n'ont été, au contraire, atteintes, lors de la mise en vigueur du Code civil, que par l'*abrogation tacite* dont toute législation nouvelle frappe implicitement les dispositions anciennes avec lesquelles elle se met en contradiction. Donc, lorsqu'ils ne sont pas

qu'ils ne constituaient pas seulement une jurisprudence, mais *faisaient loi* pour l'avenir, chaque fois qu'il se présentait une question semblable à celle qu'ils avaient résolue. L'article 5 du Code civil a enlevé aux juges ce pouvoir.

en opposition avec les lois plus récentes, les textes de la période intermédiaire restent encore applicables aujourd'hui [1].

C. — **Le Code civil. — Sa rédaction.** — Nous arrivons au Code civil de 1804, le plus important et le plus ancien des cinq Codes napoléoniens.

On a vu que, dès la période de l'ancienne monarchie, le Droit français tendait déjà vers l'unité législative. La codification d'ensemble des lois privées était réclamée par tous les esprits éclairés, comme devant mettre le sceau définitif à l'unité nationale. L'Assemblée Constituante ne fit que déférer à ce vœu général en insérant dans l'article 19 de la loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, puis dans la Constitution du 3 septembre 1791, titre premier, la disposition suivante : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume. » Mais, malgré sa prodigieuse activité, cette grande assemblée ne put réaliser son projet. Et l'Assemblée Législative ne fut pas plus heureuse. Elle se contenta de rédiger une adresse par laquelle elle appelait tous les citoyens et même les étrangers à lui communiquer leurs vues relatives à la formation d'un Code.

La Convention reprit l'idée. Une commission, dont le jurisconsulte Cambacérès était l'âme, lui présenta successivement deux projets, l'un en date du 9 août 1793, l'autre du 23 fructidor an II. Sous la Constitution de l'an III, un nouveau projet, élaboré encore par Cambacérès, fut déposé devant le Conseil des Cinq Cents le 24 prairial an IV. Pour des raisons diverses, aucun de ces Codes ne put être adopté. Tous d'ailleurs avaient le double inconvénient d'être exagérément concis et de rompre violemment avec les traditions juridiques de l'ancienne France. Au lendemain du coup d'Etat du 18 brumaire enfin, un quatrième projet, hâtivement rédigé par le représentant Jacqueminot, dut, lui aussi, être abandonné. C'est seulement après la mise en vigueur de la Constitution de l'an VIII que le gouvernement consulaire devait, grâce à une cinquième tentative qui, cette fois, fut heureuse, doter la France du Code civil qui la régit encore aujourd'hui.

C'est, pour employer une expression actuelle, une *commission extraparlementaire* qui fut chargée de rédiger le projet. Instituée par un arrêté des Consuls du 24 thermidor an VIII, cette commission était composée de quatre membres, Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville. Tous étaient magistrats, et trois sur quatre appartenaient au tribunal de cassation. Pour comprendre les incidents de l'œuvre entreprise, il est indispensable de faire connaître sommairement le mécanisme législatif qui avait été établi par la constitution consulaire de l'an VIII, la plus compliquée de celles que la France ait jamais connues.

D'après cette constitution, l'initiative des lois appartenait au gouvernement seul. Les projets devaient ensuite subir le contrôle de quatre assemblées délibérantes.

La première était le *Conseil d'Etat,* composé de membres nommés par

1. Il n'existe pas, et cela est regrettable, d'ouvrage général consacré au Droit intermédiaire. Mais il a fait l'objet d'études spéciales dont la plus complète est l'ouvrage de M. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française,* 1898.

les consuls et dans le sein duquel la loi devait être préparée et discutée article par article.

En second lieu, le projet devait être soumis au *Tribunat*. Ce corps émettait un vœu d'adoption ou de rejet en bloc, sans avoir le pouvoir d'introduire des amendements.

On allait ensuite devant une troisième assemblée, correspondant d'assez loin à notre Chambre des députés actuelle, le *Corps législatif*. A cette assemblée, l'esprit original de Sieyès, le véritable auteur de la constitution, avait conféré des attributions et imposé une méthode de travail tout à fait extraordinaires et que seule peut expliquer une pensée de réaction violente contre les excès du parlementarisme révolutionnaire. Le Corps législatif devait voter ou repousser les lois sans discussion et au scrutin secret, d'où le surnom d'*Assemblée de muets* qu'il reçut de l'opinion. Les seuls qui eussent la parole devant le Corps législatif n'en faisaient pas partie. En effet, l'assemblée fonctionnait à l'instar d'un tribunal, et le rôle d'avocat, *pour* et, au besoin, *contre* la loi, était tenu par une commission de trois conseillers d'Etat et une autre de trois tribuns. Après des plaidories contradictoires ou non, le Corps législatif décidait.

Quant à la quatrième assemblée, le *Sénat conservateur*, son rôle législatif consistait à annuler, sur un référé des tribuns, les lois ou autres actes contraires à la constitution. A cet effet, il était établi que la loi votée au Corps législatif devenait exécutoire seulement après un délai de dix jours pendant lequel les tribuns avaient le temps d'introduire leur référé.

Telle était la filière par laquelle devait passer le Code civil. La Commission de rédaction avait préparé les textes en quatre mois seulement et les avait répartis en trente-six projets de loi. Vu leur importance, les projets furent communiqués au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel qui purent ainsi faire entendre leurs observations. C'est ensuite que le projet entier arriva au Conseil d'Etat qui le discuta à fond, d'abord dans sa section de législation, puis dans ses assemblées générales, toujours présidées soit par le Premier Consul en personne, soit par le Consul Cambacérès. Bonaparte prit plus d'une fois part à la discussion et, bien qu'il ne faille pas s'exagérer son rôle que l'adulation officielle devait plus tard magnifier, il n'est pas douteux que son influence personnelle fit beaucoup pour la rapidité du travail et qu'elle pesa souvent sur les décisions adoptées.

Restait à faire voter le projet. Un incident fâcheux, dû, en grande partie, aux vices de la constitution de l'an VIII, faillit faire échouer, comme les précédentes, cette cinquième tentative de codification. Le premier des trente-six projets constituant le Code, ayant été présenté au Corps législatif, fut rejeté en bloc sur l'avis du Tribunat. Cet échec dans lequel on a voulu voir la dernière victoire de « l'esprit philosophique » sur l'esprit juridique[1], tenait d'abord à l'esprit d'opposition des tribuns qui comptaient

1. Sagnac, *op. cit.*, p. 392.

dans leurs rangs des hommes, tels qu'Andrieux, Chénier, Ginguené, Benjamin Constant, passionnément hostiles à la personne et au gouvernement du Premier Consul. Mais il était dû surtout à ce fait que les tribuns, tout en ayant, de par la constitution, le droit de proposer le rejet en bloc des propositions de loi, n'avaient pas celui de proposer des amendements, pas plus que le Corps législatif celui d'en adopter spontanément. Dès lors, il n'y avait pas d'autre moyen de repousser uu article jugé inacceptable que de rejeter à la fois le projet tout entier. De ces deux causes d'insuccès, la première disparut par l'épuration du Tribunat, que le sénatus-consulte du 16 thermidor an X réduisit de cent à cinquante membres, et dont il élimina les opposants les plus irréductibles. Et la seconde fut écartée grâce à une transaction parlementaire ingénieuse. Il fut arrêté en effet que le gouvernement ferait précéder la communication officielle des projets aux tribuns d'une communication officieuse, à la suite de laquelle ceux-ci pourraient communiquer leurs observations, et se mettre d'accord avec le Conseil d'Etat pour les corrections à apporter. De la sorte, la communication officielle devenait une pure formalité. L'œuvre à accomplir fut dès lors très rapidement poussée. Les trente-six lois proposées furent en effet délibérées et votées entre 1800 et 1804. Enfin, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) décida qu'elles seraient réunies en un corps unique qui prendrait le titre de *Code civil des Français*. C'est encore le nom qu'il porte aujourd'hui, après avoir à deux reprises (loi du 3 septembre 1807, décret du 27 mars 1852) reçu, pour quelque temps, celui de *Code Napoléon*, nom sous lequel on le désigne encore, en général, à l'étranger[1].

Description et appréciation du Code civil. — Si on l'examine au point de vue de sa structure extérieure, le Code civil comprend trois livres, divisés chacun en plusieurs titres, lesquels se partagent, à leur tour, en chapitres composés parfois de plusieurs sections. A chaque division correspond une *rubrique*. Avant le premier livre, on rencontre un *titre préliminaire* comprenant les six premiers articles. Il n'y a dans tout le Code qu'une seule série de numéros (Loi du 30 ventôse an XII, art. 5). L'ordre de ces numéros ne correspond point d'ailleurs toujours à l'ordre chronologique dans lequel ils ont été votés. Pour nous en tenir à un exemple, l'article 1064 fait partie d'une loi votée avant celle qui contient l'article 524, bien que ces deux textes traitent de matières absolument connexes.

Sur la valeur intrinsèque du Code civil on a beaucoup discuté. Il a eu des admirateurs passionnés. Napoléon a dit qu'il était son plus beau titre de gloire. Puis, aux apologistes presque superstitieux des premiers jours, ont succédé des détracteurs divers qu'on peut répartir en deux groupes.

1. Les *travaux préparatoires* du Code civil ont été réunis dans deux recueils considérables : Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827-1828, 15 vol., et Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, 1827-1832, 31 vol. Ce dernier recueil contient, outre le Code civil (16 premiers volumes), les travaux préparatoires des autres Codes napoléoniens. — *Adde* : Portalis, *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, publiés par son petit-fils en 1845.

Le premier est celui des adversaires de toute codification. Certains esprits estiment que la codification est un principe de mort et d'immobilité du Droit. Telle fut la thèse naguère soutenue surtout en Allemagne par l'école dite « historique » et par son illustre chef Savigny[1]. Aux Codes, l'école historique opposait la *coutume*, bien préférable, prétendait-elle, parce qu'elle est plus souple, plus ductile, qu'elle peut suivre pas à pas les progrès de la conscience juridique. Mais, s'il est vrai que la coutume offre certains avantages, ils ne peuvent évidemment balancer les inconvénients notoires, l'arbitraire, l'incertitude de la loi non écrite, son absence ordinaire de clarté ou, comme écrit Bentham, de *cognoscibilité* Il suffira de remarquer que l'ancienne société française considérait la rédaction d'un Code civil comme un inestimable bienfait. Les plus grands de ses politiques et de ses juristes s'étaient attachés à préparer cette grande œuvre que la Révolution seule a pu réaliser. Et, de nos jours, partout où règne un Droit coutumier ou seulement, un Droit non unitaire, le progrès juridique réside dans la codification. Nous avons vu, pour ne parler que des pays germaniques, l'Allemagne donner comme couronnement à l'œuvre de son unité la rédaction de son Code civil de 1896, entré en vigueur en 1900 ; la Suisse, qui avait déjà promulgué en 1881 son Code fédéral des *Obligations*. a confié à l'un de ses savants les plus illustres, M. le Professeur Huber, le soin de préparer un Code civil fédéral dont le texte est entré en vigueur le 1er janvier 1912, et qui apparaît aux yeux des connaisseurs comme l'une des œuvres législatives les plus remarquables de ce temps Les Anglo-Saxons d'Angleterre et des Etats-Unis[2] sont encore, à la vérité, régis par la *Common Law*, c'est-à-dire par une masse non coordonnée d'anciens statuts dont plusieurs remontent à des siècles, qui parfois se contredisent les uns les autres et dont le juge ne sait pas toujours avec certitude s'ils sont demeurés en vigueur ou s'ils doivent être regardés comme périmés. Cet état de choses est loin d'être considéré comme réalisant la perfection par les esprits éclairés d'Angleterre et d'Amérique. Et, en tous cas, ces pays sont au nombre de ceux où la justice est la plus lente, la plus compliquée et la plus coûteuse[3].

On a fait au Code civil un autre ordre de reproches qui ne sont pas plus justifiés. On l'a taxé d'excessive timidité. Depuis les tribuns de 1804 jusqu'aux avocats et aux journalistes du Comité privé formé en 1866 pour

1. Les idées de Savigny se trouvent exprimées surtout dans son opuscule maintes fois cité : *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, dont la première édition parut en 1814. Il les a reproduites ensuite à plusieurs reprises, soit dans son *System des römischen Rechts*, soit dans sa revue *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*.

2. Certains des Etats américains, comme la Louisiane, ont d'ailleurs déjà un Code civil.

3. Les Anglais ont déjà montré, par les codifications auxquelles ils ont procédé dans l'Inde, qu'ils apprécient facilement les avantages de cette *consolidation* du droit et il ne paraît plus douteux qu'ils ne la réalisent un jour dans leur propre pays. V. Glasson, *La codification en Europe au XIXe siècle*, Rev. pol. et parl., 1894, p. 201 et 402, 1895. p. 198 ; Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit civil*, 1904 ; Roguin, *Observations sur la codification de lois civiles*, 1896.

en préparer la refonte[1], nombreux sont ceux qui se sont élevés contre le caractère routinier et terre à terre des conceptions du Code civil, cette « compilation sans méthode, sans unité, sans idéal », ce « Digeste de législation arriérée » qui n'est pas autre chose, dit-on, qu'une plate transaction entre les principes de l'ancien Droit et ceux du Droit intermédiaire, une combinaison à tendances généralement réactionnaires des diverses législations connues et appliquées par les praticiens de la fin du XVIII[e] siècle, Droit romain, Droit coutumier, ordonnances royales, Droit canon. De tels reproches peuvent, en réalité, être considérés comme des éloges. La loi, faite pour la moyenne des hommes, doit correspondre à la moyenne des idées et des opinions. Elle ne doit pas aspirer à créer les mœurs mais à les refléter. Or il n'est pas douteux que le Code, fait pour une société fatiguée par les excès et les utopies de la Révolution, a correspondu de la manière la plus adéquate aux aspirations de son temps. Sur bien des points, il a marqué un recul par rapport aux excès législatifs de la période intermédiaire ; mais, comme l'a dit justement Guizot, « lorsqu'on est allé trop loin, le progrès consiste à rétrograder ». Les emprunts qu'il a faits aux législations de l'ancienne France n'ont pas peu contribué à lui conférer le caractère profondément *national* que lui reconnaissent les meilleurs juges. Et, quant à la timidité de ses tendances, on l'a beaucoup exagérée. Notre Code consacre d'une façon très ferme les principes fondamentaux de la France moderne en matière de Droit civil, à savoir celui de la liberté de l'individu avec son corollaire, la protection de la propriété privée, le caractère séculier de l'Etat, l'égalité juridique des citoyens devant la loi, c'est-à-dire leur aptitude commune à acquérir les divers droits consacrés par la loi. La meilleure preuve que le Code civil était bon, c'est le grand nombre des codifications modernes étrangères qui, surtout dans le midi de l'Europe, en Italie (Code civil de 1865), en Espagne (Code civil de 1889), au Portugal (Code civil de 1867), en Roumanie (Code civil de 1865), dans l'Amérique du Sud, en Egypte, au Japon, etc., ont été rédigées sur son modèle ou en ont reproduit fidèlement les tendances directrices. Certains peuples auxquels la conquête française l'avait imposé au temps des guerres napoléoniennes, ont tenu à le conserver après avoir retrouvé leur indépendance et ne lui ont apporté depuis que de légères modifications. C'est ce qui s'est passé en Belgique, dans le grand-duché de Luxembourg. Même sur le terrain peut-être le plus réfractaire à la pénétration des influences françaises, dans l'Allemagne moderne, le Code Napoléon a fourni le modèle de certaines institutions nouvelles, introduites de toutes pièces dans le Code civil de 1896, celle, par exemple, du *testament olographe*[2] ; il a exercé sur l'esprit des

1. Ce Comité, qui comprenait des hommes destinés à marquer dans l'histoire politique de la fin du XIX[e] siècle, comme Jules Simon, Jules Favre, Jules Ferry, Floquet, des économistes comme Garnier et Courcelle-Seneuil, des professeurs comme Vacherot et Acollas, a tenu plusieurs réunions dont le procès-verbal nous a été transmis par Acollas dans son *Manuel du Droit civil*, t. I, *Introduction*.

2. V. Saleilles, *L'article 270 du Code civil français et le paragraphe 223 du Code civil allemand*, Rev. trim., 1903, p. 587 à 614, et 1904, p. 89 à 152.

législateurs une action constante, subie avec plus ou moins de bonne grâce, mais toujours incontestable. En somme, et surtout si l'on tient compte de la rapidité prodigieuse avec laquelle il a été rédigé, le Code civil demeure le monument le plus étonnant peut-être qu'ait élevé la fécondité créatrice de la génération révolutionnaire[1].

Défauts du Code civil. — Nécessité de sa révision. — S'il est bon de défendre le Code civil contre des critiques exagérées et injustes, il ne faudrait pas, à l'inverse, l'entourer, comme on l'a fait trop longtemps, d'un respect allant jusqu'à la superstition et même au fétichisme. Il faut reconnaître qu'il présente des défauts de deux ordres différents.

Au point de vue de la forme d'abord, il laisse beaucoup à désirer et se ressent visiblement de son exécution hâtive. L'ordre dans lequel les matières y sont distribuées, ordre emprunté aux Institutes de Justinien, lesquelles avaient reproduit celui des Institutes de Gaius, tiré lui-même, selon toute vraisemblance, des écrits de jurisconsultes antérieurs demeurés inconnus, n'est ni très rationnel, ni très scientifique. Surtout, sa terminologie est incertaine et empirique ; des mots sont employés avec des sens différents suivant les articles et parfois même dans un même article, par exemple, les termes de *tiers*, *acte*, *titre*, *faute*, *nullité*, et bien d'autres expressions encore, cependant absolument essentielles, parce qu'elles correspondent à des idées fondamentales, à des règles de principe qui se retrouvent constamment. De là des incertitudes dans l'application, des controverses, des sources de contestations qu'il eût été facile d'éviter par des définitions stables et précises. On trouve souvent dans le Code des répétitions, des inutilités. D'une manière plus générale, on a pu dire, surtout en la comparant à la méthode rigoureuse, à la précision et à la fixité des significations qui distinguent le Code civil allemand, que la technique législative de notre Code était à peu près purement instinctive[2]. C'est là un défaut indéniable que rachètent, il est vrai, en partie, les qualité du style législatif français, la clarté, la concision, la simplicité populaire, la mesure judicieuse que notre Code sait observer et maintenir entre les excès de l'abstraction et ceux d'une casuistique exagérément concrète, son éloignement des subtilités doctrinales. Là-dessus le Code civil allemand aurait gagné à nous emprunter davantage. Et chez nous, si on le compare à nos lois les plus récentes, péniblement enfantées sur des points de détail, souvent après des années et des décades de travail, et qui trouvent cependant le moyen de demeurer obscures, incertaines, parfois presque incompréhensibles, le Code de 1804, rédigé avec une rapidité prodigieuse, fait encore figure de chef-d'œuvre.

Voilà pour la forme. Au fond, on peut adresser au Code des reproches

1. Pour les traits généraux du Code civil et pour son expansion dans les pays étrangers, consulter les études publiées par la Société d'études législatives, en deux volumes sous le titre *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire.*

2. V. dans le Livre du Centenaire les articles de M. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, et de M. Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, t. 2 p. 967 et 989.

plus graves assurément. Certaines matières y sont traitées faiblement, par exemple le régime hypothécaire, d'ailleurs remanié et amélioré depuis par des lois encore imparfaites et sur le point d'être, à leur tour, corrigées. D'autres questions surtout, auxquelles la vie économique moderne a donné une importance considérable, par exemple, celle des assurances, sont entièrement omises. La plus grave lacune, maintes fois signalée, et dont nous avons déjà parlé plus haut, est celle qui a trait au contrat de travail, c'est-à-dire au plus fréquent de tous les contrats, aux rapports du capital et du travail, c'est-à-dire au plus grave des problèmes qui agitent la société du XX[e] siècle. A cet égard, on a pu aller jusqu'à dénier au Code civil le caractère démocratique dont on l'avait longtemps représenté comme pénétré[1]. L'accusation portée jusque-là serait injuste pour nos devanciers de l'époque consulaire. A moins d'une divination véritable, ils ne pouvaient prévoir les transformations économiques appelées à bouleverser un jour la communauté française, comme d'ailleurs toutes les autres, et à rendre urgente l'œuvre de *socialisation* du Droit individualiste qu'ils rédigeaient. D'ailleurs, on l'a vu, ils voulaient faire un Code civil, c'est-à-dire embrassant le Droit privé général, abstraction faite des intérêts de tel ou tel travailleur, de telle ou telle profession. Il paraissait aux commissaires, aux conseillers d'Etat, aux tribuns de 1804 que, pour la réglementation des rapports de l'ouvrier et du patron, les règles générales sur la formation des contrats devaient suffire. A la fin de la Révolution, et après la destruction laborieuse de tant de privilèges et de droits spéciaux, partiels, reposant sur la division des classes sociales en ordres, en corporations, en provinces, chacun était animé de la passion et comme de la superstition du *Droit commun*. Ne reprochons pas aux rédacteurs du Code civil d'avoir été de leur temps. Mais occupons-nous de reviser leur œuvre, tout en en conservant les fortes assises, de manière à donner à notre pays un Code civil qui soit à la hauteur de ses aspirations actuelles et qui, dans le domaine législatif, conserve à la pensée française son rôle séculaire d'émancipatrice du genre humain[2].

D. — **Le mouvement législatif depuis le Code civil jusqu'à nos jours**[3]. — Pendant la première moitié du XIX[e] siècle, et malgré l'esprit différent des régimes politiques qui se sont succédé, Restauration, Gouvernement de Juillet, République de 1848, le Code civil n'a subi que de très

1. V. Tissier, *Le Code civil et les classes ouvrières*, dans le Livre du Centenaire.

2. Dans le Livre du Centenaire, t. II. p. 901, 935, 955, MM. Larnaude, Pilon et Planiol ont soutenu avec talent les thèses adverses, celui-ci de l'inutilité, ceux-là de la nécessité d'une refonte et d'une révision complète du Code civil. M. Moreau, dans le même recueil (t. II, p. 1041), a étudié le délicat problème de la procédure à suivre en cas de révision. A la suite de la célébration du Centenaire, M. Vallé, garde des sceaux, a institué près de la Chancellerie, et sous la présidence de M. Ballot-Beaupré, une vaste commission chargée de puiser dans les projets législatifs en cours et dans les lois étrangères les éléments d'une révision. — Cf. Pascaud, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, avec la préface de M. Ambroise Colin.

3. V. Capitant, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, dans Livre du cinquantenaire de la Sté de Lég. comp., t. 1[er] p. 31 à 80.

rares modifications. Cela tient certainement au prestige dont il était entouré, prestige tel que le législateur n'osait y porter la main, même pour en combler les lacunes les plus apparentes.

La Restauration elle-même, si hostile pourtant aux monuments de l'œuvre napoléonienne, respecta l'économie du Code. Elle se contenta d'abolir le divorce que le catholicisme, redevenu religion d'Etat, réprouvait. Elle fut aussi marquée par certaines tentatives visant à rendre à la noblesse une partie de sa puissance et de son éclat de jadis, en ressuscitant les vieilles substitutions fidéicommissaires, qui étaient une des pièces essentielles de la succession aux biens nobles sous l'ancien Régime. Mais cette tentative échoua, car les substitutions fidéicommissaires, destinées à assurer la conservation des biens entre les mains de l'héritier du nom, ont pour complément indispensable le droit d'aînesse, et les partisans de cette institution aristocratique ne purent la faire rétablir.

Le Gouvernement de Juillet était imbu d'un esprit très différent de celui de la Restauration. Après 1830, l'influence passait des mains des grands propriétaires fonciers à celles des représentants du commerce et de l'industrie, favorables aux idées d'égalité civile et politique, et à l'individualisme révolutionnaire. Aussi le prestige du Code civil ne fit-il que grandir alors. Aucune loi de première importance ne vint en modifier les dispositions. La réforme foncière et hypothécaire, que l'accélération des échanges rendait urgente, fut bien mise sur le chantier, mais elle ne put aboutir.

Cependant, ce fut pendant cette période que s'élaborèrent surtout les grandes transformations économiques qui allaient entraîner la refonte de notre législation civile et y introduire de profondes modifications. Nous voulons parler de la révolution industrielle qui s'est accomplie entre 1815 et 1848, et qui a donné naissance à la grande industrie. C'est à ce moment que les découvertes de la science et le progrès des arts mécaniques permirent de transformer les modes de production jusqu'alors usités, de remplacer les petits ateliers par de grandes manufactures et de grandes usines, mues par la force de la vapeur, produisant de grandes quantités de produits manufacturés, et ayant besoin, pour les écouler, de débouchés nouveaux, aussitôt assurés par la création de nouvelles voies fluviales et par l'établissement des chemins de fer.

Une telle révolution économique ne pouvait pas ne pas profondément modifier notre organisation sociale.

a) Tout d'abord, elle a considérablement accru la fortune publique par la mise en valeur des richesses naturelles du pays et par la fabrication de quantités énormes d'objets manufacturés. Les conditions nouvelles du commerce et de l'industrie ont nécessité la création de sociétés anonymes puissantes, établissements de crédit, sociétés industrielles qui, à l'aide de titres nouveaux jusqu'alors presque inconnus, les actions, les obligations, ont réuni les masses de capitaux nécessaires à leurs opérations. La fortune mobilière a donc pris un développement, une importance que les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas soupçonner. Les transactions mobilières

se sont naturellement développées dans une mesure correspondante.

b) La fortune immobilière elle-même n'a pas été sans subir le contrecoup de cette révolution. Elle l'a ressenti en bien et en mal. La création des usines et manufactures a eu, en effet, pour conséquence fatale, un énorme accroissement des centres urbains, par la formation de villes industrielles où se pressait la population des travailleurs, et un abandon corrélatif des campagnes qui ont été, à proprement parler, vidées de leurs habitants attirés vers les villes où l'on avait besoin de leurs bras. Il en est résulté une hausse considérable, excessive, de la valeur de la propriété urbaine, une très grande augmentation des spéculations immobilières dans les villes, et une diminution sensible de la valeur des terres cultivées, en même temps qu'une période de grande gêne pour l'agriculture qui ne trouve plus dans les campagnes une main-d'œuvre suffisante.

c) Enfin, la grande industrie a donné naissance à une classe nouvelle, celle des *salariés*, c'est-à-dire des travailleurs employés dans les usines, les magasins, les entreprises de transport, les mines, etc. Cette classe, très misérable pendant toute la première moitié du XIX^{e} siècle, vivant de salaires de famine, habitant dans des logements surpeuplés et insalubres, a naturellement cherché à améliorer son sort, en obtenant du Parlement le vote de mesures législatives destinées à lui assurer de meilleures conditions de travail, à développer les institutions de secours, d'épargne, de crédit populaire, enfin à la protéger contre les risques inhérents aux professions manuelles. Cette influence de la classe ouvrière sur l'orientation de notre législation civile grandit actuellement tous les jours ; elle a été très favorisée par la Révolution de 1848 qui a établi chez nous le suffrage universel.

Les diverses causes que nous venons de signaler ont créé, pendant la seconde moitié du XIX^{e} siècle et le début du XX^{e} siècle, un puissant courant législatif qui a profondément modifié l'esprit de notre Droit civil.

Les réformes réalisées en premier lieu ont eu pour objet d'améliorer le régime de la propriété foncière. Elles s'échelonnent de 1845 à 1855 et sont dues au double phénomène, signalé plus haut, de dépréciation de la propriété rurale et d'augmentation de la valeur de la propriété urbaine. Nous citerons, dans cet ordre d'idées, diverses lois destinées à encourager l'irrigation des terres et leur assainissement, qui ont été rendues de 1845 à 1854 (lois des 29 avril 1845, 11 juillet 1847, et 10 juin 1854). Puis vint la création des sociétés de crédit foncier par le décret du 28 février 1852, qui prépara la grande loi du 23 mars 1855 sur la publicité des transmissions immobilières et l'amélioration de notre système hypothécaire. De toutes les modifications apportées au Code civil, cette loi marque certainement la plus importante.

La protection de la propriété mobilière sous la forme de titres jadis à peu près inconnus, et notamment d'actions et d'obligations au porteur, a appelé ensuite l'attention du législateur. Cette protection était le complément nécessaire de la grande loi de 1867 sur les sociétés de commerce. Elle s'est traduite par deux séries de lois importantes : les premières, de 1872 et 1902, ont eu pour but de venir au secours des porteurs de titres perdus ou volés ;

la seconde (loi du 27 février 1880) a organisé la sauvegarde des valeurs mobilières appartenant aux incapables, personnes en tutelle, mineurs émancipés, contre les malversations de ceux qui administrent leurs biens.

Enfin, l'avènement de la classe ouvrière et son action sur le Parlement a déterminé le vote de mesures démocratiques fort importantes qui, dans l'ordre civil proprement dit, sont les suivantes :

Reconnaissance des syndicats professionnels et proclamation du droit d'association (lois du 21 mars 1884 et du 1er juillet 1901) ;

Réglementation des rapports des patrons et des ouvriers dans un sens favorable à ces derniers, notamment en ce qui concerne la réparation des accidents du travail (loi du 9 avril 1898) ;

Lois destinées à faciliter l'accès de la propriété aux classes ouvrières ;

Mesures tendant à améliorer la condition des enfants naturels, à faciliter le mariage, à élargir la capacité des femmes mariées .

Notre Code civil, on le voit, a déjà subi de très nombreuses et importantes modifications. Nous les rencontrerons au fur et à mesure de l'explication du Code. Il est regrettable qu'aucune vue méthodique n'ait présidé à l'incorporation de ces lois. Quelques unes, en effet, par exemple, la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce après sa suppression en 1816, les lois du 9 mars 1891 qui a élargi les droits de l'époux sur les biens de son conjoint prédécédé et du 25 mars 1896 relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère, ont été rédigées sous forme d'amendement aux textes du Code civil et y ont été incorporées. D'autres, comme la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et interdits, sont restées en dehors du Code, dans lequel il aurait été facile et utile de les faire entrer. Il y a des lois qui ont été établies comme une rallonge d'une disposition antérieure contenue dans une autre loi spéciale et non incorporée au Code civil, par exemple la loi du 13 février 1889 introduite dans la loi du 23 mars 1855 sur la transcription immobilière. La codification de toute cette législation éparse est une raison de plus en faveur de la révision intégrale du Code civil[1].

Distinction, parmi les lois modernes, entre les lois et les décrets.

Une distinction essentielle domine cette source législative contemporaine et en pleine activité. C'est la distinction entre les lois et les décrets. Nous signalerons entre les uns et les autres les deux différences ci-après.

a) En premier lieu, l'origine de la loi et du décret n'est pas la même. Le terme de *loi* est, nous l'avons vu, une expression générale désignant toute règle juridique obligatoire émanant du souverain. Mais, *stricto sensu* et par opposition aux décrets, les lois sont *les règles qui ont fait l'objet d'un vote de la part du pouvoir législatif* et qui ont été promulguées ensuite par le pouvoir exécutif. Le pouvoir législatif, on le sait, depuis la Révolution, réside en principe dans le Parlement élu par la nation. A côté des lois, il y a cependant des règles obligatoires émanant du pouvoir exécutif ou de

1. V. Charmont, *Les transformations du Droit civil*, 1912 ; G. Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, 1920.

l'autorité administrative à ses divers degrés, chef de l'Etat, ministres, préfets, maires. Elles portent les noms de *décrets*, *arrêtés*, *règlements*. Spécialement, en matière de Droit civil, certains points sont régis par des *décrets* du Président de la République ou des chefs d'Etat antérieurs. Sous l'empire des chartes de 1814 et de 1830 le même rôle est joué par des *ordonnances* du roi qui, sauf la différence des termes employés, correspondent absolument à nos décrets actuels, en vue de l'application et de l'interprétation des *lois*.

D'ailleurs il y a lieu de faire sur cette terminologie plusieurs remarques indispensables pour éviter toute méprise dans la consultation des sources. Le terme d'*ordonnances*, depuis la Révolution, est devenu, on vient de le voir, synonyme de décret. L'ordonnance moderne n'a rien de commun, on le voit, avec les anciennes ordonnances d'avant 1789 qui, émanant des rois auxquels appartenait la plénitude du pouvoir législatif, étaient de véritables lois, plus exactement (et, cette fois par opposition aux *édits* et *déclarations*), des lois générales réglant un ensemble de matières et non pas un seul point déterminé[1]. Et, en second lieu, on rencontre de nombreuses lois désignées par le terme de décrets. C'est le cas pour les lois votées par la Convention. Sous l'empire de la Constitution de 1791 et de celle de l'an VIII, on appelait décrets les dispositions votées par le Corps législatif, tant qu'elles n'avaient pas été revêtues de la sanction du Chef de l'Etat, après laquelle elles prenaient le nom de lois. Ce n'est que dans le courant du XIX^e^ siècle que la terminologie moderne s'est fixée conformément à la distinction indiquée plus haut. C'est aussi dans la même période qu'on a pris l'habitude de qualifier de *décrets généraux* ou de *règlements d'administration publique*, les décrets rendus par le Chef de l'Etat après un avis du Conseil d'Etat, par opposition aux *décrets simples* rendus sans avoir été précédés d'une délibération de cette Assemblée.

b) Ce n'est pas seulement par l'origine que diffèrent les lois et les décrets. Il existe entre eux une seconde différence tenant à leur portée. La loi seule peut statuer sur les principes, poser les règles de fond du Droit. Les décrets n'ont à statuer que sur les détails d'application de la loi, et cela en vertu du pouvoir dit *réglementaire*, qui, d'après les principes de notre Droit public, appartient au pouvoir exécutif à raison de sa mission fondamentale qui est d'assurer l'exécution de la loi et non pas de la faire. En fait, lorsqu'une loi nouvelle fait prévoir des difficultés et des détails d'application dans la minutie desquels le législateur ne saurait entrer, par exemple, parce que le règlement de ces détails nécessite des consultations, des enquêtes techniques impossibles à effectuer dans un Parlement, on a soin d'insérer, dans un article spécial, une délégation formelle au pouvoir exécutif pour légiférer sur ces points dans un décret, généralement rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

Les avis du Conseil d'Etat. — Il ne faut pas confondre avec les dé-

1. Le terme d'*ordonnance* a encore une autre signification dans la terminologie actuelle. Il désigne les décisions exécutoires rendues par le Président du tribunal.

crets réglementaires les *avis du Conseil d'Etat* qui, autrefois, ont constitué une source spéciale de notre Droit civil positif. Nous ne faisons pas allusion ici au rôle de *préparation* que le Conseil d'Etat a joué, sous l'empire de la Constitution consulaire et impériale, et qu'il joue quelquefois encore aujourd'hui, avec un caractère moins efficace et plus subordonné il est vrai, dans la confection des lois et des décrets. Nous voulons parler des *décisions* obligatoires que, à une certaine époque de son histoire, le Conseil d'Etat a eu le droit d'émettre, avec un pouvoir propre, en matière législative et qui, dès lors, ont constitué une source indépendante et spéciale de législation. Ces décisions intervenaient quand il y avait lieu d'*interpréter* la loi, à raison de quelque lacune ou de quelque obscurité. Dans ce cas, le décret du 5 nivôse an VIII sur l'organisation du Conseil d'Etat (art. 11), portait que le chef de l'Etat pouvait inviter le Conseil d'Etat *à développer le sens de la loi*. Sur le renvoi qui lui était ainsi fait, le Conseil d'Etat rendait un *avis* obligatoire pour les tribunaux et constituant une véritable loi. Plusieurs des avis ainsi émis concernaient le Droit privé. Après la chute de l'Empire, il fut reconnu (Avis du Conseil d'Etat du 17 décembre 1823), que la charte de 1814 avait, en organisant le pouvoir législatif sur de nouvelles bases, virtuellement enlevé au Conseil d'Etat ce pouvoir d'*interprétation législative* qu'il n'a plus retrouvé depuis[1].

Décrets-lois. — On appelle ainsi, en premier lieu, des textes législatifs, non votés par les Assemblées électives, et rendus par les divers pouvoirs dictatoriaux qui, depuis la Révolution, ont fonctionné à certains moments de notre histoire. Le caractère inconstitutionnel de ces décrets-lois est évident. Cependant on a, grâce à quelques dispositions spéciales ou parfois par divers artifices de raisonnement, trouvé en général le moyen de leur reconnaître la force obligatoire.

En ce qui concerne les décrets-lois du Premier Empire, on a remarqué que la constitution de l'an VIII organisait un pouvoir, le Sénat, chargé d'annuler, d'abord sur un référé des tribuns, puis spontanément après la suppression du tribunat, les lois inconstitutionnelles. Or les décrets-lois de l'Empereur Napoléon Ier n'ont jamais été l'objet d'une annulation de ce genre : ils se trouvent donc avoir été confirmés.

Pour ce qui est des décrets-lois du Prince Président, Louis-Napoléon Bonaparte, dont l'un, le décret du 28 février 1852, relatif à la matière du crédit foncier, contient d'importantes dispositions concernant le Droit civil, leur illégalité a été couverte par l'article 58 de la Constitution de 1852 qui a validé en bloc tous les décrets dictatoriaux rendus par le Chef de l'Etat français dans l'intervalle compris entre le coup d'Etat du 2 décembre 1851 et la promulgation de la dite Constitution.

De même, certains décrets du gouvernement de la Défense nationale de

1. Nous verrons plus loin, p. 40, que le Conseil d'Etat, s'il a perdu en 1814 son pouvoir d'*interprétation législative*, a continué quelque temps à être chargé d'interpréter la loi en cas de doute, mais sous forme d'*interprétation judiciaire* et à la manière non plus d'un corps législatif mais d'un tribunal.

1870-1871 ont traité de matières du Droit civil. Nous analyserons plus tard (p. 45) notamment celui qui a modifié l'article 1er du Code civil. L'Assemblée nationale ayant annoncé son intention de désigner ceux des actes dictatoriaux de ce gouvernement qui seraient l'objet d'une annulation, et aucune désignation n'ayant suivi, on a pu voir dans ce silence une ratification tacite des décrets en question.

Un raisonnement aussi subtil a été employé pour légitimer les décrets du Gouvernement provisoire de 1848. On a fait observer que certains d'entre eux avaient été *modifiés* par des lois régulières postérieures. Ainsi, le décret du 2 mars 1848 sur la durée de la journée de travail a été corrigé par la loi du 9 septembre 1848. Cette modification partielle, estime-t-on, a implicitement consolidé les dispositions qui n'ont point été corrigées ou abrogées.

Il y a une seconde catégorie de *décrets-lois* : ce sont ceux qui régissent les *colonies françaises*. C'est, en effet, un double principe de notre Droit constitutionnel que les lois de la métropole ne sont pas applicables de plein droit aux colonies et que le chef de l'Etat a le droit de légiférer pour celles-ci par simples décrets.

2° **La Coutume**[1]**.** — Il y a longtemps que nous vivons sous l'empire d'un Droit non seulement positif mais *écrit*. Seules sont obligatoires pour les citoyens les règles de Droit établies par des textes (lois ou décrets) rendus par les pouvoirs auxquels la constitution attribue la fonction de légiférer. Il semble donc que la coutume ne peut être considérée aujourd'hui comme une source législative. Ce principe nous paraît incontestable. Cependant, il y a certains tempéraments à ce principe.

A. — Dans certaines matières, le législateur a, d'une façon formelle, abandonné le règlement de tel ou tel point aux *usages*, c'est-à-dire à une certaine variété de la coutume. Dans ce cas, la force de la coutume repose, non sur une *délégation*, car le pouvoir législatif ne peut se déléguer, mais plus exactement, sur une *consécration* légale. Il en est ainsi en matière de servitudes et de relations de voisinage (art. 645, 663, 671, 674 C. civ.), au sujet de certaines règles concernant la propriété rurale (lois sur le Code rural des 9 juillet 1889 et 22 juin 1890, art. 2, 4, 8, 15 ; du 21 juin 1898, art. 75), à propos aussi de certains contrats, notamment du contrat de louage (art. 1736, 1748, 1753, 1780 4e al.). De même, et plus généralement, le Code civil dispose (art. 1160) que, lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un contrat on doit y suppléer « les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». On le voit, la coutume sert ici de fondement à des règles tout à fait analogues à celles des dipositions de loi proprement dites que nous avons désignées par l'épithète de *supplétives* ou *déclaratives* (*suprâ* p. 8 et s.). Il va de soi que, comme ces dispo-

1. V. Esmein, *La Coutume doit-elle être reconnue comme source de Droit civil français ?* Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1905, p. 533; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899 p. 276 et suiv. ; Lambert, *Etude de Droit commun legislatif*, Introduction, t. I, Paris, 1903.

sitions, les règles coutumières en question peuvent toujours être écartées par la volonté contraire des parties.

B. — Les *usages commerciaux*, soit généraux, soit applicables à telle ou telle profession ou à telle ou telle place, tirent une valeur particulière de ce fait que la loi du 15 septembre 1807, qui a mis en vigueur le Code de commerce, n'a pas abrogé en bloc les anciens usages comme l'avait fait la loi du 30 ventôse an XII pour le Droit civil. On admet donc que les usages commerciaux ont force obligatoire en général et sans disposition formelle en ce sens, en tant qu'ils ne sont pas contredits par une loi[1].

C. — Enfin et surtout, 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 son expression dans les 2.281 articles dont il 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. Nous voyons là un fonds important de règles coutumières qui sont toujours en vigueur et viennent s'ajouter à notre système législatif.

Pour compléter ce que nous avons à dire de la coutume, en tant que source législative actuelle, trois observations sont encore nécessaires.

La première c'est que la constatation d'un usage lorsqu'il y a lieu de le prendre en considération, appartient évidemment aux tribunaux et que, dès lors, la coutume n'a force obligatoire qu'autant qu'ils en reconnaissent et tant qu'ils en reconnaissent l'existence. C'est en effet un principe de notre organisation judiciaire que les juges ne statuent que sur les *espèces* qui leur sont soumises et ne sont jamais liés par leurs décisions antérieures lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur une espèce nouvelle, offrît elle la plus complète analogie avec les procès précédemment jugés. L'existence même de tel ou tel usage ne peut donc être considérée comme certaine, fût-elle affirmée de la manière la plus formelle par une multitude de décisions judiciaires, que dans la mesure où l'on peut se fier à la fixité des doctrines et des principes adoptés par les tribunaux. C'est pour cette raison, entre autres, que la Coutume, en tant que source du droit, ne peut se différencier de la Jurisprudence que par des nuances délicates et peut-être même imperceptibles.

En second lieu, on remarquera que l'existence et la teneur d'un usage, étant des questions *de fait*, sont constatées d'une manière souveraine, au moins en matière de Droit civil, par les juges du fond, ce qui revient à dire

1. V. Escarra, *De la valeur juridique de l'usage en Droit commercial* (Annales de Droit commercial, 1910, p. 97). Consulter aussi sur les usages et la coutume, Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 5e édit., nos 49 à 51.

que la Cour de Cassation ne peut être saisie d'un pourvoi fondé sur la violation d'un usage par un jugement ou un arrêt.

Enfin, il est bon d'observer que les inconvénients manifestes du Droit coutumier, même dans la sphère réduite où il fonctionne encore, sa variabilité, son incertitude conduisent fatalement à en restreindre de plus en plus la valeur. En effet, du moment que les usages en vigueur présentent une certaine importance, on aspire toujours à les fixer en les rédigeant. C'est sous l'empire de cette préoccupation qu'a été écrite la loi du 13 juin 1866 *sur les usages commerciaux*, laquelle vise les usages relatifs aux ventes commerciales. De même le *Code rural*, dont certaines parties ont été incorporées dans le Code civil n'est, en majeure partie, qu'une codification d'usages.

II. — Monuments d'interprétation des sources législatives[1]. — L'interprétation a pour but de préciser le sens des termes de la loi, de rechercher l'esprit qui a inspiré ses auteurs, et de déterminer l'exacte portée d'application de ses dispositions. Elle est l'œuvre d'une part des jurisconsultes qui se consacrent à son étude, de l'autre, des tribunaux chargés d'appliquer le Droit aux litiges soumis à leur jugement. Il y a donc deux organes d'interprétation des lois : la Doctrine et la Jurisprudence.

1° **La Doctrine**[2]. — La Doctrine ou Science juridique s'exprime par

1. Esmein, *La doctrine et la jurisprudence*, Rev. trim., 1902, p. 7 ; *Cours élémentaire d'Histoire du droit français*, 11e éd., p. 796 s. ; Saleilles, *La déclaration de volonté*, 1901, art. 133, n° 43, 49, 94 ; art. 138, n° 81 et sa préface pour le livre de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* ; Gény, ouvrage précité ; *Les procédés d'élaboration du Droit civil*, dans les Méthodes juridiques, leçons faites au collège libre des Sciences sociales en 1910, Paris, 1911 ; Charmont et Chausse, *Les interprètes du Code civil*, dans le Livre du Centenaire, t. I, p. 131 s. ; Meynial, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes* (Livre du Centenaire, t. I, p. 173) ; Paul van der Eyken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907.

2. Les principaux commentateurs du Code civil sont :

Aubry et Rau, professeurs à la faculté de droit de Strasbourg, puis conseillers à la Cour de cassation, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ ; la 1re édition date de 1838-1847. Cet ouvrage est le plus renommé des traités de Droit civil français. Une 5e édition revue et complétée par MM. Falcimaigne et Gault (t. I à V) et par M. Bartin, (t. VI à XII) a été achevée en 1922.

Demolombe, doyen de la faculté de droit de Caen, *Cours de Code Napoléon* (1re édition, 1845). Cet ouvrage, qui comprend 31 volumes, s'arrête à l'article 1386. Il a eu un très grand succès (six éditions). Il a été continué et terminé par M. Guillouard, professeur à la faculté de droit de Caen.

Demante, professeur à la faculté de Paris. *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par Colmet de Santerre, professeur, puis doyen de la faculté de droit de Paris. La première édition date de 1845 ; la deuxième de 1881.

Laurent, professeur à l'université de Gand, *Principes de droit civil français*, 33 volumes. Cet ouvrage publié en 1869 a eu plusieurs éditions.

Théophile Huc, ancien professeur à la faculté de droit de Toulouse, conseiller à la Cour de Paris, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 volumes, publiés de 1892 à 1903.

Traité théorique et pratique de droit civil, publié sous la direction de Baudry-

l'enseignement oral et par la littérature écrite. Elle a eu, dans l'ancien Droit français, un rôle beaucoup plus important que de nos jours ; elle a constitué alors une véritable source du Droit. Et cela pour deux raisons.

D'abord, avant la rédaction officielle des Coutumes, la première question qui se posait pour le juge, tenu de faire application du Droit coutumier, était d'en rechercher les solutions. Heureux quand il les trouvait formulées dans les productions de certains écrivains qui s'étaient donné pour tâche de relater le contenu des Coutumes. C'est ainsi que nombre d'œuvres privées purent acquérir une valeur quasi-officielle. De là l'importance exceptionnelle de nos jurisconsultes coutumiers du XIII[e] siècle, tels que Philippe de Beaumanoir ou Pierre de Fontaines. De là l'attribution qui, dans l'opinion courante, fut faite à Saint-Louis des fameux *Etablissements de Saint-Louis*, œuvre privée d'un écrivain anonyme. Et ainsi s'explique que telle œuvre du même genre, comme le *Grand Coutumier de Normandie*, ait été considérée, devant les tribunaux de la province, comme l'expression si fidèle de la Coutume que l'on n'éprouva pas le besoin d'une rédaction officielle. C'est en effet dans le Grand Coutumier

LACANTINERIE, par un groupe de professeurs : dix traités dont la plupart ont eu déjà trois éditions : HOUQUES-FOURCADE, *Les personnes* ; CHAUVEAU, *Le divorce* ; du même, *Les biens* ; CHÉNEAUX, *La paternité et la filiation* ; *La puissance paternelle* ; *La minorité, la tutelle et l'émancipation* ; BONNECARÈRE, *La majorité, l'interdiction et le conseil judiciaire* ; WAHL, *Les successions* ; MAURICE COLIN, *Les donations et testaments* ; BARDE, *Les obligations* ; SAIGNAT, *La vente* ; WAHL, *Le contrat de louage* ; du même, *La société, le prêt, le dépôt* ; du même, *Les contrats aléatoires, le mandat, le cautionnement, la transaction* ; LECOURTOIS et SURVILLE, *Le contrat de mariage* ; DE LOYNES, *Le nantissement, Les privilèges et hypothèques* ; TISSIER, *La prescription*, à quoi il faut ajouter un *supplément* en 4 vol. de M. Bonnecase.

CHARLES BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publié par son fils, M. Robert Beudant, à partir de 1896.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français* : t. I[er], avec le concours de M. Savatier, *Les personnes*, ; t. 3, avec M. Picard, *Les biens* ; t. 2, avec M. André Rouast, *La famille* ; t. 8, avec M. Nast *Régimes matrimoniaux*.

Les manuels à l'usage des étudiants, en trois volumes correspondant aux trois années d'enseignement, sont : PLANIOL et RIPERT, *Traité élementaire de droit civil* ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil* ; SURVILLE, *Elements d'un cours de droit civil français*.

Les revues qui se consacrent plus spécialement à l'étude du Droit civil sont : la *Revue trimestrielle de Droit civil*, depuis 1902 ; la *Revue critique de législation et de jurisprudence* depuis 1853, époque où fusionnèrent sous ce nouveau titre la *Revue de législation et de jurisprudence* ou *Revue Woloswki* et la *Revue critique de législation* 1801 ; la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* (depuis 1877) ; le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (depuis 1852).

Parmi les publications qui touchent au Droit civil, il faut citer : la *Revue historique de droit français et étranger* (depuis 1855) ; la *Revue de droit international privé et de droit pénal international* (depuis 1905) ; le *Journal de droit international privé* publié depuis 1870 par Clunet continué, après lui, par M. Prudhomme ; le *Bulletin de la Société de législation comparée* (depuis 1869) ; le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* (depuis 1900).

Consulter aussi Grandin, *Bibliographie générale du Droit civil de 1800 à 1925*.

(ou *Somme Maucaël*) travail cependant de pure doctrine, que l'on trouva le texte, considéré comme authentique, de la Coutume de Normandie jusqu'à la fin du XVI[e] siècle, époque où la province eut enfin une rédaction officielle (de 1577 à 1583), la dernière en date de celle des grandes coutumes.

Plus tard, la rédaction des Coutumes vint grandement restreindre le rôle des jurisconsultes. Il resta néanmoins considérable. D'une part, en effet, les coutumes rédigées demeuraient fort incomplètes. Aucune, par exemple, n'avait réglé la matière des Obligations. D'autre part, même sur les points qu'elles avaient visés, elles étaient souvent exagérément concises, de style lâche et obscur. Où trouver la règle applicable, en cas de lacune ou d'obscurité de la loi écrite, sinon dans les écrits des juristes qui, s'inspirant de la logique, de l'équité et du Droit romain, construisaient sur toutes les matières des théories d'ensemble ? Ajoutons que ces écrivains ne se bornaient point à expliquer et à compléter la Coutume ; ils en faisaient la savante critique ; ils en dénonçaient les imperfections. C'est sous leur influence, et en conformité de leur direction, que beaucoup de nos coutumes reçurent une seconde rédaction. Enfin les Coûtumes étaient diverses et disparates, et la nation, en même temps que se fortifiait son unité politique, aspirait à l'unité de législation. De là une tâche de plus pour nos jurisconsultes. Ils s'efforcèrent de construire un *Droit commun coutumier* en dégageant les principes communs à l'ensemble des coutumes des solutions divergentes des textes écrits et des jurisprudences, et en faisant ressortir, en cas de contrariété irréductible des solutions, celles qui leur paraissaient les plus conformes au génie national. On peut dire que ce Droit commun, construit par de grands jurisconsultes tels que Dumoulin et Domat, a fait l'unité rationnelle et morale du Droit français avant que la Révolution n'en réalisât l'unification légale[1].

De nos jours, avec l'abondance et la minutie détaillée de notre législation positive, le champ d'action des jurisconsultes s'est beaucoup rétréci, surtout comme cela était fatal, dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation des grands Codes modernes. A cette époque, et pendant longtemps, il n'y a plus eu place que pour des œuvres de commentaire. Cependant, la littérature juridique est, dans notre pays, d'une abondance extrême et toujours croissante. Elle s'exprime dans un nombre infini d'écrits, soit traités d'ensemble sur telle ou telle branche du Droit, particulièrement du Droit civil, soit monographies relatives à un point particulier, soit articles de revues ou de journaux spéciaux, soit notes publiées dans les recueils de jurisprudence. Envisagée dans son ensemble, cette littérature a varié de tendances et d'inspirations suivant les temps.

Durant la plus grande partie du siècle dernier, la fonction de la Science s'est à peu près bornée à un rôle de description et d'exégèse. Il en est

1. Meynial, *Rôle de la doctrine et de la jurisprudence dans l'unification du Droit en France*, Rev. gén. du Droit, 1903.

toujours ainsi à la suite d'un travail de codification. Il faut, avant tout, faire connaître les textes nouveaux, les exposer dans l'ordre le plus méthodique et le plus lumineux, en éclairer les parties obscures, en faire jaillir tout ce qu'ils contiennent virtuellement, en vue de la solution des difficultés qui n'ont pas été expressément tranchées. C'est à une besogne de ce genre que s'est consacrée, chez nous, toute une école que l'on désigne assez communément sous le titre d'école des *interprètes du Code civil* et qui a fourni d'ailleurs à la France toute une pléiade de juristes d'une valeur et d'une autorité incontestables. On a essayé, non sans quelque intention de critique sinon de dénigrement, de résumer comme il suit leurs tendances communes. C'est dans la loi positive seule, croyaient-ils, qu'on doit chercher et que l'on peut trouver, en cherchant bien, la solution des questions contentieuses qui se posent devant le juge. Il suffit pour cela, lorsque la loi est muette, d'interroger son *esprit*, et on y arrive en reconstituant la volonté implicite et comme la psychologie du législateur. De là la grande importance attachée par ces interprètes à l'étude des travaux préparatoires du Code civil où l'on doit évidemment, semble-t-il, chercher la pensée de ses auteurs. De là, chez eux, la méthode et l'appareil d'une logique souvent trop déductive, procédant un peu à la manière des scolastiques par arguments *a pari*, *a contrario*, etc...

Ce n'est pas tout. On a adressé à cette école le triple reproche de n'avoir pas fait preuve d'un esprit assez scientifique, ni assez critique, ni assez pratique. Elle n'était pas, a-t-on dit, vraiment *scientifique*, car elle méconnaissait trop ce fait que les lois sont le produit de l'histoire et marquent un moment de l'évolution d'une société. Ce n'est pas que les écrivains en question, dont plusieurs étaient armés de la plus profonde érudition, ignorassent les antécédents de notre Droit que peut fournir l'étude du Droit romain et de l'ancien Droit français ; mais ils y cherchaient surtout des *arguments* à l'appui de leurs thèses d'interprétation des textes en vigueur, des indices de ce qu'avaient été ou avaient dû être, sur tel ou tel point déterminé, l'opinion, l'intention des rédacteurs du Code civil. Et les mêmes auteurs auraient aussi manqué de *critique*, s'étant rarement préoccupés de rapprocher les solutions de notre Droit des conceptions admises chez les autres peuples, comme si, par une sorte d'infatuation nationale, ils les eussent trouvées indignes d'être mises en parallèle avec les nôtres. Enfin, les besoins économiques et sociaux, les exigences de l'équité, les changements survenus dans les mœurs étaient par eux trop souvent perdus de vue, tant leur attention se portait de préférence sur la rigueur logique des théories et le bel ordre des constructions juridiques. Ils n'ignoraient certes pas la Jurisprudence, mais ils n'en recueillaient et n'en citaient les décisions qu'à titre *d'appoint*, d'*illustration* de leurs thèses, au lieu d'y apercevoir ce qu'elle est en réalité, une législation coutumière et vivant en perpétuel état de transformation et de progrès.

Il y aurait dans de tels reproches, s'ils avaient jamais été formulés avec la netteté un peu tranchante que nous avons dû leur prêter pour la clarté

d'un exposé forcément sommaire et rapide, une forte dose d'exagération et d'injustice. En réalité, ceux qu'on appelle les *interprètes* du Code civil ont été ce qu'ils pouvaient être, ont fait ce qu'ils pouvaient faire à l'époque où ils sont venus. Il ne faut pas oublier que leur école a produit un chef-d'œuvre que nulle production postérieure n'a pu surpasser ni même égaler. Nous voulons parler de l'ouvrage capital d'Aubry et Rau, auquel il faut toujours se reporter si l'on cherche non seulement le commentaire le plus méthodique du Code civil, mais encore le tableau le plus fidèle, en même temps que le plus concis, de l'origine historique de ses solutions sur chaque point, et des transformations qu'elles ont subies ensuite par le fait de l'interprétation judiciaire.

Et il n'est pas vrai, d'autre part, que l'esprit critique et les vues législatives aient été étrangers aux inspirations de nos jurisconsultes du XIX^e^ siècle. Loin de là, leur doctrine a plus d'une fois inspiré des réformes législatives. Pour ne citer qu'un exemple, la loi du 9 mars 1891, modificative de l'article 767 du Code civil, loi qui a élargi considérablement les droits successoraux du conjoint survivant, a été, sans aucun doute, le produit des critiques doctrinales dirigées contre le texte primitif du Code, lequel n'attribuait à celui-ci que des droits héréditaires absolument insuffisants.

Quoi qu'il en soit, la doctrine des écrivains d'aujourd'hui est entrée dans une voie plus hardie, plus novatrice, plus pratique aussi. Elle ne considère pas la règle de droit comme un précepte définitif et à tout jamais figé avec des conséquences immuables. Pour remplir sa fonction, le Droit ne doit-il pas se renouveler, se transformer comme la société qu'il régit ? Et le rôle de l'interprète n'est-il pas de seconder ces transformations nécessaires ? Dès lors, dans la solution des difficultés auxquelles donne lieu l'interprétation de la loi, les juristes modernes s'attachent moins que leurs devanciers à scruter quelle aurait été sur le point à régler la pensée du législateur d'autrefois, mais bien quelle est la solution qui leur paraît la plus conforme aux besoins sociaux actuels et à l'idéal d'équité de la génération présente. Certains, poussant jusqu'à l'extrême une telle conception, vont jusqu'à dire que la loi, une fois promulguée, se détache de la pensée de ses auteurs qui reste dorénavant négligeable, et vit, se développe d'une vie indépendante et autonome, ce qui donne, on le comprend, la plus grande latitude au travail d'*adaptation* que lui fait subir la Doctrine. Sans aller aussi loin, on admettra du moins — et c'est en ce sens que s'oriente la Doctrine contemporaine, — que la volonté du législateur n a pas pu tout prévoir et que, même dans le champ de ses prévisions, elle a dû envisager la probabilité de transformations sociales. Ce n'est donc pas se mettre en contradiction avec l'esprit du législateur que d'*assouplir* les règles qu'il a produites, en vue des conditions nouvelles de la vie sociale, et de les *élargir*, lorsqu'on se trouve en présence de problèmes entièrement nouveaux qu'il n'a certainement pas prévus et q t'il n'aurait pas enfermés dans le cercle des règles par lui jadis écrites s'il avait pu les prévoir. Ainsi, la Doctrine fait une part de plus en plus large à l *observation des*

faits sociaux. Par la libre recherche des solutions qu'ils commandent et auxquelles elle s'efforce d'adapter les textes écrits, elle joue, dans une certaine mesure, un rôle créateur.

Notons, en passant, une nouvelle fonction assignée à la science juridique par des écrivains plus audacieux encore. Cette fonction consisterait à tirer de l'étude des législations étrangères, et de leur rapprochement avec la nôtre, les grandes lignes d'un *Droit commun législatif* qui, en attendant la formation de groupements nouveaux de peuples, plus étendus que nos patries actuelles, éclairerait l'interprétation des diverses lois nationales de manière à leur faire produire ensemble des solutions aussi conformes que possible à la moyenne des aspirations communes au monde civilisé [1]. Il est évident que, si la Doctrine du XX^e^ siècle pouvait jamais jouer un rôle aussi élevé, sa mission acquerrait une importance et une grandeur qui ne lui laisseraient rien à envier à nos grands jurisconsultes d'autrefois.

2° **La Jurisprudence. Son rôle.** — L'interprétation dite *judiciaire* du Droit positif réside dans la *Jurisprudence*, c'est-à-dire dans le corps de décisions rendues par les tribunaux de divers ordres appelés à statuer sur les litiges auxquels donne lieu l'application de la loi. Ces décisions, quand elles offrent quelque intérêt, sont recueillies et conservées, ou bien dans des *journaux* quotidiens spéciaux, ou bien dans des *Recueils périodiques* affectant la forme de cahiers, avec des tables facilitant les recherches, ou encore dans des *Dictionnaires* ou *Répertoires* alphabétiques, ou enfin sous la forme d'annotations souscrites sous le texte des articles des *Codes annotés* publiés par divers éditeurs [2].

1. V. le livre de M. Lambert, *Etude de droit commun législatif*. Introduction. t. I.

2. E. H. Perreau, *Technique de la Jurisprudence en droit privé*, 2 v., 1923.

3. 1° Le plus important recueil de Jurisprudence est le Recueil *Dalloz*, ainsi nommé du nom de son fondateur. Les publications DALLOZ comprennent:

A. — Le *Recueil périodique*, en cahiers mensuels formant chaque année un volume nouveau in-4° avec des *tables décennales et quinquennales* depuis 1907. Chaque volume se compose de cinq parties: 1° Décisions de la Cour de cassation; 2° Décisions des Cours d'appel et des tribunaux français et étrangers; 3° Décisions du Conseil d'État et des autres juridictions administratives; 4° Lois et décrets nouveaux avec le résumé des rapports et délibérations; 5° Table alphabétique; Ce Recueil périodique se cite comme suit: D. P. 1913.1.254, le premier chiffre désignant l'année, le second la partie, le troisième la page.

B. — Le *Recueil hebdomadaire* qui, depuis 1924, sert de supplément au recueil périodique. On le cite comme suit D. H., p. 152.

C. — Un *Repertoire alphabetique* en 44 vol. embrassant toutes les matières du Droit civil, avec un *Supplément*, paru de 1887 à 1897, en 19 vol. On le cite comme suit: J. G., V° (verbo) *Donations entre vifs et testamentaires*, 420, ce dernier chiffre désignant le numéro du paragraphe; le supplément est indiqué par les lettres J. G. S.

D. — Des *Codes annotés;* le premier Code civil annoté a fait l'objet d'une refonte en 5 vol. in-4° parus en 1900 à 1905, sous le titre de *Nouveau Code civil*. Il parait chaque année un *supplément* sous le titre d'*Additions au nouveau Code civil*. Le dernier date de 1926.

E. — Le *Réperloire pratique* de législation, de doctrine et de jurisprudence, nou-

Le rôle de la Jurisprudence est évidemment considérable et grandit chaque jour à mesure que l'on s'éloigne de l'époque de la promulgation des lois qu'elle est appelée à interpréter. Les décisions qui se succèdent sur des litiges identiques ou analogues tendent fatalement à se modeler les unes sur les autres. Il arrive un moment où la Jurisprudence *se fixe* sur telle ou telle question. A partir de cet instant, c'est comme une disposition nouvelle d'un droit coutumier pratique qui vient d'éclore. Certes, théoriquement, il n'y a pas là une règle de Droit obligatoire, car chez nous, à la différence de ce qui se passe pour le *Case law* ou Droit jurisprudentiel anglais, les autres tribunaux, et ceux mêmes dont émanent les décisions constitutives de la Jurisprudence ainsi fixée, conservent toute liberté pour statuer dans un sens différent sur les litiges ultérieurs semblables qu'ils seront

veau répertoire alphabétique dont la publication a commencé en 1910, destiné à ramasser dans un texte plus résumé le contenu des répertoires précédents.

E. — Les *petits Codes Dalloz*, contenant, en un format de poche, sous le texte des articles, l'indication de quelques décisions choisies.

A côté des publications Dalloz, il convient de citer:

2° Le *Recueil de Sirey*, ou *Sirey*, recueil périodique d'une forme analogue au Dalloz. Moins complet peut-être que son rival, mais en général remarquablement rédigé et composé, le Sirey comprend, dans chaque volume annuel, quatre parties : 1° Cour de cassation ; 2° Cours d'appel et tribunaux ; 3° Conseil d'Etat ; 4° Jurisprudence étrangère. Les Lois et décrets forment une série spéciale, comprenant un volume pour cinq années. Il y a aussi des tables décennales et quinquennales. On cite le Sirey comme suit : S. 1900. 1.254. Souvent suit la mention P. 1900. 1.300. Cette indication renvoie au *Journal du Palais*, publication qui, datant de l'an IX, s'est, depuis quelques années, fondue avec le Sirey.

L'éditeur du Sirey a publié, à l'exemple de Dalloz, un *Répertoire alphabétique* cité en général sous le nom de ses auteurs, Fuzier-Hermann, et, depuis 1894, Carpentier et Frérejouan du Saint.

La même administration entreprend de plus, une refonte abrégée en 20 volumes du Sirey de 1791 à 1900, sous le titre de *Recueil général des lois et des arrêts et de la jurisprudence du XIX° siècle*. Sept volumes, comprenant les années 1883 à 1900, ont été déjà publiés.

3° Les *Pandectes françaises*. Ce Recueil périodique se cite comme suit : P. F. 1900.2.90. Un *Répertoire alphabétique* a été publié par l'éditeur du recueil périodique et composé sous la direction de M. Rivière, puis de M. Weiss. Ce recueil a fusionné depuis quelques années avec le Sirey.

4° Les diverses revues de Droit, *Revue critique, Revue générale de Droit, de législation et de jurisprudence, Revue trimestrielle de Droit civil, Revue du notariat, Journal des conservateurs des hypothèques*, etc, donnent, dans chaque numéro, une revue de jurisprudence, les principales décisions étant accompagnées de commentaires.

5° Les principaux journaux quotidiens, du format des journaux politiques, qui publient les décisions intéressantes, au fur et à mesure de leur apparition, sont *La Gazette des Tribunaux, Le Droit, La Loi, la Gazette du Palais*. La Gazette des Tribunaux et la Gazette du Palais publient aussi un recueil semestriel, divisé en plusieurs parties, à l'instar du Sirey et du Dalloz.

6° Un certain nombre de Cours et de Tribunaux de commerce ont des recueils particuliers de leurs décisions. Le plus important est le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, commencé en l'an VII qui ne publie malheureusement que les arrêts (civils) prononçant cassation.

7° Diverses publications s'efforcent de donner la synthèse de tous ces recueils en reproduisant, au moins par leurs sommaires, c'est-à-dire par une analyse succincte, toutes les décisions publiées, avec un renvoi au Recueil où l'on peut en trouver le texte complet. Citons en ce genre le *Recueil des Sommaires*, publié par M. Phily depuis 1854 et actuellement par le Sirey.

appelés à juger à l'avenir. Mais, en fait, de tels revirements ne se produisent presque jamais et les précédents, s'ils ne *lient* pas nos juges, les *inspirent* fatalement. Ajoutons que, naturellement, les arrêts de la Cour de cassation jouissent auprès des Tribunaux et des Cours d'appel dont les décisions s'exposeraient à être annulées si elles les contredisaient, d'une autorité presque égale à celle de la loi elle-même.

Pendant le siècle qui nous sépare de la promulgation du Code Napoléon, notre Jurisprudence civile s'est développée un peu au hasard; mais elle n'en est pas moins arrivée, en général, sur un grand nombre de points, à construire des systèmes suffisamment logiques et équitables, qui suppléent souvent à la loi écrite, et parfois aboutissent même à la corriger. Nous nous contenterons de deux exemples significatifs. C'est la Jurisprudence qui, en matière de régime dotal, est arrivée à établir la règle de l'*inaliénabilité de la dot mobilière*, à laquelle il est infiniment probable que le législateur de 1804 n'avait pas songé en écrivant l'article 1554, qui vise exclusivement l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Ce qui suit est plus fort encore. Les rédacteurs du Code civil ont établi, sous les articles 1119 et 1121, la prohibition de *stipuler pour autrui*, sauf dans deux cas exceptionnels. C'était là une règle gênante, surtout pour le développement des assurances sur la vie, opérations auxquelles les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas songer et qu'ils eussent vraisemblablement prohibées, s'ils y avaient pensé. Or, par une série de raisonnements ingénieux et hardis, la Jurisprudence du XIX^e^ siècle est parvenue, non seulement à tourner la prohibition de l'article 1119, mais encore à en faire sortir, sauf quelques restrictions insignifiantes, le principe de la liberté des stipulations pour autrui[1].

On a beaucoup exalté le rôle de la Jurisprudence; on a fondé sur son action de grandes espérances. Cette sorte d'engouement, très visible chez nombre de jurisconsultes contemporains, tient à des causes diverses et complexes. D'abord, les éloges décernés à l'œuvre des tribunaux ont fait, en quelque manière, la critique de celle du Parlement. Aussi a-t-on affecté souvent de compter sur la Jurisprudence pour réaliser le progrès juridique plutôt que sur le travail des assemblées législatives, trop lentes, trop enclines à se désintéresser des réformes dépourvues de conséquences électorales. Avec plus de justice, on pourrait, croyons-nous, surtout depuis ces dernières années où nous le voyons déployer, en matière de Droit civil, une incontestable activité, redouter plutôt, chez le législateur, un excès de hardiesse, une trop grande propension à abroger, à renouveler les règles qui lui paraissent gênantes ou vieillies. La Jurisprudence ne peut évidemment procéder de même. Elle est forcée de respecter les textes positifs. Tout au plus peut-elle parvenir à les tourner, à les éluder parfois. Mais avec quelle circonspection doit-elle procéder! Elle ne révolutionne pas, elle adapte. E

1. On trouvera d'autres exemples du même genre avec une appréciation du rôle de la Jurisprudence dans le discours prononcé par M. Ballot-Beaupré, à l'occasion de la commémoration du centenaire du Code civil, dans *Le Centenaire du Code civil*, 1904.

par elle, en conséquence, le progrès juridique se développe d'une manière moins brusque, dans un rythme plus naturel (car la nature ne procède point par-à-coups), et suivant la ligne de la tradition.

Il conviendrait cependant de ne pas exagérer la vertu et les mérites de la Jurisprudence. C'est un instrument de progrès *très imparfait*, car les solutions qu'elle consacre restent toujours à la merci d'un revirement, d'une orientation nouvelle. Qu'une jurisprudence, fixe en apparence sur tel ou tel point, vienne à se modifier, à se prononcer en un sens nouveau et différent, cela est rare, mais non sans exemples, même quand cette jurisprudence émane de la Cour de cassation. En somme, un progrès juridique n'est jamais certain, accompli, que lorsqu'il a été consolidé par un texte de loi. De plus la Jurisprudence est parfois *décevante*. Les écrivains, en particulier les *arrêtistes*, c'est-à-dire les annotateurs qui, à la suite de l'illustre professeur Labbé, font, surtout depuis une quarantaine d'années, suivre les arrêts publiés par les différents recueils, de dissertations souvent aussi ingénieuses que savantes, prêtent parfois aux tribunaux, en raison de ces décisions, des vues profondes et des théories auxquelles ils n'avaient nullement songé en réalité. Mais, à peine la Doctrine a-t-elle relevé une orientation nouvelle, dégagé les conséquences d'une décision marquante que, trop souvent, un nouvel arrêt vient, contrairement à toute logique, démentir les prévisions en apparence les plus certaines, et consacrer une solution rationnellement inconciliable avec la théorie échafaudée sur les décisions antérieures !

Fonctionnement de l'interprétation judiciaire. — Notions sur l'organisation des tribunaux. — Les règles relatives à l'organisation judiciaire et au fonctionnement des tribunaux appartiennent à la *procédure civile*. Mais il est indispensable d'en indiquer ici les grands traits en ce qui concerne l'administration du Droit civil.

Les tribunaux de *droit commun*, c'est-à-dire ceux qui statuent sur les litiges dont la loi n'a pas attribué la connaissance à une autre juridiction, sont les *tribunaux civils* de première instance. Ce sont eux qui connaissent des litiges de Droit civil. Leurs décisions s'appellent des *jugements*. Depuis le décret du 3 septembre 1926, il n'y a plus qu'un tribunal par département.

Quoique dénommés tribunaux de première instance, ces tribunaux sont juges d'appel de certaines contestations, celles qui doivent être jugées en premier ressort par les *juges de paix*. Ces magistrats statuent en matière civile sur les petits litiges soumis par la loi à leur compétence, tantôt en premier et dernier ressort, tantôt, comme nous venons de le voir, en premier ressort seulement et à charge d'appel devant les tribunaux d'arrondissement.

Au-dessus des tribunaux civils siègent les *Cours d'appel*, juridictions d'un ressort plus étendu, qui connaissent, en appel, des contestations tranchées par les tribunaux civils, dans le cas où ceux-ci jugent en premier ressort seulement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de procès d'une certaine importance. Les décisions des Cours portent le nom d'*arrêts*.

On le voit, un principe domine notre organisation judiciaire moderne, c'est celui du *double degré de juridiction*. Il y a là une garantie importante pour les justiciables. Mais il convient d'ajouter qu'à la différence de ce qui était quelquefois la règle sous l'ancien Droit, il n'y a jamais lieu à plus de deux degrés de juridiction. La possibilité d'un surappel en effet entraînerait des frais ruineux pour les plaideurs. La même préoccupation d'éviter les frais excessifs fait, par exception au principe, supprimer la faculté d'appel pour les contestations les moins importantes de la compétence des juges de paix ou des tribunaux civils, qui jugent, dans ces cas, en premier et dernier ressort. De même, pour certaines solutions urgentes ou provisoires, le *Président* du tribunal exerce une juridiction rapide et statue au moyen d'*ordonnances*.

Auprès des tribunaux civils et des Cours d'appel, il faut signaler la présence du *Ministère public* (procureurs généraux, avocats généraux, substituts près des Cours, procureurs de la République et substituts près des tribunaux). Les magistrats du ministère public ou *Parquet*, à la différence des juges ou conseillers *assis* des Cours et tribunaux, sont amovibles : ils sont chargés de représenter et défendre les intérêts de la Société. A ce titre, en matière civile, ils pourront intervenir pour donner, avant le jugement ou l'arrêt, un avis impartial. Cet avis est tantôt facultatif, tantôt obligatoire. On dit, dans ce dernier cas, que la cause est *sujette à communication au ministère public* (art. 83, C. proc. civ.). C'est le cas notamment pour les procès intéressant les incapables et les absents, pour ceux qui portent sur les questions d'état et les tutelles, les dons et legs au profit des pauvres, etc.

Deux principes dominent le fonctionnement de ces diverses juridictions.

C'est d'abord l'*obligation de juger*. Aux termes de l'article 4 du Code civil, « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». C'est l'une des hypothèses où le Code de procédure civile ouvre à la partie lésée la procédure exceptionnelle de la *prise à partie*. La loi n'a pas ajouté, mais cela allait sans dire, que, si le juge est appelé à se prononcer sur une difficulté à propos de laquelle la loi a gardé le silence, il doit s'efforcer de le faire conformément à l'esprit de la loi. Dans quelle mesure doit-il s'inspirer du sens virtuel des dispositions écrites sur les points réglés par la loi, ou au contraire, rechercher les solutions qu'exigent l'équité et les besoins sociaux actuels, c'est là un point sur lequel nous ne reviendrons pas Tout ce que nous avons dit à ce propos, en parlant de l'interprétation doctrinale, peut en effet s'appliquer à l'interprétation judiciaire qui a, sur ce point, subi le même mouvement d'idées.

En second lieu, 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 ». C'est là une conséquence du principe de la *Séparation des pouvoirs* que le législateur révolutionnaire, désireux de prévenir tout empiétement des corps judiciaires analogue à ceux des anciens Parle-

ments, avait plus d'une fois consacrée déjà (V. Const. de 1791, tit. III, chap. V, art. 3; Const. du 5 fructidor an III, art. 203). Les juges ne statuent donc que sur des *espèces*, et l'interprétation de la loi qu'ils donnent à ce propos ne lie pas les autres juridictions, fût-ce les juridictions inférieures de leur ressort, et ne les lie pas eux-mêmes pour une autre fois.

Cour de cassation[1]. — **Ses pouvoirs comme organe d'interprétation.** — La pièce maîtresse de notre organisation judiciaire actuelle, issue de la Révolution, est la Cour de cassation. Ce n'était pas tout en effet que d'instituer l'unité de législation en France; il fallait aussi y assurer l'unité de jurisprudence. Autrement, la loi aurait eu beau être uniforme; interprétée différemment suivant les ressorts, elle aurait, en réalité, varié de région à région. De là la création d'un organe supérieur, chargé d'assurer le respect de la loi et son interprétation uniforme, sous le nom d'abord de Tribunal de cassation (loi des 27 novembre-1er décembre 1790), puis de Cour de cassation (sénatus-consulte du 28 floréal an XII, art. 136).

La Cour de cassation se compose de trois chambres, la Chambre civile, la Chambre des requêtes, la Chambre criminelle. Elle ne statue jamais sur le fond des procès, se bornant à examiner, sur le pourvoi formé devant elle, si la décision en dernier ressort qui lui est déférée a fait une exacte application de la loi. La Cour de cassation juge les jugements et non pas les affaires. Il résulte de ce principe qu'un grand nombre de décisions ne peuvent être l'objet d'un pourvoi en cassation. En effet, quand l'affaire à juger était une pure *question de fait*, ne donnant lieu à aucune difficulté de droit, la Cour suprême n'a rien à examiner dans la décision rendue. On dit alors qu'il y a eu *appréciation souveraine* des juges du fond.

En matière civile, les arrêts de la Cour de cassation émanent soit de la *Chambre des requêtes*, soit de la *Chambre civile*. En effet, la procédure du pourvoi comporte un double degré. Le pourvoi est d'abord examiné par la *Chambre des requêtes*. Celle-ci admet ou non le pourvoi. Si elle l'admet, elle renvoie le dossier à l'examen de la Chambre civile par un arrêt non motivé; si elle le repousse, elle le fait par un arrêt motivé et tout est fini. De cette manière on évite l'encombrement du rôle en éliminant avec rapidité les pourvois qui ne présentent pas un caractère sérieux. La *Chambre civile* statue sur les pourvois admis par la Chambre des requêtes. Ou bien elle rejette le pourvoi, ce qui consolide définitivement la décision qui lui a été déférée. Ou bien elle admet le pourvoi; en ce cas, elle casse la décision qui lui avait été déférée et renvoie la partie à se pourvoir devant un autre tribunal du même ordre que celui dont la décision a été cassée.

Le plus fréquemment, la juridiction de *renvoi* statuera sur le point de droit dans le sens admis par la Cour de cassation. Cependant, il peut arriver et il arrive parfois qu'elle ne s'incline pas devant la décision de la Cour suprême et se range, au contraire, à l'opinion des premiers juges du fond. En ce cas, un nouveau pourvoi pourra être et sera vraisemblablement formé. Si

1. Faye, *La Cour de cassation*, 1903.

la Cour de cassation maintient, comme cela est presque certain, sa décision antérieure, et si une troisième juridiction de renvoi statue dans le sens des deux premières, la solution du litige pourrait être reculée indéfiniment. Il faut cependant que le conflit prenne fin et que l'interprétation à donner à la loi soit fixée sans recours possible. Comment trancher la difficulté ? On l'a fait de diverses façons suivant les époques.

Le système adopté par la loi des 27 novembre-1er décembre 1790 et consacré par la constitution de 1791 (Tit. III, ch. V, art. 21) était celui de l'*interprétation législative*. Si la décision du juge de renvoi était semblable à la décision cassée, et si la juridiction de renvoi saisie en troisième lieu, après une seconde cassation, se prononçait dans le même sens que les deux premières, il devait alors y avoir référé au pouvoir législatif, et celui-ci devait rendre un décret interprétant la loi. Même solution dans la constitution de l'an III (art. 256) à cela près qu'il y avait alors référé législatif *de plano* à la suite d'une seconde décision judiciaire conforme à la décision cassée. Ce système était mauvais. Il est en effet naturel que le législateur interprète la loi qu'il a faite lorsqu'elle est obscure, mais cette interprétation ne doit pas intervenir à propos d'un litige entre particuliers. Dans ce dernier cas, l'interprétation donnée par le corps législatif, organ essentiellement politique et, par conséquent, suspect de passion, risquera d'être influencée par des considérations tenant à la personnalité des parties en cause dans le litige à régler.

Un second système, établi par la loi du 16 septembre 1807, est celui de l'*interprétation administrative*. Après deux décisions rendues en dernier ressort entre les deux parties et attaquées pour les mêmes motifs, ou même dès le second pourvoi, si la Cour de cassation désire s'éclairer avant de statuer une seconde fois, le Gouvernement statuera sur l'interprétation de la loi. Il le fera par un décret dans la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire à la suite d'une délibération du Conseil d'État. Cette délibération ne doit pas être confondue avec les *Avis du Conseil d'État* dont nous avons parlé précédemment. Elle n'a que le caractère d'une interprétation judiciaire, c'est-à-dire que sa valeur est restreinte au litige sur lequel le Gouvernement a eu à statuer. Encore le chef de l'État n'est-il pas lié par l'opinion du Conseil d'État.

Ce système, qui donnait à l'administration le pouvoir de fixer le sens douteux de la loi, fut encore critiqué comme peu libéral et contraire au principe de la séparation des pouvoirs. La loi du 30 juillet 1828 vint donc établir le principe de l'*interprétation judiciaire*, combiné avec celui de l'*interprétation législative*. Elle décide que, si la seconde juridiction du fond statue dans le même sens que la première, et s'il y a second pourvoi, la Cour de cassation statue alors toutes chambres réunies. Si elle casse, la troisième juridiction devant laquelle elle renvoie l'affaire statuera à son tour toutes chambres réunies, et sa décision sera désormais inattaquable. Ainsi, le dernier mot appartenait aux juridictions inférieures, ce qui était peu logique et pouvait amener même des disparates de jurisprudence suivant les ressorts. Il est vrai que, pour parer à cet inconvénient, il devait, en sem-

blable hypothèse, y avoir référé au Roi et que celui-ci devait, dans la session législative suivante, proposer aux Chambres une loi interprétative (L. de 1828, art. 2 et 3). Mais un tel système n'en était pas moins très défectueux. Pour peu que les conflits entre la Cour de cassation et les juges du fond fussent nombreux, l'ordre du jour du Parlement était encombré. Les interprétations qui lui étaient demandées pouvaient traîner en longueur. Et, en attendant qu'il se prononçât, tous les inconvénients d'une Jurisprudence bigarrée et multiforme ne manquaient pas de se produire.

La loi du 1er avril 1837, *actuellement en vigueur*, a donc consacré le système de l'*interprétation judiciaire* pure et simple, en donnant le dernier mot à la Cour de cassation. Aux termes de cette loi, quand il y a eu deux pourvois successifs sur la même affaire, pourvois fondés sur les mêmes moyens, la Cour de cassation statue *toutes chambres réunies*. Si elle se range à l'avis de la Chambre civile et casse une seconde fois, la juridiction de renvoi est tenue de se conformer, sur le point du droit, à la solution donnée par l'arrêt des Chambres réunies.

Même en ce cas, il faut remarquer que l'interprétation donnée par les chambres réunies de la Cour de cassation n'a pas une portée réglementaire. D'une part, la Cour de cassation n'est pas liée elle-même par sa propre jurisprudence. Le lendemain, dans une affaire semblable, elle pourrait adopter une autre manière de voir. Et, d'autre part, les tribunaux et les Cours d'appel ne sont pas liés davantage pour toute autre affaire; ils conservent le droit de ne pas se ranger à l'avis de la Cour suprême. Mais ce sont là des hypothèses théoriques. La quasi-certitude d'une cassation en cas de pourvoi, si leur décision était en contrariété avec un arrêt des Chambres réunies, empêchera les juges du fond, dans une affaire semblable, de s'insurger contre l'interprétation donnée à la loi par la Cour suprême. Et celle-ci, d'autre part, tient avec raison à ne pas se départir d'une jurisprudence qu'elle a formulée elle même, étant donné la perturbation dans les intérêts qu'entraînerait une pareille volte-face.

CHAPITRE II

SPHÈRE D'APPLICATION DE LA LOI

Sous ce titre, nous rencontrons deux questions à résoudre :

1° Quelle est l'application de la loi *dans l'étendue?* A quelles personnes, à quels biens s'applique sa disposition ?

2° Quelle est l'application de la loi *dans le temps?* A partir de quel moment, jusqu'à quel moment s'étend son empire ?

A la première question répond la disposition fondamentale de l'article 3, du Code civil « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. — Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Les lois intéressant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Nous n'avons pas à faire ici l'étude de ce texte et des questions multiples qu'il soulève, et qu'on désigne communément sous le titre de *conflits de lois* (détermination du domaine respectif, en France et hors de France, de la loi française et des lois étrangères). Ces questions, en effet bien que traitées dans le Code civil, ne font pas partie du Droit civil français, subdivision de notre Droit positif national. Elles rentrent dans la branche du *Droit international privé*.

Nous n'examinerons donc que la question de l'application de la loi dans le temps, ce qui comprend trois théories :

Celle de la *promulgation* et de la *publication des lois ;*

Celle de la *non-rétroactivité de la loi;*

Celle de l'*abrogation de la loi.*

SECTION I. — Promulgation et publication des lois[1].

Distinction de la promulgation et de la publication. — Les mesures législatives définitivement votées par les deux Chambres n'entrent en application qu'autant qu'elles ont été *promulguées* et *publiées* par le pouvoir exécutif.

La *promulgation* est l'acte par lequel le chef de l'Etat ordonne l'exécution du texte élaboré par le Parlement. La nécessité de la promulgation

1. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, n° 139 ; Emile Bonnet, *De la promulgation*, thèse, Poitiers, 1908.

est la conséquence logique de la séparation des pouvoirs. L'acte sorti des délibérations du pouvoir législatif est bien définitif, mais il ne peut être rendu exécutoire que par le pouvoir exécutif.

La *publication*, à son tour, a pour objet de porter à la connaissance du public le texte de la loi. Celle-ci ne commence à s'appliquer, elle ne devient obligatoire qu'à dater du moment où cette publicité a été accomplie.

Promulgation et publication sont donc deux actes distincts, successifs, nécessaires l'un et l'autre pour la mise en application de la loi.

Les deux premiers alinéas de l'article 1er du Code civil notent très exactement les effets et la différence des deux actes en ces termes :

« Les lois sont *exécutoires* dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République. — Elles *seront exécutées* dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue[1]. »

1° Comment se fait la promulgation de la loi ? — L'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics fixe le délai dans lequel le Président de la République doit procéder à la promulgation. Ce délai est d'un mois à partir de la transmission du texte au Gouvernement par le Président de la Chambre qui l'a voté en dernier lieu. Il est réduit à trois jours pour les lois dont la promulgation, par un vote exprès de l'une et de l'autre Chambre, a été déclarée *urgente*[2].

1. Le sens ainsi attaché par le langage juridique au mot de *promulgation* n'est pas étymologiquement exact. Car ce mot signifie *proclamer, rendre public. Promulgari quasi provulgari,* lisons-nous dans le vocabulaire de Festus. Néanmoins il est devenu d'usage d'employer le mot de promulgation pour désigner l'acte qui donne force exécutoire à la loi définitivement votée. Cette terminologie peut être considérée comme remontant au décret du 9 novembre 1789, dont l'article 3 contenait la formule de la promulgation, ainsi conçue : « L'Assemblée nationale a décrété et nous voulons et ordonnons ce qui suit ». La promulgation était donc bien considérée dès lors comme l'*ordre d'exécuter* et de publier. Il est vrai que, dans des textes ultérieurs, le mot de promulgation se trouve souvent employé comme synonyme de publication (V. le décret du 14 frimaire an II, sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire, sect. I, art. 9 : « Dans chaque lieu, la promulgation sera faite par une publication à son de trompe ou de tambour. » V. aussi les travaux préparatoires du Code : Fenet, t. IV, p. 4, 8, 97, 117-129, 147, 148, 178, 201, 202, etc., et l'ordonnance du 27 novembre 1816, concernant la publication des lois et ordonnances, dont l'article 1er porte : « A l'avenir, la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au *Bulletin officiel.* » V. enfin le décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets, art. 1er). Mais un arrêt de la Cour de cassation (Ch. réun., 22 juin 1874, D. P. 1874.1.322, S. 1874.1.336) a bien nettement distingué la promulgation et la publication. « Sous l'empire de l'ordonnance du 27 novembre 1816, dit cet arrêt, l'insertion au *Bulletin officiel* n'était point un élément constitutif de la promulgation mais un simple mode de publication. » — Cf. la note de M. Cauwès sous Cass. crim., 6 février 1874, S. 1874.1.281).

2. Il ne faut pas confondre la déclaration d'urgence de la *promulgation,* avec la déclaration d'urgence de la *délibération* qui a pour effet de soustraire la discussion de la loi à la nécessité d'une seconde lecture. Cette variété de déclaration d'urgence intervient très fréquemment. Au contraire, nous ne connaissons pas, depuis 1875, d'exemple d'une déclaration des Chambres imposant au gouvernement l'urgence d'une promulgation.

Le Président de la République jouit cependant du droit, tout théorique jusqu'à ce jour, de reculer le jour de la promulgation en demandant aux deux Chambres, par un message motivé, une nouvelle délibération, qui ne peut être refusée.

La formule de l'acte de promulgation est réglée par le décret du 6 avril 1876. En voici les termes :

« *Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté. — Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit* : » Puis, après le texte de la loi, on lit cette phrase finale : « *La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat. — Fait à.... le....* »

2° **Comment se fait la publication ? — Législation antérieure à 1870.** — Le Code civil n'avait pas établi de publication proprement dite. D'après la Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 37, tout décret du Corps législatif devait être promulgué par le premier consul, le dixième jour après son émission. D'autre part, l'article 1er du Code civil, al. 2, décidait que les lois seraient exécutées dans chaque localité dès le moment où la promulgation en pourrait être connue. Mais il n'établissait aucune mesure de publicité pour rendre efficace cette divulgation. Elle résultait du simple écoulement d'un délai, courant à dater de la promulgation automatique organisée par la Constitution. Ce délai était, pour le département où siégeait le gouvernement, d'un jour franc, et, pour les autres départements, d'un jour franc plus autant de jours qu'il y avait de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation avait été faite et le chef-lieu (art. 1er, 3e al.).

En fait, il est vrai, les actes législatifs étaient insérés au *Bulletin des lois*, lequel a été fondé par le décret précité de la Convention du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), sect. I, art. 1er ; mais ce n'était pas cette insertion qui fixait la mise en vigueur de la loi.

Il fallut modifier ce système sous la Restauration, car la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 22, donnant le droit de sanction au roi, celui-ci était maître de choisir l'heure de la promulgation, et, dès lors, celle-ci ne se faisait plus automatiquement et à date fixe comme sous la Constitution de l'an VIII[1]. On ne connaissait donc plus le moment précis où commençait le délai de la mise en vigueur.

En conséquence, l'ordonnance du 27 novembre 1816 décida que la promulgation résulterait de l'*insertion au Bulletin des lois*, et que la loi serait réputée connue, conformément à l'article 1er du Code civil, un jour franc, augmenté du délai complémentaire pour les autres départements, après que le *Bulletin des lois* aurait été reçu, de l'Imprimerie royale, par le Ministre de la justice, lequel constaterait sur un registre le moment de la réception. Et, comme ce registre n'était pas public et que personne n'était admis à vérifier le moment précis où le *Bulletin* était arrivé au Minis-

1. Voir le règlement du 13 août 1814, concernant les relations des Chambres avec le roi, tit. IV, *De la sanction et de la publication des lois*.

tère de la justice, on décida de mentionner cette date de réception au bas de chaque numéro du *Bulletin des lois* (Ord. 18 janvier 1817, art. 4).

Au cas d'urgence, la loi était directement envoyée aux préfets qui devaient la faire imprimer et afficher.

Législation actuelle. — Décret du 5 novembre 1870. — Enfin, le décret du gouvernement de la Défense nationale, du 5 novembre 1870, rendu à une époque critique où il fallait hâter la mise en vigueur des mesures urgentes nécessitées par l'état du pays, a modifié sur deux points le système suivi jusque-là.

A. — Il a décidé que la publication résulterait de l'insertion des lois et décrets au *Journal officiel*, lequel, beaucoup plus lu et plus répandu, remplace utilement à cet égard le *Bulletin des lois*.

B. — Le délai de publication est abrégé et mis en harmonie avec les nouveaux moyens de communication. La loi est, en effet, obligatoire à Paris, un jour franc après celui de l'insertion au *Journal officiel*, et partout ailleurs, un jour franc après que le *Journal officiel* qui contient la loi est parvenu au chef-lieu de l'arrondissement.

On remarquera que le décret prend pour unité territoriale non plus le département, mais l'arrondissement.

Ce mode de publication est bien plus simple que l'ancien. Au lieu de s'étendre par ondes lentes sur le territoire, la loi devient applicable dans tous les départements presque au même moment, car le *Journal officiel* arrive aujourd'hui, à un jour près, à la fois dans tous les arrondissements de France.

Le décret de 1870 prescrit, en outre, aux préfets et sous-préfets de prendre les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où il est besoin (art. 3).

Il faut noter que le décret du 5 novembre 1870 n'a pas supprimé le *Bulletin des lois*. Celui-ci continue donc à publier tous les actes législatifs. En outre, certains décrets d'intérêt purement local ou individuel ne paraissent qu'au *Bulletin des lois*, non au *Journal officiel*. Pour ces actes fort peu nombreux, fort peu importants, c'est l'ancien système de publication établi par l'article 1er du Code civil qui reste en vigueur.

Le délai qui fixe l'entrée en application des actes législatifs ne peut pas être modifié par le pouvoir exécutif en ce qui concerne les lois. Au contraire, pour les décrets, lorsqu'il y a urgence à les appliquer, l'article 2, 2e al. du décret du 5 novembre 1870 permet au Gouvernement d'en ordonner l'*exécution immédiate* par une disposition spéciale.

Mais le décret de 1870 a laissé dans l'ombre une question importante, celle de savoir *dans quel délai doit se faire l'insertion au Journal officiel.*

L'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prescrit, nous l'avons vu, au Président de la République de promulguer les lois dans les trois jours ou le mois qui suit la transmission du texte au Gouvernement par le Président de la Chambre qui l'a voté au dernier lieu. Or, la promulgation proprement dite consiste dans le décret que rend le Président

de la République et l'insertion du décret au *Journal officiel* n'est pas un élément de la promulgation.

Cependant, nous croyons que l'insertion au *Journal officiel* du décret de promulgation contenant le texte de la loi doit être faite dans le délai prescrit par l'article 7 de la loi constitutionnelle, sinon ce texte ne serait pas effectivement respecté, car il dépendrait du pouvoir exécutif de retarder l'application de la loi en reculant sa publication. La publication est le complément nécessaire de la promulgation ; le chef de l'Etat n'a accompli son devoir, qui est non seulement de rendre la loi exécutoire, mais de la mettre en exécution, qu'autant qu'il a à la fois promulgué et publié la loi. La promulgation sans la publication ne serait qu'un acte platonique.

Hypothèses exceptionnelles. — Pour les lois importantes, dont la mise à exécution requiert des mesures préparatoires confiées par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif, et, notamment, l'élaboration de règlements d'utilité publique, le Parlement déroge souvent aux règles précédentes, et fixe à l'avance la date à laquelle la loi entrera en application. On trouvera des dispositions de ce genre dans l'article 33 de la loi du 9 avril 1898 concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et dans l'article 27 de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes.

De la date des lois. — Il n'y a pas accord sur le jour précis qu'il faut considérer comme étant la date des lois. On peut hésiter, en effet, entre trois moments : ou bien celui du vote définitif de la loi par le Parlement, ou celui du décret de promulgation du chef de l'Etat, ou enfin la date de la publication dans le *Journal officiel.*

Depuis la Révolution jusqu'en 1875, différents systèmes ont été suivis.

Sous les deux premières Assemblées révolutionnaires, on désignait, en général, les lois par une double date, celle du vote de l'Assemblée et celle de la sanction royale. Cependant, il y en a pour lesquelles une seule de ces deux dates est indiquée.

Sous la Convention on mentionna la date du vote de l'Assemblée ; sous le Directoire celle du vote des Cinq Cents, et, sous la Constitution de l'an VIII, celle du vote du Corps législatif .

Sous les Chartes de 1814 et de 1830 qui rétablissent le droit de sanction, c'est au contraire la date de la sanction qui est adoptée.

Les lois du Second Empire sont datées de même du jour de la promulgation.

De 1870 à 1875, elles prennent la date du jour où elles ont été définitivement votées.

Depuis lors, l'usage s'est encore modifié, et l'on se réfère ordinairement au jour du décret de promulgation. On en donne cette raison qu'en

1. En ce sens : avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII (25 janvier 1800). Cet avis inséré au *Bulletin des lois* n'a pas été abrogé (*D. J. G.*, V° *Lois*, n° 125).

signant le décret, le Président de la République imprime à la loi son caractère définitif, car il renonce à son droit de demander une nouvelle délibération.

Cependant, cet usage n'est pas universellement adopté, et il arrive assez fréquemment que l'on donne à une loi la date du numéro du *Journal officiel* dans lequel elle a été insérée.

SECTION II. — Non-rétroactivité des lois.

Le principe et son fondement[1]. — L'article 2 du Code civil contient cette disposition célèbre et fondamentale : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

On remarquera que ce texte contient en réalité deux règles : **1° La loi** dispose pour l'avenir. Elle régit tous les faits, toutes les situations qui se produiront dorénavant. 2° La loi ne dispose pas pour les faits qui se sont déjà passés, accomplis antérieurement à sa promulgation. C'est cette seconde des deux règles contenues dans l'article 2 du Code civil qui constitue le principe de la non-rétroactivité des lois.

Donnons immédiatement un exemple de cette double portée de l'article 2. Les débiteurs d'argent sont redevables de plein droit envers leurs créanciers, à partir du moment où ceux-ci les ont mis en demeure, d'un *intérêt légal* (art. 1153, 1er al.) qui est aujourd'hui de 5 °/₀ l'an. Supposons qu'une loi nouvelle augmente le taux de cet intérêt légal et le porte à 6 °/₀. Un débiteur était depuis six mois en demeure. Il faudra décider : 1° Par application de la *première règle* de l'article 2 que, *dorénavant*, ce débiteur paiera non 5 °/₀ mais 6 °/₀ l'an ; 2° par application de la seconde règle, celle de la non-rétroactivité, que ce débiteur ne sera pas obligé de payer un supplément de 1 °/₀ pour les intérêts qu'il doit à raison des six mois écoulés antérieurement à la loi nouvelle.

Voyons maintenant — la question est essentielle — comment se justifie le principe de la non-rétroactivité des lois qui se retrouve dans toutes les législations. Nous ne nous occuperons d'ailleurs ici que de matières de Droit privé, le principe de la non-rétroactivité des lois de Droit pénal, consacré actuellement par l'article 4 du Code Pénal, étant dominé et régi par des considérations toutes particulières.

La justification de notre principe doit être cherchée à la fois dans la raison, dans l'équité, dans l'intérêt économique le plus manifeste.

Rationnellement, la loi étant un ordre, une prescription du législateur, c'est-à-dire du souverain, ne peut avoir pour domaine que l'avenir et non le passé. On ne donne des ordres que pour l'avenir. Sup-

1. V. Capitant, *Introduction* 4e édit., p. 73 et s. ; de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, Rev. crit., 1893 ; Popovilief, *Le droit civil transitoire ou intertemporel*, Rev. trim., 1908, p. 464 ; Valette, *Nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, thèse Lyon, 1909 ; Demogue, note sous S. 1910, 2.25 ; Duguit, *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois*, Rev. de Droit public, 1910, p. 764 s.

posons qu'une loi nouvelle défende ce qu'une loi antérieure permettait; il est clair que les actes accomplis par les citoyens sous l'empire de l'ancienne loi doivent rester valables, car, en les accomplissant, leurs auteurs ont *obéi à la loi* comme ils lui obéiront en s'abstenant dorénavant d'actes jadis permis, mais désormais défendus.

Or, il se trouve que ce principe, tout rationnel, de la non-rétroactivité est en même temps conforme à l'équité la plus élémentaire ainsi qu'à la stabilité du commerce juridique, et qu'il se justifie, en un mot, par un *intérêt économique* évident. Les transactions humaines, en effet, ont besoin de sécurité pour se développer et s'étendre. Quand un homme accomplit un acte juridique, il a le droit de compter que ses conséquences futures se dérouleront en conformité des lois sous lesquelles il l'a accompli. Il ne faut pas que ses prévisions puissent être trompées par un changement de volonté du législateur, sans quoi il hésitera à agir; la prudence lui conseillera l'abstention.

Détermination du domaine de la loi ancienne. — Dans un grand nombre d'hypothèses, il est facile de déterminer quel est le domaine de la loi ancienne et, par conséquent, dans quels cas le juge violerait le principe de la non-rétroactivité de la loi en appliquant la loi nouvelle. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit des *conséquences déjà passées* d'actes ou de situations antérieures.

Supposons par exemple qu'une succession s'est ouverte hier à mon profit, et que, d'après les lois fiscales actuelles, je dois payer 15 % de droits de mutation. Supposons que, demain, une loi nouvelle vienne élever à 20 % le tarif des droits de mutation. Il est clair, si j'ai déjà réglé ma dette envers l'administration de l'Enregistrement, que celle-ci ne pourra pas invoquer la loi nouvelle pour me réclamer un supplément de taxe; bien plus, si je n'ai pas encore payé, c'est encore sur le pied de 15 % et non sur celui de 20 % que j'aurai à m'acquitter. La taxation qui m'a constitué débiteur de telle ou telle somme envers le fisc est une conséquence de ma situation d'héritier, *déjà accomplie* au moment où statue la loi nouvelle.

De même, les créanciers qui, avant 1900, avaient touché, de leurs débiteurs en retard, un intérêt de 5 ou de 6 % (ce qui était le taux légal à cette époque), n'ont pu être contraints à une restitution partielle après que la loi du 7 avril 1900 a eu abaissé le taux de l'intérêt légal à 4 % en matière civile et à 5 % en matière commerciale.

De même, et plus évidemment encore, le changement de souveraineté plaçant les individus annexés sous l'empire de la loi de l'Etat annexant, et équivalant pour eux, par exemple, pour les sujets sardes devenus français en 1860, à la promulgation d'une loi nouvelle, ne peut porter atteinte aux droits qu'ils avaient acquis sous l'empire de la loi ancienne, leur faire perdre, par exemple, le bénéfice d'un jugement qu'ils avaient précédemment obtenu des tribunaux sous la juridiction desquels ils se trouvaient placés (Civ., 7 juillet 1862, D P. 1862. 1.355; S. 62.1. 831; Civ., 17 février 1903, D. P. 1903. 1. 241, avec concl. de M. le proc. gén. Beaudouin).

Comme dernier exemple enfin, nous citerons la disposition de l'article 2 de la loi du 8 mai 1816 abolissant le divorce. Ce texte a soin de décider que la loi nouvelle n'atteint pas les divorces qui ont été prononcés (par l'officier de l'état civil) antérieurement. Ce sont là en effet les *conséquences passées* d'actes accomplis sous l'empire de la législation antérieure laquelle autorisait le divorce ; la loi nouvelle qui le prohibe ne peut pas porter atteinte à ces faits accomplis.

Conséquences futures des actes passés. — Dans les hypothèses qui précèdent, il ne s'élève aucune difficulté. Mais il s'en faut que le domaine respectif de la loi ancienne et de la loi nouvelle soit toujours aussi facile à déterminer. En effet, les actes ou les situations de la vie juridique ne produisent pas toujours des effets instantanés ; ils n'épuisent pas, en une fois, la série de leurs conséquences. Au contraire, celles-ci forment souvent une chaîne très étendue. Voici, par exemple, deux futurs époux qui signent un contrat de mariage. Ce contrat produira des effets pendant toute la durée de leur mariage, et même au-delà, pendant la liquidation de leur régime conjugal. Or, on peut supposer qu'une loi nouvelle intervienne au cours de la durée d'application de ce contrat de mariage, modifiant les conséquences légales attachées à telle ou telle de ses clauses. Ou encore, c'est une loi nouvelle qui vient décider que les individus placés dans telle ou telle situation, et jusqu'alors pleinement capables, seront désormais atteints d'une certaine incapacité. Certes, il ne faudra pas appliquer la loi nouvelle aux conséquences passées de l'acte ou de la situation antérieurs. Ainsi, il ne pourrait s'agir d'annuler les actes accomplis par l'individu, avant la réforme qui a transformé en incapables la catégorie de personnes à laquelle il appartient. Mais la question se pose *pour les effets futurs* de la situation juridique ou du rapport de droit né sous l'empire de la loi ancienne. L'individu, autrefois capable, va-t-il *désormais,* et pour ses *actes futurs*, être traité en incapable ? Les effets attachés à la clause du contrat de mariage vont-ils être *dorénavant* régis, non par la loi en vigueur au moment de sa conclusion, mais par la disposition nouvellement édictée ?

Il semble, au premier abord, que la réponse à cette question ne devrait guère être douteuse. *Toute loi nouvelle doit être présumée meilleure que l'ancienne* ; car, à quoi bon modifier la loi si ce n'est pour l'améliorer ? Donc, la loi nouvelle semble *a priori* devoir régir les effets que produiront dans l'avenir les actes ou les situations juridiques, même antérieurs à sa promulgation. Toute survivance doit donc être refusée à la loi ancienne.

Et tel est bien le principe que la Jurisprudence a souvent proclamé en termes formels. « Toute loi nouvelle, dit la Cour de Cassation, s'applique même aux situations établies ou aux rapports juridiques formés avant sa promulgation (Voir en dernier lieu, Civ., 20 février 1917, D. P. 1917. 1.81, trois arrêts, note de M. Capitant, 7 juin 1921, *Gaz. Pal.*, 5 octobre 1921). Les décisions où l'on rencontre cette formule ne portent aucune atteinte au principe de la non rétroactivité ; elles ne

font qu'appliquer la première des deux règles contenues dans l'article 2 : la loi nouvelle dispose pour l'avenir[1].

Cependant, il n'y a pas besoin de longue réflexion pour apercevoir que cette solution, dans un grand nombre de cas, serait à la fois peu raisonnable, tout à fait contraire à l'intérêt économique, et qu'il y a des hypothèses où la loi ancienne doit prolonger son empire, nonobstant le changement intervenu dans la législation, sous peine de la plus criante injustice. Mais reste à savoir — et c'est là la grande difficulté du sujet — quel est le critérium qui permettra de déterminer ces hypothèses.

Pour résoudre le problème, la Doctrine a imaginé ici une distinction, que la Jurisprudence a également adoptée, entre les cas où l'application de la loi nouvelle ferait échec à un *droit acquis* et ceux où elle ne porterait atteinte qu'à une simple espérance ou *expectative*. Dans la première série d'hypothèses, la loi nouvelle ne devrait pas s'appliquer — et on cite, comme exemple, le cas d'un texte modifiant l'ordre des successions, texte inapplicable évidemment aux successions *déjà ouvertes* avant sa promulgation (Pau, 11 juin 1906, D. P. 1907. 2.1). — Au contraire, les simples expectatives, par exemple, celle de l'héritier présomptif d'une personne *encore vivante*, ne devraient pas survivre à la loi nouvelle qui modifie la législation existante.

Nous croyons que ce critérium proposé pour la première fois par Blondeau en 1809 (V. sa dissertation reproduite au Sirey 1809, 2. 277) est malgré son caractère en quelque sorte classique, à la fois insuffisant et mal fondé.

Il est insuffisant d'abord, car il est souvent impossible de déterminer, avec quelque précision, dans quels cas il y a simple expectative et dans quels cas il y a droit acquis. Les exemples fournis en général ne peuvent nous éclairer, parce que la solution admise, en ce qui les concerne, peut s'expliquer sans qu'on fasse appel à la notion de droit acquis. Ainsi, la non application d'une loi modificative de l'ordre des successions à une hérédité déjà ouverte se justifie assez par cette idée que la dévolution héréditaire est la conséquence d'une situation antérieure *déjà passée*, *déjà accomplie* au moment de l'apparition de la loi nouvelle. Et, inversement, il y a telle hypothèse où on se trouvait évidemment en présence d'un droit acquis et où cependant ce droit a dû s'effacer devant une loi d'abolition, et cela sans qu'il y ait eu atteinte au principe de la non-rétroactivité. Nous citerons les lois abolitives des droits seigneuriaux et féodaux qui ont mis et qui devaient mettre obstacle, dès leur promulgation, à ce que les bénéficiaires de ces droits continuassent à les exercer. Et, cependant, ces droits faisaient partie de leur patrimoine ; c'étaient certainement des *droits acquis*.

1. Nous nous permettons cependant de formuler des réserves pour la partie des arrêts du 20 février 1917, 1re et 3e espèces, concernant l'effet d'une déclaration de paternité sur la dévolution des successions ouvertes et liquidées sous l'empire de la législation antérieure et dans lesquelles l'enfant naturel réclamerait sa part. Accueillir cette prétention serait à notre avis, méconnaître le principe de la non-rétroactivité des lois (V. les observations de M. Capitant dans sa note précitée).

Mais, avons-nous dit, le critérium classique n'est pas seulement insuffisant, il est aussi mal fondé. Quand le législateur promulgue une prescription nouvelle, en effet, un particulier ne saurait avoir de droits acquis à l'encontre de sa volonté. Il n'y a pas de droits contre la loi.

Nous proposerons donc de substituer à la distinction des droits acquis et des simples expectatives, le système suivant, qui repose sur l'interprétation de la volonté du législateur et sur les idées mêmes qui servent de fondement au principe de la non-rétroactivité des lois.

Nous avons dit d'une part, que la loi nouvelle s'applique à tous les faits et à toutes les situations futurs. Et, d'autre part, nous avons vu que, si elle ne rétroagit pas dans le passé, cela tient d'abord à ce motif rationnel que le législateur ne peut, sous peine de contradiction, trouver mauvais qu'on lui ait obéi autrefois lorsqu'il émettait une règle différente ; ensuite, à ce motif d'équité et d'utilité sociale que le législateur n'a pu vouloir porter atteinte aux prévisions que les parties pouvaient légitimement concevoir en exerçant, sous l'empire de la loi ancienne différente, leur activité économique. De ces données, nous tirerons à la fois le principe applicable aux conséquences *futures* des faits ou des situations *antérieurs* à la loi nouvelle ainsi que les exceptions au principe.

Le *principe*, nous l'avons déjà indiqué, c'est que *ces conséquences doivent être régies par la loi nouvelle, puisque celle ci a pour domaine l'avenir, le passé seulement appartenant à la loi ancienne.*

Par exemple, 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, dès sa promulgation, par tous les enfants naturels, y compris ceux qui étaient nés antérieurement à la loi nouvelle à une époque où, cependant, la recherche de la paternité naturelle était interdite. (Civ. 20 février 1917 précités). Ce qui ne revient pas à dire — nous ne saurions trop insister sur ce point — que la loi du 16 novembre 1912 doit produire un effet rétroactif. La vérité, c'est que son application à toutes les instances *futures* en recherche de la paternité découle nécessairement de la première règle contenue dans l'article 2 du Code civil (v. Gaudemet, *Rev. trim.* 1914, p. 105 et s.).

De même, la loi du 13 juillet 1907 qui a donné à la femme mariée le droit de disposer sans autorisation de son mari des produits de son travail personnel et des économies en provenant s'est appliquée sur-le-champ aux femmes mariées avant sa promulgation.

De même encore, une loi qui modifie les règles admises antérieurement pour la prescription, par exemple, en en reculant le point de départ, s'applique immédiatement aux prescriptions en cours au moment où elle est promulguée. (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, D. P. 21.2.33).

Mais, au principe que la loi nouvelle régit les conséquences futures des situations ou des rapports juridiques *même antérieurs*, il y a deux ordres d'exceptions.

1. Note de M. Gastambide sous D. P. 1913.2.329.

1° La Jurisprudence a maintes fois prononcé avec la plus grande fermeté cette règle que les contrats, une fois formés, demeurent exclusivement régis par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été formés. Voici l'une des plus frappantes applications de cette règle. Par une convention passée en 1819 et renouvelée en 1847, la Ville de Paris avait concédé aux Frères des Ecoles Chrétiennes, en échange des avantages que lui promettait leur Institut pour le développement de l'enseignement populaire, la jouissance d'un immeuble situé rue Oudinot, sans qu'ils eussent à payer de loyer tant que leur établissement subsisterait dans les locaux concédés. La loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire ayant, par la suite, dans son article 2, implicitement défendu aux communes de subventionner directement ou indirectement des écoles privées, la Ville de Paris demanda la résiliation de sa convention de 1819-1847, et un arrêt de la Cour de Paris du 6 décembre 1899 fit droit à cette demande. Mais la Cour de Cassation annula cette décision (Civ. 7 juin 1901 D. P. 1902, 1.105; S. 1902, 1.513, note de M. Wahl), pour cette raison qu'une loi nouvelle ne peut pas porter atteinte aux conventions conclues par les particuliers. « . . Les effets d'un contrat, dit la Chambre civile, 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. »

De même, il a été jugé qu'une loi abaissant le taux légal de l'intérêt ne modifierait pas les intérêts à venir d'une créance fixée au taux légal (alors plus élevé) par une convention antérieure (Trib. civ. Seine 13 juin 1901 D. P. 1902, 2.340, S. 1903. 2.149).

2° On se souvient que les lois de Droit privé se divisent en deux catégories, les lois *impératives* et les lois *supplétives*. Ces dernières ne sont que l'interprétation donnée par le législateur à la volonté présumée des parties, et cela afin de suppléer aux défaillances ou aux lacunes de leurs prévisions, dans l'ordre des rapports juridiques où leur volonté est souveraine. C'est, par exemple, à cette catégorie des dispositions supplétives qu'appartiennent la plupart des règles positives écrites dans notre Code civil à propos des contrats, particulièrement à propos du contrat de mariage, étant donné que le principe dominant, en ces matières, est que les conventions librement consenties font la loi des parties (art. 1134, 1387). Ainsi, lorsque le Code civil décide que les époux mariés sans avoir rédigé de contrat de mariage sont placés sous le régime de la communauté (art 1393), c'est parce qu'il présume, chez les époux qui n'ont point fait de conventions spéciales. l'intention d'adopter, en bloc, les clauses et stipulations contenues dans les articles (une centaine environ), qu'il consacre au régime de la communauté légale.

Or, si l'on suppose qu'une loi nouvelle intervienne modifiant une disposition appartenant à l'ordre des lois supplétives, par exemple, que le législateur fasse demain du régime de la séparation de biens le régime légal des époux mariés sans contrat, cette règle nouvelle devra-t-elle s'appliquer désormais aux rapports des époux mariés *antérieurement*

sans contrat et placés, par conséquent, sous le régime de la communauté? Non évidemment. En effet, si les époux sont placés *aujourd'hui* sous le régime de la communauté, c'est parce qu'ils l'ont voulu *autrefois*, et comme, en cette matière, leur volonté est souveraine, leurs rapports pécuniaires continueront à être ceux d'époux communs, tant du moins que subsistera le principe fondamental que les conventions librement formées font la loi des parties (art. 1134, 1387). Le seul effet de la loi nouvelle, substituant un régime légal à un autre, ce sera que les époux qui se marieront *dorénavant* seront supposés *vouloir* adopter la séparation de biens.

En un mot, la loi ancienne continue à régir les effets futurs des actes antérieurs lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle appartiennent l'une et l'autre à la catégorie des lois supplétives de la volonté autonome et souveraine des parties.

Ainsi s'expliquent et se justifient nombre de décisions de notre Jurisprudence. Par exemple, il a été jugé que l'annexion d'un territoire ou d'un Etat ne saurait porter atteinte aux conventions matrimoniales des époux annexés. Celles-ci, en effet, empruntent leur force à la volonté des futurs époux, laquelle ne peut être interprétée qu'à l'aide de la loi existante au moment où les futurs époux ont choisi expressément ou tacitement le régime qu'ils entendaient adopter ; dès lors, c'est la loi ancienne qui continuera à s'appliquer dans l'avenir. En conséquence, l'hypothèque légale d'une femme mariée sous le régime de la loi sarde continuera à être régie par les dispositions de cette loi et non par celles du Code civil français (Grenoble, 6 juillet 1882. D. P. 1883.2.89; S. 1884.2.209, note de M. Labbé ; Req., 23 mai 1883, D. P. 1883.1.381 ; S. 1883.1.397[1]).

En somme cette règle de principe que la loi ancienne doit s'effacer devant la loi nouvelle quant aux conséquences *futures* des actes accomplis sous son empire ne s'applique que lorsqu'il s'agit de dispositions *impératives*. Et notre seconde restriction à l'empire, dans le futur, de la loi nouvelle se relie comme la première à la fois au *fondement rationnel* de la règle de la non-rétroactivité, et à son *fondement économique*.

1. Nous ne rattacherons pas au même ordre d'idées les décisions d'où il résulte que la validité d'un mariage et les causes de nullité qui l'atteignent doivent être appréciées d'après la législation en vigueur au moment où il a été contracté, que, par exemple, un mariage contracté par un Savoisien, avant l'annexion de son pays à la France, pourra être, postérieurement, déclaré nul pour une cause de nullité repoussée par notre Code, mais admise par la loi sarde (Chambéry, 7 février 1885, D. P. 1885.2.241; S. 1886.2.217. note de M. Chavegrin). Ici, il ne s'agit pas de dispositions supplétives. Le mariage, à la différence du contrat de mariage, n'est pas régi, dans ses effets, par la volonté souveraine des époux. Ce qui explique la compétence de la loi ancienne, c'est cette idée que la *nullité* du mariage ou sa validité sont des *faits déjà passés*, *déjà accomplis* au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle. Nous raisonnerons de même sur le point de savoir si un engagement peut ou non être paralysé par une exception. Ainsi, la loi du 28 mars 1885, qui a abrogé l'exception de jeu dans les marchés à terme, n'a pu faire perdre aux débiteurs, en vertu de marchés passés sous l'empire de l'ancien article 1965 du Code civil, le droit d'opposer cette exception (Req., 12 juillet 1888, D. P. 1889. 1. 10; S. 1891.1.71). C'est que la caducité facultative d'un marché de ce genre constituait un fait *déjà accompli* au moment de la promulgation de la loi nouvelle. C'était donc la loi ancienne qui devait continuer à s'appliquer.

La règle de la non-rétroactivité n'oblige que le juge. — Quelles lois sont rétroactives ? — Une observation essentielle qui domine toute la matière, c'est que la règle de la non rétroactivité de la loi est une règle de pur *Droit civil* et non de *Droit constitutionnel*. Elle n'oblige donc que le juge, mais non le législateur. A une certaine période de notre histoire, il en a été autrement. La Constitution du 5 fructidor an II (Déclaration des Droits, art. 14) faisait en effet de ce principe une règle constitutionnelle Mais ni la Constitution de l'an VIII, ni aucune autre depuis n'a reproduit cette disposition qui figure seulement, nous l'avons vu dans le Code civil.

Une conséquence importante découle de cette constatation : c'est que le législateur peut, lorsqu'il le juge à propos, déroger au principe et décider que telle loi nouvelle aura un effet rétroactif.

Comme premier exemple de la loi établie avec effet rétroactif, nous citerons le décret du 17 nivôse an II, par lequel la Convention annulait toutes les donations faites depuis le 14 juillet 1789, et déclarait que les règles nouvelles instituées en matière de dévolution successorale s'appliqueraient à toutes les hérédités ouvertes depuis cette époque. Une perturbation profonde résulta de cette disposition inspirée au législateur révolutionnaire par cette préoccupation, toute politique, de modifier profondément la répartition des richesses et, par conséquent, la structure de la société. C'est le souvenir de cette crise qui avait fait introduire le principe de la non-rétroactivité dans la constitution de l'an III.

Un autre exemple nous est fourni par la loi du 12 brumaire an II relative aux enfants illégitimes. L'article 10 de cette loi décide qu' « à l'égard des enfants nés hors mariage, dont le père et la mère seront encore existants lors de la promulgation du code civil, leur état et leurs droits seront en tout point réglés par les dispositions du Code ». Celles-ci ont donc eu, lorsqu'elles ont été promulguées, un effet rétroactif en ce qui concerne la situation des enfants illégitimes nés sous l'empire de la législation antérieure.

Au contraire, depuis la Révolution, il est bien rare que le législateur ait fait échec au principe de la non-rétroactivité des lois[1]. Mais il lui arrive assez souvent de décider qu'une loi nouvelle sera applicable aux effets d'une convention antérieurement passée, par dérogation à la règle précédemment posée que les contrats demeurent exclusivement régis par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été conclus. Nous citerons, par exemple, la disposition de la loi du 29 juin 1899, votée à la suite de la loi du 9 avril 1899 relative aux accidents du travail, et en vertu de laquelle les industriels ont été autorisés à dénoncer les polices d'assurances accidents qu'ils avaient souscrites antérieurement. Cette atteinte au principe du respect des conventions a paru indispensable, étant donné que la législation nouvelle sur les accidents assujettissait les industriels à des risques nouveaux contre lesquels leurs assurances antérieures ne les garantissaient point. De même,

1. On peut citer la loi du 3 mai 1921 sur la réparation de dommages causés aux tiers par des explosions ou émanations survenues dans les établissements de l'État ou les établissements privés travaillant pour la défense nationale. V. aussi loi du 16 avril 1914 sur l'organisation municipale, art. 3.

la loi du 16 novembre 1903, relative aux actions de priorité et modifiant, à leur sujet, l'article 34 du Code de commerce ainsi que diverses dispositions des lois concernant les sociétés, a été déclaré (art. 2) applicable aux sociétés même fondées antérieurement. Cette mesure était juste et nécessaire à cause des abus, évidemment non prévus par la législation antérieure des sociétés, qui s'étaient introduits dans la constitution et le fonctionnement de beaucoup de ces organismes, au grand préjudice des capitalistes et même de la moralité publique.

Enfin, il convient encore de citer la loi du 9 mars 1918 sur les baux à loyer, et celle du 21 janvier 1918, qui, visant les marchés de marchandises à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre, autorise chacun des contractants à en demander la résolution pendant la guerre, à charge de prouver que, par suite de l'état de guerre, l'exécution de ses obligations lui causerait un préjudice dépassant de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention. Cette loi fait de plus échec au principe de non-rétroactivité, car elle permet de demander la résolution même à celui qui a été condamné par une décision de justice passée en force de chose jugée, pour celles de ses obligations qu'il n'a pas encore exécutées.

Lois de compétence judiciaire et de procédure civile. — Parmi les lois dont l'application sans réserve à toutes les manifestations futures des situations antérieures n'a pas besoin d'être consacrée par un texte formel, il convient d'indiquer celles qui ont trait à la *compétence* et à la *procédure civile*. C'est qu'en effet ces lois — intéressant d'ailleurs aussi bien le Droit public que le Droit privé, — sont faites pour assurer une meilleure distribution de la justice et que, dès lors, il est à la fois d'ordre public et de l'intérêt même des parties qu'elles leur soient applicables immédiatement, chaque fois du moins que cette application est possible. Par conséquent, une loi qui modifierait la détermination du juge compétent ou le taux de sa compétence devrait régir les faits accomplis et même les instances déjà engagées au moment de sa publication (Aix, 18 février 1886, D. P. 1887, 2.37, S. 1886, 2.169, note de M. Naquet; Grenoble, 12 août 1902, D. P. 1904, 2.77, note de M. Thaller, S. 1904, 2.206). Une loi modifiant la procédure s'appliquera sur-le-champ à tous les procès à naître, fût-ce à propos de faits antérieurs à sa promulgation ainsi qu'aux instances pendantes à ce moment, sous la seule réserve du maintien des actes de procédure déjà accomplis (Paris, 11 juin 1896, D. P 1897, 2.8; S. 1896, 2.245).

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *lois de procédure*. Le criterium est parfois assez délicat à établir. Ainsi, les règles relatives aux preuves admissibles devant le juge rentrent-elles dans la procédure? Il semble qu'il faut distinguer. La *forme* dans laquelle la preuve doit être administrée tient à la procédure et doit être déterminée par la loi en vigueur à l'époque où la preuve est fournie. Au contraire, les conditions de recevabilité de tel ou tel mode de preuve, par exemple, le point de savoir si

tel acte pourra ou non se prouver par témoins, sont déterminées non par la loi du temps où s'exerce l'action mais par celle du temps où l'acte à prouver a été conclu (Civ., 26 juin 1889, D. P. 91. 1. 129). Il doit y avoir sur ce point survivance de la loi ancienne, empiètement de cette loi sur le domaine de la loi nouvelle. Cela est conforme à la nécessité économique. Il n'y aurait pas de sécurité pour les transactions des parties si les conditions de preuve de leurs droits, conditions sur lesquelles ils comptent en contractant, pouvaient se trouver modifiées par un changement de législation. Mais, bien entendu, la règle ici indiquée ne s'applique qu'à la preuve des droits acquis en matière économique, et sous réserve de l'ordre public. Elle ne doit pas s'étendre hors de ce terrain, par exemple, à la preuve de la filiation (Civ., 20 février 1917 précité. Cf., en matière de preuve de l'interposition de personnes dans les libéralités faites à des congréganistes, Civ., 8 février 1904, D. P. 1904, 1, 117 ; S. 1905, 1, 17, note de M. Chavegrin).

Doit-on de même considérer comme étant des lois de procédure les dispositions relatives à la réalisation du droit des créanciers sur les biens de leur débiteur ? Nous serions disposés à l'admettre. Cependant, il faut ici relater certaines décisions qui, à propos de l'application de la loi du 12 janvier 1895, déclarant insaisissables les salaires des ouvriers, ont admis que les créanciers, à raison de dettes antérieures, ont conservé le droit de former des saisies-arrêts sur les salaires acquis antérieurement (Civ., 31 octobre 1900, D. P. 1902.1.257, note de M. Appleton ; S. 1902.1.241. — Cf. D. P. 1896.2.185 et 289). Ce qui explique ces arrêts, c'est qu'ils ont vu, dans la saisissabilité ou l'insaisissabilité des biens du débiteur, une conséquence de l'affectation tacite du gage offert par lui à son créancier, au moment de son engagement. Mais il faut reconnaître qu'une telle manière de voir est très sujette à discussion.

Lois interprétatives. — Une variété de dispositions que l'on rapproche souvent des lois à effet rétroactif, ce sont les lois dites *interprétatives*. On appelle ainsi celles par lesquelles le législateur se propose de déterminer le sens douteux, obscur ou controversé d'une loi ancienne. Nous citerons, comme exemple d'une loi de ce genre, celle du 13 avril 1908 dont l'article 3 interprète l'article 9, § 3 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, texte relatif aux actions en reprise des biens des établissements ecclésiastiques. Il semble, à première vue, que l'application des lois de ce genre soit étrangère à la question de rétroactivité et de non-rétroactivité, puisqu'une disposition interprétative doit être considérée comme s'étant incorporée à la loi interprétée. Cependant, c'est à bon droit qu'on les assimile à des lois à effet rétroactif, et cela pour deux raisons.

D'abord, en fait, l'expérience démontre que le législateur se sert parfois du subterfuge d'une loi soi-disant interprétative pour dissimuler le caractère rétroactif qu'il veut, en réalité, donner à une disposition nouvelle, et éviter ainsi la défaveur avec laquelle l'opinion accueille géné-

ralement une disposition de ce genre. Une loi célèbre nous fournira un exemple de ce procédé. C'est celle du 21 juin 1843 ; soi-disant interprétative de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI relatif à la forme des actes notariés. Ce dernier texte exigeait que les actes notariés fussent reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Cependant, l'usage s'était implanté dans la pratique de faire signer l'acte, après sa réception, par le notaire en second ou par les deux témoins, lesquels n'avaient pas assisté à la rédaction. La Cour de cassation ayant constaté l'irrégularité certaine de cette pratique, et cette jurisprudence faisant planer une menace de caducité sur la plupart des actes notariés antérieurement souscrits, la loi du 21 juin 1843, sous prétexte d'interpréter l'article 9 de la loi de l'an XI qui, en réalité, était fort explicite, intervint pour valider les errements de la pratique.

Mais ce n'est pas tout. En droit et en raison, il est facile d'apercevoir que toute loi interprétative, eut-elle sérieusement ce caractère, entraîne en soi un certain effet rétroactif. Elle commande, en effet, de donner à des actes *déjà passés*, *accomplis* sous l'empire de l'ancienne loi obscure, une interprétation qu'ils n'auraient peut-être pas reçue. Par exemple, au lendemain de la promulgation du Code civil, on se demandait s'il était nécessaire qu'une inscription d'hypothèque contînt la mention de l'époque d'exigibilité de la créance pour donner efficacité à cette hypothèque. L'article 2148 du Code civil, contenant l'énumération des mentions à insérer dans les inscriptions hypothécaires, restait muet sur la question, et les avis différaient. Intervint alors la loi du 4 septembre 1807, décidant, à titre d'interprétation de l'article 2148, que cette mention était indipensable pour la validité de l'inscription et, par suite, pour l'efficacité de l'hypothèque. Il est évident que cette loi modifiait la situation des créanciers hypothécaires inscrits antérieurement, qui, dans leur inscription, n'avaient pas fait figurer la mention requise. Ces créanciers, en effet, au cas où une contestation aurait surgi sur la validité de leur hypothèque, pouvaient espérer, le point étant controversé, tomber sur un tribunal qui déclarerait l'inscription valable. A partir de la loi interprétative, une telle espérance leur était interdite[1].

L'idée que la loi interprétative présente un caractère non seulement *rétrospectif*, mais *rétroactif*, n'est donc plus contestée aujourd'hui. Ainsi d'ailleurs en jugeaient déjà les auteurs du Code civil, car l'article 2, dans sa rédaction primitive, contenait un alinéa deuxième ainsi conçu : « *Néanmoins* la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique... » Le Conseil d'Etat supprima cet alinéa, parce

1. La question de savoir si une loi est ou non interprétative et parfois assez difficile à résoudre. V. Req., 24 mars 1924, S. 24.1.146, note de M. Niboyet ; 10 février 1925, D. P. 25.1.99, note de M. Josserand. La question a été résolue dans le sens de l'affirmative en ce qui concerne la loi du 7 novembre 1922, introduisant dans l'article 1384 deux alinéas qui visent la responsabilité des détenteurs d'immeubles ou de choses mobilières dans lesquels un incendie a pris naissance et s'est propagé en dehors (Civ., 16 juillet 1925, D. H. 1925, p. 573, S. 1925.1.351 ; 23 mars 926, D. P. 1926.1.139, note de M. Josserand).

qu'il lui parut inutile d'exprimer quelque chose d'aussi évident (Locré, t. I, p..380, 391 et s.).

SECTION III. — Abrogation des lois.

L'abrogation est la *suppression* de la loi, en ce qui concerne du moins son effet obligatoire.

Il y a deux sortes d'abrogations : l'abrogation expresse et l'abrogation tacite.

L'*abrogation expresse* est celle qui est contenue dans un texte formel. Nous en avons déjà donné un exemple en citant l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII promulguant le Code civil. On se souvient que cet article abroge en bloc toutes les lois antérieures à 1789.

L'*abrogation tacite* est celle qui ne résulte pas d'un texte exprès, mais de la contrariété, de l'incompatibilité qu'il y a entre une loi ancienne et une loi nouvelle. En effet, le législateur doit être présumé avoir voulu, ordonné des choses raisonnables. Et il ne le serait pas qu'ayant édicté successivement deux lois contraires, il eût entendu prescrire de les appliquer toutes les deux. Du moment que l'observation de l'une exclut celle de l'autre, il est clair que, dans le conflit, c'est la loi récente qui doit l'emporter.

On comprend par là l'inutilité d'un article final par lequel se terminent un grand nombre de lois françaises, article portant que toutes les lois antérieures sont abrogées « dans ce qu'elles ont de contraire à la présente loi ». Cette abrogation va sans dire ; il est superflu de la formuler.

Y a-t-il abrogation par la désuétude ou par l'établissement d'un usage contraire ? — La solution de cette question ne semble guère pouvoir faire doute. Nous avons vu que la coutume n'est pas une source de Droit positif dans notre société moderne. Elle peut donc bien modifier l'interprétation donnée à la loi, mais non abroger la loi elle-même par l'établissement d'un usage contraire. D'autre part, la désuétude d'une loi ne prouve pas autre chose que la défaillance des autorités qui devraient la faire respecter. Le jour où ces autorités sortiront de leur torpeur et s'appliqueront, comme c'est leur devoir, à remettre en application un texte trop longtemps négligé, rien ne pourra mettre obstacle à cette reviviscence. C'est ainsi que le décret-loi du 2 mars 1848 (avec l'arrêté du 21 mars) prohibant le marchandage, quoique non appliqué pendant un demi-siècle, n'a pu être considéré comme ayant été abrogé par le non-usage, et a dû être appliqué par les tribunaux le jour où il a plu au ministère public d'en remettre en honneur les prescriptions (Ch. réun., 31 janvier 1901, D. P. 1901, 1.169, S. 1902, 1.157).

Toutefois, il y a ici, comme lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de la coutume, certains tempéraments que le bon sens commande d'admettre à la portée du principe. Il nous semble que, lorsqu'une disposition légale a été certainement écrite en vue d'une situation ou d'une institution à laquelle elle se rattache par un lien évident, la fin de cette situation ou de cette institution doit marquer aussi la fin de l'application de la loi Nous citerons,

par exemple, les articles 1265 à 1270 consacrés par le Code civil à la *cession de biens*. Ces textes n'ont jamais été abrogés ni expressément, ni tacitement. Aucune disposition légale ne mettrait obstacle aujourd'hui encore à ce que la cession de biens fût pratiquée entre débiteur et créancier. Cependant, tout le monde considère ces articles comme abrogés. En effet, le seul avantage que la cession de ses biens procurait au débiteur était de lui permettre d'éviter la *contrainte par corps*. Or, cette voie d'exécution a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867. Il doit en résulter la disparition d'une institution, comme la cession de biens, corollaire de celle de la contrainte par corps. C'est là le résultat d'une *nécessité rationnelle*, et par conséquent *naturelle*, qui permet de ne pas s'en tenir à la volonté exprimée du législateur, parce que, plus forte que cette volonté même, elle l'implique, la sous-entend inévitablement. De même, aucun texte n'a jamais abrogé le décret-loi du 27 mars 1852 qui rend au Code civil le nom officiel de Code Napoléon. Nous tenons cependant ce texte pour abrogé parce qu'il avait été écrit en vue de mettre l'appellation du Code en harmonie avec les institutions impériales créées par la Constitution de 1852, laquelle a été renversée en 1870.

C'est surtout en matière de *règlements de police* qu'il y aura lieu de tenir compte de cette espèce d'abrogation tacite résultant, non de la simple désuétude, mais de la disparition des conditions sociales, politiques, économiques, en vue desquelles la loi a été écrite. C'est qu'en effet, les règlements de police étant destinés, sans mettre en jeu aucun principe essentiel de droit, à assurer, par mille prescriptions de détail, le fonctionnement pratique, quotidien et infiniment complexe de la vie sociale dans l'Etat, le département ou la commune, constituent une législation essentiellement temporaire et contingente, en même temps qu'extraordinairement touffue. Les règlements de police peuvent donc être considérés comme ne survivant pas à l'état de choses, au *moment de la vie sociale* en considération desquels ils sont intervenus. On a cité (Beudant, *Cours*, Introduction, n° 105) une ordonnance de 1634 qui interdit de fumer du tabac à bord des bateaux sous peine d'être battu et mis à fond de cale. Aucune disposition légale n'a jamais retiré cette ordonnance qui n'est, d'autre part, incompatible avec aucun des nombreux règlements de police concernant la marine et la navigation qui se sont succédé depuis le XVII^{e} siècle. Elle n'a donc fait l'objet d'aucune abrogation, ni expresse ni tacite. Qui pourrait cependant soutenir que cette vieille ordonnance de 1634 fût encore aujourd'hui obligatoire ?

CHAPITRE III

THÉORIE GÉNÉRALE DES ACTES JURIDIQUES

Une théorie au moins sommaire des *actes juridiques*, c'est-à-dire des manifestations de la volonté des individus en tant qu'elles produisent des effets juridiques, trouve place assez logiquement à la suite d'une étude sur les *sources* du Droit.

Dans une partie importante du Droit privé en effet, à savoir le Droit économique ou patrimonial, les droits des particuliers résultent ordinairement des manifestations de leur volonté autonome auxquelles la loi elle-même (V. notamment, art. 1134, C. civ.) accorde cette efficacité de faire loi entre les parties contractantes. L'acte juridique peut donc être considéré en pareille matière, comme une source *particulière* du Droit dont il importe de déterminer le fonctionnement tel qu'il a été réglé et mesuré par la loi.

D'autre part, même dans la matière des droits de famille qui paraissent le domaine exclusif de la réglementation légale, les manifestations de volonté des particuliers jouent parfois un rôle important, celui de les placer dans telle ou telle situation légale déterminée (mariage, adoption, reconnaissance d'enfants naturels, autorisations, etc...) Les conditions d'existence, de validité, d'efficacité de ces manifestations sont souvent très analogues à celles que la loi établit à propos des actes juridiques intéressant le patrimoine. Lorsqu'elles s'en différencient, il est important de faire ressortir ces différences. Pour ces diverses raisons, il est utile de faire place, en cette introduction, à une théorie, tout au moins élémentaire, des actes juridiques. En cela nous suivrons une méthode différente de celle de notre Code qui non seulement ne débute pas (comme l'a fait depuis le Code civil allemand) par une théorie générale de l'acte juridique, mais se contente d'esquisser (Liv. III, titre III, art. 1101 à 1125, 1151 à 1154, 1168 à 1188, 1304 et s.) une théorie générale des *contrats*, c'est-à-dire des actes juridiques les plus fréquents et les plus usueis.

GÉNÉRALITÉS

Définitions. Faits juridiques et actes juridiques. — Tous les événements qui ont pour effet de donner naissance à des droits, de les transmettre d'une personne à une autre, d'en entraîner l'extinction, sont des *faits juridiques*. Mais il s'en faut que tous les faits juridiques constituent des *actes juridiques*.

Ceux qu'on appelle ainsi, les *actes juridiques proprement dits*, ce sont les actes *volontairement* accomplis par l'homme, *avec l'intention* d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits. Citons immédiatement comme exemple, les *contrats* (vente, louage d'immeubles, prêt, contrat de travail, société, etc.), actes juridiques consistant en un accord de deux ou de plusieurs volontés formé pour créer des obligations entre les contractants.

Cette classe d'actes juridiques est la plus nombreuse et la plus importante. Les contrats, en effet, sont la substance, la trame même de la vie juridique. C'est pourquoi on peut dire que la volonté joue un rôle prépondérant dans le domaine du Droit civil. C'est elle qui est la source génératrice la plus abondante des droits civils. Il en est ainsi dans la sphère du *Droit économique* ou patrimonial. Là, presque tout est réglé par les contrats. Et nous avons vu que les lois qui ont trait à cette matière (lois supplétives ou déclaratives) ne sont elles-mêmes en général que le résultat de *contrats supposés*.

Mais les contrats ne sont pas les seuls actes juridiques à signaler. On peut indiquer encore, par exemple, le *testament*, acte par lequel l'individu dispose des biens qu'il laisse à son décès.

En somme, on peut définir l'*acte juridique* une manifestation de volonté qui est faite avec l'intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre un droit.

Confusion à éviter. Sens divers du mot acte. — Il convient de faire ici une observation essentielle. En dehors du sens que nous venons d'indiquer, le mot *acte* est pris encore dans une autre acception. On l'emploie en effet pour désigner l'*écrit* qui est rédigé pour servir de preuve d'une opération juridique. Les Romains désignaient cet écrit sous le nom d'*instrumentum*, et l'on dit quelquefois encore l'*acte instrumentaire*, de même que l'on emploie le verbe *instrumenter* pour désigner le fait de l'officier public qui dresse un acte de son ministère.

Ainsi, le mot *acte* sert à désigner à la fois l'opération volontaire qui a pour but de créer, de transmettre ou d'éteindre un droit, et l'écrit dressé pour la constater. Cette double signification, dont nous avons maints exemples dans le Code (art. 196, 778, 1139, 1317 et suiv., etc.), est regrettable, car elle peut créer une confusion. Il vaudrait mieux réserver le mot *titre* pour désigner l'écrit probatoire.

Faits juridiques ne constituant pas des actes. — Il résulte de ce qui précède que, lorsqu'il n'y a pas opération *volontaire*, *intentionnelle*, il n'y a pas *acte juridique*. On appellera *faits juridiques* tous les événements qui entraînent la naissance, la transmission, la transformation, l'extinction de droits sans impliquer l'intervention d'une volonté intentionnelle. Ces faits juridiques se diviseront eux-mêmes en deux catégories :

1° Les faits *indépendants de toute volonté de l'homme*, c'est-à-dire les événements naturels ou accidentels qui entraînent des conséquences juridiques. Nous citerons, comme exemples, la *naissance*, qui marque le

commencement de la personnalité, c'est-à-dire de l'aptitude à devenir titulaire de droits, et la *mort*, qui en marque la fin et entraîne la dévolution du patrimoine du défunt. Il faut noter encore la *minorité*, la *parenté*, l'*écoulement d'un certain laps de temps*, lequel fait acquérir des droits ou les éteint par l'effet de la prescription acquisitive ou extinctive, la *contiguïté des immeubles* qui engendre des obligations à la charge des voisins, l'*accident* qui frappe dans son travail un salarié employé par un chef d'entreprise, etc.

2° Les faits résultant de la volonté de l'homme (ou, ce qui revient au même d'une défaillance de sa volonté, de son attention) mais sans *intention* de leur faire produire des effets juridiques, et auxquels cependant la loi attache cette conséquence. Tels sont les *délits* ou *quasi délits*, c'est-à-dire les actes illicites, fautifs, causant un dommage à autrui. Ces actes engendrent un droit de créance au profit de la victime contre l'auteur du dommage.

Principe de la liberté des parties dans les actes juridiques. — Un principe essentiel domine la matière des actes juridiques touchant aux rapports d'ordre économique ou patrimonial ; c'est le principe de la *liberté des conventions*. Il consiste en ceci que les particuliers peuvent faire tous les actes juridiques qu'ils veulent et leur faire produire toutes les conséquences juridiques qui leur conviennent, du moment qu'il ne s'agit pas d'un acte ou d'un effet juridique interdit par une disposition expresse de la loi. Tout ce qui n'est pas défendu est permis.

Ce principe est énoncé dans un des articles les plus importants du Code civil, l'article 1134, 1er alinéa, où, à propos des contrats nous lisons : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Notons dès à présent l'une des applications les plus importantes de ce texte faites à une matière spéciale par le Code civil, à savoir la disposition de l'article 1387 relative aux *contrats de mariage*, c'est-à-dire aux pactes par lesquels l'homme et la femme, avant leur mariage, règlent le régime de de leurs intérêts pécuniaires pour le temps de leur union. Ce texte nous dit : « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de convention spéciale que les époux peuvent faire comme ils le veulent, »

Limitation du domaine de la volonté. Ordre public et bonnes mœurs. — Si grande que soit la liberté, l'autonomie laissée à la volonté dans le commerce juridique, elle souffre cependant des bornes. L'article 6 du Code civil, nous dit en effet : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent *l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Quelles sont donc les dispositions dont l'empire absolu restreint ainsi le domaine abandonné à la libre volonté des particuliers ?

Des deux expressions employées par l'article 6 du Code civil, il en est une dont le sens ne peut prêter à aucune incertitude c'est celle de *bonnes*

mœurs. Les bonnes mœurs, c'est la *morale*. Il est donc interdit aux particuliers d'insérer dans les actes juridiques, œuvre de leur volonté, des dispositions contraires à la morale. S'ils le font, ils auront agi en vain, leur volonté sera dénuée de toute portée juridique. Ce n'est pas seulement l'article 6 du Code civil qui le dit D'autres dispositions assez nombreuses éparses dans notre Droit reproduisent la même règle (V., notamment, art. 900, 1133, 1172, 1387 C. civ.) à propos de matières spéciales. Il résulte de ces textes, on le remarquera, que, contrairement à ce qui semblerait résulter au premier abord de l'article 6, ce n'est pas seulement aux *lois* intéressant les bonnes mœurs qu'il est interdit de déroger par des actes juridiques, mais aux préceptes de la morale, et cela en dehors de toute disposition formelle. Les tribunaux sont donc en droit d'annuler toute convention, toute opération juridique du moment qu'ils la trouvent *immorale*.

L'expression *d'ordre public* est loin d'être aussi claire que la précédente. Essayons cependant d'en déterminer le sens[1]

L'ordre public c'est l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire une certaine organisation nécessaire au bon fonctionnement de l'Etat. Toutes les lois de Droit public sont donc d'ordre public, y compris naturellement les lois de Droit pénal. Mais, en outre, dans la législation civile elle-même, bien que celle-ci n'ait trait, en principe, qu'au règlement des intérêts particuliers, il y a bon nombre de dispositions qui touchent à l'ordre public, parce que les règles qu'elles contiennent paraissent indispensables au maintien de la sécurité, de la moralité publiques, à celui des rapports pacifiques entre les citoyens, à la commodité de leurs relations économiques. Ces dispositions touchant ainsi non seulement à l'intérêt de certains individus, mais à l'intérêt général doivent rester intangibles. Il ne peut dépendre de la volonté des particuliers d'en écarter l'application.

Nous ne saurions ici essayer de passer en revue toutes les dispos tions de Droit privé qui offrent ce caractère. On les rencontrera au fur et à mesure des études qui vont suivre. Nous nous contenterons de citer certains exemples de dispositions d'ordre public.

Dans le Droit de la famile, toutes les prescriptions légales ont la valeur de règles d'ordre public. En effet, la société est intéressée à l'application des règles qui concernent l'organisation de la famille, par exemple, les conditions requises pour la conclusion et la dissolution du mariage, les droits et les devoirs des époux, ceux des parents et des enfants, les modes de détermination de la filiation, etc... C'est tout au plus si certaines des règles concernant les conséquences pécuniaires des droits de famille peuvent être considérées comme étrangères à l'ordre public. Nous citerons, à titre d'exemple, la règle qui attribue aux parents un usufruit légal sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans. La suppression de ce droit au détriment de tel ou tel individu n'attenterait

1. De Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (1899) ; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé* (Paris, Grenoble, 1890); *Principes de droit international privé*, 1903, p. 367.

évidemment en rien à l'intérêt général. Aussi admettra-t-on qu'une personne, donnant ou léguant des biens à un enfant mineur, puisse valablement, par une disposition expresse, soustraire les biens donnés ou légués à l'usufruit des parents.

Quand il s'agit du droit patrimonial, il en est tout autrement. La plupart des dispositions légales ne sont pas d'ordre public. Pourtant, on rencontre encore en cette matière des règles qui présentent ce caractère. Nous citerons celles qui ont trait à l'organisation de la propriété, du crédit foncier et mobilier, à la publicité des transmissions et, plus généralement, toutes les règles justifiées par l'intérêt des tiers, c'est-à-dire ayant pour but d'empêcher que des contractants puissent, par leur contrat, porter un préjudice à d'autres personnes. Par exemple, l'article 1395 du Code civil, décidant que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage, est d'ordre public ; on ne peut y déroger par des conventions particulières. En effet, le but principal que le législateur, à tort ou à raison, a cru atteindre en prescrivant l'immutabilité des conventions matrimoniales, était de protéger les tiers qui contracteraient avec les époux pendant le mariage.

A côté des lois touchant à l'intérêt général il est une autre catégorie de dispositions qui concernent surtout l'intérêt privé et auxquelles cependant il est interdit de déroger par des conventions particulières. Ce sont les dispositions dites *de protection ;* nous voulons désigner par là celles qui ont pour but de protéger les personnes que leur âge, leur sexe, leur débilité intellectuelle rendent incapables de se défendre elles-mêmes dans le commerce juridique, cette variété de lutte pour la vie, celles qui ont trait en un mot aux incapacités (mineurs, fous, femmes mariées). Ces dispositions sont évidemment intangibles, car elles n'atteindraient pas leur but de protection s'il était permis d'y déroger dans des cas particuliers.

De même, même dans la matière des contrats, domaine proprement réservé à la libre volonté des parties, les dispositions par lesquelles la loi veut empêcher que l'un des contractants n'abuse de sa supériorité économique au détriment de l'autre pour lui imposer des conditions léonines, intéressent l'ordre public. Aussi est-il défendu d'y déroger par des conventions particulières. Par exemple, l'application des dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, mettant à la charge du chef de l'entreprise la responsabilité de ces accidents, ne peut être écartée par les conventions conclues entre patrons et ouvriers (V. art. 30, 1er al. de la loi).

Principales classifications des actes juridiques. — Les principales classifications des actes juridiques sont les suivantes :

I. — *Actes unilatéraux, actes bilatéraux.* — Certains actes exigent le concours de deux volontés. Ce sont les actes *bilatéraux ;* ceux qui n'émanent que d'une volonté sont des actes *unilatéraux.*

Les actes bilatéraux s'appellent aussi *conventions.* La convention est

un accord de deux ou plusieurs personnes *en vue de créer*, *de transmettre ou d'éteindre un droit* patrimonial (vente, échange, louage, prêt, société, mandat, contrat de travail, etc.), ou en vue d'engendrer des droits de famille (mariage, adoption).

L'article 1101 du Code civil distingue le *contrat* de la *convention*. Le contrat est une espèce particulière de convention. Il a pour but de faire naître ou de transmettre, mais non d'éteindre un droit. Aussi la *vente* est un *contrat* ; au contraire, le *paiement*, ou acte par lequel le débiteur exécute son obligation, est une *convention*. La convention est donc le genre et le contrat l'espèce.

Comme exemples d'actes unilatéraux, nous citerons le testament, l'acceptation d'une succession, d'un legs, la renonciation à un droit, le congé en matière de louage d'immeubles ou de contrat de travail, l'occupation d'une chose sans maître, et, dans le droit de famille, l'émancipation, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc...

II. — *Actes à titres gratuit, actes à titre onéreux.* — Les actes *à titre gratuit* (donation, testament, dépôt, prêt à usage ou commodat, prêt d'argent sans intérêts) sont ceux qui procurent à une personne un avantage sans qu'elle soit obligée de fournir un équivalent. Celui qui s'oblige par un acte à titre gratuit s'oblige donc dans une intention libérale comme le donateur, ou en vue de rendre service à autrui, comme celui qui accepte de recevoir un dépôt ou de prêter à un autre l'usage gratuit d'un objet, ou enfin comme le prêteur d'argent sans intérêts.

Au contraire, les actes *à titre onéreux* sont ceux qui se font donnant donnant, c'est-à-dire qui imposent un sacrifice équivalent à l'avantage qu'ils procurent, comme la vente, le prêt à intérêts, etc.

III. — *Actes entre vifs, actes à cause de mort.* — Les actes *à cause de mort* ou de dernière volonté ont pour objet la transmission des biens après le décès. Ils ne produisent leur effet qu'après la mort du disposant, et peuvent toujours être modifiés ou révoqués par lui jusqu'au moment de son décès. Le type de l'acte à cause de mort, en même temps que de l'acte unilatéral, est le testament.

Les actes *entre vifs*, de beaucoup plus nombreux, sont soit des conventions (vente, donation, etc.), soit des actes unilatéraux (renonciation, occupation, etc.). Ils produisent leurs effets juridiques du vivant de leurs auteurs.

SECTION I. — CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DES ACTES JURIDIQUES.

§ 1. — La volonté.

Notions générales. — L'élément essentiel de tout acte juridique est la volonté de son auteur.

Lorsque l'acte est unilatéral, il n'y a qu'une volonté. Quand c'est une convention, il faut que les volontés des contractants se mettent d'accord. Cet accord s'appelle *consentement*. Mais le consentement, opération in-

terne, psychologique, ne suffit pas. La volonté doit se formuler extérieurement par une *déclaration* qui en manifeste l'existence.

Cette déclaration est le plus souvent *expresse*, c'est-à-dire exprimée verbalement ou par écrit. Mais elle peut aussi se produire *tacitement*. Elle se manifeste de la sorte quand l'intéressé se comporte de telle façon que son intention de faire l'acte juridique est certaine. Ainsi, l'acceptation d'une succession est tacite, nous dit l'article 778, 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 paye les créanciers de la succession, ou bien il vend les biens en faisant partie (V. aussi art. 1985, 2e al.). La déclaration tacite peut parfois résulter aussi du fait de continuer un rapport juridique arrivé à son terme. Ainsi, un locataire a loué un appartement pour trois ans et au bout de ce délai, il continue à habiter cet appartement au vu et au su du propriétaire. Il se fait entre les parties un nouveau contrat de louage qui porte le nom de tacite reconduction (art. 1738).

Comment la déclaration de volonté doit-elle être formulée ? — Actes purement consensuels et actes solennels. — Il résulte de ce qui précède qu'en règle générale, les actes juridiques ne sont pas soumis à une forme déterminée. La simple déclaration de volonté, quelle que soit la façon dont elle se manifeste, produit les effets juridiques voulus par le déclarant. *Notre législation n'est pas une législation formaliste.*

Il est bon de remarquer que cette règle qui domine notre Droit est d'origine relativement récente. Dans les législations anciennes, chaque acte juridique devait être fait d'après un modèle établi par le législateur, et auquel on était obligé de se conformer. Le formalisme se rencontre à l'origine de toutes les législations. Et il faut reconnaître qu'il présente des avantages. « Il est pour les actes juridiques, a dit Ihering (*Esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, 2e édit., t. III, p. 178), ce que l'empreinte est pour la monnaie. » Il établit d'une façon non douteuse la volonté des parties et la nature de l'acte qu'elles ont voulu faire. En outre, il en conserve le souvenir et en facilite la preuve ultérieure, ce qui est fort utile aux époques où l'usage de l'écriture est peu répandu. Mais, à côté de ces avantages, que d'inconvénients ! Le formalisme ralentit et alourdit la formation des actes juridiques. Dans les sociétés modernes, où les transactions sont incessantes, il faut qu'elles se concluent très rapidement, surtout quand il s'agit d'opérations commerciales. C'est pour cela que l'emploi des formes solennelles, la nécessité, par exemple, de certaines paroles caractéristiques prononcées devant témoins ou d'une rédaction écrite émanant d'un officier public, a été abandonné par les législations modernes. De nos jours, toute manifestation de volonté est, en principe, tenue pour bonne, quelle que soit la façon dont elle est exprimée. Elle suffit à produire l'effet juridique voulu par les intéressés.

Cette absence de formes n'est pas d'ailleurs sans certains dangers, soit au point de vue de la conclusion de l'acte lui-même, soit au point de vue de la sécurité des personnes intéressées à connaître l'acte accompli, soit

enfin au point de vue des constatations auxquelles l'acte peut donner lieu par la suite. D'où trois ordres d'exceptions ou de tempéraments au principe.

1° Tout d'abord, il y a quelques actes juridiques importants pour lesquels la loi impose des formes soit en vue de protéger l'intéressé contre une détermination trop rapide ou irréfléchie, soit pour le défendre contre tout abus d'influence et sauvegarder son indépendance, soit enfin pour assurer la bonne rédaction de l'acte et sa conservation. Les actes de ce genre sont appelés actes *solennels*. Et ils sont assez nombreux dans notre Droit.

Dans le domaine du Droit de la famille, tous les actes juridiques sont soumis à une forme réglée par la loi. Ainsi, le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil, en présence de témoins (art. 75) ; l'adoption doit être conclue devant le juge de paix (art. 360) ; la reconnaissance d'un enfant naturel doit être faite, soit dans l'acte de naissance devant l'officier de l'état civil, soit dans un acte authentique, c'est-à-dire devant un officier public (art. 334) ; l'émancipation est reçue par le juge de paix assisté de son greffier (art. 477, 2e al.,) etc.

Dans le Droit du *patrimoine*, les actes solennels sont, au contraire, l'exception. La donation entre vifs (art. 931), la constitution d'hypothèque (art. 2127), le contrat de mariage ou contrat réglant le régime matrimonial des futurs époux (art. 1394), la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 9, L. 23 mars 1855), le paiement avec subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250, 2e al.) doivent être conclus devant notaire [1]. Quant au testament, il peut être rédigé dans trois formes légales déterminées par les articles 970, 971, 976.

2° Certains actes juridiques doivent être *publiés*, ou portés à la connaissance des tiers, c'est-à-dire des personnes qui n'y ont pas été parties, et qui sont cependant intéressées à les connaître, parce qu'ils peuvent produire des effets à leur encontre. La loi organise, en conséquence, des mesures de publicité que les parties à l'acte doivent accomplir.

Il en est ainsi pour les actes entre vifs relatifs à l'acquisition ou à la transmission de la propriété immobilière ou des droits réels immobiliers, lesquels doivent être mentionnés sur des registres publics que chacun peut consulter. De même, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire d'une succession et la renonciation de l'héritier doivent être faites sur un registre au greffe du tribunal (art. 784, 793). De même encore, le contrat de mariage est soumis à une forme spéciale de publicité (art. 76, 8° et 1394, 2° et 3° al.).

Ces formalités de publicité n'ont pas la même portée ni la même sanction que celles dont résulte la *solennité* d'un acte. 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 accomplies, l'acte reste valable, mais il ne produit aucun effet à l'encontre des personnes en faveur desquelles les mesures de publicité sont prescrites.

3° Enfin, les parties qui font un acte juridique présentant une certaine importance, comme la vente d'un immeuble, ou devant donner naissance à

1. La convention collective de travail n'est valable que si elle est rédigée par écrit, mais un acte sous-seing privé suffit (C. du travail l. I, art. 31 c.) ; même solution pour les statuts des sociétés (art. 1834 C. Civ. et 39 C. Co.).

des rapports juridiques d'une certaine durée, comme le louage d'immeubles, la société, l'association, ont intérêt à dresser un acte écrit pour préciser les clauses du contrat et éviter les contestations que pourrait faire naître son exécution.

Elles peuvent se contenter de rédiger elles-mêmes cet acte et de le signer, on dit alors qu'il est fait *sous seing privé* ; ou bien elles peuvent faire constater le contrat par un acte notarié.

La loi en principe n'oblige jamais les parties à cette rédaction d'un instrument probatoire (en dehors, bien entendu, des actes solennels précités), mais elle les y incite, en défendant de faire la preuve des actes juridiques dont la valeur excède 500 fr., (art. 1341, modifié par la loi du 1er avril 1928), autrement que par écrit. Aussi, en fait, les parties rédigeront toujours un écrit, afin de pouvoir établir plus tard les clauses et conditions de l'opération par elles accomplie, au cas où une contestation s'élèverait entre elles à son occasion. Cet écrit, remarquons-le bien, n'ajoute rien à la validité du contrat, lequel est parfait par le seul accord des volontés ; il constitue seulement le mode de preuve auquel les contractants pourront se référer quand il en sera besoin. L'acte non accompagné de cette preuve est valable en soi ; mais il ne peut être prouvé.

Des vices qui peuvent entacher la volonté. — Celui qui fait un acte juridique peut se trouver sous l'empire d'une erreur soit spontanée, soit provoquée par des manœuvres frauduleuses. Il peut aussi céder à une contrainte ou violence exercée sur lui. L'*erreur*, le *dol*, la *violence* ont pour effet d'altérer plus ou moins profondément la manifestation de volonté, et lui enlèvent, dans certains cas, sa valeur. Il en est ainsi quand il est certain que l'intéressé n'aurait pas fait l'acte juridique, s'il n'avait été sous l'empire de l'erreur ou de la violence.

Enfin, il arrive parfois que l'acte juridique cause un préjudice excessif à celui qui l'a passé. On dit alors qu'il y a *lésion*, et la loi vient dans certains cas au secours de l'intéressé en lui permettant de faire annuler l'acte.

Il faut voir dans quelle mesure ces divers événements enlèvent son efficacité à la manifestation de volonté.

1° De l'erreur. — L'erreur consiste à croire à l'existence d'une qualité, d'un fait, d'un événement qui, en réalité, n'existent pas.

L'erreur commise par l'auteur de l'acte n'a pas toujours la même gravité et ne produit pas toujours le même effet. Il y a lieu, en conséquence, de distinguer trois situations différentes :

A. — *Première situation.* — L'erreur commise détruit parfois la manifestation même de volonté, si bien qu'elle empêche l'acte juridique de se former. Cela se produit dans deux hypothèses :

a) Il y a erreur *sur la nature de l'acte* à accomplir. Exemple : deux personnes décident de faire un contrat ayant pour but de transférer la propriété d'un objet ; mais l'acquéreur croit qu'il s'agit d'une donation, tandis que l'aliénateur a l'intention de vendre l'objet. En pareil cas, l'erreur em-

pêche l'accord des deux volontés nécessaire à la formation du contrat. Il n'y a entre les parties ni vente ni donation.

b) Il y a erreur *sur l'objet* même de l'acte juridique. Exemple : les parties font un contrat de vente, mais il y a erreur sur la chose vendue. De même, un testateur a l'intention de léguer une chose, mais il se trompe et en désigne une autre dont il a déjà disposé au profit d'un tiers.

B. — *Seconde situation.* — Sans détruire la volonté, l'erreur peut parfois l'altérer gravement, en ce sens que c'est elle qui détermine l'auteur de l'acte à agir. Si celui-ci avait connu la vérité, il n'aurait pas passé l'acte en question. Il est juste alors que la loi vienne à son secours et lui permette de faire annuler un acte que, sans l'erreur, il n'aurait pas accompli. Il en est ainsi dans les deux cas suivants :

a) L'erreur porte sur une *qualité substantielle* de la chose qui fait l'objet de l'acte juridique, c'est-à-dire sur une qualité que les parties ou l'une d'elles ont prise en principale considération, de telle sorte qu'elles n'auraient pas contracté si elles avaient su qu'elle n'existait pas. Exemple : j'ai acheté des chandeliers de cuivre parce que je les croyais en argent, ou des chandeliers modernes parce que je les croyais anciens (Art. 1110, 1er al.).

b) L'erreur porte sur la *personne*, dans un contrat où la considération des qualités de la personne avec laquelle on contracte est la cause principale et déterminante du contrat. Par exemple, un individu fait une donation à un autre, parce qu'il croit faussement qu'il existe entre eux un lien de parenté. (Art. 1110, 2e al.).

C. — *Troisième situation.* — Enfin, il y a des cas dans lesquels l'erreur ne vicie pas l'acte juridique, parce qu'elle n'enlève par sa valeur à la manifestation de volonté.

Il en est ainsi tout d'abord quand on peut dire que l'intéressé aurait passé l'acte, même s'il avait été exactement renseigné. C'est ce qui se produit, notamment, dans la plupart des contrats à titre onéreux, au cas d'erreur sur la personne ; en effet, la considération de la personne du cocontractant n'y joue presque jamais un rôle déterminant. Par exemple, un libraire vend un livre qu'on lui paie comptant. Qu'importe que ce soit à Pierre ou à Paul ? S'il se trompe sur la personne de l'acheteur, cette erreur n'influe pas sur la validité du contrat ; elle ne sera pas une cause de nullité. De même, l'erreur n'est pas prise en considération quand elle porte sur une qualité non substantielle de l'objet.

Mais il y a plus. L'erreur sur les *motifs* qui ont décidé une personne à faire un acte n'empêche pas que cet acte soit valable. Exemple : j'ai acheté un porte-monnaie parce que je croyais que j'avais perdu le mien, puis je m'aperçois que je m'étais trompé. L'achat reste valable. En effet, les motifs qui poussent un individu à faire tel ou tel acte sont *extérieurs* à cet acte ; ils ne sont connus que de lui ; il n'y aurait nulle sécurité dans le commerce juridique si l'on pouvait faire annuler des actes librement accomplis, sous le prétexte qu'on s'y est déterminé par de faux motifs.

On remarquera que l'erreur commise par l'auteur de l'acte juridique peut porter soit sur une circonstance de fait (*erreur de fait*), soit sur

l'existence d'une disposition de la loi (*erreur de droit*). Par exemple, un malade fait un legs au médecin qui le soigne, ignorant que l'article 909 interdit ce genre de libéralités : voilà une erreur de droit. Il n'y a pas à distinguer entre les deux espèces d'erreurs. Elles produisent le même effet, et emportent l'une et l'autre, dans les mêmes cas, la nullité de l'acte juridique. Qu'importe, en effet, la nature de l'erreur du moment qu'elle vicie la manifestation de volonté ?

2° **Du dol.** — Le mot *dol* désigne toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre. Le dol suppose donc des manœuvres frauduleuses, des agissements, des affirmations mensongères employés pour faire naître l'erreur dans l'esprit d'une personne et la déterminer à passer un acte.

Aux termes de l'article 1116 du Code civil, 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 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.

Le dol a pour résultat d'induire en erreur la personne contre laquelle il est dirigé. C'est pour cela qu'il est considéré comme ayant vicié la déclaration de volonté. Cependant, il ne faut pas confondre ces deux causes de nullité. L'erreur sans dol n'entraîne nullité, nous l'avons vu, 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 alors qu'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 : 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. Au contraire, une erreur de ce genre qui n'aurait pas été le résultat de manœuvres dolosives, n'est pas, nous venons de le voir, une cause de nullité.

Lorsque l'acte juridique est une convention, l'article 1116 exige une condition particulière pour qu'il y ait vice de la volonté : c'est que le dol ait été pratiqué *par l'une des parties contre l'autre*, ou, tout au moins, que l'une des parties 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. Mais, si le dol a été commis par un tiers, la victime n'a rien à reprocher à son cocontractant, qui 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. En effet, 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, et il y aurait de sa part indélicatesse à prétendre conserver le bénéfice de la libéralité reçue, du moment qu'on lui prouve qu'elle est le résultat de manœuvres frauduleuses.

La condition exigée par l'article 1116 ne s'applique certainement pas non plus aux actes unilatéraux, puisqu'ils émanent de la volonté d'une seule partie. Ceux-ci 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 alors 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. Et on donnera 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.

3° De la violence. — 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 pas là de consentement, tout au plus une fausse apparence de consentement, comme dans le cas où l'on aurait contrefait la signature ». Lorsqu'on envisage la violence comme vice de la volonté, il ne peut donc s'agir que de la 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. Celui qui est contraint moralement, c'est-à-dire menacé, conserve la faculté d'opter entre plusieurs déterminations. S'il choisit celle qui consiste à accomplir l'acte qui lui est dicté, il y a bien de sa part déclaration de volonté non apparente mais réelle. Seulement, cette volonté se trouve altérée par la crainte sous l'empire de laquelle elle a agi. Le loi doit venir à son secours et le protéger contre les conséquences préjudiciables de l'acte. Notre Droit lui permet donc de demander l'annulation de cet acte. Quelles sont les conditions que doit réunir la violence pour produire cet effet ? Les articles 1112 à 1114 du Code civil les déterminent :

A. — La violence doit d'abord 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* (6 D. *Quod metus causa*, IV, 2).

Toutefois, 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 variera 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, *imminent*. La violence est d'ailleurs 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. L'affection qui unit le contractant à ces personnes lui rend aussi insupportable le mal qui peut les atteindre que celui qui le menace lui-même (art. 1113).

B. — Il faut que la violence soit injuste ou illégitime. L'exercice d'un droit ne constitue pas un acte de violence. Ainsi, lorsqu'un créancier menace son débiteur de le saisir, s'il ne veut pas lui donner une garantie, ou lorsqu'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, on ne doit pas considérer qu'il y a vice de la volonté.

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 (art. 1114). La contrainte morale 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.

On remarquera que, même si l'acte entaché de violence est une convention, l'action en nullité est recevable alors 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. Nous avons vu qu'il en est autrement quand il s'agit de dol. 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.

4° De la lésion. — La lésion est le préjudice qu'une personne peut éprouver quand elle passe certains actes juridiques, et qui résulte de l'inégalité entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle fait pour l'obtenir. La lésion n'est donc de nature à se rencontrer que dans les actes à titre onéreux (exemple : je vous vends ma maison pour une somme de

20.000 fr., qui est bien inférieure à sa valeur) ; elle peut se produire, en revanche, non seulement dans les actes bilatéraux, mais 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 suppose 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, en principe, une cause de nullité. L'article 1118 du Code civil, le déclare pour les conventions, et cette solution doit être certainement étendue aux actes unilatéraux.

La raison qui a déterminé les rédacteurs du Code civil à adopter cette règle est purement économique. Ils ont considéré qu'il est 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. Aussi la règle subit-elle des exceptions.

La première concerne *certains actes*, quelle que soit la personne, majeure ou mineure, qui les a passés ; ces actes sont le partage (art. 887), la vente volontaire d'immeubles (art. 1674), et l'acceptation de succession dans le cas prévu par l'article 783.

La seconde exception s'applique à *tous* les actes passés *par des mineurs*. Nous l'étudierons plus loin.

§ 2. — Capacité nécessaire pour faire un acte juridique.

Définitions. Incapacité de jouissance et incapacité d'exercice. — Il ne suffit pas que l'acte juridique ait été *voulu*. Il n'est valable que s'il a été passé par une personne non seulement douée de volonté, mais encore *ayant la capacité requise* pour faire l'acte en question.

La capacité juridique peut être définie : *l'aptitude à acquérir des droits et à les exercer*. Cette définition montre qu'il y a deux degrés dans la capacité : 1° *La capacité de jouissance*, ou l'aptitude à devenir titulaire des droits civils ; 2° *La capacité d'exercice*, ou le pouvoir de mettre ces droits en valeur et de les transmettre à des tiers.

1° *Incapacités de jouissance.* — La capacité de jouissance peut se concevoir sans la capacité d'exercice, car le titulaire d'un droit peut être, suivant les cas, capable ou incapable de le faire valoir par lui-même. En d'autres termes, il y a des personnes qui, tout en ayant la jouissance des droits ci-

vils, n'en ont pas l'exercice. Ce sont elles qu'on appelle, à proprement parler, des *incapables*. Dans notre législation moderne, la capacité de jouissance appartient en principe à tous les individus. Toute personne, quels que soient son âge, son sexe, son état, sa nationalité même, a la jouissance des droits civils. C'est qu'un homme, en effet, ne peut pas vivre sans prendre part au commerce juridique et, par conséquent, sans être titulaire des droits civils. Enlever à un individu la jouissance des droits civils serait le rayer du nombre des personnes, le placer dans la situation de l'esclave du monde antique.

Les incapacités de jouissance sont donc *exceptionnelles* et, de plus, toujours *spéciales*, c'est-à-dire qu'elles ne concernent qu'un ou plusieurs droits déterminés. On ne peut concevoir une personne qui soit privée de tous les droits civils.

Voici quelques exemples d'incapacités de jouissance.

1° Il y a des droits dont l'homme n'acquiert la jouissance qu'à un âge déterminé. Il en est ainsi pour le mariage, pour le testament, pour la donation entre vifs, pour l'adoption.

2° L'étranger, non admis à fixer son domicile en France, se trouve privé de certains droits civils (art. 11, C. civ.).

3° La loi prononce dans certains cas des privations de jouissance contre les individus qui se sont rendus coupables d'actes répréhensibles. Ainsi, les condamnations pénales enlèvent au condamné la jouissance de certains droits civils. De même, la loi du 24 juillet 1889 a établi des causes de déchéance de la puissance paternelle contre les parents indignes (V. aussi les art. 299, 792, 1442, C. civ.).

4° Les associations non déclarées ne jouissent pas de la personnalité juridique (Art. 2, loi du 1er juillet 1901).

2° *Incapacités d'exercice.* — Pour qu'une personne puisse exercer un droit, il faut :

A. — Qu'elle ait le discernement nécessaire, c'est-à-dire qu'elle soit apte à comprendre la portée de ses actes ;

B. — Qu'elle ne soit pas déclarée incapable par la loi.

L'incapacité d'exercice provient donc de deux causes différentes : elle est *naturelle* ou *légale*.

L'*incapacité naturelle* atteint les personnes qui ne comprennent pas ce qu'elles font : les enfants non arrivés encore à l'âge de raison, les aliénés sous l'empire de la maladie, les idiots. Les personnes qui se trouvent dans un de ces états ne peuvent prendre part au commerce juridique. Elles sont frappées d'une incapacité d'exercice générale.

L'*incapacité légale* résulte des causes suivantes : la minorité, l'état de femme mariée, l'interdiction des aliénés et des condamnés à des peines criminelles, la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou prodigalité.

Les incapacités d'exercice varient en étendue : elles sont tantôt générales, comme celle du mineur, tantôt limitées à certains actes, comme celles du mineur émancipé et de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.

Dans tous ces cas, elles n'existent qu'autant qu'elles ont été prononcées par la loi. En d'autres termes, *la capacité est la règle et l'incapacité l'exception*. Toute personne peut exercer ses droits civils à moins que la loi ne la range expressément au nombre des incapables (V. art. 1123 et 902).

SECTION II. — De la nullité des actes juridiques

Divers degrés d'imperfection des actes juridiques. — Rationnellement, on conçoit qu'il y ait des degrés divers dans l'imperfection d'un acte juridique.

1° Un élément essentiel, indispensable à la formation de l'acte juridique fait défaut. Par exemple, il n'y a pas eu consentement de la part d'une partie dans un contrat ; un mariage ayant été projeté, l'un des futurs époux a refusé de dire *oui* devant l'officier de l'état civil. Ou bien, après un projet de vente, les parties ne se sont pas mises d'accord sur la chose vendue et sur le prix. En pareil cas, il est bien évident que l'acte n'a aucune valeur, ne peut produire aucun effet juridique. Pour caractériser cette situation, la doctrine emploie un terme très énergique : elle dit que l'acte 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 de la volonté précédemment étudiés (erreur, dol, violence). Pour protéger l'intéressé contre les conséquences de son acte, la loi lui permet d'en faire prononcer l'*annulation* par les tribunaux. On dit que l'acte est *annulable*, ou qu'il est atteint d'*annulabilité* ou 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 *nul*, *action en nullité*, dans les divers sens que nous venons d'indiquer.

Cependant, l'accord s'est à peu près établi depuis quelques années parmi les jurisconsultes, au moins pour ce qui concerne le fond des idées et les effets produits par les divers degrés de l'invalidité, et peu à peu

1. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques ; essai d'une théorie nouvelle*, 1909 ; Jacques Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, Paris, 1912 ; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, art. 141, 142.

une théorie bien construite, un peu trop remarquable peut-être par son caractère de logique déductive, a été édifiée.

Notions historiques. — 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, les textes disent : *Nullum est negotium ; nihil actum est* (1, § 3, D. *De pactis*, II, 14 ; 9 pr., 3, § 13, 11, § 9, 34, 35, D. *De donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1 ; 9 pr. et § 2, D. *De contrat. empt.*, XVIII, 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 ; ou quand il est interdit par la loi, comme la donation entre époux. Ainsi, les textes romains ne font pas de différence entre l'inexistence et la nullité absolue.

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 bien, un mineur de vingt-cinq 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. 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 préjudice peut le faire tomber en s'adressant au préteur

Cette distinction entre les degrés de l'imperfection d'un acte juridique n'a jamais été perdue de vue dans notre ancien Droit. Elle n'est pas toujours présentée d'une façon précise ; elle reste même un peu confuse et incertaine chez Domat et chez Pothier ; mais d'autres, comme le président Bouhier, l'exposent avec toute la clarté désirable (Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit., I, sect. V et VI ; Pothier, *Traité des oblig.*, éd. Bugnet, t. II, nos 17, 18, 19, 21, 42, 43 ; Bouhier. *Observations sur les coutumes de Bourgogne*, chap. XIX, § 12 et 13).

On peut donc affirmer que les rédacteurs du Code civil ont dû s'inspirer de la distinction traditionnelle qui leur était familière. Au reste, les travaux préparatoires (Fenet, t. IX, p. 99 ; Locré, t. IV, p. 312, 324 ; XII, p. 491 ; XV, p. 378), et certains articles du Code civil en font foi. C'est ainsi que, d'après l'article 1117, la convention contractée par erreur, dol ou violence, « n'est pas nulle de plein droit mais donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision ». Et, inversement, l'article 1131 visant l'obligation sans cause ou reposant soit sur une cause fausse, soit sur une cause illicite, porte « qu'elle ne peut avoir aucun effet » (V. encore art. 146, 1339, 1974 d'une part, et art. 1109, 1125, 1304, 1305 de l'autre). Seulement, les auteurs du Code n'ont pas formulé de théorie précise. De plus, leur terminologie est flottante et souvent équivoque, car ils ap-

pliquent indifféremment les mots *nul* et *nullité* aux actes inexistants ou nuls d'une nullité soit absolue, soit relative. C'est donc la Doctrine, plus ou moins consacrée par la Jurisprudence, qui a, en cette matière, élaboré les distinctions qui vont suivre.

Nullités absolues. — Supposons qu'un acte ait été accompli en violation d'une disposition de la loi tenant à l'ordre public. Par exemple, un acte qui, de sa nature, rentre dans la catégorie des actes solennels, a été passé sans observation des formes requises ; ou bien on a inséré dans un contrat une condition ou charge illicite. On dira dans ce cas que l'acte est *nul de droit*, ou, plus correctement, qu'il est nul d'une *nullité absolue*.

Quelles sont les caractéristiques de cette nullité ? On dit souvent — et c'est à ce trait que se réfère l'expression de nullité de plein droit fréquemment employée pour désigner la nullité de ce genre — que l'acte ne peut produire aucun effet juridique et qu'il n'est pas besoin d'une action en justice pour en paralyser les effets. En effet, en ce cas, ce ne serait pas d'une décision judiciaire, mais de la loi elle-même que résulterait la nullité de l'acte. Il y a là, croyons-nous, une erreur. En réalité, l'exercice d'une action en justice est toujours nécessaire pour qu'une personne, intéressée à la faire valoir, puisse invoquer la nullité même radicale et absolue d'un acte juridique. Cela résulte de deux règles essentielles, parce que toutes rationnelles, de notre procédure. D'abord que *les voies de fait sont interdites* et que nul ne peut se faire justice à soi-même. Ensuite que *provision est due au titre*, c'est-à-dire que, lorsqu'un acte présente les caractères apparents de la régularité, il produit provisoirement son effet tant que celui auquel on l'oppose n'en a pas démontré l'invalidité. Supposons, par exemple, qu'un individu ayant fait une donation par acte non notarié (opération nulle d'une nullité absolue), prétende ensuite reprendre l'immeuble ou la somme d'argent par lui donnée entre les mains du donataire ; il ne pourra se remettre de lui-même en possession. Il faudra donc qu'il agisse en justice pour faire ordonner la restitution. On nous dit bien qu'il n'exerce pas alors une action en nullité, mais bien une action en revendication ou en répétition de l'indû. C'est là une pure subtilité. En effet, la recevabilité de cette action en revendication ou en répétition est subordonnée à l'inefficacité du titre en vertu duquel le possesseur avait été mis en possession. Les juges, pour donner gain de cause au revendiquant, sont forcés de se prononcer sur l'invalidité de la donation qu'il avait faite.

Les véritables caractéristiques de la nullité radicale ou absolue sont donc seulement les suivantes :

1° Toute personne ayant intérêt à se prévaloir d'une nullité de ce genre est admise à l'invoquer en justice, soit sous forme d'action, soit sous forme d'exception. Ainsi, s'il s'agit d'un contrat, les deux contractants peuvent se prévaloir de la nullité. Les tiers pourront aussi l'invoquer. Par exemple, un donateur a fait donation d'une maison par acte

sous seing privé, contrairement à l'article 931 du Code civil, qui exige un acte notarié. 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.

2° L'acte nul d'une nullité absolue ne peut être *confirmé* par ceux de qui il émane. En effet, confirmer un acte, c'est *renoncer* à invoquer la cause de nullité qui l'entache. Cela suppose donc que l'action et l'exception de nullité sont à la disposition exclusive d'une seule personne, celle qui renonce. Or, il en est différemment pour la nullité absolue. La renonciation ou confirmation d'une partie serait donc inopérante, car on ne peut pas renoncer au droit d'autrui. Et, en principe même, cette renonciation ne serait pas opposable au renonçant lui-même, parce que l'ordre public, fondement ordinaire des nullités absolues, veut que l'acte entaché d'une nullité de ce genre demeure essentiellement fragile, caduc et que, dès lors, rien ne puisse effacer son inefficacité.

3° L'action par laquelle on fait valoir une nullité de plein droit ou absolue doit, semble-t-il, être à l'abri de la prescription. En effet, la prescription, ou extinction par le laps de temps (ordinairement trente ans, art. 2262) est une variété de renonciation tacite.

La Jurisprudence consacre en général les solutions qui précèdent. Ainsi, elle décide que la nullité absolue ne produit pas ses effets de plein droit. Une intervention de justice est toujours nécessaire. « Les actes viciés, dit un arrêt, conservent leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés » (Bordeaux, 25 juin 1884, S. 1884.2.201. *Adde* notes de M. Labbé sous S. 1889.2.177, et de M. Beudant sous D. P. 1880.1.145).

Cependant, en ce qui concerne la prescription, la Jurisprudence s'en tient à la distinction suivante :

S'agit-il de faire valoir la nullité *par voie d'action*, c'est-à-dire de contraindre l'adversaire à remettre les choses en l'état où elles étaient *avant l'exécution de l'acte nul*, par exemple, à restituer les objets donnés, les tribunaux admettent volontiers que l'action est éteinte par l'expiration du délai de la prescription. En effet, le Code contient une disposition aussi générale que possible, l'article 2262, d'après lequel toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans. Au bout de trente ans donc, nulle action ne sera plus possible, « l'acte nul n'acquiert pas une existence légale, mais son existence de fait se trouve consolidée » (Rennes, 19 mai 1884, S. 1885.2.169, note de M. Labbé ; Civ., 6 novembre 1895, D. P. 1897.1.25, note de M. Sarrut, S. 1896.1.5).

Au contraire, si l'acte n'a reçu aucune exécution et si, après l'expiration du délai de trente ans, le créancier (par exemple, le donataire en vertu d'une donation non notariée), poursuit l'exécution de l'acte nul, son adversaire, en l'espèce le donateur, pourra encore se prévaloir de la nullité. En effet, il l'invoque ici *par voie d'exception*. Or, la formule générale de l'article 2262 ne s'applique qu'aux actions et non pas aux exceptions (Req., 21 juin 1880, D. P. 1881.1.108, S. 1881.1.297).

Deux observations compléteront la notion de la nullité absolue.

1° En principe, toutes les dispositions prohibitives ou impératives édictées par la loi sont sanctionnées par la nullité. Cependant, et par exception, il arrive parfois que la violation de la règle n'entraîne pas l'inefficacité de l'acte juridique. Nous en verrons un exemple frappant dans la matière du mariage. Les empêchements au mariage, c'est-à-dire les faits qui font obstacle à sa célébration, se divisent en empêchements *simplement prohibitifs* et en empêchements *dirimants*. Les premiers laissent subsister le mariage, si, en fait, il a été célébré contrairement à la prohibition légale. Les seconds seuls emportent la nullité de l'union irrégulièrement contractée.

2° 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 (V. art. 447, 463, 464, 791, 903, etc.). Il n'est pas douteux cependant que la nullité peut, dans ces cas, être prononcée en vertu de la volonté tacite du législateur ; autrement dit, elle est *virtuelle*. 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. On devra se demander si ces prescriptions sont tellement essentielles, fondamentales que l'acte à apprécier ne puisse se concevoir, avec la physionomie propre qui lui est conférée par la loi et étant donné la définition rationnelle qu'il comporte, sans que les dites prescriptions aient été observées. Dans le cas de l'affirmative, leur inobservation devra entraîner la nullité.

Nullité relative ou annulabilité. — L'annulabilité ou nullité relative ne résulte pas, comme la nullité absolue, de la violation d'une règle légale dont le caractère impératif ou prohibitif tient à la considération de l'intérêt général. 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.

La nullité relative ou annulabilité se présente donc à nous avec un caractère bien marqué, qui la distingue nettement de la nullité absolue. C'est une mesure de protection d'un ou de plusieurs intérêts privés. Cette mesure s'explique par ce fait qu'une personne a été victime de son inexpérience, a commis une erreur, ou parce qu'on a usé de violence ou de manœuvres frauduleuses à son encontre, ou enfin parce qu'elle a subi une lésion dans l'une des hypothèses exceptionnelles où la loi la prend en considération. Le meilleur procédé pour la protéger, c'est, non pas d'a-

néantir 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 encore sur une idée de protection des intérêts privés, mais qui diffèrent un peu des hypothèses que nous venons d'indiquer. Ainsi, l'article 1422 du Code civil 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 spéciale 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, l'absent, de retour, peut seul demander l'annulation de ces actes, car c'est dans son intérêt que la loi limite les droits d'administration des envoyés en possession provisoire (art. 128).

Les conséquences de l'annulabilité sont différentes de celles de la nullité absolue. Nous n'insisterons pas sur ce fait que tant que l'acte n'a pas été annulé par le juge, il produit provisoirement le même effet que s'il était valable. Nous avons vu que, pratiquement, il en est de même lorsque l'acte est nul d'une nullité absolue. Les caractéristiques véritables de la nullité relative sont les suivantes et s'opposent symétriquement à celles de la nullité absolue.

1° Tout intéressé peut faire constater la nullité absolue d'un acte. Au contraire, le droit d'intenter l'action ou d'opposer l'exception de nullité relative n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi accorde ce droit pour les défendre contre le dommage injuste que l'acte leur cause. 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 (art. 1125). C'est pour cela qu'on désigne l'annulabilité sous le nom de nullité *relative*.

2° 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 (art. 1338). Mais deux conditions sont nécessaires :

A. — Que la confirmation ait été faite avec connaissance du vice dont l'acte était entaché ;

B. — Qu'au moment où elle intervient, la cause qui produisait le vice ait cessé d'exister, par exemple, que l'erreur, la violence ou l'incapacité ait pris fin.

3° L'action en nullité relative s'éteint par la prescription, lorsque celu 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 (art. 2262). 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 fon-

dée 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).

On remarquera que, dans la terminologie usuelle, l'action (ou l'exception) fondée sur la lésion est désignée par une expression spéciale, détournée d'ailleurs du sens qu'elle présentait dans l'ancien Droit auquel nous l'avons empruntée : on ne l'appelle pas *action en nullité*, mais *action en rescision* (art. 1304).

De l'inexistence[1]. — Nous avons vu que, théoriquement, l'inexistence d'un acte juridique est distincte de la nullité absolue. Il y a là, à tout le moins, une conception que l'on rencontre chez la plupart des écrivains. Que l'on suppose un acte manquant de l'un des éléments constitutifs essentiels, nécessaires pour la formation d'un acte juridique en général ou de l'acte particulier qui est en question. Par exemple, il n'y a pas eu de manifestation de volonté de la part de l'auteur de l'acte, soit parce qu'il était, au moment où il a agi, sous l'empire d'une crise d'aliénation mentale, soit parce qu'il était trop jeune pour comprendre ce qu'il faisait. Ou bien encore, on se trouve en présence d'une vente sans prix, d'un paiement sans dette antérieure à éteindre, d'un mariage sans différence de sexe entre les prétendus conjoints, etc... Dans ces différents cas, a-t-on prétendu, on ne peut dire que l'acte est nul ; en réalité il n'existe pas, ce n'est qu'une apparence ne recouvrant aucune réalité.

La différence faite par la Doctrine entre ces hypothèses et celle d'un acte nul d'une nullité absolue, comme l'est, par exemple, un contrat portant sur un objet illicite, notamment une cession d'office ministériel faite sans assentiment de la Chancellerie, est rationnellement admissible. Cependant, la Jurisprudence l'a longtemps ignorée. Il est vrai qu'un arrêt isolé de la Cour de cassation semble s'y être enfin attaché (Req., 30 décembre 1902, S. 1903.1.257, note de M. Tissier). Toutefois, nous ne croyons pas qu'il y ait une utilité bien marquée à la distinction. Et voici pourquoi.

Pratiquement, l'inexistence d'un acte juridique ne dispense pas plus que la nullité absolue de l'intervention de la justice, pour peu que l'acte inexistant ait été néanmoins exécuté, si l'on veut remettre les choses en l'état antérieur où elles se trouvaient auparavant. Par exemple, si la vente, conclue sans cet élément essentiel de sa formation qui est un prix, a été néanmoins suivie de la livraison de l'objet, le prétendu vendeur, pour se remettre en possession de sa chose, aura besoin d'en faire ordonner en justice la restitution. Si un paiement a été effectué sans qu'il y eût, en réalité, d'obligation à acquitter, le *solvens* pour se faire restituer la chose payée, devra, lui aussi, agir en justice si la restitution amiable lui est refusée par l'*accipiens*. Certes, le jugement qui interviendra en cas d'inexistence d'un acte juridique ne fera que *constater* cette nullité. Mais la dé-

1. Loyer, *Des actes inexistants*, thèse, Rennes, 1908.

cision de justice rendue, sur la demande d'un intéressé, en cas de nullité absolue, ne fait pas autre chose non plus. Et, au fond, il en est de même en cas de nullité relative. Lorsqu'une personne attaque l'acte qu'elle avait passé en état de minorité, le juge qui prononce la nullité de cet acte ne fait aussi que la constater ou, du moins, que constater l'option de l'incapable qui, maître de faire annuler l'acte juridique ou de le maintenir, s'est décidé dans le sens de l'annulation. Et, d'ailleurs, tous les jugements ne sont-ils pas, en principe, déclaratifs ?

Si l'on y regarde de près d'ailleurs, le départ établi entre les cas d'inexistence et les hypothèses de nullité se réduit, même rationnellement, à une simple nuance. En somme, la Doctrine discerne non la nullité mais l'inexistence dans les hypothèses où l'obstacle à la validité de l'acte juridique est un obstacle *naturel;* elle réserve la notion de nullité absolue pour les cas où l'obstacle à la perfection de l'acte est une prohibition de la loi, c'est-à-dire un obstacle *légal.* Au fond, la différence est mince. Dans les deux cas l'acte se heurte à une force souveraine, supérieure à la volonté des parties. En réalité, les mots *nullité absolue*, *inexistence* sont bien près d'être synonymes. Dans la langue juridique des Romains il en était d'ailleurs ainsi. Dire d'un acte : *nullum est,* cela signifie indifféremment : l'acte est nul, ou bien : il n'y a pas d'acte, l'acte est inexistant.

D'où vient donc cette conception doctrinale de l'inexistence distincte de la nullité ? Comme on verra plus loin, elle a pris naissance en matière de mariage. Les auteurs se sont trouvés là en présence d'une règle (d'ailleurs plus que contestable) à laquelle la tradition attachait la valeur d'un axiome : à savoir que la nullité d'un mariage ne peut être demandée sans l'appui d'un texte formel qui ordonne de la prononcer dans l'hypothèse objet du litige. Or il y a des cas où, de toute nécessité, le mariage ne peut être considéré comme valable, et où, cependant, aucun texte n'en prononce la nullité. En imaginant la catégorie des mariages inexistants, on se mettait en règle avec ce soi-disant axiome qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte. De même, l'arrêt précité de la Cour de cassation ne s'est référé à l'idée d'inexistence que parce que, dans le litige qui lui était soumis, il s'agissait de casser un acte de procédure — en l'espèce une enchère mise par un simple particulier et non par ministère d'avoué, comme l'exige l'article 705 du Code de Procédure, acte manifestement inopérant, mais qu'aucun texte ne déclarait tel —, et que, d'autre part, aux termes de l'article 1030 du Code de procédure, « aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi ». Mais, pour arriver au résultat cherché, il eût suffi de faire appel au principe des *nullités virtuelles* que nous avons exposé tout à l'heure. L'enchère étant, par définition, un acte de procédure et ces actes ne pouvant être accomplis que par des avoués, il va de soi que l'enchère mise par un particulier n'avait pas de valeur. Et nous ne voyons pas pourquoi le cas d'inexistence relevé par la Cour suprême ne serait pas qualifié de nullité absolue.

Remarquons que, si la théorie de l'inexistence était exacte, les hypo-

thèses où elle devrait recevoir les applications les plus logiques et les plus pratiques seraient celles où un acte juridique a été accompli matériellement, mais sans manifestation d'une volonté consciente (actes des fous pendant l'accès de délire morbide ou des mineurs en bas âge). Or, nous verrons que notre législation positive écarte elle-même cette conséquence de la théorie quand il s'agit des actes d'un fou placé dans un asile d'aliénés ou interdit (art. 39, loi du 30 juin 1838 ; art. 502, C. civ.). Ces actes ne sont nuls que d'une nullité relative. Et, quant aux actes passés par un aliéné non interdit ou interné, dans un moment de crise, bien que la majorité des auteurs voie dans cette hypothèse un acte inexistant (V. notes de M. Lacoste sous Poitiers, 30 octobre 1893, S. 1895.2.225, et de M. Glasson sous Toulouse, 21 janvier 1885, D. P. 1886.2.73), la Jurisprudence n'y aperçoit que la révélation d'un vice de la volonté donnant ouverture à une simple action en nullité relative (Civ., 9 novembre 1887, D. P. 1888.1.161 ; S. 1887.1.461 ; Bordeaux, 22 avril 1896, D. P. 1896.2.455, S 1896.2.232, P. F. 1897.2.321, note de M. Carré de Malberg).

SECTION III. — Modalités des actes juridiques.

L'acte juridique peut être pur et simple, ou accompagné de *modalités* dont les principales sont le *Terme* et la *Condition*.

Quand l'acte est pur et simple, il produit ses effets immédiatement et définitivement. Exemple : une vente au comptant, le legs d'un objet sans condition, une donation pure et simple.

Mais il arrive souvent que les parties introduisent dans l'acte une modalité, soit pour en retarder les effets, soit pour les éteindre à un moment donné. Ces modalités, le terme, la condition, se rencontrent fréquemment en pratique dans les contrats et les testaments.

Le Code civil les étudie sous le Titre des *Contrats* (art. 1168 à 1188), mais comme elles peuvent être jointes à tous les actes juridiques, il convient d'en étudier les effets dans cette Introduction.

§ 1. — Du Terme. (Art. 1185 à 1188).

Différentes espèces de termes. — Le terme est de deux sortes : *suspensif* ou *extinctif*.

Le terme *suspensif* a pour but de retarder jusqu'à une date fixée l'exécution de l'obligation. Exemple : on convient dans un contrat de vente que l'acheteur paiera le prix au bout de six mois, d'un an, ou à plusieurs échéances successives. De même, un testateur lègue une somme d'argent à un enfant et stipule qu'elle lui sera payée à l'époque de sa majorité. Ou bien encore, un legs sera payable à la mort de l'héritier du testateur.

Le *terme extinctif* a pour but d'éteindre les effets de l'acte juridique au bout d'un certain temps. Cette modalité trouve sa place naturelle dans les contrats qu'on appelle des *contrats successifs*, c'est-à-dire par lesquels

les parties se lient pour un certain temps. Exemple : un propriétaire loue un appartement à un locataire pour une période de six ans. Au bout de six ans, le contrat prendra fin. De même, un agriculteur embauche un ouvrier pour la récolte. Quand le travail sera fini, le contrat expirera.

On rencontre aussi le terme extinctif dans les dispositions à titre gratuit. Par exemple, un testateur charge ses héritiers de payer une rente viagère à un tiers. Cette obligation prendra fin au jour du décès du crédirentier.

Les exemples précédents montrent que le moment choisi comme terme suspensif ou comme terme extinctif peut être soit une date fixe, soit un événement dont la réalisation se produira à une date inconnue, comme la fin du travail, le décès d'une personne déterminée. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *terme certain*, dans le second *terme incertain*. Cela importe peu ; il y a terme dans le second cas comme dans le premier, car si on ignore, en cas de terme incertain, le moment où se produira l'événement indiqué, il n'est pas douteux que cet événement arrivera un jour ou l'autre.

Effets du terme. — Le terme suspensif a pour résultat de retarder l'exécution de l'acte juridique jusqu'à la date fixée. S'agit-il d'un contrat, le droit du créancier naît au jour même du contrat, mais il ne peut être exercé qu'au jour de l'échéance. Jusque-là le débiteur ne peut être poursuivi. De même, le propriétaire à terme ou le titulaire d'un droit réel soumis à la même modalité ne peuvent exercer leur droit qu'au jour de l'échéance. Ainsi, ils n'auront droit aux fruits et aux intérêts produits par la chose qu'à dater ce jour.

Le terme extinctif met fin aux effets de l'acte juridique. Il les arrête, mais, à la différence de la condition résolutoire, il ne les efface pas dans le passé.

§ 2. — De la Condition. (Art. 1168 a 1183).

Notion de la condition. — La condition est *un événement futur et incertain, de la réalisation duquel les parties font dépendre soit la naissance, soit la résolution d'un droit.* (Voir art. 1168).

Evénement *futur* et *incertain*, tels sont les deux traits caractéristiques de la condition. Le terme, lui aussi, est toujours à venir, mais son arrivée est *certaine*, tandis qu'on ne sait pas si l'événement conditionnel se produira.

Il résulte de ce caractère d'incertitude que les événements impossibles physiquement ou juridiquement ne sont pas de véritables conditions, puisqu'on est sûr qu'ils n'arriveront pas. Cependant, les articles 900 et 1172 parlent de la condition d'une chose impossible. Il y a là simple abus de langage. Le sort de l'acte dans lequel une telle modalité est insérée n'est pas incertain. La seule question qui se pose est de savoir s'il faut annuler l'acte ou tenir la modalité pour non écrite, et c'est à cette question que répondent les articles 900 et 1172.

Nous avons dit que les parties insèrent une condition dans un acte soit pour *suspendre* la formation du droit, soit pour le *résoudre*.

Dans le premier cas, on dit qu'il y a *condition suspensive*. Exemples : un donateur, un testateur promet de donner une somme d'argent à une personne si elle se marie ; une compagnie d'assurances s'engage à indemniser le propriétaire d'un immeuble, si celui-ci est détruit ou détérioré par un incendie ; je vous vends ma maison pour tel prix sous la condition que je sois nommé fonctionnaire dans une autre ville.

Dans le second cas, la condition prend le nom de *condition résolutoire*. Exemples : un donateur stipule dans l'acte que la donation sera résolue si le donataire meurt avant lui : un vendeur vend sa maison et se réserve le droit de la racheter pendant cinq ans, en remboursant le prix à l'acheteur (pacte de réméré).

On le voit, la condition résolutoire, à la différence de la condition suspensive, suspend non pas la formation, mais la résolution de l'acte juridique.

La condition suspensive et la condition résolutoire n'en sont pas moins deux variantes de la même modalité

Classifications des conditions. — L'événement conditionnel peut être soit un événement absolument indépendant de la volonté des intéressés, soit, au contraire, un acte qu'il est en leur pouvoir d'accomplir ou de ne pas accomplir. En se plaçant à ce point de vue, on divisera les conditions en trois groupes : conditions *casuelles*, conditions *potestatives*, conditions *mixtes*. Cette distinction se trouve énoncée dans les articles 1169, 1170, 1171, qui définissent ainsi chaque groupe :

« La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier, ni du débiteur » (art. 1169). Exemple : si le donataire meurt avant le donateur.

« La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la condition d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » (art. 1170). Exemple : la vente à réméré.

« La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. » (art. 1171). Exemple : donation faite sous la condition que le donataire se mariera.

La condition potestative est, suivant les cas, *purement* ou *simplement* potestative. La condition *simplement potestative* est celle qui ne résulte pas d'une manifestation arbitraire de volonté du débiteur, mais exige, de sa part, l'accomplissement d'un fait extérieur qu'il pourra ne pas être en état d'exécuter : par exemple, le vendeur à réméré se réserve le droit racheter l'objet vendu, mais il faut qu'il rembourse le prix. De même, la condition « si vous faites un voyage d'affaires pour moi ».

La condition *purement potestative* est, au contraire, celle qui n'exige qu'une manifestation de volonté et rien de plus. Elle peut se formuler

ainsi : si je le veux, si je le juge à propos. Les donations entre époux en fournissent un exemple car elles sont toujours révocables (art. 1096, 1er al.) ; le donateur peut révoquer la donation faite à son conjoint quand il le juge bon.

Voici quel intérêt il y a à distinguer ces deux degrés dans la condition potestative.

Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition *purement potestative de la part de celui qui s'oblige* (art. 1174) et quand elle a pour objet de suspendre la formation de l'acte.

Cette règle va de soi. Il est évident qu'une personne qui dirait : je vous vendrai ma maison, je vous ferai une donation si je le juge à propos, ne s'obligerait pas sérieusement.

Au contraire, une condition résolutoire purement potestative n'annule pas le contrat. Ainsi, l'art. 1780, 2e al. nous dit que le louage de services, ou contrat de travail, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

A la différence de la précédente, la condition *simplement potestative* de la part du débiteur n'empêche pas la validité du lien obligatoire, même quand elle offre le caractère d'une condition suspensive. En effet, le débiteur qui s'oblige de cette façon aliène bien une partie de sa liberté. Pour le comprendre, il suffit de citer deux exemples de conditions de ce genre : si je me décide à vendre ma maison, je vous promets de vous offrir la préférence ; ou bien encore : si je vais habiter une autre ville, je vous promets de vous sous-louer mon appartement. Dans ces deux cas, l'obligation dépend bien de la volonté du débiteur, mais il n'en est pas moins lié, car les circonstances peuvent le contraindre soit à vendre sa maison, soit à changer de résidence.

Nous verrons cependant plus tard que, par suite d'une règle traditionnelle de notre Droit désignée sous cette formule *Donner et retenir ne vaut*, il n'est pas permis de faire une *donation*, sous une condition *simplement potestative* dépendant du donateur. Ainsi, serait nulle la donation ainsi faite : je vous donnerai mon cheval, si je vais habiter Paris ; je vous donne dix mille francs, mais la donation sera résolue si je me marie.

Des conditions impossibles, immorales ou illicites. — 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 peut se former. Cela est certain aussi pour les conditions immorales ou illicites, car une déclaration de volonté contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs est frappée de nullité (art. 6).

Cependant cette solution, à laquelle conduirait l'application des principes, n'est vraie que pour les actes à titre onéreux (art. 1172). Pour les actes à titre gratuit, notre Code édicte une règle différente. La condition impossible, immorale ou illicite *est réputée non écrite*, et la donation ou le legs s'exécute purement et simplement (art. 900).

Effets de la condition. — Pour déterminer quels sont les effets que produit une condition, il faut envisager trois situations différentes.

1° Tant que la condition est en *suspens*, une incertitude règne sur le sort de l'acte conditionnel.

S'agit-il de la condition résolutoire, l'acte produit tous ses effets provisoirement comme s'il était pur et simple. Ce qui est incertain, en effet, c'est de savoir si l'acte subsistera ou sera résolu. Exemple : je vous donne une maison, mais la donation sera résolue si vous mourez avant moi. Vous jouirez aussitôt de ma maison et en jouirez tant que vous vivrez ; mais, si vous décédez avant moi, vos héritiers devront me restituer la maison.

Au contraire, s'il s'agit d'une condition suspensive, tant qu'elle ne s'est pas réalisée, on ne sait si l'acte juridique aura effet, si le droit à créer prendra naissance. Exemple : je vous vendrai ma maison si je vais habiter une autre ville. Cette vente ne se réalisera que le jour où l'événement prévu se produira, et s'il se produit. Toutefois, le *droit conditionnel*, bien que simple germe d'un droit futur, entraîne dès à présent certaines conséquences. Son bénéficiaire peut prendre des mesures conservatoires pour le sauvegarder (art. 1180) ; s'il meurt *pendente conditione*, il transmet ce germe de droit à ses héritiers (art. 1179) ; il peut, de son vivant, le céder à un tiers.

2° La condition peut, en second lieu, être *défaillie*. Il en est ainsi lorsqu'il est certain que l'événement prévu ne se réalisera pas. Alors, si la condition était suspensive, l'acte est considéré comme n'ayant jamais été passé. Si la condition était résolutoire, l'acte qui en était affecté est dorénavant consolidé ; ses effets deviennent définitifs.

3° La condition enfin peut être *arrivée*, *réalisée* par l'accomplissement du fait prévu. Alors, toute incertitude prend fin. S'il y avait condition suspensive, l'acte produit ses effets jusqu'alors incertains. Si la condition était résolutoire, l'acte est résolu, anéanti.

Ici nous rencontrons une règle essentielle de notre Droit qui est l'*effet rétroactif* de la condition. Une fois accomplie, elle remonte au jour où l'acte a été passé (art. 1179). Si la condition était suspensive, l'acte est réputé avoir pris naissance, non au jour de l'événement de la condition, mais au jour de la manifestation initiale de volonté. Ainsi, l'acheteur ou le légataire sous condition suspensive sont réputés être devenus propriétaires de l'objet acheté ou légué dès le moment de la vente ou du décès du testateur. Si la condition était résolutoire, l'acte est réputé n'être jamais intervenu. Ainsi, l'acheteur ou le légataire sous condition résolutoire, non seulement doivent restituer l'objet lorsque la condition s'accomplit, mais ils sont réputés n'en avoir jamais été propriétaires (art. 1183).

Ce n'est pas le lieu ni le moment de développer cette règle de la rétroactivité de la condition dont on verra plus tard les origines, la portée, la limitation.

SECTION IV. — De la représentation dans les actes juridiques[1].

Notion de la représentation. — Son origine historique. — 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.

L'institution de la représentation joue un rôle considérable dans les relations juridiques. D'abord, il y a des incapables qui ne peuvent exercer eux-mêmes leurs droits, parce que le discernement nécessaire leur fait défaut. La loi leur nomme donc 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 elles-mêmes. Elle supprime les impossibilités matérielles ou autres (éloignement, inexpérience, multiplicité des occupations, etc.), qui souvent mettraient obstacle à la conclusion d'une opération. Son utilité se manifeste principalement dans la sphère du patrimoine.

C'est cependant un fait historique que la représentation est restée fort longtemps inconnue. Le Droit romain n'admettait pas en effet 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 aux jurisconsultes romains comme une impossibilité juridique.

Ce principe de non-représentation ne s'opposait pas d'ailleurs à ce qu'une personne fît un acte par l'intermédiaire d'autrui, car ce procédé est pratiquement indispensable, et les Romains devaient bien l'employer en fait pour la gestion des biens des mineurs en tutelle et pour le mandat. Mais ils donnaient de l'opération une analyse juridique différente de la nôtre et d'ailleurs lourde et contournée. A leurs yeux, les effets de l'acte fait par un représentant se produisaient toujours sur la tête de celui qui l'avait accompli. Mais 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 véritable intéressé. Ce procédé compliqué exposait le gérant et le représenté à subir le contre-coup de leur insolvabilité réciproque.

Aussi, sans renverser le principe, les jurisconsultes romains, sous l'empire des nécessités pratiques, ont-ils perfectionné le procédé, par une série de réformes qui eurent pour résultat de simplifier la formation du rap-

1. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1898.

port de droit entre le véritable intéressé et les tiers. Elles consistèrent à admettre que l'acte passé par un intermédiaire produisait bien ses effets sur la tête de celui-ci, mais que, 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 avait 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 jamais allé jusqu'à cette conception qui n'a été réalisée que par notre ancien Droit[1].

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 connaître cette intention à celui avec qui il traite. Cette condition doit être considérée comme essentielle. Si donc, bien qu'agissant pour le compte d'autrui, le représentant laisse ignorer à l'autre partie sa qualité d'intermédiaire, il n'y a plus représentation ; le contrat se forme entre les deux parties contractantes. C'est ce qui a lieu en matière commerciale, dans le contrat de commission (art. 94, C. com.).

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 au mandataire légal des incapables, tuteur (art. 450. C. civ.), père administrateur 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 les représenter.

Il y a représentation non plus légale, mais *contractuelle*, lorsqu'une personne charge une autre de faire une ou plusieurs opérations juridiques pour son compte.

On remarquera qu'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*. On suppose que 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 comme gérant d'affaires. Le *gérant* sera considéré comme ayant contracté en tant que représentant. La *ratification* du maître, intervenant après coup, produira le même effet que s'il avait donné pouvoir d'agir. Toutes les conséquences juridiques de l'opération se produiront donc en sa personne. *Ratihabitio mandato æquiparatur.*

1. Cf. Girard, *Manuel de droit romain*, 6e édit., p. 675 et s.

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, en effet, reste tenu des engagements qui ont été contractés en son nom à l'égard 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 (art. 1375).

On voit 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, lorsqu'elle n'est pas légale, suppose, en principe, une déclaration de volonté du représenté autorisant le représentant à faire l'acte ou ratifiant la gestion.

Nature juridique de la représentation. — L'analyse 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 a été longtemps 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.* Cette explication a soulevé des critiques. Elle ne se concilie pas bien avec l'institution de la gestion d'affaires. Elle paraît surtout inacceptable lorsque le représentant n'a pas été choisi par la volonté du représenté, mais appartient à la catégorie des mandataires légaux. Il vaut mieux reconnaître tout simplement que, dans l'état actuel du Droit, un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celle qui l'a accompli. Ainsi, l'acte fait par un représentant présente un double aspect. D'une part, *c'est le représentant qui fait l'acte ;* de l'autre *les effets de cet acte se produisent sur la tête du représenté.*

Voici les 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.).

Que 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.

Que si des conditions de capacité sont nécessaires pour la validité de l'opération, c'est dans la personne du représenté que ces conditions devront exister Par exemple, si le représenté a donné 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.

Deux observations complémentaires trouveront ici leur place :

1° Lorsque le représentant est chargé de passer un acte pour la con-

clusion duquel la loi exige la forme authentique, le pouvoir d'agir doit être conféré dans la même forme. 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° Si, en principe, 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*.

SECTION V. — Notions très sommaires sur les preuves.

Importance des règles relatives à la preuve. — La question de preuve joue un rôle considérable dans les rapports juridiques des individus. Pour pouvoir, en effet, exercer un droit, il faut être à même d'en établir au besoin l'existence, c'est-à-dire de démontrer quels sont les faits, actes matériels ou juridiques, qui lui ont donné naissance. Un droit dont on ne peut faire la preuve ne présente aucune utilité. Il est comme s'il n'était pas. Il importe donc au plus haut point de déterminer d'abord dans quelle mesure la preuve incombe à chacune des parties litigantes, et, d'autre part, quels sont les moyens qui peuvent être employés par les plaideurs pour démontrer l'exactitude de leurs allégations.

La matière de la preuve devrait, en logique, être comprise dans le domaine de la Procédure civile, car, généralement, c'est en justice, à l'occasion d'un litige, que les intéressés cherchent à faire la preuve de leurs prétentions respectives. Et, de fait, le Code de procédure civile consacre un grand nombre de textes à régler les formes dans lesquelles se fera l'administration des divers moyens de preuve mis à la disposition des parties. Mais la matière, d'autre part, se rattache également au Droit civil, et les principes de notre sujet font partie intégrante de notre Code. Cela se comprend aisément.

Tout d'abord, en effet, il y a des cas où une personne est obligée de faire la preuve de certains faits en dehors de tout procès. Ainsi, par exemple, l'homme et la femme qui contractent mariage doivent établir devant l'officier de l'état civil qu'ils réunissent les conditions requises par la loi.

En second lieu, la détermination des modes de preuve dont l'emploi est autorisé constitue une question fondamentale, puisque de sa solution dépend la sécurité des droits acquis. Il est donc naturel qu'elle se rattache au Droit civil.

Les rédacteurs du Code civil ont donc exposé la théorie des preuves ; ils l'ont placée dans le titre des *Contrats* (art. 1315 et suiv.), suivant l'exemple de Pothier qui a consacré une partie de son traité des *Obligations* à la « Preuve tant des obligations que de leur paiement » (éd. Bugnet, t. II, p. 398 et s.).

Nonobstant ce précédent, il y a là une mauvaise méthode. Les règles

de la Preuve dominent tout le Droit civil, elles s'appliquent à tous les droits, droits de famille, droits réels, droits de créance. A l'occasion de chaque institution juridique, le jurisconsulte est amené à discuter des questions de preuve, qu'il s'agisse de la démonstration de la naissance, du mariage, du décès, de celle de la filiation, de la parenté, ou de celle du droit de propriété ou des droits réels, ou enfin des droits de créance.

C'est pourquoi il est indispensable de connaître, dès le début de l'étude du Droit civil, les règles essentielles concernant l'administration de la preuve et les divers procédés probatoires dont la loi autorise l'emploi.

§ 1. — Objet de la preuve.

Sur quoi porte la preuve à administrer par les parties. — Le fait et le Droit. — Supposons qu'une personne invoque un droit de créance contre une autre. Elle doit prouver quels sont les événements, actes juridiques (legs, contrat, gestion d'affaires, etc.), ou faits juridiques (dommage causé, enrichissement injuste, etc.), qui ont engendré cette créance.

Quant à la détermination des effets de droit que produisent ces faits ou ces actes, c'est au juge qu'incombe la mission de les rechercher. C'est lui qui est chargé d'adapter les règles de droit aux rapports qui se forment entre les parties, par une interprétation des dispositions légales ou des principes juridiques.

Ainsi, les parties intéressées n'ont qu'à établir la réalité des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions. C'est affaire au juge de dire, une fois que les faits sont précisés, quelles en sont les conséquences juridiques.

Un vieil adage marque bien cette distinction. Le juge dit aux parties : *Da mihi factum, dabo tibi jus* : « Indique-moi quels sont les faits, je te dirai le droit.

Sans doute, dans la réalité des choses, le demandeur qui invoque un droit contre le défendeur s'efforce de prouver que ce droit découle des faits invoqués par lui ; il s'efforce donc de démontrer quelles sont les conséquences juridiques des actes qui forment la base de sa prétention, afin d'éclairer la religion du juge et de faire naître la conviction dans son esprit. La preuve du droit et celle du fait se trouvent donc intimement liées et ne peuvent être séparées dans la demande, surtout quand on se trouve dans la matière du contrat qui est la loi des contractants. Il arrive même souvent que les faits ne sont pas contestés par les parties et que la discussion porte seulement sur leur *interprétation*, c'est-à-dire sur les effets juridiques qu'ils doivent produire. Le demandeur soutient, par exemple, qu'ils constituent une violation d'une convention antérieure, et le défenseur conteste qu'ils aient ce caractère[1].

1. Voici un exemple qui met bien en lumière les deux éléments si étroitement mêlés dans tout débat. Un chef d'entreprise congédie un ouvrier sans lui donner le préavis d'usage dans la profession, sous prétexte qu'il a commis une faute. L'ouvrier soutient au contraire qu'il n'y a pas eu faute de sa part. Le fait, c'est l'acte commis par l'ouvrier dont se plaint le patron. Le point de droit, c'est de sa-

Mais cela n'empêche pas que la séparation des deux domaines subsiste en principe. Le législateur ne s'occupe que de la preuve des faits ; c'est elle seule qu'il réglemente dans les articles 1315 à 1368 du Code civil et dans le Code de procédure civile.

Quant à l'*interprétation juridique* de ces faits, le Code ne s'en occupe pas. Elle est abandonnée aux juges, les parties et leurs avocats étant naturellement libres de faire tous leurs efforts pour les amener à partager l'interprétation qu'ils préconisent.

Domaines respectifs de la preuve libre et de la preuve préconstituée. — La réglementation de la preuve des faits allégués en justice dépend de la nature de ceux-ci. Notre loi établit à ce sujet une distinction fondamentale que voici :

1° Les *faits juridiques*, c'est-à-dire les événements purement matériels, susceptibles de donner naissance à un rapport juridique, par exemple, un accident du travail, un acte causant dommage à autrui, une erreur, un acte de fraude ou de violence, un fait de force majeure ayant empêché d'exécuter un contrat, un vol, la perte d'un objet, peuvent tout naturellement se prouver par tous les procédés qui s'offrent à l'intéressé, témoins, expertises, descente de lieux, présomptions tirées de certains indices matériels ou d'événements déterminés. Le juge sera chargé d'apprécier la valeur des moyens invoqués par l'intéressé, mais tous les moyens que celui-ci juge bons pour établir l'exactitude de ses allégations peuvent être présentés par lui. En d'autres termes, les parties sont placéessous le régime de la *preuve libre*.

Il y a pourtant exception dans certains cas déterminés.

Ainsi, la loi organise un mode de preuve spécial, l'inscription sur les registres de l'état civil, pour la naissance et le décès, et ces événements ne peuvent être régulièrement prouvés que par un extrait de ces registres. Il n'est permis de recourir à d'autres modes de preuve qu'à la condition d'établir tout d'abord que le mode légal fait défaut, c'est-à-dire qu'il n'a pas été dressé d'acte de naissance ou de décès, ou que les registres qui le contenaient ont été détruits.

De même, la preuve de la filiation d'un enfant est réglementée et ne peut s'établir que par l'un des procédés indiqués par le Code civil.

2° Au contraire, quand il s'agit de prouver la formation ou l'extinction d'un *acte juridique*, la loi n'autorise en principe que la preuve par écrit, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle permet d'invoquer le témoignage des tiers ou les présomptions tirées des circonstances. C'est ainsi qu'en matière de contrats, et en vue d'empêcher de trop fréquentes contestations, la loi veut que les contractants rédigent un écrit relatant leur convention (art. 1341).

voir si ce fait constitue une faute, c'est-à-dire emporte déchéance du délai-congé.

De même, un accident se produit dans une usine et le chef d'entreprise soutient qu'il ne donne pas lieu à indemnité. Le fait, c'est l'accident et les circonstances qui l'ont occasionné ; le point de droit, c'est la question d'application de la loi du 9 avril 1898.

L'écrit dressé en vue de constater un acte juridique ou même un simple fait matériel, tel que la naissance, le décès, soustrait au régime de la preuve libre, forme ce qu'on appelle une preuve *préconstituée*, c'est-à-dire une preuve *créée à l'avance*, en vue de l'avenir.

§ 2. — De la charge de la preuve.

Auquel des plaideurs incombe cette charge ? — Quelques exemples vont nous montrer combien il importe de savoir quel est, dans un procès, celui des deux adversaires qui doit faire la preuve des faits litigieux.

1° Un créancier porteur d'un billet ainsi conçu : « Je soussigné m'engage à payer au 1er mars prochain la somme de 1.000 francs », poursuit le signataire en justice, et ce dernier soutient que ce billet cache une cause immorale ou illicite.

2° Deux voisins prétendent à la propriété d'une parcelle de terre dont l'un a la possession.

3° Des valeurs mobilières appartenant à un défunt sont, après sa mort, trouvées entre les mains d'un parent ou d'un domestique. Les héritiers soutiennent qu'il y a eu simple dépôt ou détournement. Le détenteur prétend, au contraire, que les titres lui ont été donnés de la main à la main par le *de cujus*.

Dans ces trois exemples, celle des parties à laquelle incombera la charge de la preuve portera tout le poids du procès, car si elle ne réussit pas à établir l'exactitude de sa prétention, elle succombera.

Cette grave question est depuis fort longtemps résolue par deux règles si sages, si conformes au bon sens, qu'on les retrouve dans toutes les législations.

Notre Code civil les formule en ces termes dans l'article 1315 : « 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. »

Le seul reproche que l'on puisse faire à cet article est d'avoir restreint aux droits de créance l'application de la proposition qu'il formule. Mais cela s'explique par la place même à laquelle les rédacteurs du Code ont étudié la matière de la preuve. Il convient donc de généraliser les termes de l'article 1315 et de dire :

Tout demandeur qui intente une action en justice doit en établir le fondement. Tout défendeur qui, sans nier le fait même allégué contre lui, invoque un autre fait qui détruit l'effet du premier, doit en fournir la preuve.

Ainsi, tout d'abord, c'est au demandeur qu'il appartient de prouver les faits sur lesquels il fonde son action. *Actori incumbit probatio* (21 D. *de probation.*, XXII, 3). Et, en effet, il ne saurait en être autrement. Le demandeur veut introduire un changement dans la situation présente ; il se prétend propriétaire d'une chose qui est en la possession de son adversaire, créancier de celui-ci, etc... Or, jusqu'à preuve du contraire, il est logique

de penser que celui qui détient une chose en est propriétaire, ou qu'une personne n'est pas débitrice. Le défendeur doit donc conserver les avantages de sa situation. Tant que la preuve contraire n'est pas faite, il doit être présumé propriétaire, non débiteur. Comme on l'a fort bien dit (Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. II, § 274), « 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 ».

En conséquence, le défendeur qui se borne à nier les faits allégués par le demandeur n'a aucune preuve à fournir à l'appui de sa dénégation. *Negantis naturali ratione nulla est probatio. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (23 C., *de probation.*, 4.19 ; 2 D. *de probation.*, XXII, 3)[1]

Quand, au contraire, le demandeur a établi l'exactitude des faits sur lesquels il fonde sa prétention, la situation première est renversée, la présomption originaire, détruite. Si donc le défendeur oppose des moyens de défense, des exceptions, c'est-à-dire s'il prétend que les conséquences juridiques des faits allégués sont paralysées par d'autres faits, par exemple, s'il soutient qu'il est devenu propriétaire par la prescription acquisitive, ou qu'il a payé sa dette, ou encore que l'obligation est nulle, c'est à lui à fournir la preuve de ces moyens de défense : *Reus in exceptione fit actor* (19 pr. et 25, § 2, D. *de probation.*, XXII. 3).

Des présomptions légales. — La loi dispense parfois de faire la preuve de certains faits et les tient à l'avance pour établis. Elle en proclame *a priori* l'exactitude. On dit alors qu'elle crée une *présomption*. Les présomptions sont naturellement exceptionnelles ; elles ne se rencontrent que dans des hypothèses où des raisons d'intérêt supérieur, qui varient du reste avec chaque cas, en exigent l'établissement. En voici des exemples.

1° Le moment exact de la conception d'un enfant est une chose impossible à préciser. La loi établit en conséquence la durée maxima (300 jours), et la durée minima (180 jours) de la grossesse (art. 312, C. civ.), et décide que la période de la conception se place dans l'intervalle qui s'étend entre le 180e jour et le 300e jour avant l'accouchement.

2° La preuve de la paternité ne peut pas être faite par des moyens directs. En conséquence, la loi établit une présomption de légitimité en faveur des

1. Les anciens glossateurs attachaient à ces formules un sens tout différent. D'après eux, elles signifiaient que celui qui invoque un fait négatif, par exemple la non-existence de la cause d'une obligation ou la non-existence d'héritiers plus proches du défunt, n'est pas tenu d'en faire la preuve. On ne peut pas prouver une négation, disaient-ils. Mais c'est là une erreur depuis longtemps reconnue. Quiconque invoque un fait doit le prouver, et s'il ne le peut il échoue. Il serait vraiment illogique de dispenser de cette charge celui qui fonde son droit sur une proposition négative. Au fond, la démonstration d'une telle proposition n'est pas impossible. Ainsi, l'héritier qui réclame la succession fournira un certificat de notoriété, constatant qu'on ne connaît pas d'héritiers plus proches. De même, celui qui demande à être mis en possession des biens d'un individu qui a disparu, établira qu'il n'a pas donné de nouvelles depuis sa disparition.

enfants nés d'une femme mariée plus de 179 jours après la célébration du mariage ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution.

3° Lorsqu'un créancier remet volontairement à son débiteur le titre constatant sa créance, la loi présume qu'il a voulu le libérer (art. 1282).

4° Pour empêcher qu'un procès terminé par un jugement définitif ne soit plus tard recommencé, la loi tient la décision rendue pour conforme à la vérité : *res judicata pro veritate habetur*, et interdit de porter à nouveau devant les tribunaux ce qui a déjà été jugé (art. 1350 et 1351).

Les présomptions édictées par le législateur sont fondées sur l'expérience. Elles correspondent presque toujours à la réalité des faits. Cependant, il peut arriver que, dans tel cas déterminé, elles se trouvent contraires à la vérité. Il peut se faire, par exemple, que le mari d'une femme mariée ne soit pas le père de l'enfant, ou que les tribunaux se soient trompés en rendant un jugement.

Ordinairement, celui auquel on oppose une présomption légale a le droit de la faire tomber en prouvant qu'elle est fausse. On dit alors que la présomption est *relative* ou *juris tantum*.

Par exception, il y a certaines présomptions qui sont irréfragables. L'ordre public exige qu'elles s'appliquent dans tous les cas, même si par exception elles ne sont pas conformes à la réalité. L'intérêt privé doit s'effacer alors devant l'intérêt général. Il en est ainsi, par exemple, de l'autorité attachée à la chose jugée. Le jugement passé en force de chose jugée est tenu pour vrai, quand bien même il serait prouvé que les juges se sont trompés. Lorsqu'il en est ainsi, on dit que la présomption est *absolue* ou *juris et de jure*.

De l'autorité de la chose jugée. — Il convient de donner dès à présent quelques explications sur une des présomptions légales que nous venons de citer, à savoir la présomption de vérité des décisions de justice ou autorité de la chose jugée. En effet nous aurons occasion de nous référer à cette règle à diverses reprises dans le cours de ce volume.

Nous avons dit que, lorsqu'un procès entamé entre deux ou plusieurs personnes a été tranché par un jugement, la question ainsi jugée ne peut plus être débattue à nouveau devant la justice. La sentence rendue est réputée l'expression de la vérité. D'où l'*exception de chose jugée* qui permettra au bénéficiaire du jugement d'écarter toute nouvelle demande portant sur le même objet.

Mais, au regard de qui existe cette autorité de la chose jugée ? L'article 1351 répond que, pour qu'une nouvelle demande puisse être repoussée par l'exception *rei judicatæ*, il faut qu'elle s'élève *entre les mêmes parties*, qu'il s'agisse d'une demande formée par elles ou contre elles *en la même qualité*. Ainsi, l'effet des jugements est *relatif*. Ils ne profitent et ne nuisent qu'aux parties engagées dans l'instance, non aux tiers. *Res judicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Cette règle fondamentale de notre Droit, sur laquelle nous aurons à revenir, se justifie avant tout par une raison d'équité. Les intérêts d'un

individu ne peuvent pas être compromis par une décision judiciaire intervenue à la suite d'un litige dans lequel il n'a pas figuré, car, s'il en était autrement, il risquerait de voir ses droits compromis par la maladresse ou même la collusion d'autrui. Par exemple, le débiteur d'une somme d'argent meurt, laissant deux héritiers. Sa dette se divise entre ceux-ci (art. 1220). Le créancier n'actionne en justice que l'un de ces héritiers et obtient contre lui un jugement. De ce jugement il ne pourra se servir que pour toucher la part de la dette incombant à l'héritier condamné ; il ne pourra pas l'opposer à l'autre héritier. Et cela est juste. En effet, il se peut que l'héritier poursuivi ait omis d'invoquer un moyen de défense (prescription de la dette, nullité de l'obligation, paiement effectué par le défunt) qui aurait dû faire repousser la demande.

De même, supposons que Primus revendique un immeuble qu'il prétend lui appartenir et qui se trouve entre les mains d'un possesseur, Secundus, qui, prétend-il, l'a usurpé. Il ne faut pas que ce possesseur puisse repousser la demande de Primus en alléguant un jugement qui, dans un litige antérieur qui s'était élevé entre lui et Tertius, avait jugé, à l'encontre de ce dernier, que c'était lui, Secundus, le véritable propriétaire. Si un tel titre pouvait être invoqué, Secundus n'aurait qu'à susciter un adversaire fictif, un homme de paille dont il triompherait aisément, et il se mettrait ainsi à l'abri de toute revendication du véritable ayant-droit. Toutefois, nous verrons en traitant de la preuve de la propriété, les tempéraments au moins apparents que la Jurisprudence a dû apporter en cette matière au principe de l'article 1351.

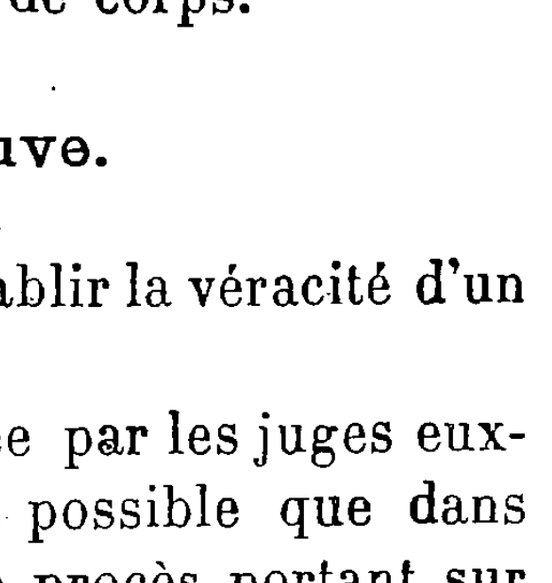
Nous ferons observer, en terminant sur ce point, que le principe de la relativité des jugements ne s'applique qu'aux jugements dits *déclaratifs*, c'est-à-dire ne faisant que constater, reconnaître un rapport de droit créé antérieurement. Ce sont à la vérité les plus nombreux. Cependant, certains jugements sont dits *constitutifs*, parce qu'ils créent une situation nouvelle. Ceux-là sont valables *erga omnes*, et toute personne intéressée est admise à en déduire les conséquences. Il en est ainsi des jugements prononçant une interdiction, un divorce, une séparation de corps.

§ 3. — Différents moyens de preuve.

Les différents modes de preuve qui permettent d'établir la véracité d'un fait peuvent se classer en cinq groupes :

1° La *constatation matérielle* du fait allégué effectuée par les juges eux-mêmes ou par des experts. Cette constatation n'est possible que dans des cas assez rares, quand il s'agit par exemple d'un procès portant sur une question de servitude, de bornage, de cours d'eau, ou d'un accident, d'un incendie, d'un dommage matériel.

2° Les *écrits* rédigés pour constater soit un *acte* juridique, par exemple, un contrat, un testament, un mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, soit un *fait juridique* relatif à l'état de l'individu, une naissance, un décès.



Ces écrits se divisent en deux classes, suivant qu'ils sont dressés par les parties intéressées elles-mêmes ou par un officier public : les *actes sous seing privé* et les actes *authentiques*.

A. — Les *actes sous seing privé* ne sont, en principe, soumis à aucune condition de forme ni de rédaction. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'ils soient écrits de la main des intéressés, sauf pour le testament olographe (art. 970, C. civ.). Pourtant il faut qu'ils contiennent la signature de celui ou de ceux qui accomplissent l'opération juridique constatée. C'est la signature qui donne à l'écrit ou *acte instrumentaire*, ou *titre*, sa force probante, car elle prouve la volonté du signataire.

La loi n'exige pas que l'acte sous seing privé soit daté, sauf quand il s'agit du testament olographe (art. 970). En fait, cependant, la mention de la date se rencontre presque toujours, car les parties ont le plus grand intérêt à préciser le moment où l'acte a été fait, notamment quand il s'agit d'un contrat qui doit les lier pendant un certain temps. Mais il faut bien noter que la date portée sur un acte sous seing privé n'a en principe aucune force probante *à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties*, car rien ne prouve que cette date soit exacte et qu'on ne se trouve pas en présence d'une antidate ou d'une postdate.

Cette règle de l'inopposabilité aux tiers de la date des écrits sous seing privé est indispensable pour protéger les tiers intéressés contre les fausses dates inscrites en vue de les tromper. Supposons, par exemple, qu'un propriétaire donne un immeuble à bail, puis le vende à un tiers. Si l'acheteur désirait échapper à l'obligation que la loi lui impose de laisser le preneur en possession des lieux loués (art. 1743), il suffirait aux deux parties d'antidater l'acte de vente afin de faire croire qu'il a été conclu antérieurement au bail. Rien ne serait plus facile que cette fraude, si l'acte faisait foi de sa date.

Supposons inversement, dans la même hypothèse, que le contrat de bail a été fait sous seing privé. Comment le preneur pourra-t-il prouver la sincérité de sa date afin de pouvoir opposer son titre au nouvel acquéreur de l'immeuble ? Il faut évidemment qu'il y ait un procédé légal permettant de déterminer l'*antériorité* des écrits privés les uns à l'égard des autres.

C'est pourquoi la loi met à la disposition des parties un moyen de donner *date certaine* à l'acte qu'elles ont conclu ; ce moyen est de faire *enregistrer* l'écrit sous seing privé constatant l'acte accompli (art. 1328). L'enregistrement consiste à présenter l'acte instrumentaire au receveur de l'enregistrement, qui perçoit le droit prescrit par la loi et mentionne sur l'acte lui-même la date à laquelle il lui a été présenté et le montant des droits perçus. Par cette mention émanée d'un fonctionnaire public, l'acte sous seing privé acquiert date certaine au jour de la mention.

B. — L'*acte authentique* est l'acte dressé par un officier public compétent, eu égard à la nature des faits à constater et au lieu dans lequel l'acte est passé.

Les actes de l'état civil, les jugements sont des actes authentiques.

De tous les actes authentiques, les plus nombreux sont les *actes notariés*. Les notaires en effet sont compétents pour recevoir ou rédiger *tous* les actes auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité.

Les actes authentiques sont un mode de preuve presque irréfragable des faits qui s'y trouvent constatés. Si, en effet, la personne à qui on oppose un acte authentique met en doute la sincérité de ce caractère authentique, c'est-à-dire si elle soutient que l'écrit produit est un faux et n'a pas été dressé par un officier public, elle doit faire la preuve de cette allégation, et le Code de procédure civile a réglementé sévèrement l'administration de cette preuve (art. 214 à 251, C. proc. civ.). La procédure ainsi réglementée, sous le nom d'*inscription de faux*, est longue et compliquée ; le demandeur s'expose, s'il succombe, à une lourde amende ; précautions qui s'expliquent par cette idée que le faux en écritures publiques est un crime rare, difficile à supposer, et que dès lors, la preuve de ce crime doit être entourée de multiples précautions afin d'éviter des accusations portées à la légère.

Quant au *contenu* de l'acte authentique, comme il est l'œuvre de l'officier public et comme toutes les déclarations qui émanent de lui sont tenues pour sincères, — car la loi fait confiance à son honorabilité —, si l'adversaire conteste ce contenu, ce qui revient à nier la bonne foi de l'officier public, il faut la même procédure que celle qui est nécessaire pour contester l'authenticité ; c'est la procédure d'inscription de faux. Seulement, le faux qu'on prétend dénoncer ici n'est plus un faux matériel, c'est un *faux intellectuel.*

Pourtant, il y a dans un acte authentique des déclarations dont on peut contester l'exactitude sans attaquer la sincérité de l'officier public. Ce sont celles que les parties ont faites à l'officier et que celui-ci a reproduites sans en pouvoir contrôler la sincérité personnellement *ex propriis sensibus*.

Par exemple, dans un acte de naissance, le déclarant indique à l'officier de l'état-civil le nom d'une femme autre que la mère de l'enfant, ou affirme que l'enfant est né d'un père et d'une mère mariés ensemble. Ces indications pourront être contestées sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux. En effet, en les relatant, l'officier de l'état civil n'a fait que reproduire ce qui lui a été déclaré.

3° *La preuve par témoins.* — Le recours aux affirmations des personnes qui ont assisté à l'accomplissement des faits litigieux est le mode de preuve naturel pour tous les actes de l'homme qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques, ou pour les faits matériels qui n'ont laissé aucune trace extérieure. Ces divers événements ne peuvent être établis que par les déclarations des personnes qui en ont été témoins ou par les modes de preuve dont nous parlerons ci-dessous (présomptions de l'homme, aveu et serment). Il ne saurait être ici question de preuve par écrit.

Quand il s'agit, au contraire, d'actes juridiques, et de la constatation de l'état civil des personnes, la loi n'autorise pas la preuve par témoins. Elle la tient pour suspecte, parce qu'elle craint la subornation des témoins. De plus, on se trouve dans des hypothèses où il était facile aux parties intéressées de se procurer une preuve écrite.

Aussi, notre Code n'autorise-t-il la preuve testimoniale des actes juridiques qu'autant que la somme ou la valeur de la chose, objet de l'acte juridique litigieux, ne dépasse pas 150 francs (art. 1341), ou lorsqu'il existe un *commencement de preuve par écrit*, c'est-à-dire un écrit émané de celui contre lequel est formée la demande et qui, sans le prouver directement, rend du moins vraisemblable le fait allégué (art. 1347).

4° *Les présomptions de l'homme laissées à l'appréciation du juge.* — On désigne sous ce nom les conséquences que le juge déduit des faits matériels établis par le plaideur et qui lui font croire à l'exactitude de tel fait non directement prouvé. La présomption, on le voit, est un raisonnement consistant à conclure d'un fait connu à un fait inconnu.

Ce mode de preuve est inférieur aux précédents, car il ne fait naître dans l'esprit du juge qu'une probabilité.

Par exemple, un enfant intente une action en recherche de sa filiation maternelle. A l'appui de sa prétention, il invoque divers faits tendant à prouver que telle femme est sa mère (accouchement à une date correspondant à celle de sa naissance, ressemblance physique, linges trouvés sur le nouveau-né, relations entre les parents nourriciers et la mère, etc.). Ce sont là autant d'*indices* d'où le juge pourra conclure à la réalité de la filiation prétendue.

Comme ce mode de preuve est plus fragile que les précédents, la loi l'exclut en matière d'actes juridiques et d'état civil et ne permet de l'employer que dans les cas exceptionnels où il autorise le recours au témoignage.

5° *L'aveu et le serment.* — L'*aveu* est la déclaration par laquelle l'une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait invoqué contre elle.

C'est, de toutes les preuves, la plus décisive, la plus convaincante, *probatio probantissima*. Cependant elle n'est pas recevable dans tous les procès. Ainsi, nous verrons qu'il n'y a pas de place pour l'aveu dans une instance en divorce ou en séparation de corps.

Le *serment* consiste dans une affirmation *solennelle* faite en jurant de dire la vérité.

Ce mode de preuve, d'un caractère plus ou moins religieux, n'est, en principe, admis par la loi que dans le cas où, par une sorte de transaction, les plaideurs ont convenu de remettre la décision de leur procès à l'affirmation de celui d'entre eux qui consentira à confirmer son allégation par son serment (serment *décisoire*, art. 1358 et suiv.).

CHAPITRE IV

LES DROITS, LEUR DIVISION

Les *droits* (ou droits *subjectifs*) sont les pouvoirs appartenant aux individus en vue de la satisfaction de leurs intérêts. Ces pouvoirs supposent nécessairement la possibilité d'une contrainte à l'égard des autres individus qui en contesteraient ou en entraveraient l'exercice. Les *droits* ne peuvent donc se réaliser qu'avec le concours et la protection du ***Droit.***

SECTION I. — Classification des Droits.

Il y a plusieurs classifications des droits.

Première classification : Droits absolus et Droits relatifs. — On appelle droits *relatifs* ceux qui existent au profit d'une personne uniquement à l'encontre d'un ou de plusieurs autres individus. Ce sont les droits de créance qui constituent à eux seuls cette catégorie.

Les droits *absolus*, au contraire, sont ceux qui sont *opposables à tous*. Sont absolus les droits réels (dont l'exemple le plus significatif est le droit de propriété), les droits de famille, les droits politiques, les droits publics ou inhérents à la personnalité, tels que le droit de travailler, de faire le commerce, d'écrire, de parler, etc...

Deuxième classification : Droits politiques. Droits civils. — On appelle *droits politiques* ceux qui consistent dans une certaine participation à la puissance politique, c'est-à-dire au gouvernement (exemple . l'électorat, l'éligibilité, etc...). L'article 7 du Code civil porte qu' « ils s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales ». Nous n'avons pas à nous en occuper ici.

On appelle *droits civils* tous les droits qui n'offrent pas un caractère politique. Ils constituent, a-t-on pu dire, la sphère d'activité garantie à chaque individu. A la différence des précédents, ils appartiennent en principe *à tous* les individus, parce qu'ils sont indispensables à la vie de chacun, tandis que les droits politiques ne le sont pas. Il est clair que, pour vivre, on n'a pas besoin d'être éligible à la Chambre des députés, tandis qu'on ne saurait se passer de la faculté d'acheter, de celle de travailler, etc...

Subdivision des droits civils. — Les droits civils se subdivisent eux-mêmes en trois catégories.

1° Les droits *inhérents à la personnalité* qu'on appelle quelquefois

droits de l'homme, ou *droits publics* ou encore *biens innés*. Ce sont ceux qui résultent de la seule qualité d'homme, par exemple, le droit à la vie, à la liberté, à l'honneur, la liberté de conscience, de parole, etc... Leur exercice étant garanti par les institutions du Droit public, l'étude de ces droits est, en principe, étrangère au Droit civil. Pourtant, quand il y a violation abusive d'un droit de cette nature, la victime de cette faute peut se trouver à même de réclamer à l'auteur du préjudice la *réparation civile* du dommage par elle éprouvé (art. 1382, C. civ.). Cette faculté, tendant à une allocation pécuniaire, constituera alors un droit nouveau et rentrera dans une autre catégorie de droits, ceux du *patrimoine*.

2° Les *droits de famille* sont ceux qui résultent de la qualité d'époux, de parent, d'allié, d'enfant, etc... Leur ensemble forme ce qu'on appelle l'*état* de la personne.

Ces *droits* présentent cette caractéristique qu'ils constituent en même temps des *devoirs*. Par exemple, la *puissance paternelle* n'est pas seulement le droit pour le père de veiller à l'éducation de ses enfants ; c'est aussi l'obligation de pourvoir à cette éducation.

Les droits de famille offrent ceci de commun avec les droits du groupe précédent qu'ils sont *extra-patrimoniaux*. Toutefois, ils ont souvent pour conséquence certains droits pécuniaires, et, par conséquent, patrimoniaux, par exemple, le droit à des aliments, le droit de succession.

3° Les *droits du patrimoine*, les plus nombreux du Droit civil, constituent des prérogatives aboutissant, en dernière analyse, à procurer à leurs titulaires des satisfactions *pécuniaires* ou, tout au moins, *appréciables en argent*. Exemple : le droit de propriété. Ils se subdivisent eux-mêmes en trois classes : les *droits réels*, les *droits de créance*, enfin les *droits intellectuels*, c'est-à-dire ceux des auteurs, artistes, inventeurs sur leurs œuvres ou leurs découvertes.

Droits réels. Droits réels dits principaux — Les *droits réels* sont les droits qui ont pour objet les choses du monde extérieur, fonds de terre, maisons, objets mobiliers, et donnent à leur titulaire un pouvoir *direct* et *immédiat* sur ces choses, pouvoir dont l'étendue varie suivant le droit lui-même. D'où l'épithète de droit *réel* (*jus in re*).

On distingue deux sortes de droits réels, les droits réels *principaux* et les droits réels *accessoires*.

Nous ne parlerons pas pour le moment de ces derniers qui sont ainsi nommés parce qu'ils sont l'accessoire d'un *droit de créance* dont ils constituent la garantie. Il convient donc de ne s'en occuper qu'après avoir traité des droits de créance.

Les droits réels *principaux*, c'est-à-dire non accessoires à un droit de créance, sont le pouvoir de se servir d'une chose, d'en tirer toute la jouissance et toute l'utilité dans une mesure plus ou moins complète. On peut les classer en deux groupes : 1° Le droit de propriété ; 2° Les droits réels sur la chose d'autrui.

1° Le droit de *propriété* est le plus complet que l'homme puisse exercer

sur une chose. Le propriétaire jouit à l'exclusion de tout autre de tous les avantages que sa chose est susceptible de procurer ; il a donc sur cette chose un pouvoir exclusif et à peu près absolu (art. 544), tant du moins que ce pouvoir ne se trouve pas limité par l'existence, sur sa propre chose et au profit d'autrui, de l'un des droits réels de la catégorie ci-après.

2° *Droits réels sur la chose d'autrui.* Ces droits, dont le nombre est limitativement fixé par la loi sont :

A. — *L'usufruit* ou droit d'user et de jouir, sa vie durant, de la chose dont un autre est propriétaire (*nu* propriétaire, c'est-à-dire propriétaire dépouillé momentanément de tous les avantages de la propriété). Par exemple, un légataire qui, par testament, a reçu l'usufruit d'une maison ayant appartenu au défunt, pourra, sa vie durant, habiter cette maison, se servir du mobilier, ou, s'il le préfère, donner cette maison à bail, en toucher les loyers (art. 578 et s.).

B. — Le droit *d'usage* et le droit *d'habitation* qui sont des usufruits restreints (art. 628 et s.).

C. — Les *servitudes* (servitudes de passage, de vue, de ne pas bâtir, etc). qui sont des charges établies sur un fonds pour l'utilité d'un autre fonds (art. 637 et s.).

D. — *L'emphytéose*, variété de bail à très long terme.

Droits de créance. — Le droit de créance est un pouvoir appartenant à un ou plusieurs individus à l'égard d'un ou de plusieurs autres individus déterminés (d'où le nom de droit personnel par lequel on le désigne parfois). Le titulaire du droit de créance ou *créancier* peut astreindre le *débiteur* à accomplir à son profit telle ou telle *prestation*, c'est-à-dire soit à lui donner quelque chose, soit à faire quelque chose, soit à s'abstenir de quelque chose à son profit. Exemples : le droit pour le capitaliste qui a prêté 1.000 francs à un emprunteur d'exiger de celui-ci le remboursement de cette somme à l'échéance convenue ; le droit du bailleur d'immeubles au payement du loyer convenu ; le droit pour le locataire d'exiger du bailleur qu'il lui procure la jouissance de son appartement ; le droit pour un directeur de théâtre d'empêcher l'artiste, son pensionnaire, de jouer sur une scène rivale, etc...

La caractéristique essentielle des droits de créance, c'est que, constituant un bien, un élément d'*actif* dans le patrimoine de leur titulaire, ils correspondent nécessairement à une *dette* à la charge du débiteur, et forment un élément de *passif* dans le patrimoine de celui-ci. Au contraire, le bénéficiaire d'un droit réel n'enlève rien à autrui ; son droit n'appauvrit personne ; il n'a rien à exiger des autres hommes, sinon qu'ils s'abstiennent de porter entrave aux actes d'usage et de jouissance que lui-même accomplit directement sur la chose faisant l'objet de son droit.

On a vu, par les exemples de droits de créance indiqués plus haut, que ceux-ci ont souvent pour résultat de transmettre au créancier la propriété d'une chose appartenant au débiteur. C'est pourquoi les commentateurs appellent quelquefois le droit de créance *jus ad rem*, pour montrer qu'il

tend à procurer à son titulaire la propriété d'une chose appartenant à celui qui s'est obligé. Le droit de créance apparaît ainsi comme le préliminaire du droit réel, ou *jus in re*. En effet, dans un Etat civilisé, comme le nôtre, toutes les choses du monde extérieur, non seulemennt la terre, mais même les objets matériels susceptibles de procurer quelque utilité à l'homme, sont l'objet d'une appropriation individuelle, et les choses n'appartenant à personne et dont on peut s'emparer par voie d'occupation forment l'exception (les animaux vivant à l'état sauvage, par exemple). Pour devenir propriétaire, il faut donc recevoir la propriété de celui qui la possède, et il faut, pour cela, qu'un rapport d'obligation se forme d'abord entre les deux parties, qu'un contrat de vente soit conclu, que le propriétaire actuel soit devenu *débiteur* de la chose qui doit être transmise et que le propriétaire futur en devienne *créancier*.

Mais le domaine des droits de créance est plus vaste. Cela résulte encore de certains des exemples que nous avons donnés. Un droit de créance peut avoir trait à toutes les prestations, quelles qu'elles soient, qui présentent quelque intérêt pécuniaire et peuvent, à ce titre, faire l'objet d'une tractation entre les individus.

Ainsi, tout d'abord, le droit de créance ne suppose pas toujours le transfert de propriété de la chose qu'il a pour objet. Par exemple, je vous prête mon cheval et ma voiture pour un mois ; je vous loue un appartement dans ma maison pour six ans moyennant un loyer annuel convenu. Je reste propriétaire du cheval et de la voiture prêtés, de l'appartement loué. L'emprunteur, le locataire acquièrent simplement le droit de se servir de l'objet pendant le temps fixé.

D'autre part, le droit de créance peut avoir pour objet, non pas la remise d'une chose, mais un fait ou une abstention ayant pour le créancier une valeur appréciable en argent. Par exemple, un voyageur de commerce signe un traité avec un industriel pour la vente des produits de celui-ci ; un ouvrier loue ses servives à un patron (obligations de faire). Ou bien encore, le vendeur d'un fonds de commerce s'engage implicitement ou expressément, en vendant son fonds, à ne pas ouvrir un autre établissement similaire dans le même quartier ou la même ville (obligation de ne pas faire).

Comparaison du droit réel et du droit de créance. — Nous en avons assez dit pour qu'il soit facile de comprendre les différences essentielles qui distinguent les droits réels des droits de créance. Le droit réel est un droit *absolu*, ce qui signifie, comme nous le savons, qu'il ne consiste pas dans un lien juridique entre deux individus. Il consiste dans la prérogative d'user de l'objet sur lequel il porte, de la manière et dans la mesure que comporte l'étendue du droit réel. C'est un droit *sur une chose*, qui s'exerce sans que le titulaire ait besoin du concours d'un tiers quelconque.

Cela est évident pour le droit de propriété qui est le mode d'appropriation d'une chose le plus complet que nous puissions concevoir.

Mais cela est vrai également des droits réels qui portent sur une chose appartenant à autrui. Par exemple, l'usufruitier use et jouit de l'objet, sans avoir besoin du concours ou de la permission du nu-propriétaire. De même, le propriétaire qui a une servitude sur le fonds voisin a le droit de faire tous les actes que comporte la jouissance de cette servitude ; le propriétaire du fonds servant n'a qu'à supporter ces actes.

Au contraire, le droit de créance est un droit *relatif ;* il est un rapport d'obligation entre deux personnes ; il se résume dans le pouvoir pour le créancier d'exiger que le débiteur exécute son obligation ; il subordonne dans une mesure plus ou moins large l'activité juridique d'une personne déterminée à l'intérêt d'une autre. Il met une personne, mais cette personne seule (le débiteur), au service du créancier.

Droits réels accessoires. — Nous avons dit qu'il existe des droits réels dont le rôle consiste à garantir l'exécution (ou paiement) d'un droit de créance. Ce sont le *nantissement*, le *privilège* et l'*hypothèque.*

Pour comprendre ce rôle, il faut savoir que, quand un débiteur est obligé envers plusieurs créanciers et qu'il ne possède pas de quoi les payer tous (on dit alors qu'il est *insolvable*), les créanciers supportent proportionnellement et également cette insolvabilité. Cela signifie que, les biens de leur débiteur ayant été saisis et vendus, le prix se distribue entre eux au prorata de leurs créances respectives, sans qu'on ait à tenir compte de leur date, la plus récente venant au *marc le franc* avec la plus ancienne (art. 2093). Un créancier à qui la situation actuelle de son débiteur offre toute garantie, peut donc toujours craindre que cette situation ne se modifie par la naissance de nouvelles obligations de son débiteur dont le patrimoine pourra ainsi devenir insuffisant pour le désintéresser.

C'est pour se prémunir contre ce risque que le créancier demandera au débiteur de lui constituer un *droit réel accessoire* sur tel ou tel bien déterminé de son patrimoine. Par exemple, il se fera donner par le débiteur un objet mobilier, (meuble de valeur, titre de bourse) en gage ou en nantissement. Ou bien il se fera attribuer une hypothèque sur un fonds de terre ou une maison de son débiteur.

L'avantage que le créancier retire de ce droit réel accessoire est double.

D'abord, si le débiteur ne paie pas son dû à l'échéance, le créancier, après avoir fait vendre la chose à lui remise en gage ou donnée en hypothèque, sera payé *avant tout autre créancier* sur le prix. C'est là le *droit de préférence* qui constitue la garantie du créancier et qui différencie sa condition de celle des créanciers ordinaires (appelés *chirographaires*) exposés au risque d'insolvabilité de leur débiteur.

En second lieu, lorsque le droit réel accessoire porte sur un immeuble (hypothèque, privilège immobilier), le créancier est armé d'un *droit de suite*, c'est-à-dire qu'il peut saisir la chose qui lui a été hypothéquée, même lorsqu'elle a cessé d'être la propriété de son débiteur et est passée entre les mains d'un tiers, afin de se payer sur le prix. Au contraire, les

créanciers chirographaires ne peuvent saisir que les biens appartenant à leur débiteur au moment où ils le poursuivent ; ils n'ont plus aucun recours sur ceux que leur débiteur a aliénés auparavant.

Droits intellectuels. — Les droits réels et les droits de créance constituent les droits du patrimoine les plus nombreux et les plus importants. Mais ils ne sont pas les seuls. En effet, il y a toute une catégorie d'éléments de richesse qui ne peuvent entrer ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux classes. On les appelle quelquefois des *droits intellectuels*. Ce sont les droits des auteurs, écrivains ou artistes, sur leurs œuvres (écrits, tableaux, statues, gravures, partitions), les droits des inventeurs sur leurs inventions, les droits des commerçants et industriels sur leurs marques de fabrique, leurs brevets, sur les dessins industriels, sur le nom et la clientèle de la maison, etc...

Dans cette catégorie intermédiaire, on rangera aussi le droit des officiers ministériels (notaire, avoué, greffier, huissier, agent de change, commissaire-priseur, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat) de présenter leur successeur à l'agrément de la Chancellerie, le droit des agents d'assurances sur leur portefeuille, des médecins sur leur cabinet médical. Ce ne sont là, encore une fois, ni des droits réels, ni des droits de créance, mais autant de droits spéciaux, *sui generis*, objet chacun d'un régime légal particulier, et dont le seul trait commun est qu'ils rentrent tous dans la catégorie des droits *patrimoniaux*, c'est-à-dire présentant une valeur pécuniaire.

SECTION II. — Notion du patrimoine ; des ayants-cause.

I. Du Patrimoine. — Nous avons, en les opposant aux droits de famille, défini les droits du *patrimoine*.

On désigne sous ce nom l'ensemble des rapports de droit, appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne.

Le patrimoine comprend donc *tous les droits* ayant une valeur pécuniaire qui appartiennent à un homme et *toutes les obligations*, représentant une valeur pécuniaire, dont il est tenu à l'égard d'autrui. Les droits sont l'*actif*, les dettes le *passif* du patrimoine.

Au contraire, restent en dehors du patrimoine, nous l'avons vu, 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 l'auteur du préjudice, action qui, aboutissant à des dommages-intérêts, présente un caractère pécuniaire et rentre, à ce titre, dans le patrimoine.

Le patrimoine représente une universalité juridique indépendante des éléments qui le composent. Lorsqu'on l'envisage ainsi, 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 pas de subsister comme entité dis-

tincte. 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, le patrimoine 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.

Mais quel intérêt y a-t-il 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 séparément chacun des biens et chacune des obligations ? Cet intérêt se présente à deux points de vue principaux. En premier lieu, l'universalité du patrimoine, en tant que masse distincte, exprime cette idée fondamentale de notre Droit moderne que 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, l'idée d'universalité traduit assez exactement cette règle qu'au moment de la mort de la personne, le patrimoine qu'elle délaisse se trouve définitivement fixé, qu'il n'est plus susceptible de s'accroître ni de diminuer, qu'il va passer tel quel aux héritiers du défunt et se fondre dans le leur propre.

Reprenons successivement ces deux propositions.

1° Droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. — Les obligations dont une personne est débitrice pèsent sur son patrimoine : quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents et à venir (art. 2092). 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. Il ne constitue pas d'ailleurs, bien que qualifié de droit de gage, un droit réel, car il plane sur tout le patrimoine et s'exerce sur les choses dont il est composé au moment où le créancier poursuit l'exécution de sa créance. Par conséquent, si une de ces choses cesse d'en faire partie, elle échappe à l'action des créanciers. Ainsi, toutes les modifications qui s'opèrent dans la composition du patrimoine sont opposables aux créanciers. Le débiteur peut vendre ses biens, les donner, en acquérir d'autres. Les éléments du patrimoine sont, à ce point de vue, choses fongibles, et les créanciers ne peuvent saisir que ceux qui s'y trouvent au moment où ils agissent. Il en sera ainsi du moins dans les hypothèses normales, c'est-à-dire si l'on suppose que le débiteur a agi *sans fraude ;* car s'il y avait fraude de sa part, le créancier aurait le droit de critiquer les actes par lesquels il se serait appauvri et de les faire révoquer au moyen de l'*action paulienne* (art. 1167).

2° 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 va passer entre les mains des 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 habebitur*[1]. Dans notre Droit, cette fiction est devenue inutile, parce que la transmission du patrimoine s'opère immédiatement, au moment de la mort, de la tête du défunt sur celle des 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 droits.

Cette transmission s'applique non seulement aux droits, mais aux obligations.

2° Des ayants cause. — Lorsqu'un droit est transmis par une personne à une autre, on appelle *auteur* celui qui transmet le droit, et *ayant cause* celui qui l'acquiert.

La transmission s'opère soit à titre particulier, lorsque l'ayant cause acquiert seulement un ou plusieurs droits déterminés, soit à titre universel, lorsque l'ayant cause acquiert l'universalité des biens d'une personne, ou une quote-part de cette universalité. Il y a donc deux catégories d'ayants cause : les *ayants cause à titre universel* et les *ayants cause à titre particulier*.

La transmission à titre universel ne s'accomplit, dans notre Droit, qu'au moment de la mort, c'est-à-dire à titre de *succession*. La succession comprend à la fois les biens et les dettes du défunt. L'ayant cause à titre universel, d'une part, reçoit tous les biens qui appartenaient au défunt ; il est d'autre part tenu d'acquitter toutes les obligations dont il était débiteur. Les ayants cause à titre universel sont : les *héritiers légitimes et les autres successeurs appelés par la loi à la succession du défunt* ; les *légataires universels ou à titre universel* ; les *institués contractuels*, c'est-à-dire ceux que le disposant institue héritiers par contrat, dans les cas où notre loi permet cette opération (art. 1082, 1093, C. civ.). On peut dire que ces successeurs ont été *représentés par leur auteur* en ce sens que tous les actes juridiques de celui-ci leur profitent ou leur nuisent en principe (sous réserve de la faculté que la loi leur accorde, on le verra, d'échapper aux conséquences de cette représentation en renonçant à la succession ou en ne l'acceptant que sous bénéfice d'inventaire). Comme le dit l'article 1122, « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause ».

1. V. 13, § 2, D., *Ad leg. aquil.*, IX, 2 ; 31, § 1, D., *De hered. inst.*, XXVIII, 5 ; 9, C., *Depositi*, IV, 34, etc.

Notons que, dans une conception défectueuse, mais assez répandue, les héritiers ou successeurs ne sont pas considérés comme étant les seuls ayants cause à titre universel d'un individu. On range souvent dans la même catégorie les *créanciers chirographaires*, c'est-à-dire les créanciers qui n'ont ni privilège ni hypothèque. Cette assimilation tient à ce que ces créanciers 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 universel 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 que celui-ci négligerait d'exercer. De même aussi que les actes passés par un défunt sont opposables à ses successeurs, de même les actes du débiteur sont opposables à ses créanciers chirographaires, en ce sens que ceux-ci doivent subir sur leur gage le concours des autres créanciers même postérieurs, et ne peuvent plus saisir les biens aliénés par le débiteur, sous réserve cependant du droit qui leur appartient de faire annuler les actes de leur débiteur, au moyen de l'*action Paulienne*, en démontrant que ces actes ont été accomplis *en fraude de leurs droits* (art. 1167).

Toutefois, il est clair que la situation des créanciers chirographaires est profondément différente de celle des ayants cause à titre universel. En effet ils ne sont pas des successeurs ; à proprement parler ils n'ont rien acquis de leur auteur. Et il est bien évident que les obligations contractées par celui-ci ne pourraient pas être poursuivies contre leur propre patrimoine.

Les *ayants cause à titre particulier* sont ceux qui ont acquis de leur auteur un ou plusieurs droits déterminés ; tels sont le *donataire*, l'*acheteur*, le *légataire* d'une chose ou d'une somme d'argent. On le voit, les ayants cause à titre particulier peuvent acquérir une chose de leur auteur soit à son décès (légataire) soit de son vivant (donateurs, acheteurs, etc.).

A la différence des ayants cause à titre universel, ils ne sont pas tenus de payer les dettes du défunt, cela est d'évidence.

LIVRE PREMIER

LES PERSONNES

Objet et division du livre. — Les personnes ou êtres humains sont les *sujets* du Droit.

Ce sont les règles qui les concernent qu'il convient d'étudier en premier lieu.

Faut-il remarquer que la science du Droit n'étudie pas la personne humaine dans son intégralité? Elle n'envisage pas l'homme physique, ni même l'homme moral tout entier. Elle ne le considère qu'au point de vue du rôle qu'il joue dans la société. Le mot *personne* (de *persona*, masque de l'acteur antique) exprime assez bien cette idée que les sujets du Droit, ce ne sont pas les hommes tout entiers, mais les hommes considérés comme *acteurs* de la vie sociale sous un certain rapport, en un mot, des abstractions.

Il faut immédiatement signaler que, dans la terminologie juridique, il y a deux catégories de personnes, les *personnes physiques* et les *personnes morales* ou *personnes juridiques*.

Les *personnes physiques*, assez mal nommées d'ailleurs, ce sont les hommes, les êtres humains, les personnes proprement dites. Ce sont les seuls vrais sujets du Droit. C'est pour régler leurs rapports avec leurs semblables et avec les choses du monde extérieur que le Droit est fait. Quand nous disons : les *personnes*, tout court, c'est uniquement à celles-là que nous pensons.

Les *personnes morales* ou *personnes juridiques*, ce sont des entités consistant en un groupement de personnes physiques ou en un établissement, une œuvre, que le Droit, par abstraction considère et traite, dans une certaine mesure, comme des individus humains. L'Etat, les communes, les associations déclarées, les sociétés de commerce, les Universités, les Facultés, l'Institut, les bureaux de bienfaisance, les hôpitaux, etc..., sont des personnes morales. Y a-t-il dans cette *personnalité* qui leur est attribuée une simple métaphore commode ou quelque réalité? De quoi dépend, en quoi consiste cette personnalité? Il y a là un des problèmes les plus délicats de notre science, problème qui relève d'ailleurs tout autant du Droit public que du Droit civil.

C'est à l'étude des personnes humaines ou personnes physiques, les seules véritables personnes, que ce premier livre sera presque entièrement consacré.

Dans la personne humaine, nous envisagerons trois éléments : l'*état*, le *domicile*, la *capacité*, objet chacun d'un titre particulier.

Enfin, dans un quatrième titre ou titre complémentaire, nous nous occuperons des *personnes morales*.

TITRE PREMIER

ÉTAT DES PERSONNES

L'*Etat des personnes*, c'est l'ensemble des *qualités constitutives qui distinguent l'individu dans la Cité et dans la Famille*. Ces qualités dépendent de trois faits ou situations qui sont : la nationalité, le mariage, la parenté ou l'alliance. On est français ou étranger, époux ou célibataire, enfant naturel ou enfant légitime ; et des conséquences juridiques se rattachent à ces différentes qualités.

Comme l'étude de la *Nationalité*, bien qu'il en soit longuement parlé au Code civil (art. 8 à 21), touche rationnellement au Droit international public, au moins pour partie et, d'après les programmes officiels, se rattache pour le tout au Droit international privé, nous la laisserons de côté.

Nous n'avons donc à nous occuper que du Mariage (première Partie), de la Parenté et de l'Alliance (seconde Partie). Dans une troisième Partie, nous traiterons des Actes de l'état civil, c'est-à-dire du mode légal de constatation des faits constitutifs de l'état des personnes.

PREMIÈRE PARTIE

LE MARIAGE

GÉNÉRALITÉS

Définition du mariage. — *Le mariage est le contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari, chef de ménage.*

On remarquera aussitôt que cette définition, en déterminant *les fins* du mariage, ne s'attache qu'à celles qui présentent un caractère essentiel. En fait, ceux qui contractent mariage peuvent se proposer bien d'autres buts. Mais une définition juridique n'a pas à tenir compte des intentions et des situations particulières. Cette considération explique pourquoi nous ne faisons pas entrer le dessein de perpétuer l'espèce dans la définition du mariage, comme l'avait fait Portalis (V. Exposé des motifs du titre *Du mariage* au Code civil). Certes la procréation des enfants, et aussi leur éducation, leur initiation à la vie, dans les conditions les plus favorables, constituent, aux yeux du moraliste et du sociologue, la plus importante fonction de l'institution du Mariage. Mais le juriste peut-il y voir un des buts essentiels de l'union conjugale? Nous ne le pensons pas. On observera en effet que notre loi ne prohibe pas, comme le font certaines législations, la loi Russe par exemple, le mariage entre personnes d'un âge trop avancé. Elle permet aussi les unions *in extremis* auxquelles, pour des raisons d'ailleurs très complexes, l'ancien Droit se montrait hostile, et que deux déclarations royales de 1639 et de 1697 privaient des principaux effets civils du mariage.

Pour la même raison, nous considérerions comme étant d'ordre purement sentimental et littéraire une définition qui ferait de l'*amour mutuel* une des obligations fondamentales des époux, l'une des fins essentielles du mariage[1]. Singulière tentative que d'emprisonner l'amour dans une formule juridique! Certes, une attraction mutuelle entre pour beaucoup, il faut l'espérer du moins, dans la conclusion d'une grande quantité de ma-

1. Une formule de ce genre fut adoptée, dans l'une des premières réunions de la première sous-commission de la *commission de révision du Code civil* instituée en 1904 au ministère de la justice par M. Vallé, garde des sceaux. Mais ce vote, dû, croyons-nous, à une surprise, semble avoir plus étonné que satisfait l'opinion publique.

riages. Mais il y en a nombre d'autres où elle ne joue qu'un rôle secondaire. On se marie par amour ; mais on se marie aussi par raison, par intérêt, par ambition, par reconnaissance, par devoir. Ces unions ont une valeur juridique et, parfois aussi, acquièrent une dignité morale égales à celles des « mariages d'amour ».

Le mariage est, disons-nous, un *contrat*. D'une part, en effet, il résulte d'un accord de volontés ; d'autre part, il produit des obligations. N'est-ce pas là, précisément, la conception classique du contrat? On a cependant nié cette notion traditionnelle du mariage-contrat[1] et enseigné que le mariage constitue un *état* réglementé par la loi. Si l'on entend dire par là que le mariage n'est pas un contrat comme les autres, que la volonté autonome des parties ne peut en régler librement les effets, en décider la dissolution, y introduire des modalités comme elle le peut dans les contrats intéressant le patrimoine, ce sont des constatations d'évidence auxquelles nous ne pouvons que souscrire. Il est trop manifeste que le mariage présente une importance qui dépasse infiniment celle des tractations courantes de la vie juridique, celle d'une vente, d'une location, d'une société. Mais il n'y a rien là qui soit entièrement exclusif de l'idée d'un contrat. Dans toute opération juridique, le rôle de la volonté humaine a pour limite l'intérêt général, l'ordre public. Les parties ne peuvent pas toujours faire produire les effets qu'elles veulent à leur accord. Leur liberté, à cet égard, trouve des restrictions même dans certains contrats d'ordre exclusivement patrimonial, comme ceux qui portent sur la propriété immobilière. A plus forte raison doit-il en être ainsi dans un contrat comme le mariage, qui intéresse beaucoup moins les biens que les personnes, dont la portée dépasse même les intérêts des époux et s'étend à la Société tout entière laquelle, on a pu le dire, est toujours *partie* dans tous les mariages, bien qu'ils soient contractés par des particuliers. Le mariage offre encore ceci de spécial qu'il crée un *état*, mais ce n'est pas le seul acte qui produise cet effet. L'*adoption*, elle aussi, est constitutive d'un état nouveau. Contestera-t-on le caractère contractuel qu'elle présente certainement dans notre Droit ?

Il faut donc continuer à considérer le mariage comme un contrat. Cette conception, familière à nos anciens auteurs, admise même par les canonistes, offre à nos yeux cet avantage pratique qu'on en tire, en législation, un préjugé contre une thèse aujourd'hui en faveur chez certains esprits, à savoir celle d'une dissolution possible du mariage par *volonté unilatérale*. Si le mariage est un contrat, il ne doit pas pouvoir se dissoudre au moyen d'un divorce prononcé sur la volonté d'un seul des époux, car cette facilité de rupture en ferait un contrat *plus fragile* que les autres, les contrats ne pouvant, en principe, se rompre que par la volonté commune des deux contractants.

1. V. Lefebvre, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* Nouv. Rev. historique de Droit français et étranger, 1902.

Caractère civil du mariage. Son caractère confessionnel dans l'ancienne société française[1]. — Il est indispensable de s'arrêter à ce caractère *civil*, c'est-à-dire laïque du mariage, d'abord parce qu'il n'est en France que le produit d'une lente évolution historique (encore inachevée chez certains peuples étrangers) et, en second lieu, parce que nos institutions matrimoniales sont encore largement imprégnées des règles empruntées au *Droit canon*, c'est-à-dire à la législation confessionnelle de l'Eglise catholique.

Pendant de longs siècles, c'est en effet l'Eglise catholique qui a été souveraine, dans notre pays, en matière de Droit matrimonial; elle a exercé dans ce domaine à la fois un pouvoir de *juridiction* et un pouvoir de *législation*. Mais cette domination, dont l'épanouissement se prolonge du X^e^ au XVI^e^ siècle, et qui ne devait entièrement disparaître que lors de la Révolution, était loin de remonter aux premiers temps du Christianisme. Et il est intéressant d'en noter la naissance et les progrès.

Dès son origine, l'Eglise chrétienne avait établi, pour le mariage de ses adeptes, certaines prescriptions et défenses spéciales dont l'inobservation entraînait des peines religieuses et, notamment, l'exclusion de la communauté des fidèles. Mais ces règles pendant longtemps restèrent absolument ignorées de l'Etat et étrangères au Droit civil. Il y avait donc, dans l'Empire romain, comme de nos jours, deux réglementations parallèles, l'une légale et obligatoire, l'autre purement religieuse et ne s'imposant qu'à la conscience des fidèles. A la vérité, ces deux réglementations se rapprochèrent sous les empereurs chrétiens; certaines des règles édictées par l'Eglise, notamment en ce qui concerne divers empêchements au mariage, pénétrèrent dans la législation civile et acquirent ainsi force de loi. Mais le fait ne fut pas général. La dualité du Droit civil et de la réglementation religieuse du mariage se perpétua pendant tout l'Empire. C'est ainsi, notamment, que le divorce resta toujours permis, bien qu'il fut prohibé par l'Eglise. Celle-ci n'avait d'ailleurs pas plus le pouvoir de juridiction qu'elle ne possédait celui de légiférer. C'était devant les juges laïques que les causes matrimoniales étaient portées.

Après la chute de l'Empire d'Occident, sous la monarchie mérovingienne et carolingienne, cet état de choses subsista, bien qu'en fait la législation civile s'imprégnât de plus en plus des règles canoniques, et que la juridiction disciplinaire exercée par les tribunaux ecclésiastiques acquît, de jour en jour, plus d'importance. C'est seulement au X^e^ siècle, à l'heure où, par suite de l'effacement presque complet de l'autorité cen-

1. Cons. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3 édit., p. 433 et s.; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 8 et s.; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vol. 1891; Ch. Lefebvre, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1900; Meynial, *Le mariage après les invasions*, Nouvelle Revue historique de droit, 1896-1898; E. Stocquart, *L'évolution juridique du mariage*, I, France (1905).

trale, le pouvoir de rendre la justice échappa aux mains de la Royauté, que l'Eglise s'attribua la connaissance exclusive des questions intéressant le mariage, comme celle de toutes les causes qui mettaient en jeu un sacrement. De cette époque date vraiment son pouvoir de juridiction.

Son autorité, comme pouvoir de législation, ne devait pas tarder à s'imposer également, comme une conséquence nécessaire de sa première conquête. « Jugeant en vertu d'un droit propre et dans une complète indépendance, l'Eglise n'appliquait que les lois qu'elle avait faites ou adoptées comme siennes. Par cet avènement au plein pouvoir sur les mariages, l'Eglise fut fatalement conduite à construire une législation matrimoniale systématique et complète, que jusque-là elle n'avait point possédée en propre. Tant qu'elle n'avait exercé qu'une action parallèle à celle de la loi civile, elle n'avait eu qu'une réglementation fragmentaire. Elle avait édicté dès règles sur certains points qui lui paraissaient particulièrement importants et où le triomphe de certaines idées lui tenait plus particulièrement à cœur ; pour le surplus, elle renvoyait à la loi civile et n'intervenait pas. Du jour où elle fut seule à statuer sur la valeur des mariages, elle dut avoir des solutions pour toutes les questions : elle dut construire un système complet[1]. »

Ce système, embrassant les questions les plus complexes et les plus variées, célébration du mariage, rapports, même pécuniaires, des époux, légitimité des enfants, adultère, nullité du mariage, séparation de corps, etc., ne fut pas d'ailleurs tiré entièrement des Livres saints et des écrits des Pères. Les actes des papes et des conciles firent de larges emprunts aux sources séculières antérieures, aux coutumes germaniques, mais surtout au Droit romain. La doctrine des canonistes et la Jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques firent le reste.

Réaction du pouvoir civil contre l'autorité confessionnelle. — La Révolution[2]. — Cette absorption par l'autorité religieuse d'une partie si considérable du Droit civil ne pouvait se comprendre que dans une société où régnait une complète unité de foi. Dès que de graves dissidences se manifestèrent dans la société religieuse, c'est-à-dire à partir de la Réforme, une réaction devait commencer. Elle se combina, en France, avec les efforts de la Royauté et des Parlements en vue de reconquérir, au profit des juridictions royales, le terrain perdu par les siècles précédents. Les tribunaux séculiers commencèrent par reprendre la connaissance des procès concernant les effets pécuniaires du mariage, laissant aux juges ecclésiastiques le soin de trancher les litiges relatifs à la validité du mariage ou à la séparation de corps. Des distinctions fameuses s'élaborèrent entre le mariage envisagé comme sacrement et le mariage envisagé comme contrat, entre le domaine du Droit canon, régissant le mariage quant au

1. Esmein, *Le mariage en Droit canonique*, 1891, t. I, p. 28 et s.
2. V. Basdevant, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*, thèse Paris, 1900.

lien, *quoad vinculum*, et celui du Droit civil, le régissant quant à ses effets, *quoad effectus*. Puis, les juges royaux, allant plus loin encore, attirèrent à eux toutes les affaires relatives au mariage lui-même, se déclarèrent compétents même dans les procès relatifs au lien matrimonial, tels que les demandes en nullité. La compétence des juges ecclésiastiques, de plus en plus étroitement circonscrite, finit par être considérée comme exceptionnelle. En 1789, elle était devenue à peu près purement théorique[1].

Le droit de légiférer, en matière matrimoniale, avait suivi la juridiction. A partir de 1556, le pouvoir royal se reprit à rendre des ordonnances, des édits ou des déclarations réglementant les questions relatives au mariage, telles que la nécessité du consentement des parents, la célébration, etc... On en vint bientôt à considérer que l'Etat seul peut édicter des règles obligatoires en matière matrimoniale comme en toute autre, et que les règles du Droit canonique à ce sujet ne pourraient avoir force légale dans l'étendue du royaume qu'autant qu'elles auraient été *reçues*, c'est-à-dire promulguées en France par une ordonnance du Roi. C'est ainsi que certaines prescriptions importantes des décrets du Concile de Trente, relatives au mariage, ne furent applicables qu'après avoir été consacrées par une loi royale, notamment par l'ordonnance de Blois en 1579[2].

La sécularisation du Droit matrimonial avait donc été longuement préparée et même commencée dès avant la Révolution. Un des derniers actes de l'ancienne monarchie est, à cet égard, tout à fait caractéristique. L'Eglise catholique, à défaut de la juridiction sur les causes matrimoniales et du pouvoir de légiférer en matière de mariage, avait conservé le droit de procéder à la célébration du mariage et de dresser l'acte public constatant cette célébration ; cette fonction était même devenue un monopole depuis que la révocation de l'Edit de Nantes avait fait considérer les cultes réformés comme n'existant plus dans le Royaume. Il y avait là une situation tout à fait attentatoire à la liberté de conscience des dissidents et qui, depuis longtemps, soulevait les protestations des esprits éclairés. Le roi Louis XVI donna satisfaction à ces plaintes par l'Edit du 28 novembre 1787, aux termes duquel les non-catholiques purent désormais faire recevoir leur déclaration de mariage, à leur gré, soit par le curé ou le vicaire de leur domicile, soit par le *juge royal du lieu*. Cet édit peut être considéré comme ayant créé le *mariage civil* dans notre pays.

L'œuvre commencée par les rois de France fut, sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, réalisée par l'Assemblée Constituante. La sécularisation définitive du mariage et celle de l'état civil furent ensemble consacrées par la Constitution de 1791 (titre II, art. 7) dans les termes suivants : « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*. Le pouvoir législatif établira, pour tous les habitants sans distinction, les modes par lesquels les naissances, mariages et décès seront constatés, et il désignera les officiers

1. Esmein, *op.* et *loc. cit.*, p. 35 à 44.
2. V. Pothier, éd. Bugnet, t. VI, p. 158.

publics qui en recevront et conserveront les actes. » Plus tard, le décret des 20-25 septembre 1792 vint décider, en conséquence, que le mariage serait célébré par l'officier municipal, dans la maison commune du lieu du domicile de l'une des parties.

Le progrès du Droit moderne a, en somme, consisté, pour notre pays, à revenir à la distinction si tranchée des premiers siècles du Christianisme entre le domaine du Droit laïque, le seul qui soit légalement obligatoire pour tous les citoyens, et celui de la réglementation confessionnelle, dont l'observation est une affaire de pure conscience individuelle. Il est intéressant de remarquer que cette évolution, accomplie à notre exemple par un certain nombre de législations étrangères, ne s'est pas encore produite ou ne s'est produite qu'en partie chez certaines autres nations[1].

Les pays qui, comme le nôtre, n'accordent de valeur légale qu'au mariage civil, sont actuellement la Belgique, la Suisse, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Hongrie, l'Italie, la plupart des républiques de l'Amérique du Sud. Dans certaines autres contrées (Autriche, Espagne, Portugal, Angleterre, Royaumes Scandinaves, Danemark, Etats-Unis), le mariage civil existe, mais parallèlement au mariage religieux, soit que les époux aient le choix entre l'une et l'autre forme, soit que la forme civile ne soit établie que pour les personnes n'appartenant pas à la religion dominante. Enfin, la Russie, la Serbie, la Grèce, l'Empire ottoman, l'Ecosse et le Pérou ne connaissent pas le mariage civil. L'union conjugale ne peut y être consacrée que suivant les règles de la confession à laquelle se rattachent les contractants.

Portée véritable et conséquence du principe de la laïcité du mariage. — Un certain nombre d'idées ou de solutions importantes se rattachent à la conception laïque du mariage.

1° Les considérations confessionnelles doivent demeurer, nous semble-t il, aussi étrangères que possible à l'esprit du législateur, lorsqu il délibère sur les questions relatives au mariage. Par exemple, l'institution du divorce ne nous semble pas pouvoir être condamnée par cette raison qu'elle froisserait la conscience des catholiques dont la religion prescrit l'indissolubilité du mariage. De même, ce ne serait pas, à notre avis, un argument sérieux pour le divorce que d'invoquer en sa faveur la liberté de conscience sous prétexte que les cultes dissidents l'admettent et que, dès lors, le législateur ne doit pas le repousser. La loi civile est faite pour tous, elle n'a pas à se préoccuper des obligations imposées à la conscience des citoyens par les règles propres à la religion qu'il leur plaît de professer.

2° Le mariage contracté par des prêtres ou religieux catholiques, au mépris de leurs vœux, est aussi valable que celui de n'importe quel citoyen.

1. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*; Roguin, *Traité de droit civil comparé*, I. ***Le mariage***, Paris, 1904; Lemaire, ***Le mariage civil***, thèse, Paris, 1901.

Si quelque chose pouvait étonner, c'est qu'une solution aussi évidente n'ait été définitivement consacrée dans la Jurisprudence que depuis un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 janvier 1888 (D. P. 1888.1.97 ; S. 1888.1.193 et la note de M. Labbé).

3° Le législateur ne doit pas s'immiscer dans la réglementation et l'administration religieuses du mariage telles qu'elles sont organisées par les diverses confessions religieuses. Le texte (encore en vigueur sur ce point) de la Constitution de 1791 ne dit pas que le mariage *n'est qu'un contrat civil* mais seulement que la loi le *considère* exclusivement à ce point de vue, ce qui est tout différent. Les contractants sont donc entièrement libres de donner à leur mariage le caractère religieux et de l'entourer de formes cultuelles ; rien ne doit gêner à cet égard une liberté dont use d'ailleurs en fait l'immense majorité des époux. Cependant nous devons constater qu'il y a ici un léger désaccord entre la loi positive et les principes juridiques. En logique et en équité, les contractants devraient être libres de faire bénir leur mariage par leur curé, leur ministre ou leur rabbin *après* ou *avant* le mariage civil. Or la loi du 18 germinal an X, contenant les articles organiques du Concordat, interdit aux curés des paroisses, par son article 54, de procéder à la bénédiction nuptiale avant que les parties aient justifié devant eux de la célébration du mariage civil. Et les articles 199 et 200 du Code pénal font de l'infraction à cette disposition, qu'ils généralisent et étendent aux ministres de tous les cultes, un délit punissable de l'amende, de la prison, voire même de la déportation. Cette atteinte au principe de la neutralité de l'Etat en matière confessionnelle et de l'indépendance respective des deux réglementations du mariage pouvait se justifier en l'an X par des raisons d'opportunité. Il fallait ménager les transitions, empêcher, dans leur propre intérêt et dans celui de leurs enfants, que de futurs époux se dérobassent à la formalité, alors nouvelle, de la célébration civile. Aujourd'hui que le mariage à la mairie est définitivement entré dans nos mœurs, une telle prohibition ne se justifie plus guère. Dans les pays où elle n'existe pas, comme en Italie, nul inconvénient sérieux ne résulte de la liberté des époux. Cependant, la règle de l'antériorité nécessaire du mariage civil doit être considérée chez nous comme toujours en vigueur même depuis la loi de séparation des Eglises et de l'Etat du 9 décembre 1905. Car, si cette loi a abrogé celle du 18 germinal an X, elle a laissé subtituer les articles 199 et 200 du Code pénal (Crim. rej., 9 novembre 1906, D. P. 1907.1.161, S. 1907.1.153, note de M. Roux ; Montpellier, 31 octobre 1907, D. P. 1908.2.95 ; S. 1908.2.99) [1].

Mais, si nous avons dû insister sur le caractère exclusivement laïque de notre législation moderne du mariage, il nous faut constater, sous peine d'en méconnaître complètement la physionomie, qu'elle est restée largement inspirée des dispositions du Droit canonique, et qu'en s'affranchissant des directions de l'Eglise catholique, elle en a, sur la plupart des points,

1. V. sur cette question, les observations dn M. Beudant, *L'état de personnes*, t. 1, p. 297, n° 1.

recueilli, adopté les réglementations. Certes, entre les règles du Code civil et celles du Droit canon il y a d'importantes différences. C'est ainsi que notre Droit a beaucoup restreint les empêchements au mariage, et par conséquent, les causes de nullité, et qu'il a admis le divorce que le Droit canonique repoussait. Cependant, dans son ensemble, il ne fait guère, au témoignage de M. Esmein, « que reproduire, sécularisées et légèrement modifiées, les règles auxquelles le Droit canonique était arrivé, complétées par la Jurisprudence de l'ancienne France ». Il était d'ailleurs, après des siècles de législation ecclésiastique, impossible qu'il en fût autrement. C'eût été, comme le dit justement le même auteur, (*op. cit.*, t. I, p. 47, 48), « un résultat contraire aux lois générales du développement historique ».

Le mariage, contrat solennel[1]. — La solennité du mariage, la nécessité de sa célébration par un officier public, sont, comme son caractère civil, le produit d'une lente évolution historique.

Dans la législation canonique qui, à cet égard, avait suivi les traditions du Droit romain, le mariage ne comportait aucune formalité extérieure ; il ne requérait ni l'intervention de l'autorité publique ni même la rédaction d'un écrit. C'était un *contrat purement consensuel*, c'est-à-dire qu'une seule condition était nécessaire pour sa formation, à savoir la volonté réciproque de l'homme et de la femme de se prendre pour époux. La bénédiction nuptiale elle-même, bien que l'Eglise la recommandât, n'était pas indispensable, car, dans la doctrine catholique, les ministres du sacrement de mariage sont les époux eux-mêmes ; le prêtre n'est qu'un témoin qualifié. Qu'est-ce donc qui distinguait le mariage des simples *fiançailles ?* Une différence d'*intention* chez les contractants. Dans les fiançailles, les futurs époux expriment l'intention de se prendre comme mari et femme dans l'avenir. D'où l'expression de *sponsalia de futuro* qui désigne cet accord. Dans le mariage, les époux veulent s'unir dès à présent. Il y a entre eux *sponsalia de præsenti.* Cette différence d'intention se prouvera par tous les moyens. Que, par exemple, des fiancés nouent ensemble des relations, la *copula carnalis* sera, de leur part, la manifestation d'une volonté nouvelle, transformera les *sponsalia de futuro* en *sponsalia de præsenti ;* le mariage se trouvera formé ; les textes anciens que l'on a parfois interprétés comme exigeant la consommation du mariage pour sa perfection juridique n'ont pas d'autre sens. La terminologie actuelle qui désigne les personnes mariées par le mot d'*époux*, dérivé de *sponsus* (promis, fiancé), est une survivance frappante de ces anciennes conceptions.

1. Cons., en dehors des ouvrages précédemment cités, L. Beauchet, *Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, Nouvelle Revue historique de droit, 1882 ; L. Desforges, *Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1887 ; Bonifas, *Le mariage des protestants depuis la reforme jusqu'à 1789*, thèse Paris, 1901 ; Roger Wanhem, *Le mariage civil*, thèse Paris, 1904.

Un tel état de choses n'était pas sans présenter de grands avantages. Le mariage purement consensuel diminue le nombre des unions illégitimes. Etant donné que son mode normal de démonstration est la *possession d'état* d'époux, laquelle résulte de la cohabitation publique et prolongée, toutes les unions que nous appelons aujourd'hui *des faux ménages* constitueraient autant de ménages réguliers. Mais, à côté de ces avantages, l'absence de formes extérieures dans les mariages comporte de trop manifestes inconvénients. Elle donne des facilités à la bigamie ; elle permet, par la clandestinité du mariage, de passer outre aux empêchements. Par-dessus tout, elle jette un doute fâcheux sur l'état des époux et sur celui des enfants issus de leurs relations. Si l'intention seule distingue le mariage des fiançailles, seule aussi elle le différencie du concubinage. Quand deux personnes vivent ensemble, sans avoir auparavant échangé des promesses de mariage, comment savoir si elles sont époux ou concubins ? Pendant longtemps le signe distinctif par excellence du mariage fut la remise d'une dot. *Nullum sine dote fiat conjugium*, lisons-nous chez un ancien canoniste, Yves de Chartres (V. Esmein, *Le testament du mari et la donation ante nuptias*, Nouv. Rev. Historique, 1884, p. 22). Puis l'Eglise, faisant un pas de plus, s'attaqua à la clandestinité du mariage. Elle prescrivit que toute union fût précédée de *bannies* ou *publications*, destinées à avertir ceux qui, ayant connaissance d'empêchements au mariage projeté, auraient à former des oppositions. Enfin, elle en vint à requérir une célébration publique. Mais cette grave innovation ne fut accomplie qu'au XVI^e^ siècle (en 1563), par le Concile de Trente (V. Theiner, *Acta genuina concilii Tridentini* XXIV^e^ session, *De reformatione matrimonii*). Encore l'Eglise ne s'y résolut-elle pas sans de grandes hésitations. Ce sont les princes temporels, et surtout le roi de France, par l'organe de son représentant au Concile, le cardinal de Lorraine, qui réclamèrent le plus cette réforme. Leur but était non seulement d'assurer plus de certitude à l'état des personnes, mais encore de combattre les trop grandes facilités données aux mésalliances par la clandestinité du mariage. Le Concile ordonna donc que le mariage fût dorénavant contracté *in facie ecclesiæ* devant le curé compétent, ou *proprius parochus*, c'est-à-dire le curé de la paroisse de l'un des fiancés, en présence de témoins, et après trois publications. Chose remarquable, le pouvoir royal qui avait sollicité cette décision du Concile n'en permit pas la publication en France, les décrets de cette assemblée paraissant, dans leur ensemble, empiéter sur les prérogatives de l'autorité séculière ; mais il ne tarda pas à s'approprier la réforme. L'ordonnance de Blois (mai 1579) décida dans son article 40, que le mariage devrait être célébré devant le curé de la paroisse, en présence de quatre témoins dignes de foi au moins. L'ordonnance de 1629 vint ensuite prononcer la nullité des mariages contractés sans l'observation des formes ainsi prescrites.

Depuis cette époque, la solennité du mariage s'est toujours maintenue dans nos lois. Aujourd'hui, et depuis la loi des 20-25 septembre 1792, la célébration a lieu devant l'officier de l'état civil, et en présence des témoins (art. 75, C. civ.). Nous verrons que notre loi moderne, en adoptant

le principe de la réforme accomplie par le Droit canon lors du Concile de Trente, semble en avoir mal compris, en avoir exagéré la portée. Elle fait notamment jouer à l'officier de l'état-civil un rôle plus essentiel que celui du prêtre. Elle voit en lui un *célébrant*, et non pas seulement un *témoin nécessaire*, ce qu'il est toujours demeuré dans le mariage catholique[1].

Il est bon de remarquer que, si l'on rencontre la nécessité de la célébration du mariage dans la plupart des législations étrangères, l'institution du mariage purement consensuel et, dès lors, informe, s'est longtemps maintenue dans les pays chrétiens étrangers à l'action du Concile de Trente, c'est-à-dire chez les nations protestantes. Il n'y a pas encore longtemps qu'en Ecosse le mariage pouvait se former sans publicité par seul échange des consentements. Et cette règle subsiste encore de nos jours dans certains États de l'Amérique du Nord.

L'union libre[2]. **Utilité d'une simplification du mariage.** — L'inconvénient du mariage formaliste, solennel, est, nous l'avons déjà indiqué, de multiplier les faux ménages, les concubinats. Or le Droit actuel a peut-être exagéré les formalités du mariage. Les intentions du législateur sont certes excellentes. Il veut appeler la réflexion des futurs époux sur la gravité de l'acte qu'ils vont accomplir, permettre à leur famille d'opposer au besoin son veto à une union déraisonnable, faciliter la preuve éventuelle du mariage et de la légitimité des enfants. Mais le résultat est parfois déplorable. Dans les milieux ouvriers, nombreux sont les couples qui reculent devant les dérangements, les frais, les paperasses qu'exige la célébration du mariage et qui se mettent en ménage sans passer par la mairie. Or l'union libre ou concubinat est une condition éminemment fâcheuse au point de vue social. Vainement la soif des nouveautés, le goût du paradoxe, et cette croyance un peu naïve que l'affranchissement de toute contrainte constitue pour l'humanité un bonheur et un progrès, ont-ils suscité, dans la littérature contemporaine, de nombreux apologistes de l'union libre. Ils ont eu beau soutenir que l'institution du mariage apparaîtrait un jour comme ayant fait son temps et que ce jour était proche, le bon sens public ne s'est pas laissé prendre à ces dangereuses théories. Il comprend trop bien qu'un genre d'union qui permet à l'homme et à la femme de reprendre leur liberté quand ils le désirent, qui favorise

1. La persistance de l'ancienne conception catholique est attestée par le Décret *Ne temere* de la Sacrée Congrégation du Concile, en date du 2 août 1907, rendu pour prohiber la pratique des mariages dits de *surprise*. On appelait ainsi l'acte de deux futurs époux qui, suprenant leur curé à l'improviste, chez lui, à l'autel, à la sacristie, déclaraient en sa présence qu'ils entendaient se prendre comme mari et femme. La doctrine canonique considérait qu'il y avait là un mariage valable, puisque la volonté des contractants s'était, conformément à la décision du Concile de Trente, manifestée *de proprio parocho*. Il a fallu le décret précité de 1907 pour mettre fin à une telle pratique (V. Boudinhon, *Le mariage et les fiançailles. commentaire du Décret « ne temere »*, 1909).

2. Cons. Peytel, *L'Union libre devant la loi*, thèse Paris, 1904.

par là l'abandon des mères et des enfants, ne peut être considéré comme le régime de l'avenir. Le mariage apparaît dans l'histoire comme une conquête de la civilisation ; un prétendu progrès qui consisterait à supprimer le lien matrimonial ou à le rendre illusoire ressemblerait fort à une régression.

Le législateur ne doit donc pas favoriser les unions libres ; il doit travailler, au contraire, à en restreindre le nombre et, pour cela, il doit rendre le mariage aussi simple, aussi facile, aussi peu coûteux que possible. C'est ce qu'avait très bien compris le Droit canonique : c'est en se plaçant à ce point de vue qu'il s'est montré si longtemps attaché au mariage consensuel en dépit de ses inconvénients, et qu'il n'a jamais admis la nullité du mariage contracté par des enfants sans l'autorisation des parents. En suivant un système contraire, et en le poussant souvent à l'excès, le Code civil a fait fausse route. Il est temps de le reconnaître, surtout à une époque où la diminution de la natalité française rend encore plus désirable la multiplication des unions légitimes, seules favorables, la statistique le démontre, à une abondante procréation.

Plusieurs lois modernes constituent les premières manifestations de cette tendance nouvelle qui va en s'accentuant. La première de ces lois est celle du 10 décembre 1850, loi « ayant pour objet de faciliter le mariage des indigents » simplifiée et améliorée par la loi du 31 mars 1929. Elle ne touche pas aux formalités du Code. Elle se préoccupe seulement de rendre plus rapide la réunion des pièces nécessaires au mariage des indigents, en chargeant l'officier de l'état civil de constituer leur dossier matrimonial, et, ensuite de réduire les frais au minimum, en les exemptant des droits de timbre et d'enregistrement. Les autres sont des lois de simplification plus radicale. Elles datent du 20 juin 1896, du 21 juin 1907, du 9 août 1919 et du 28 avril 1922 et s'attaquent aussi bien aux conditions de fond qu'aux règles de forme du mariage.

La première a commencé timidement l'œuvre à accomplir en modifiant quelques-unes des règles édictées par le Code. Les autres, plus audacieuses, ont très sensiblement diminué les conditions et formalités imposées aux futurs époux, et réduit notamment à de justes limites la nécessité de l'autorisation des parents au mariage de leurs enfants.

Qu'on juge bien ou mal cette nouvelle législation, ce qui est indéniable, c'est qu'elle paraît devoir favoriser les résultats sociaux cherchés par le législateur, et dont la situation créée par la guerre rend la nécessité plus impérieuse que jamais. Une légère augmentation dans le nombre des mariages s'est manifestée après 1903. Le nombre moyen des mariages pour les dix années antérieures à 1896 ressortait à 281.000. Or les dix années 1897-1906 ont donné une moyenne supérieure à 297.000. En 1908, on enregistrait 315.641 mariages, ce qui est le chiffre le plus élevé qui ait été constaté depuis 1873 où l'on en avait célébré 321.238. Ce chiffre a légèrement fléchi depuis. Il est retombé à 308.000 en 1910, à 312.000 en 1912, à 299.000 en 1913, mais sans descendre, on le voit, aux chiffres antérieurs à 1896.

La moyenne quinquennale des mariages a accusé de 1897 à 1924 une progression constante. Et si le chiffre annuel des mariages semble légèrement fléchir dans les toutes dernières années, c'est en raison de circonstances économiques dont l'influence ne peut être que passagère.

Des résultats analogues avaient d'ailleurs été constatés en Belgique à la suite de la mise en vigueur d'une loi du 30 avril 1896 qui a également simplifié les conditions et formalités du mariage.

1. Voici exactement cette proportion :

1893-1897	288.000
1898-1902	296.060
1903-1907	304.000
1908-1912	308.000
1913-1914	239.000
1915-1918	130.000
1919-1920	535.000
1920	623.869
1921	456.221
1922	383.220
1923	356.501
1924	355.929

On remarquera que ces chiffres se rapportent à une population qui, en 1921, ne dépassait pas 39.209.766 unités. En 1924, pour une population de 63 millions d'âmes, l'Allemagne n'a pas compté plus de 440.071 mariages

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DU MARIAGE

On étudiera successivement : 1° les *conditions de fond* de la formation du mariage ; 2° les *conditions de forme*, dont on rapprochera les règles relatives à la *preuve* du mariage ; 2° la sanction de ces conditions, c'est-à-dire la théorie des *oppositions* et celle des *nullités*.

SECTION I. — Conditions de fond requises pour la formation du mariage.

Le Code civil (art. 144 à 164) énumère, non sans une certaine confusion, les « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ». Il est utile — cette distinction présentant à tout le moins une valeur mnémotechnique — de distinguer les *conditions* requises en général par la loi, et les *empêchements* dont l'absence constitue comme autant de *conditions spéciales*.

Les conditions générales sont au nombre de quatre : 1° Différence de sexe; 2° Age de puberté légale ; 3° Consentement des époux ; 4° Consentement de leur famille ou de l'autorité qui leur en tient lieu, si les époux sont mineurs.

Les *empêchements* sont également au nombre de quatre. Ils résultent : 1° de l'existence d'un précédent mariage non dissous (bigamie) ; 2° de la parenté ou de l'alliance entre les futurs époux (inceste) ; 3° du *délai de viduité* imposé à la femme veuve ou divorcée avant un second mariage ; 4° d'un lien matrimonial antérieur entre les futurs conjoints dont l'un aurait ensuite convolé, puis divorcé.

L'intérêt pratique de la distinction ci-dessus, c'est que les futurs époux doivent apporter devant l'officier de l'état-civil la preuve qu'ils remplissent les quatre conditions générales exigées par la loi. Au contraire, ils n'ont pas à prouver l'absence d'empêchements. S'il en existait un, ce serait aux tiers qui y seraient intéressés à le faire connaître, en mettant obstacle au mariage par la voie de l'opposition.

§ 1. — Conditions générales de validité du mariage.

Première condition : Différence de sexe. — La loi n'énonce pas cette condition, sans doute parce qu'elle va sans dire. La question de savoir si elle est ou non réalisée s'est posée quelquefois devant les tribunaux au

sujet d'individus mal conformés. Y a-t-il, physiologiquement, des individus qui puissent être considérés comme n'appartenant à aucun sexe déterminé et, s'il en est ainsi, le mariage doit-il leur être interdit ? Il suffit de renvoyer aux arrêts qui ont eu à examiner cette question relevant moins du Droit que de la médecine légale (Civ., 6 avril 1903, D. P. 1904. 1.395 ; S. 1904, 1. 273, et la note de M. Wahl avec les renvois).

Deuxième condition : Puberté. — Aux termes de l'article 144, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage ». Deux motifs expliquent cette condition. D'abord, l'âge de la puberté doit être atteint pour que le mariage ne nuise ni à la santé des époux, ni à celle de leurs enfants. En second lieu, la condition d'un certain âge est nécessaire pour que le consentement des époux puisse être considéré comme libre et éclairé.

La règle du Droit français actuel en ce qui concerne l'âge de la puberté légale est différente de celle du droit canonique. La loi religieuse, en effet, faite pour des races très diverses, et d'ailleurs formée d'abord à l'usage des peuples méditerranéens, avait conservé et conserve encore la règle romaine fixant l'âge du mariage à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles. Le Droit révolutionnaire (Loi du 20 septembre 1792) s'était contenté d'élever la limite à treize et à quinze ans. En revanche, des législations plus récentes que la nôtre exigent un âge plus avancé (seize et vingt-et-un ans dans le Code civil allemand, art. 1303). Il semble, étant donné notre climat et nos mœurs, que la règle du Code civil soit sagement établie. En fait, les mariages précoces, même de la part des garçons, ont tendu depuis quelques années à augmenter légèrement de nombre, peut-être à raison des pratiques de l'administration militaire qui, avant la guerre, autorisait les militaires mariés à accomplir leur service dans la garnison de leur domicile.

L'article 145 ajoute que le chef de l'Etat peut accorder des dispenses d'âge pour « motifs graves ». Ceux qui sont le plus souvent invoqués dans les demandes adressées à la Chancellerie sont l'état de grossesse de la fille ou le désir d'assurer à l'impubère, par son mariage, des moyens d'existence. Un arrêté du 20 prairial an XI détermine le mode de délivrance de ces dispenses. Et une circulaire du ministre de la justice, en date du 28 avril 1832, recommande de n'accorder jamais de dispenses aux garçons avant dix-sept ans, aux filles avant quatorze, « à moins de circonstances tout à fait extraordinaires ».

Conformément au principe que nous avons énoncé plus haut et qui contraint les futurs époux à faire la preuve qu'ils possèdent les qualités requises pour le mariage, l'article 70 prescrit qu'ils doivent remettre leur acte de naissance à l'officier de l'état-civil. De plus, l'acte de mariage fait mention de l'âge des contractants (art. 76, 1er al.).

Troisième condition : Consentement des époux. Les fiançailles. — Le consentement des époux est évidemment nécessaire pour la forma-

tion du mariage comme pour celle de tout contrat. « Il n'y a pas de mariage, dit énergiquement l'article 146, lorsqu'il n'y a pas consentement. » La loi ne se contente pas même que le consentement soit démontré exister ; il faut qu'il soit manifesté par les époux eux-mêmes, comparaissant en personne devant l'officier de l'état civil et déclarant devant lui qu'ils entendent se prendre pour mari et femme. (V. art. 75, al. 2 et 3). Notre Droit n'admet donc pas en principe la possibilité d'un mariage conclu par un mandataire, qui se présenterait au nom et comme représentant d'un des futurs époux. En cela il a innové, car le Droit canonique permettait le mariage par procureur (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 367, éd. Bugnet, t. VI, p. 168). Le Code a pensé avec raison que la liberté du mariage doit être particulièrement entière et que les époux doivent pouvoir changer d'avis jusqu'au dernier moment. D'où la nécessité de leur comparution personnelle qui, seule, peut garantir la persistance de leur volonté au moment même de la célébration. Les circonstances qui peuvent empêcher deux personnes de se réunir pour cette célébration sont si exceptionnelles qu'on peut négliger d'y pourvoir, et l'on verra plus loin, à propos des formes du mariage, que le Code donne des facilités pour le cas du mariage des infirmes ou des moribonds, en permettant au besoin à l'officier de l'état civil de se transporter à leur domicile [1].

A ce principe de la nécessité du consentement actuel et persistant des époux de se prendre pour mari et femme se rattachent les solutions de notre Jurisprudence en matière de *fiançailles* ou de *promesses de mariage*[2].

L'Ancien Droit français, au moins à partir du XVI[e] siècle, distinguait le mariage et les fiançailles, simple promesse réciproque de se prendre plus tard comme mari et femme, promesse accompagnée parfois, en fait, d'une bénédiction religieuse et d'une certaine publicité, mais ne pouvant aboutir au mariage obligatoire, car les futurs époux devaient, comme de nos jours, faire acte de volonté au moment précis de la célébration du mariage. Mais les fiançailles n'en constituaient pas moins un contrat valable produisant des effets juridiques au nombre de deux :

1° Comme toute *obligation de faire* dont l'exécution forcée ne peut être procurée par la justice, l'obligation résultant de fiançailles antérieures se résolvait, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts pécuniaires que le fiancé, auteur de la rupture du mariage, devait être condamné à payer à l'autre fiancé. L'intervention de la justice en cette matière donnait lieu à

1. Il convient de noter une exception de grande importance apportée momentanément au principe par la loi du 4 avril 1915. Cette loi a permis en temps de guerre, pour causes graves et sur autorisation du Ministre de la guerre ou de celui de la Marine, qu'il soit procédé à la célébration du mariage des militaire ou marins présents sous les drapeaux sans qu'ils fussent obligés de comparaitre en personne. Le futur époux est représenté par un fondé de procuration spéciale. La loi du 19 août 1915 a étendu la même faculté aux militaires et marins prisonniers. Cf Décret 29 nov. 1919.

2. V. Beauchet. *Etude historique sur les formes de la célébration du mariage* (Nouvelle Rev. histor., 1882. t. VI, p. 376); Ambroise Colin. *Des fiançailles et des promesses de mariage*, thèse Paris, 1887; G. Vidal. *Etude sur les mesures organisées par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*.

un départ de compétence entre la juridiction canonique et les tribunaux laïques, manifestement issu de l'ancienne distinction entre les litiges soulevés *quoad vinculum* et ceux portant sur les effets du mariage *quoad effectus*. C'était à l'Official, ou tribunal de l'évêque, qu'il appartenait de statuer sur l'existence et la validité des fiançailles. Mais sa compétence s'arrêtait là. Placé en face d'un refus formel de la part d'un des fiancés de procéder au mariage projeté, l'Official ne pouvait que prononcer la rupture des fiançailles. Depuis deux arrêts du Parlement de Paris en date des 3 juin 1637 et 1er juin 1638, il aurait encouru l'appel comme d'abus en prononçant contre le fiancé récalcitrant, et en vue de la promesse de mariage, les censures ecclésiastiques. Tout ce qu'il pouvait faire était de condamner la partie assignée à une légère pénitence consistant en une prière ou en une petite aumône. Pour l'allocation des dommages intérêts, l'Official renvoyait les plaideurs à se pourvoir devant le juge civil qui, seul, avait le droit de condamner à une réparation pécuniaire l'auteur de la rupture non justifiée. C'était aussi le juge civil qui, en cas de besoin, astreignait les fiancés à la restitution réciproque des cadeaux et présents de noce qu'ils avaient pu se faire durant les fiançailles. Ajoutons que toute stipulation de peine adjointe à une promesse de mariage et fixant d'avance la somme à payer, en cas de dédit, par le fiancé désireux de reprendre sa liberté, était considérée comme inopérante. A cet égard, les tribunaux laïques ne faisaient d'ailleurs que consacrer la solution admise par les canonistes qui considéraient l'emploi d'un tel procédé indirect de contrainte comme constituant un péché (Décrétales de Grégoire IX, Lib. IV, tit. I, cap. 29).

2° Les fiançailles créaient un empêchement au mariage entre chaque fiancé et les proches parents de l'autre en ligne directe à l'infini et, en ligne collatérale, au premier degré.

De nos jours, ces solutions sont encore, sauf en ce qui concerne l'empêchement au mariage, qui a partout disparu, consacrées par diverses législations étrangères. C'est ainsi que le Code civil allemand (art. 1297 à 1302) et le Code civil suisse (art. 90 à 95) considèrent le contrat de fiançailles non pas comme obligatoire, mais comme civilement efficace en ce sens qu'à supposer une rupture injustifiée, le fiancé qui en est l'auteur encourt des dommages-intérêts. Comme dans notre ancien Droit, les présents de noce doivent être restitués ; la stipulation de peine est inopérante. Les deux Codes civils précités n'ont innové qu'en soummettant, fort sagement d'ailleurs, l'action dérivant des fiançailles à une prescription abrégée d'un an ou de deux ans.

Chez nous, faut-il considérer les promesses de mariage comme emportant encore une obligation de faire susceptible de se résoudre, en cas d'inexécution, en dommages et intérêts ? La question s'est discutée pendant une trentaine d'années après la rédaction du Code civil. Aujourd'hui, et depuis un arrêt de la Chambre civile du 30 mai 1838, (D. *J. G.*, v° *Mariage,* n° 82, en note ; S. 1838.1.492 ; V. en dernier lieu, Req., 12 novembre 1901, D. P. 1902.1.46 ; S. 1902.1.237), les tribunaux considèrent que l'inéxécution d'une promesse de mariage ne peut, par elle-même, motiver une condam-

nation à des dommages-intérêts, parce qu'une telle éventualité « porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage ». En d'autres termes, le consentement futur à un mariage projeté ne peut faire l'objet d'une promesse efficace. Seulement, la rupture de cette promesse peut, *si elle s'accompagne de circonstances qui en font une faute dommageable* au fiancé délaissé, donner lieu à des dommages-intérêts. « C'est là, dit un arrêt (Req., 16 janvier 1877, D. P. 1877.1 85 ; S. 1877.1.165) une application juridique des dispositions de l'article 1382 du Code civil, qui ne viole aucun des principes de notre Droit. » Cette jurisprudence a été parfois critiquée. Le changement qu'elle a réalisé par rapport aux solutions de l'ancien Droit consiste, en somme, à donner aux dommages-intérêts alloués au fiancé, victime d'une rupture injustifiée et capricieuse de la part de l'autre, une base, non plus contractuelle, mais délictuelle. L'intérêt du changement réside dans la charge de la preuve. Sous l'ancien Droit, c'était au fiancé qui refusait de tenir sa promesse à prouver que la rupture était justifiée par un motif légitime ; autrement, il encourait *de plano* une condamnation pécuniaire. Aujourd'hui, c'est à celui qui se plaint de la rupture à démontrer qu'il n'a pas donné à son fiancé des motifs de se dédire et que, par conséquent, il a été la victime d'un acte de légèreté et de malveillance entraînant, à la charge de son auteur, la responsabilité pécuniaire de l'article 1382.

Ajoutons que la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle a attribué un nouvel effet aux promesses de mariage en faisant de leur rupture l'une des hypothèses où l'enfant d'une fille-mère peut poursuivre en justice la déclaration de la paternité de l'ex-fiancé, son père prétendu (V. art. 340, 2e al.).

Quatrième condition : Consentement des parents. Historique[1] — Deux raisons expliquent l'intervention de la volonté des parents dans la conclusion du mariage de leurs enfants.

D'une part, le consentement des enfants eux-mêmes peut avoir besoin d'être éclairé, *lorsqu'ils se marient jeunes*, à l'âge de l'inexpérience et des entraînements. Le mariage est un acte trop grave pour que sa conclusion requière uniquement la volonté des futurs époux qui peuvent être à peine arrivés à la puberté ; il est bon que leur choix soit guidé, contrôlé par l'assentiment de ceux dont la nature et la loi elle-même, au moins jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la majorité légale, a fait leurs conseillers naturels.

En second lieu — et cette considération intervient *quel que soit l'âge des futurs époux* — il ne faut pas oublier que le mariage n'intéresse pas seulement ceux qui le concluent, mais encore leur famille : il donne aux parents des époux des héritiers de leur nom, des créanciers d'aliments dans la personne de leurs futurs petits-enfants, de leur gendre ou de leur bru ; il fait

1. Vantroys, *Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, thèse, Paris, 1889 ; Franck Bernard, *Etude sur le consentement des ascendants au mariage*, thèse, Paris, 1899.

participer la personne élue par le choix de l'enfant à une situation familiale et sociale que celui ci n'a généralement pas créée, mais qu'il doit à ses parents, à son ascendance. Si dégagé qu'il soit de préjugés aristocratiques et patriarcaux, le législateur ne peut pas faire complètement abstraction de ce point de vue. Mais on conçoit qu'il s'en inspirera plus ou moins suivant les tendances politiques et philosophiques de la Société que régissent ses prescriptions.

A Rome, c'est naturellement la considération de l'intérêt familial qui l'emporte. Elle aboutit à une distinction fort logique encore que peu raisonnable. L'enfant *alieni juris*, c'est-à-dire placé sous la puissance paternelle, ne peut *jamais* se marier sans le consentement du *pater familias* actuel et du *pater* éventuel, et cela alors même qu'il se marierait très âgé. Au contraire, l'individu *sui juris*, c'est-à-dire qui n'est pas placé sous la puissance paternelle, est libre de se marier sans le consentement de ses ascendants, dès qu'il est pubère, alors même qu'il se marierait très jeune, à douze ou à quatorze ans ! Telle est du moins la solution du Droit romain dans sa pureté, et avant les modifications de détail qu'y apportèrent les réformes survenues lors de son dernier état[1].

Dans l'ancienne France, il y avait, en cette matière, conflit entre les conceptions du Droit canonique et celles du Droit séculier.

Le Droit canon poussait, nous l'avons vu, au mariage. Il considérait comme dangereux, comme impie à quelques égards, de contrarier le penchant des jeunes gens vers une union qui devait faire l'objet d'un sacrement. De là cette règle, définitivement consacrée par le Concile de Trente, que le mariage contracté par les enfants, au mépris de l'opposition de leur famille, bien que réprouvé en principe par l'Eglise, n'en est pas moins parfaitement valable.

Dominé par le souci de l'autorité paternelle, par la crainte des mésalliances, le pouvoir civil procédait d'une inspiration toute différente. Pendant plusieurs siècles, il lutta contre l'Eglise pour introduire la règle du consentement nécessaire des parents. Il n'y parvint pas directement, parce qu'on n'admettait pas qu'il put appartenir à la puissance civile de créer un empêchement au mariage. Mais deux artifices de jurisprudence furent employés pour aboutir aux mêmes fins. En premier lieu, on s'attacha, dans les mariages contractés sans le consentement des parents, au défaut de publicité qui les caractérisait toujours en fait. Les mariages incriminés, considérés comme *mariages clandestins*, tombèrent donc sous le coup des règles canoniques mêmes qui prescrivaient, nous l'avons vu, la publicité de l'union conjugale. D'un autre côté, la Jurisprudence des Parlements affecta de considérer les mariages contractés par des mineurs sans l'assentiment de leurs parents comme entachés d'une présomption de séduction, ce qui, d'abord, exposait le mari aux peines violentes comminées contre le rapt, et, de plus, au moins d'après une certaine doctrine, aboutissait à rendre

1. V. Meynial, *Le mariage après les invasions*, Nouvelle Revue historique, 1896, p. 515 et suiv.

possible une demande en nullité du mariage, celui ci étant réputé issu d'un consentement vicié par la violence.

Comme monuments de cette évolution législative, il y a lieu de retenir :

1° L'édit de février 1556, décidant que le ; filles jusqu'à vingt-cinq ans, les garçons jusqu'à trente, ne pourraient se marier sans le consentement de leurs père et mère ou ascendants. Au-dessus de cet âge, la Jurisprudence admettait que les enfants, bien que dispensés en principe du consentement de leurs parents, devaient encore requérir leur avis et leur conseil, au moyen de *sommations respectueuses*. C'est seulement après deux sommations de ce genre que les futurs époux étaient admis à passer outre au refus des parents ;

2° L'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579, faisant défense aux curés de célébrer un mariage clandestin, c'est-à-dire non approuvé par la famille des futurs époux, sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt ;

3° La déclaration du 26 novembre 1639, frappant les enfants coupables d'un mariage clandestin de la déchéance de leurs droits successoraux et des avantages qui pourraient leur être acquis par contrat de mariage ou par testament dans la succession des parents outragés. Il faut ajouter une autre sanction du même ordre, résultant déjà de l'Edit de 1556, et consistant en ce que les père et mère avaient le droit d'exhéréder l'enfant coupable et de révoquer les donations qu'ils lui avaient faites précédemment[1].

Le *Droit révolutionnaire*, dans la loi du 20 septembre 1792, titre IV, articles 3 à 9, réagit contre la tendance exagérément paternaliste de l'Ancien Droit. Il exigea le consentement de la famille du futur époux seulement jusqu'à l'âge de vingt et un ans, par conséquent exclusivement en vue de protéger le mineur lui-même. Ce consentement complémentaire, requis à peine de nullité, devait être fourni par le père, à son défaut par la mère, et à défaut de père et de mère, par un conseil de cinq parents ou voisins réunis sous la présidence du maire. Au-dessus de vingt et un ans, l'enfant acquérait une pleine indépendance matrimoniale. Il n'avait pas même besoin, en cas d'opposition de ses parents, de leur faire des sommations respectueuses.

Le *Code civil*, faisant en cela œuvre de réaction, revint au système de notre ancienne législation.

Tout d'abord, il restaura la distinction établie, quant à la majorité matrimoniale, entre les fils et les filles. Les filles jusqu'à vingt et un ans accomplis, les fils jusqu'à vingt-cinq ans accomplis, ne purent se marier sans avoir obtenu le consentement de leurs parents ou de leurs ascendants. Ainsi, l'âge de la *majorité matrimoniale* ne fut pas le même que celui de la majorité ordinaire.

En outre, le Code rétablit l'usage des sommations respectueuses. L'enfant majeur, quel que fût son âge, devait consulter ses père et mère, et, à

1. V. Viollet, *Hist. du Droit français*, 3e éd., p. 445 à 447 ; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 26 et s. ; Pothier, *Contrat de mariage*, nos 321 et s., 337 et s. ; Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 86, t. II, p. 164.

leur défaut, ses ascendants, et si l'un d'eux refusait de consentir à son mariage, il devait lui demander son conseil par *un acte respectueux et formel.* Bien plus, les filles de vingt et un à vingt-cinq ans et les garçons de vingt-cinq à trente ans devaient renouveler par deux fois, de mois en mois, cet acte respectueux. Il ne pouvait être passé outre qu'un mois après à la célébration du mariage (art. 151, 152 anciens).

Le Code avait évidemment pensé que, l'opposition des parents au mariage projeté par leurs enfants devant être présumée fondée sur des raisons sérieuses, il y avait avantage à contraindre l'enfant, même parvenu à la majorité matrimoniale, à des délais et à des démarches qui lui laisseraient le temps de la réflexion. Mais l'expérience a montré combien ces espérances étaient peu fondées. L'enfant décidé à se marier passait outre à l'opposition de ses ascendants. Il signifiait l'acte respectueux, et cette démarche, loin d'amener les ascendants à consentir, ne faisait que les irriter davantage. Le notaire qui, d'après le Code civil, devait notifier à l'ascendant en personne l'acte respectueux, avait souvent à subir le contre-coup de sa colère.

En somme, l'acte respectueux n'arrangeait rien. Souvent il séparait à jamais l'enfant de ses parents. Il n'empêchait pas le mariage : il le retardait et entraînait des frais inutiles.

Il a fallu plusieurs lois successives pour modifier le système du Code. Ces lois inspirées, en grande partie, par le souci de multiplier les mariages en simplifiant leurs formalités. sont, en somme, revenues au système du Droit intermédiaire et, en même temps, aux conceptions du Droit canonique. Tout d'abord, une loi du 20 juin 1896, d'une inspiration encore timide, s'était contentée de simplifier les formalités de l'acte respectueux en supprimant l'obligation, pour les filles de vingt et un à vingt-cinq ans, et pour les hommes de vingt-cinq à trente ans, de renouveler cet acte deux fois avant de passer outre à la célébration du mariage. Plus radicale, la loi du 21 juin 1907, sur les conditions du mariage a abaissé à vingt et un ans, pour les deux sexes, l'âge de la majorité matrimoniale. Au-dessus de cet âge, l'enfant, garçon ou fille, peut désormais se marier librement. En bonne logique, la loi de 1907 aurait dû supprimer les *sommations respectueuses*, dont on ne trouve aucun vestige ou aucune analogie dans les législations civiles étrangères plus modernes que la nôtre, celles de l'Italie, de l'Allemagne, de la Suisse. Nous verrons qu'elle ne l'a pas fait entièrement, sauf en ce qui concerne les aïeuls et aïeules. A l'égard des père et mère les sommations respectueuses peuvent être considérées comme subsistant encore, mais sous un autre nom. On les appelle à présent des *notifications*. Enfin la loi du 28 avril 1922 a abaissé de trente ans, limite fixée par la loi du 21 juin 1907, à vingt-cinq ans révolus, l'âge auquel les enfants sont dispensés de requérir le consentement de leurs père et mère.

I. Mariage des mineurs issus d'un mariage légitime. Autorisations requises. — Diverses hypothèses doivent être distinguées.

1° Lorsque *le père et la mère* du mineur sont tous deux *vivants* et *en état de manifester leur volonté*, la loi (art. 148) exige le consentement de l'**un**

et de l'autre. Mais il peut arriver que l'un donne et que l'autre refuse son consentement. Dans ce cas, le Code civil faisait une distinction :

Si les parents vivaient ensemble, c'est-à-dire n'étaient ni divorcés ni séparés de corps, le consentement du père suffisait. S'il y avait divorce ou séparation de corps entre les parents, il fallait le consentement de celui au profit duquel le divorce ou la séparation de corps avait été prononcé et qui avait la garde de l'enfant (art. 152, aujourd'hui abrogé).

La loi du 17 juillet 1927 a modifié ces dispositions. Réalisant une réforme depuis longtemps réclamée par le parti féministe, elle a déclaré que le partage des père et mère emportait consentement dans tous les cas, qu'il y eût ou non divorce ou séparation de corps. Pour justifier cette atteinte à l'autorité du père, on a fait observer que son affection n'était pas toujours la plus clairvoyante et que son refus pouvait être dicté par la méchanceté, surtout quand il avait abandonné sa femme et ses enfants. On a ajouté qu'il fallait favoriser avant tout les mariages.

Comment l'enfant fera-t-il constater le dissentiment de ses père et mère ? L'article 148, 2e alinéa, indique quatre procédés, dont un seul, le premier, est pratique : 1° l'enfant adressera une notification, dans la forme prévue par l'article 154 pour les enfants majeurs de 21 à 25 ans, à celui de ses auteurs qui lui refuse son consentement; 2° cet auteur pourra déclarer devant l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage qu'il ne veut pas consentir au mariage, ce qui suppose le cas bien improbable où il y assisterait; 3° il écrira à l'officier de l'état civil une lettre pour manifester son refus; 4° il ira le déclarer et en faire dresser acte par l'officier de l'état civil de son domicile.

2° *Si l'un des père et mère est mort ou dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté*, c'est-à-dire absent, fou, interdit ou déchu de la puissance paternelle, mobilisé, ou retenu en pays envahi par l'ennemi, le consentement de l'autre suffit (art. 149). Aux termes de l'article 153, modifié par la loi du 20 juin 1896, le père ou la mère *relégué* ou *maintenu* dans une colonie après exécution de la peine des travaux forcés est assimilé à celui qui est dans l'impossibilité de fournir son consentement.

3° Lorsque *le père et la mère sont l'un et l'autre décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté*, le droit de consentir au mariage de l'enfant légitime mineur passe aux ascendants (art. 150, al. 1er). La loi nous dit que les père et mère sont remplacés par les *aïeuls* et *aïeules*, expression qui, *stricto sensu*, ne s'appliquerait qu'aux ascendants au premier degré. Mais il n'est pas douteux que ces mots sont ici employés dans leur sens large et comprennent, en conséquence, les *bisaïeuls* et *bisaïeules*, lesquels seront appelés à consentir au mariage à défaut d'aïeuls et d'aïeules.

Lorsque le consentement doit être fourni par les ascendants, *chaque ligne* a un droit égal à consentir. La ligne paternelle et la ligne maternelle sont représentées par les aïeuls *les plus proches en degré*. S'il y a dissentiment *dans une même ligne*, ce dissentiment, depuis la loi du 17 juillet 1927, vaut

consentement (art. 150) ; auparavant, le consentement de l'aïeul l'emportait. S'il y a dissentiment *entre les deux lignes*, l'article 150, alinéa 2, décide que *le dissentiment vaudra consentement*. Cette solution est celle qui nous paraît la plus rationnelle. Puisque c'est la considération de l'intérêt de l'enfant qui l'emporte pour justifier la nécessité du consentement de ses parents, on devrait estimer, en effet, qu'il y a dans un mariage projeté des garanties suffisantes, du moment qu'il obtient l'approbation de l'un des parents ou de l'un des ascendants. Etant donné surtout l'intérêt national que nous avons déjà signalé, le mariage ne doit être impossible pour le mineur, quel qu'il soit, qu'en cas de désapprobation unanime de la part des parents investis par la loi du droit d'y consentir.

4° On peut supposer enfin que le mineur, enfant légitime, qui projette de se marier *n'a plus aucun ascendant*, soit qu'ils soient tous morts, soit qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, par exemple parce qu'ils se trouvent en pays envahi. Dans ce cas, le pouvoir de consentir au mariage appartient au *conseil de famille* (art. 160 ancien, art. 159 depuis la loi du 10 mars 1913). Il est facile de comprendre pourquoi ce droit n'est pas déféré au tuteur. D'abord, comme on le verra plus loin, c'est le conseil de famille qui est le véritable dépositaire du pouvoir tutélaire et le tuteur n'est, en principe, que son agent d'exécution. De plus, on verra que l'un des effets du mariage est *d'émanciper* l'époux mineur et, par conséquent, de mettre fin à la tutelle. On pourrait donc craindre qu'un tuteur ne consentît trop facilement au mariage, afin de se débarrasser de la tutelle, ou, inversement, qu'il ne refusât son autorisation, de peur d'avancer l'heure de la reddition de ses comptes. La règle de l'article 159 entraîne cependant certains inconvénients. En cas de désaccord entre les membres du conseil de famille, c'est la majorité qui l'emporte. Il suffira donc d'une majorité d'*une voix* pour mettre obstacle à un mariage. Un simple collatéral ou même un ami possédera parfois un pouvoir d'inhibition que la loi refuse, on l'a vu, aux ascendants en cas de désaccord entre les deux lignes.

Cette éventualité donne un grand intérêt à la question de savoir si la délibération du conseil de famille, en matière de consentement au mariage du pupille mineur, est souveraine ou non. On verra plus loin qu'aux termes de l'article 883 du Code de procédure civile, toutes les fois que la délibération d'un conseil de famille n'a pas été rendue à l'unanimité, le tuteur, le subrogé-tuteur, ou un membre de la minorité ont le droit de se pourvoir devant le tribunal contre la décision ainsi rendue. On a contesté que ce texte fût applicable lorsqu'il s'agit d'une délibération rendue en notre matière. On a fait remarquer que l'article 883 figure au Code de procédure sous une rubrique intitulée : *Des avis de parents*. Il ne s'appliquerait donc que dans les hypothèses où le conseil de famille donne des *avis*, ce qui a lieu notamment lorsqu'il est consulté par le tuteur pour les actes intéressant la gestion du patrimoine de l'enfant. Ici il en serait différemment, car le conseil ne donne pas un *avis*, il fournit un *consentement*. Sa décision serait donc souveraine dans un sens ou dans l'autre

comme l'est celle des parents ou des ascendants. Cette argumentation semble avoir été, à tort, croyons-nous, admise par la Jurisprudence (Civ., 23 juin 1902. D. P. 1902. 1.347 ; S. 1902. 1.385, note de M. Lyon-Caen). La décision du conseil de famille est donc souveraine.

II. Mariage d'un majeur, enfant légitime. Notification. — A partir de vingt et un ans accomplis, le majeur de l'un ou de l'autre sexe peut se marier sans le consentement de ses père et mère (art. 148 nouveau). A plus forte raison, n'a-t-il pas besoin de celui de ses ascendants ou d'un conseil de famille.

C'est sur ce point que le Code civil a, au cours de ces dernières années, subi les retouches les plus importantes.

Tout d'abord, nous l'avons indiqué déjà, le Code civil avait établi une distinction peu raisonnable entre les fils et les filles. Ce n'était que pour les filles que le consentement des père et mère cessait d'être obligatoire à partir de vingt et un ans. Les fils, pour passer outre à un refus, devaient attendre *vingt cinq ans* révolus (art. 148, ancien). Ainsi, pour les garçons, il y avait une *majorité matrimoniale* qui ne se confondait pas avec la majorité ordinaire et n'était atteinte que quatre ans plus tard. La loi du 21 juin 1907, modifiant l'article 148, a fait disparaître cette distinction peu justifiée.

En second lieu, le Code civil laissait subsister pour les enfants ayant atteint l'âge de la majorité matrimoniale, mais ayant encore leurs père et mère ou des ascendants, sinon la nécessité d'obtenir leur consentement, au moins celle de solliciter leur *conseil*. A cet effet, l'ancien article 151 obligeait les enfants ayant atteint l'âge de la majorité matrimoniale à solliciter le consentement de leurs parents ou ascendants. En cas de refus, ils pouvaient passer outre, mais après avoir rempli la formalité des *actes respectueux* (issus des *sommations respectueuses* de l'ancien Droit). Un notaire devait au nom de l'enfant se transporter, avec l'assistance d'un second notaire ou de témoins, au domicile des parents et requérir leur consentement au mariage. En cas de refus ou d'absence des parents, il dressait procès-verbal. Et c'est seulement *un mois* après que l'officier de l'état civil pouvait procéder à la célébration du mariage. Jusqu'à vingt-cinq ans ou trente ans, suivant le sexe, l'enfant devait faire trois actes respectueux. Passé cet âge, un seul acte était à la fois nécessaire et suffisant.

Les lois postérieures ont introduit, en cette matière, les modifications suivantes :

1° L'acte respectueux est supprimé, mais il ne l'est qu'en apparence. En effet, la loi le remplace par un acte qualifié de *notification*, qui n'en diffère pas, en soi, très sensiblement. Cette notification, dans l'esprit des rédacteurs de la loi, devait avoir pour unique portée de faire connaître aux parents le lieu du futur mariage, afin de leur permettre de former une opposition en temps utile dans le cas où ils auraient un empêchement

à faire valoir. C'était donc, dans le projet de réforme, l'officier de l'état civil qui effectuait la notification. Mais, au cours de la discussion, les maires protestèrent contre cette nouvelle attribution. On décida, en conséquence, que la notification serait faite par un notaire. Dès lors, elle ressemble fort à l'ancien acte respectueux.

2° Le notaire instrumente dorénavant seul et sans l'assistance d'un second notaire ou de deux témoins.

3° Une notification unique, qui est toujours suffisante, n'est plus nécessaire que jusqu'à ce que le futur époux ait atteint l'âge de vingt-cinq ans.

4° Elle n'est plus imposée qu'à l'égard des père et mère ; aucune n'est exigée en présence de simples ascendants. Bien plus, en cas de dissentiment entre les père et mère, l'enfant est dispensé, depuis la loi de 1927, d'adresser une notification à celui qui lui refuse son consentement.

5° Aucune notification n'est requise de la part de l'enfant âgé de 21 à 25 ans qui se remarie.

5° L'acte de notification qui, aux termes de l'article 154, a pour but d'obtenir le consentement des parents, ne contient plus mention de la réponse de ceux-ci, comme l'acte respectueux de jadis.

6° Enfin, le délai après lequel l'enfant peut passer outre à la célébration du mariage est réduit à quinze jours à partir de la notification. Bien plus, quand il y a dissentiment entre le père et la mère, il peut être procédé au mariage immédiatement après la notification.

III. **Mariage des enfants naturels.** — Comme on ne tardera pas à le voir, les enfants naturels, c'est-à-dire issus d'unions illégitimes, n'ont de lien de famille juridiquement établi qu'avec le père ou la mère qui les a reconnus. Ils n'en ont pas avec les parents de leurs auteurs. De plus, il y a, en fait, un grand nombre d'enfants naturels qui ne sont reconnus ni par leur père ni par leur mère. Supposons qu'un enfant naturel ait le projet de contracter mariage. De qui doit-il obtenir le consentement ?

Le Code civil, modifié par la législation récente, établit à cet égard les distinctions ci-après :

1° *L'enfant naturel a-t-il été reconnu,* c'est à celui de ses auteurs qui l'a reconnu, ou aux deux, s'il y a eu double reconnaissance, qu'il doit demander le consentement nécessaire, s'il est mineur, et qu'en cas de refus, il doit, s'il est majeur, adresser l'acte respectueux (aujourd'hui la notification) qui lui permettra de passer outre (V. art. 158). En cas de dissentiment entre le père et la mère, le Code civil primitif restait muet et l'opinion la plus généralement admise décidait — sans bonnes raisons, il faut l'avouer — que la volonté du père devait l'emporter. La loi du 10 mars 1913 avait tranché

la question : le consentement du parent qui exerce la puissance paternelle suffisait (art. 158, 2e al.).

Cette solution était critiquable. Car, s'il est toujours utile de favoriser le mariage des jeunes Français, cette utilité devient plus manifeste encore lorsqu'il s'agit d'un projet de mariage formé par un enfant naturel mineur (généralement une fille) qui se propose de fonder un foyer régulier. Aussi la loi du 17 juillet 1927 décide-t-elle avec raison qu'ici, comme pour l'enfant légitime, le partage emporte consentement (art. 158, alin. 2).

La loi nouvelle ajoute (art. 158, 3e al.) que, si l'un des deux parents qui ont reconnu l'enfant est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit ; ce qui d'ailleurs allait sans dire.

2° On peut supposer, en second lieu, qu'il s'agit du mariage d'un enfant naturel *non reconnu* ou d'un enfant naturel *reconnu*, mais dont le ou les parents, auteurs de la reconnaissance, sont *décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté*. L'article 159 ancien établissait ici un système original. Au lieu de recourir au conseil de famille comme pour un enfant légitime dépourvu d'ascendants, il décidait que le consentement au mariage serait fourni à l'enfant naturel par un tuteur *ad hoc*. Le législateur avait considéré sans doute que, l'enfant naturel n'ayant pas de parents et son conseil de famille devant, dès lors, être composé exclusivement d'*amis*, c'est-à-dire le plus souvent d'indifférents, le consentement au mariage projeté risquerait d'être donné ou refusé à la légère. Il avait donc imaginé cette solution du tuteur *ad hoc*, désigné par le conseil de famille exclusivement en vue de trancher la question, et cela afin que la responsabilité de la décision à prendre, étant plus concentrée, devînt plus sérieuse.

Cette solution, assez défendable en soi, présentait cependant un inconvénient : c'était de laisser, dans l'acte de mariage d'un enfant naturel, une trace de l'irrégularité de sa naissance. En effet, l'acte de l'état civil contenant la mention des consentements fournis, le lecteur voyant que l'un des époux avait été autorisé par un tuteur *ad hoc*, en inférait aussitôt que cet époux était un enfant naturel. En conséquence, la loi du 21 juin 1907, modifiant l'article 159, mit fin à cette situation cruelle en décidant que, dorénavant, le mariage d'un enfant naturel, privé de parents l'ayant reconnu, serait, comme celui d'un enfant légitime sans ascendants, autorisé par le conseil de famille.

Malheureusement, les auteurs de la loi du 21 juin 1907 avaient oublié, en votant le nouvel article 159, qu'une autre loi se trouvait à ce moment en cours d'élaboration relativement à la tutelle et à la protection des enfants naturels. Cette loi, promulguée le 2 juillet 1907, c'est-à-dire quelques jours après la précédente, a justement *supprimé le conseil de famille* en ce qui concerne les enfants naturels (V. art. 389 nouveau). Comment, dès lors, mettre les deux textes en harmonie

La difficulté a été tranchée par la loi du 10 mars 1913 d'après laquelle (art. 159, al. 2 nouveau) le mineur, enfant naturel, non reconnu ou orphelin, doit obtenir « le consentement du conseil de famille *prévu à l'article 389, al. 13 du Code civil* », c'est-à-dire du tribunal (V. aussi art. 160 nouveau *in fine*). Si logique qu'il soit, ce système ne laisse pas de soulever certaines objections. D'abord, l'inconvénient qui avait motivé la réforme de 1907 subsiste, car l'acte de mariage, relatant la production d'un jugement rendu en Chambre du conseil, reste révélateur de la filiation illégitime de l'époux mineur. D'autre part, les frais du mariage se sont trouvés augmentés, un jugement rendu en Chambre du conseil entraînant des frais doubles environ de ceux d'une délibération de conseil de famille. Or, les enfants naturels appartiennent généralement à la classe pauvre. Ils auront, il est vrai, la ressource de solliciter l'assistance judiciaire ; mais c'est un nouveau retard, une nouvelle paperasserie, choses fâcheuses pour de futurs époux que le législateur devrait toujours trembler de voir dévier vers le concubinage.

IV. **Mariage de l'enfant adoptif.** — L'adoptant étant seul investi de la puissance paternelle, c'est lui seul qui doit consentir au mariage de l'adopté. Si l'enfant a été adopté par deux époux, l'un et l'autre doivent donner leur consentement (art. 352 nouveau).

V. — **Mariage des militaires en activité.** — Des textes spéciaux (décrets des 16 juin, 3 août, 28 août 1808, ordonnances du 29 novembre 1820 et du 20 janvier 1832) décident que les officiers ne peuvent se marier qu'avec la permission par écrit du ministre, et les sous-officiers et militaires des armées de terre et de mer qui sont en activité de service qu'avec l'autorisation du conseil d'administration de leurs corps.

Aux termes de la loi du 31 mars 1928, article 58, cette règle n'est pas applicable aux hommes de la disponibilité et des réserves, ni à ceux qui sont dispensés de présence effective par l'application de l'article 98 de la loi.

L'observation de cette prescription est assurée par des peines disciplinaires prononcées contre les militaires qui se seraient mariés sans autorisation et par la destitution de l'officier de l'état civil qui sciemment aurait célébré le mariage.

C'est une raison de discipline qui a fait introduire cette règle. Elle a soulevé des critiques surtout depuis la réduction de la durée du service militaire.

VI. **Règles de forme sur la production du consentement familial.** — Les *formes* du consentement des parents ont été simplifiées par des lois récentes. Normalement, ce consentement doit être donné verbalement par les parents ou ascendants eux-mêmes qui assistent au mariage ; l'of-

ficier de l'état civil le recueille et en fait mention dans l'acte de mariage, qui est signé par les parents.

Mais cela n'est pas toujours possible, d'abord parce que les parents peuvent être absents et dans l'impossibilité de se déplacer. Ou bien encore le consentement est fourni par un *collège*, le conseil de famille (ou le tribunal en tenant lieu), qui ne peut se déplacer en corps pour assister au mariage. Le consentement dans ce cas doit être donné par écrit, mais il importe évidemment que cet écrit présente des garanties de sincérité.

Il n'y a pas de difficulté lorsque le consentement résulte d'un jugement du tribunal civil ou d'une délibération du conseil de famille. En effet, l'expédition du jugement ou de la délibération, délivrée par le greffier du tribunal ou de la justice de paix, constitue un acte authentique. Mais que décider, lorsque le consentement écrit émane d'individus empêchés d'assister à la célébration ?

Sous l'empire du Code civil, il fallait que, dans ce cas, le consentement fût constaté dans un acte notarié (article 73, 1er alinéa). Cette obligation avait l'inconvénient d'entraîner des frais. Les lois des 20 juin 1896 et 9 août 1919 ont donc permis aux père et mère et ascendants de donner leur consentement devant l'officier de l'état civil de leur domicile ou de leur résidence, et, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires français (article 73, 2e alinéa nouveau). Quand il est dressé par un officier de l'état civil, l'acte de consentement est dispensé de la légalisation, sauf dans le cas où il y a lieu de le produire devant les autorités étrangères et où il n'y a pas de convention internationale en dispensant les parties (loi du 28 février 1922).

VII. **Preuve du décès ou de l'absence des père et mère et ascendants.** — Ce n'est pas tout d'apporter la preuve du consentement de tel ou tel parent. Il faut encore parfois démontrer que celui qui l'a fourni était qualifié pour être consulté, et par conséquent que les parents ou descendants d'un rang préférable sont morts ou dans l'impossibilité de consentir. Même obligation de prouver le décès des père ou mère pour le majeur, âgé de moins de vingt-cinq ans, qui se prétend dispensé de la notification de l'article 151. Régulièrement, le futur époux devrait prouver le décès de ses parents par la production de l'acte de l'état civil qui l'a constaté ou leur absence par la production d'un jugement déclaratif d'absence. Mais cette exigence serait gênante et entraînerait des frais inutiles. Bien plus, elle pourrait parfois rendre le mariage impossible, car il arrive que l'enfant ignore en quel lieu ses parents ou ascendants sont décédés. Et il peut également ignorer leur résidence actuelle. Il faut donc permettre de faire la preuve d'une autre façon.

Voici le résumé des règles actuelles résultant des simplifications apportées aux articles 149, 150, 151, 154, 155, 158, 160 du Code civil par les lois des 20 juin 1896, 10 mars 1913, 7 février 1924.

1° *Décès des père et mère ou ascendants.* — « Il n'est pas nécessaire de produire l'acte de décès du père ou de la mère de l'un des futurs époux lorsque le conjoint ou les père et mère du défunt attestent son décès sous serment (art. 149, al. 2) ». Ce texte comporte deux observations :

A. — La solution qu'il consacre doit, par raison d'analogie, être appliquée lorsqu'il s'agit de prouver le décès des *ascendants*. Ainsi un grand-père est admis à attester sous serment, non seulement le décès des père ou mère de l'enfant, mais encore celui d'un autre ascendant.

B. — On remarquera que, le texte ne faisant aucune distinction, les intéressés ont le droit de substituer le serment à la production de l'acte de décès. L'option ainsi laissée au choix des parties n'offre d'ailleurs aucun danger, la prestation d'un faux serment étant sanctionnée par les peines prévues à l'article 363 du Code pénal (art. 149, dernier alinéa).

2° *Disparition des père et mère ou ascendants.* — Il y a lieu de distinguer suivant que le futur époux a moins ou plus de vingt et un ans.

A. — *Le futur époux a moins de vingt et un ans.* — Les articles 149, al. 2 et 3, et 150, al. 3 décident alors que, si la résidence actuelle du père, de la mère (ou de l'ascendant) est inconnue et s'il n'a pas donné de ses nouvelles depuis un an, il pourra être procédé à la célébration du mariage, si le père, la mère, l'ascendant ou les ascendants présents, ainsi que le futur époux lui-même, en font la déclaration sous serment.

B. — *Le futur époux a plus de vingt et un ans et moins de vingt-cinq ans révolus.* — L'article 155 dispose alors, qu' « en cas d'absence (disparition) des père et mère auxquels eût dû être faite la notification prévue à l'article 154, et à défaut de jugement ayant déclaré l'absence ou ordonné l'enquête sur l'absence, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leurs déclarations sous serment que la résidence actuelle de leurs père et mère leur est inconnue et que, depuis un an, ceux-ci n'ont pas donné de leurs nouvelles. »

VIII. — Règles de fond concernant le consentement familial. — *Les règles de fond* à relever sont les suivantes :

A. — *Le consentement fourni par les parents doit être individuel*, c'est-à-dire viser nominativement la personne avec laquelle l'enfant est autorisé à se marier (V. art. 73). Un consentement général et indéterminé ne répondrait évidemment pas au vœu de la loi ; il équivaudrait à une renonciation des parents à leur prérogative légale, renonciation évidemment inopérante, puisqu'il s'agit ici de droits qui sont hors du commerce juridique.

B. — *Le consentement doit être concomitant au mariage.* D'où il résulte :

a) Que s'il a été fourni auparavant, par exemple par écrit, il peut être *rétracté* jusqu'au moment de la conclusion du mariage.

b) Que si l'ascendant, appelé à donner son consentement au moment des fiançailles, vient à décéder avant la célébration, le consentement déjà fourni devient inopérant ; en effet, il n'émane pas de la personne qui a *maintenant* qualité pour consentir.

C. — Le consentement familial est *souverain* en ce sens que sa délivrance ou son refus n'a pas besoin d'être motivé. Mais l'est-il aussi en ce sens qu'il ne prête à aucun recours ? A cet égard il y a lieu de distinguer :

a) *Lorsque la décision émane d'un collège*, conseil de famille ou tribunal, une voie de recours est ou, du moins, devrait à notre avis être toujours possible. S'il s'agit d'une délibération du conseil de famille, nous invoquons en ce sens l'article 883 du Code de procédure. S'il s'agit d'un jugement du tribunal civil rendu en Chambre du conseil, nous invoquons le principe général du double degré de juridiction qui domine notre organisation judiciaire et ne peut recevoir d'exception qu'en vertu d'un texte formel ; en conséquence, il pourrait, croyons-nous, être appelé de la décision de la Chambre du conseil du tribunal devant la Cour d'appel, siégeant elle aussi en Chambre du conseil.

b) *Lorsque la décision émane au contraire d'un individu*, père ou mère ou ascendant, elle ne peut, en dehors des cas où il y a conflit entre deux autorités familiales concurrentes et où la loi (comme dans l'article 152) appelle la justice à les départager, donner lieu à aucune voie de recours. Il y a cependant une exception à la règle, résultant de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889. Ce texte vise le mariage d'un mineur confié à l'Assistance publique et, prévoyant le cas où il subsisterait des parents dont le consentement serait requis, il décide que ceux-ci peuvent, en cas de refus, être cités devant le tribunal siégeant en Chambre de conseil, lequel devra donner ou refuser son consentement.

§ 2. — Empêchements au mariage.

On appelle de ce nom, nous l'avons vu, certains faits qui mettent obstacle au mariage et dont l'absence équivaut, en somme, à autant de *conditions de fond* exigées pour la formation de l'union conjugale.

Ces empêchements sont aujourd'hui au nombre de quatre. Ils étaient beaucoup plus nombreux sous l'empire du Droit canonique. C'est ce qui explique que l'Eglise catholique puisse aujourd'hui prononcer la nullité du mariage dans des cas où la loi civile ne l'admettrait pas. Les époux catholiques divorcés profitent souvent de cette circonstance pour mettre leur conscience en règle avec les prescriptions de l'Eglise et se procurer ainsi la possibilité d'un nouveau mariage aussi bien à l'Eglise que devant

l'officier de l'état civil (V. l'énumération des anciens empêchements dans Pothier, *Contrat de mariage*, 3e partie, chap. I, II et III).

Premier empêchement : Mariage antérieur non dissous. — « On ne peut, dit l'article 147, contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». C'est le principe de la monogamie et de la monoandrie. Le fait de le transgresser, en contractant un second mariage avant la dissolution du premier, constitue le crime de *bigamie*, que l'article 340 du Code pénal punit des travaux forcés à temps.

La loi du 17 août 1897, modifiant les articles 70, 1er al., et 76, dern. al., du Code civil, a organisé un moyen d'éviter les faits de bigamie. Elle ordonne de mentionner la célébration de tout mariage en marge de l'acte de naissance des époux. De plus, l'officier de l'état civil, avant de procéder à un mariage, doit se faire remettre par chacun des futurs époux une expédition de leur acte de naissance dont la délivrance *ne remonte pas à plus de trois mois* (plus de six mois, si l'expédition a été délivrée dans une colonie ou un consulat). De cette façon, les faits de bigamie ne devraient plus guère être possibles ; pourtant, ils restent encore assez fréquents, parce que, en pratique, la mention prescrite ne se fait pas régulièrement.

Second empêchement : Délai de viduité. — Des articles 228 et 296 anciens il résultait que la femme veuve ou divorcée ne pouvait contracter un second mariage que 300 jours après la dissolution du premier. Mais cette prohibition ne concerne plus que les veuves.

1° *Femmes veuves.* Le délai imposé à celles ci pour se remarier s'appelle le *délai de viduité*. L'empêchement en question nous vient du Droit romain (L. 11, pr. et 1, D. *de his qui not. inf.*, III, 2). La prohibition, ainsi empruntée au Digeste par les rédacteurs du Code civil, a pour but d'empêcher une *confusion de part*, c'est-à-dire une incertitude sur la filiation paternelle de l'enfant qui naîtrait d'un second mariage contracté trop tôt avant la dissolution du précédent. C'est pour cela que l'on a fixé la durée du délai de viduité à dix mois, ce qui est le délai le plus long que puisse avoir la grossesse. Seulement, à la différence du Droit romain, notre législateur dépassait le but, car il n'admettait aucune exception et imposait, par conséquent, le délai de viduité dans des situations où la femme accouchait après la dissolution de son premier mariage. La loi du 9 décembre 1922 a supprimé cette inconséquence en décidant que le délai prend fin en cas d'accouchement survenu depuis le décès du mari.

2° *Femmes divorcées.* L'article 296 ancien décidait que la femme divorcée ne pouvait se remarier que dix mois après la transcription du jugement de divorce. Les lois des 13 juillet 1907, 9 août 1919, 9 décembre 1922 et 4 février 1928 ont fixé le point de départ du délai au jour où les relations sont devenues impossibles entre les deux époux. Les

articles 296 et 297 nouveaux distinguent en conséquence deux hypothèses :

1° Le divorce a-t-il été prononcé sans avoir été précédé d'une séparation de corps, le délai de 300 jours (article 296) commence à courir du jour de l'*ordonnance* par laquelle le président (article 236), autorise les deux époux à avoir un domicile séparé, jour annoncé par le dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce (art. 253). Bien entendu, le mariage ne peut avoir lieu qu'après la transcription du jugement de divorce, même si le délai de viduité, par suite des longueurs du procès, se trouvait avoir pris fin auparavant (Voir article 296 *in princ.*). Que si l'ordonnance est muette sur la question de résidence, le délai est compté à partir du premier jugement préparatoire, interlocutoire, ou au fond, rendu dans la cause. Si le mari meurt avant que le divorce ait été prononcé ou que le jugement ou l'arrêt qui le prononce soit devenu définitif, ou s'il meurt au cours d'une instance en séparation de corps ou après que la séparation de corps a été prononcée, la veuve peut se remarier dès qu'il s'est écoulé 300 jours depuis l'ordonnance prévue à l'article 236.

Il faut ajouter que depuis la loi du 9 décembre 1922 le délai prend fin en cas d'accouchement survenu depuis la transcription du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce.

2° Le divorce a-t-il été prononcé *sur conversion*, ce qui est possible (article 310) après trois ans de séparation de corps, la femme peut (art. 297) se remarier aussitôt après la transcription du jugement de conversion. En effet, il y a déjà trois ans que les époux vivaient séparés l'un de l'autre et il est inutile d'imposer à la femme un nouveau délai d'attente.

Troisième empêchement : Parenté ou alliance. — La parenté ou l'alliance, à un certain degré de proximité, entraîne un empêchement au mariage dans toutes les législations. Il y a à cela des raisons diverses. D'abord, des raisons physiologiques : à tort ou à raison, c'est une opinion généralement répandue que les unions entre personnes du même sang entraînent l'affaiblissement de la race. Mais ce n'est point là le motif unique ni même principal de l'empêchement, car celui-ci se fonde surtout sur des raisons de haute moralité. La vie de famille deviendrait évidemment impossible, si la pensée d'une union sexuelle pouvait, sans révolte de la conscience, surgir entre personnes vivant ensemble dans l'intimité familiale. De là la flétrissure morale qu'entraîne *l'inceste*, faute qui, cependant, n'est point prévue et frappée par notre Code pénal, comme la bigamie ou l'adultère. De là aussi les prohibitions légales de mariage entre personnes parentes ou alliées, prohibitions dont l'étendue et la sévérité varient naturellement suivant les époques et la structure de la vie familiale.

Ici, notre législation s'est trouvée placée entre deux traditions contradictoires. Le Droit canonique, d'une part, malgré ses tendances généralement

si favorables au mariage, avait élargi à l'extrême le cercle de la prohibition ; ce qui s'explique d'abord par le souci de favoriser la fusion des divers groupes ethniques qu'aurait compromise la pratique de l'*endogamie*, et surtout par des préoccupations de moralité fort naturelles à une époque où les communautés de famille atteignaient une grande étendue (V. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 87 et suiv.). Aussi le Droit canonique défendait-il primitivement le mariage entre parents et alliés jusqu'au septième degré, ce qui, avec la différence des modes de computation, équivaut à notre quatorzième degré actuel. A partir du Concile de Latran (de 1215), il l'interdit jusqu'au quatrième degré (à peu près le huitième degré de notre Droit civil). De plus, le Droit canonique établissait une assimilation complète entre la parenté ou l'alliance légitime résultant du mariage et celle qu'entraînent des relations illégitimes. Il faisait enfin résulter certains empêchements de la parenté *spirituelle*, par exemple, entre filleul et marraine, filleule et parrain. Il est vrai que la rigueur de ces prohibitions trouvait un tempérament dans la pratique des *dispenses*. A l'inverse de cette conception canonique de l'inceste, le Droit intermédiaire avait considérablement réduit le champ de la prohibition. La loi du 20 septembre 1792 (titre IV, art. 11) ne défendait le mariage qu'entre les parents légitimes et naturels en ligne directe, entre les alliés en cette ligne, entre le frère et la sœur. Naturellement aucune dispense n'était autorisée. Telles sont les deux tendances opposées entre lesquelles, nous allons le voir, le Code civil a, suivant son habitude, établi un système de transaction.

1° Parenté ou alliance résultant du mariage. — A. — *Parenté.* — En ligne directe, le mariage est prohibé à l'infini entre ascendants ou ascendantes et descendants ou descendantes (art. 161).

En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frère et sœur (art. 162), oncle et nièce, tante et neveu (art. 163). On admet en général que les expressions d'oncle et nièce, tante et neveu employées par ce dernier texte embrassent le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit-neveu. Cette extension de l'empêchement, admise par la Jurisprudence (Req., 28 novembre 1877, D. P. 1878.1.209 ; S. 1878.1.337, note de M. Louis Renault), est conforme à un décret impérial du 7 mai 1808 qui avait infirmé un avis émis en sens contraire par le Conseil d'Etat, le 23 avril 1808.

B. — *L'Alliance* produit le même empêchement que la parenté *en ligne directe*, c'est-à-dire à l'infini. Il y a donc prohibition du mariage entre tous les ascendants et tous les descendants d'un époux et son conjoint (art. 161).

En ligne collatérale, au contraire, le Code civil n'établissait d'empêchement qu'entre les alliés au degré de belle-sœur et de beau-frère (art. 162).

La loi du 1er juillet 1914, allant encore plus loin, a supprimé la prohibition entre beaux-frères et belles-sœurs, sauf dans une hypothèse, celle où le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce. La distinction ainsi consacrée est raisonnable. La loi met obstacle aux calculs et aux agissements condamnables que pourrait inspirer à des beaux-frères et

belles-sœurs la perspective de pouvoir s'unir en rendant libre, au moyen d'un divorce savamment combiné, l'allié maintenu dans les liens du mariage. Au contraire, lorsque le mariage a été dissous par la mort du conjoint qui faisait l'alliance, il n'y a que des avantages, pour l'époux resté seul et surtout pour les enfants orphelins, à ce que le frère ou la sœur du conjoint viennent le remplacer au foyer détruit et reconstitué.

C. — *Dispenses.* — L'empêchement résultant de ces diverses dispositions est tantôt radical, tantôt relatif, c'est-à-dire susceptible d'être levé par des *dispenses* obtenues du chef de l'Etat pour causes graves (art. 164). Il n'y a pas de dispense possible entre parents ou alliés en ligne directe. En ligne collatérale, il n'y en a pas non plus pour un mariage entre frère et sœur. En revanche, le Code civil a toujours autorisé des dispenses pour un mariage entre oncle et nièce, tante et neveu. Primitivement, il n'en autorisait pas pour un mariage entre alliés au degré de beau-frère et de belle-sœur. C'était une sévérité d'autant plus outrée que le Droit canonique lui-même permet d'accorder des dispenses dans ce cas. Ce n'est cependant que la loi du 16 avril 1832, qui, modifiant l'article 164, a introduit ici la possibilité d'une dispense, dispense qui peut aujourd'hui encore être obtenue, dans le cas où la prohibition subsiste.

En fait, les dispenses nécessaires sont accordées assez facilement. Il s'est produit à cet égard un revirement sensible dans la pratique administrative. Le Code civil exige des *causes graves* pour qu'il y ait dispense. La Chancellerie, se conformant en cela aux termes plus ou moins impératifs des circulaires ministérielles du 29 avril 1832 et du 11 novembre 1875, s'était longtemps donné comme règle de repousser les demandes de dispense, qui alléguaient, en fait de motif, l'état de grossesse de la future ou l'existence de relations illicites entre les impétrants. Une circulaire du garde des sceaux, en date du 19 novembre 1904, a prescrit, au contraire, d'examiner les demandes dans un esprit très large, de telle sorte que « l'octroi des dispenses devienne la règle et que le rejet soit l'exception ». Depuis la loi du 1er juillet 1914, le nombre de ces dispenses est appelé à diminuer considérablement, les statistiques du Ministère de la Justice démontrant que l'immense majorité des demandes annuelles visait l'empêchement fondé sur l'alliance collatérale. Et d'autre part, il est vraisemblable que, dans l'hypothèse exceptionnelle où cette loi a laissé subsister l'empêchement entre beaux-frères et belles-sœurs, la dispense sera assez difficilement obtenue. [1]

2° **Parenté ou alliance illégitime.** — La loi assimile la parenté naturelle ou illégitime à celle qui résulte du mariage en ce qui concerne la

1. Demandes de dispenses fondées sur :

ANNÉES	l'alliance	la parenté	l'âge
1913	1141	122	47
1921	26	114	108
1922	46	82	77
1923	32	75	77

ligne directe et la ligne collatérale, au degré de frère et de sœur (V. art. 161 et 162). Mais ici se rencontre cette question générale : la parenté illégitime, pour constituer un empêchement au mariage, a-t-elle besoin d'être *légalement établie* c'est-à-dire de résulter d'une reconnaissance en bonne forme ou d'un jugement? La Jurisprudence semble divisée sur cette question (V. Grenoble, 29 janvier 1889, P. F. 1889, 2.54; Trib. Versailles, 13 janvier 1892, S. 1892. 2. 92.) Le système le plus satisfaisant pour la morale et le bon sens est celui qui se contente, pour qu'il y ait obstacle au mariage, d'une parenté naturelle existant de notoriété publique. Autrement, on pourrait assister à ce scandale d'un père épousant publiquement sa fille ! Vainement objecterait-on que la parenté naturelle non établie est un fait qui ne produit aucune conséquence juridique et que, d'ailleurs, le Code prohibe la recherche de la paternité (art. 340). Ce dernier argument n'a plus la même valeur aujourd'hui, depuis la loi du 16 novembre 1912, qui a modifié l'article 340 et permis de faire déclarer judiciairement la paternité hors mariage dans un certain nombre de cas. Au surplus, le Code nous semble avoir, par son texte même, tranché la difficulté. Lorsqu'il s'agit de savoir si la nécessité du consentement des parents s'impose au mariage des enfants naturels comme à celui des enfants légitimes, l'article 158, en effet, a soin de ne soumettre à l'assimilation que les enfants « légalement reconnus ». Au contraire, les articles 161 et 162 parlent des « ascendants et descendants naturels », des « frères et sœurs naturels », sans plus, lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de l'empêchement au mariage.

Que le mariage soit prohibé entre les frères et sœurs naturels ou entre les ascendants et descendants illégitimes d'un individu et son ex-conjoint, c'est ce qui ne nous paraît pas douteux. En d'autres termes, nous admettons que l'empêchement résultant de la parenté naturelle doit s'étendre à l'alliance naturelle. Mais la même question va se poser : celle de savoir s'il faut une filiation légalement établie. Le problème social et juridique, étant le même que tout à l'heure, nous paraît appeler la même solution.

3° Parenté adoptive. — L'article 354, pour des raisons de pure moralité, fait résulter enfin des empêchements au mariage des liens de famille ou d'alliance civile découlant de l'adoption. Il prohibe le mariage :

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants;

Entre les enfants adoptifs du même individu ;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

On décide que ces prohibitions ne peuvent être étendues et qu'elles ne peuvent, par exemple, s'appliquer entre les ascendants de l'adoptant et l'adopté, ni entre l'adoptant et les enfants naturels de l'adopté.

Quatrième empêchement. Divorce antérieur entre les mêmes époux (art. 295). — Le code civil interdisait aux époux divorcés de se

remarier, afin de les contraindre à réfléchir sérieusement avant de plaider en divorce. La loi de 1884 a supprimé cette prohibition rigoureuse, mais elle a (art. 295) créé à la place un empêchement entre anciens époux divorcés pour le cas, pratiquement assez rare, où l'un des deux aurait, dans l'intervalle, contracté un autre mariage *rompu par un divorce*. Pourquoi cette prohibition? Le législateur a-t-il pensé que l'époux divorcé deux fois a, par ces deux tentatives malheureuses, démontré péremptoirement son inaptitude à la vie conjugale? Non assurément, car alors il aurait fallu frapper ce récidiviste du divorce d'une incapacité générale de se remarier avec quiconque. La supposition la plus plausible, c'est que la loi a voulu déjouer une combinaison trop ingénieuse, ourdie pour amener dans un ménage peu scrupuleux les avantages empruntés à un trop naïf intérimaire. Mais c'est là un cas de perversité bien complexe. Méritait-il une disposition spéciale?

L'empêchement édicté par l'article 295 a d'ailleurs été supprimé par la loi du 26 mars 1924 dans les deux cas ci-après :

1° S'il existe des enfants vivants ou descendants légitimes issus du premier mariage ;

2° Si le conjoint épousé en secondes noces est décédé postérieurement au divorce.

Empêchement supprimé : complicité d'adultère[1]. — L'article 298, remanié par la loi du 27 juillet 1884, portait que dans le cas d'un divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourrait jamais se marier avec son complice. Cette disposition ne tarda pas à soulever de vives critiques. On faisait observer qu'il serait plus moral de permettre à l'époux, divorcé pour adultère, de régulariser sa situation plutôt que de le contraindre, si son affection pour son complice subsistait, à vivre avec celui-ci en état de concubinage. Pratiquement, les tribunaux étaient arrivés à rendre à peu près lettre-morte l'article 298. En effet, en cas de divorce prononcé pour adultère, ils avaient souvent soin de ne pas désigner nommément le complice ou de ne le désigner que par des initiales. Dans ces conditions, l'officier de l'état civil, auquel on présentait le jugement de divorce, ne pouvait refuser de procéder au mariage de l'époux adultère avec une personne qu'aucun document authentique ne désignait comme complice de la faute commise. La loi du 15 décembre 1904 a fait plus ; elle a purement et simplement aboli l'article 298. Les intentions du législateur ont certes été louables, puisqu'elles ont procédé du souci de favoriser le mariage et la régularisation des amours illégitimes. Toutefois, il faut reconnaître que la suppression de l'article 298 peut donner lieu à bien des scandales et des douleurs, prêter à l'odieux calcul d'un aventurier ou d'une aventurière qui s'introduit dans un mé-

1. Voir Paul Appleton, *L'abrogation de l'article 298*, Rev. trim., 1905, p. 261.

nage afin de le désunir et de profiter de sa désunion, en bénéficiant peut-être d'une fortune apportée ou constituée par sa victime, fortune que la combinaison du divorce et des conventions matrimoniales attribuera souvent par moitié à l'époux coupable. De tous temps, il y a eu des *coureurs de dot*. La loi de 1904 a créé la catégorie des *coureurs* (et coureuses) *de divorce*. Il n'y a pas lieu de s'en féliciter. L'ancien état de choses, institué par la Jurisprudence, était préférable, puisqu'il permettait au juge, selon les cas, de laisser ou non la porte ouverte à un remariage avec le complice. Il aurait mieux valu se contenter de consacrer, par un texte, la pratique, un peu trop prétorienne jusqu'alors, de nos tribunaux.

SECTION II. — Formes extérieures du mariage.

On étudiera successivement : § 1. Les formalités antérieures au mariage ; § 2. Les formes même de la célébration ; § 3. La preuve du mariage.

§ 1. — Formalités antérieures au mariage.

Ces formalités ont trait : 1° aux publications ; 2° à la réunion des pièces à fournir à l'officier de l'état civil.

I. Publications[1]. — On appelle *publications* des mesures de publicité destinées à faire connaître au public le projet de mariage formé entre les fiancés, afin que les personnes qui auraient connaissance de quelque empêchement au mariage aient le temps d'avertir l'officier de l'état civil et même de former une *opposition* si la loi leur en donne le droit. C'est au Droit canon que notre Code a emprunté cette formalité calquée manifestement sur les *bans* ou *bannies* de mariage. On appelait ainsi les publications orales que le curé de la paroisse de chacun des deux fiancés faisait au prône de la messe les trois dimanches ou jours de fête précédant le mariage et à certains intervalles.

Dans le Code civil, les formes des publications sont réglées par les articles 63, 64, 166 à 169 qu'ont modifiés sensiblement, dans une pensée de simplification, les lois des 21 juin 1907 et 9 août 1919. Ces publications, contenant (art. 63) toutes les énonciations utiles pour faire connaître exactement aux tiers l'identité exacte des futurs époux, sont faites, à la requête de ceux-ci ou de leurs représentants, par les soins de la municipalité des communes où le mariage peut être célébré, en outre, au lieu du domicile des ascendants sous la puissance desquels se trouvent les futurs époux, s'ils sont mineurs, enfin, dans certains cas, au lieu du dernier domicile ou de la dernière résidence, ou même au lieu de la naissance de chacun des futurs époux (art. 167). Comme le nombre des communes où le mariage peut être célébré n'est pas, dans certains cas, inférieur à quatre, on voit que des publications nombreuses sont quelquefois nécessaires. Ajoutons que l'effet

1. V. Ed. Lévy, *De la publication du mariage*. Rev. trim. de dr. civ., 1912, p. 907 s.

utile d'une publication ne dure qu'une année (art. 65). Au bout de ce temps, la loi considère que le mariage ne peut plus être contracté sur la foi de la première publication, car des empêchements qui n'existaient pas alors ont pu surgir. Il faudrait donc recommencer une nouvelle publication.

Voici les changements que les lois des 21 juin 1907, 9 août 1919 et 8 avril 1927 ont apportés aux textes précités du Code civil réglant la matière des publications :

1° L'article 63 primitif astreignait l'officier de l'état civil à des publications faites *oralement* le dimanche à la porte de la maison commune. Bien entendu, une pratique différente s'était établie, et les maires des communes se contentaient de faire afficher à la porte de la mairie, l'*acte* de publication, c'est-à-dire, en somme, le procès-verbal d'une déclaration qui n'avait pas été faite. Le nouvel article 63 consacre cette pratique.

2° L'ancien article 63 exigeait *deux* publications faites le dimanche à *huit jours d'intervalle*. Aujourd'hui, il n'exige plus qu'*une seule* publication. L'affiche devra rester exposée pendant un délai de dix jours et il n'est plus nécessaire que ces dix jours comprennent deux dimanches. Le mariage ne pourra être célébré qu'après le dixième jour.

3° Le Code civil exigeait que les publications fussent faites le dimanche. Aujourd'hui, la publication unique peut être faite n'importe quel jour de la semaine.

4° La publication énonce les prénoms, noms, professions, domiciles ou résidences des futurs époux, etc... mais ne contient plus, depuis la loi du 9 août 1919, aucune mention relative à l'identité des parents. Cette innovation a été introduite pour que, si l'un des futurs époux est enfant naturel, rien ne révèle au public l'irrégularité de sa filiation.

5° Une autre publication, si les futurs époux sont mineurs, est faite au domicile de leurs ascendants dont ils dépendent au point de vue du mariage. Mais la loi du 9 août 1919 a supprimé la publication qui devait être faite au siège du conseil de famille lorsque le mineur n'avait pas d'ascendant.

6° L'ancien article 169 permettait au procureur de la République de dispenser les parties de la seconde publication *pour cause grave*, par exemple en cas de mariage *in extremis*. Le texte nouveau autorise la dispense de *toute publication et de tout délai*, ou de l'affichage de la publication seulement.

7° La publication du mariage était auparavant transcrite sur un registre spécial que, par simplification, la loi du 8 avril 1927 a supprimé.

Il est permis d'estimer que ces simplifications sont encore insuffisantes et qu'il serait utile d'aller jusqu'à la suppression totale des publications. Cette formalité se rattache, par son origine, à une législation qui admettait un grand nombre d'empêchements, notamment dans des cas où un lien de parenté extrêmement éloigné et, par conséquent, inconnu du public, existait entre les parties. Le Droit canon était donc logique en établissant un procédé propre à éveiller l'attention de ceux qui pouvaient connaître ces empêchements. De plus, le procédé était efficace à une époque où, sauf les dissidents, tout le monde à peu près écoutait le prône du curé. Aujourd'hui, les publications sont, au contraire, peu pratiques,

au moins dans les grandes villes, où presque personne ne s'arrête pour consulter les tableaux grillagés appendus à la porte des mairies. Elles ont l'inconvénient d'entraîner des frais et de retarder les mariages. Enfin, elles sont peu utiles. L'officier de l état civil est suffisamment renseigné sur l'aptitude des futurs époux par la production des pièces qui, on va le voir, doivent être remises entre ses mains (actes de naissance, actes de décès des parents, acte de notification, jugement de divorce, etc.). Les seuls faits qui peuvent lui échapper et que les tiers pourraient lui révéler, après avoir été touchés par une publication, sont, d'une part, l'état de démence d'un des futurs époux, d'autre part l'existence, entre eux, d'un lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé. Or, il suffit de parcourir les recueils judiciaires pour se rendre compte du nombre infime de mariages qui sont contractés dans de pareilles conditions, ou d'oppositions qui seraient fondées sur de tels motifs. Que si, par hasard, ces cas exceptionnels venaient à se rencontrer, la perspective de la nullité du mariage constituerait une sanction suffisante. Pourquoi, en vue d'exceptions aussi hypothétiques, imposer à tous la nécessité des publications ? Les pays où elles n'existent pas, la Grande-Bretagne, les Etats-Unis d'Amérique, ne paraissent pas en ressentir d'inconvénient appréciable.

II. **Pièces à fournir à l'officier de l'état civil.** — Avant la célébration du mariage, chacun des époux doit remettre à l'officier de l'état civil les pièces constatant qu'il réunit les conditions requises par la loi et qu'il a fait les publications prescrites.

Ces pièces sont les suivantes :

1° L'acte de naissance (art. 70, C. civ.). S'il s'agit d'un enfant légitimé, l'expédition de l'acte de naissance produite par l'enfant à l'officier de l'état civil ne doit pas indiquer qu'il est légitimé (art. 333, 2e al., loi du 1er juillet 1922).

Si l'un des époux est dans l'impossibilité de se le procurer, il y suppléera en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile sur la déclaration de trois témoins (art. 71 et 72).

2° Les actes constatant le consentement des père et mère ou des ascendants, quand ils n'assistent pas au mariage, ou à leur défaut, celui du conseil de famille (art. 73).

3° L'acte de notification du mariage au père ou à la mère qui ne veulent pas consentir (art. 151).

4° Les actes de décès des ascendants défunts, ou une expédition du jugement d'interdiction ou de déclaration d'absence.

Cependant ces actes ne sont pas nécessaires, lorsqu'il reste des ascendants dans la même branche qui attestent le décès, l'interdiction ou l absence des plus proches. De même, à défaut d'ascendants, les futurs époux sont, nous l'avons vu, admis à déclarer sous serment qu'ils ignorent le lieu du décès et du dernier domicile de leurs ascendants.

5° L'autorisation de l'autorité militaire, s'il y a lieu.

6° L'acte de décès du premier conjoint, si le futur époux a déjà été marié.

7° Les certificats de publications s'il en a été fait dans d'autres communes, et ceux de non-opposition délivrés par les officiers civils de ces communes. Depuis la loi du 9 août 1919, ces certificats sont expédiés d'office à l'officier de la commune où se célèbre le mariage (art. 69 nouveau).

La réunion de ces pièces constitue parfois encore un véritable dossier ; elle exige de nombreux dérangements, des dépenses qui peuvent détourner beaucoup de pauvres gens du mariage, les pousser à se mettre en ménage, c'est à dire à vivre en concubinage, sans paperasseries et sans frais. Aussi depuis longtemps, a-t-on senti la nécessité d'une œuvre de simplification. Tout d'abord, des sociétés privées, dont la plus ancienne est la Société de Saint-François Régis. se sont fondées pour subvenir aux frais et aux démarches des couples pauvres désireux de se marier, surtout lorsqu'ils vivent déjà en union libre. Puis le législateur est intervenu. La loi du 10 décembre 1850, *sur le mariage des indigents*, a réalisé d'heureuses réformes malheureusement applicables aux seules personnes munies d'un certificat d'indigence délivré par le maire ou par le commissaire de police. Elle décide en effet :

1° Que les pièces nécessaires au mariage des indigents doivent être réclamées et réunies par les soins de l'officier de l'état civil;

2° Que les pièces en question seront visées pour timbre et enregistrées gratis :

3° Elle réduit le tarif des expéditions des actes de l'état civil.

Il y a encore beaucoup à faire si l'on veut multiplier le nombre des mariages, et il importe, pensons-nous, de procéder par voie de disposition générale, car l'inconvénient d'une législation de faveur, spéciale aux indigents, c'est que nombre de personnes reculent devant la démarche, un peu humiliante, qui consiste à solliciter un certificat établissant officiellement leur état de dénuement. On ne peut penser à étendre à tous les mariages la disposition de la loi de 1850 qui impose aux municipalités la réunion des pièces nécessaires ; ce serait une charge trop lourde pour les mairies. Mais on pourrait accorder à tous les mariages la dispense des droits de timbre et d'enregistrement pour les pièces nécessaires. On pourrait encore, complétant l'œuvre malheureusement insuffisante des lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1907, diminuer un peu la liste des pièces à fournir en supprimant certaines formalités, comme les publications et les notifications qui, nous l'avons vu, n'offrent qu'une utilité tout à fait contestable.

§ 2. — Célébration du mariage.

Les règles de formes concomitantes à la célébration du mariage se réfèrent : I. A la publicité du mariage. — II. A l'intervention de l'officier de l'état civil. — III. A la rédaction de l'acte instrumentaire.

I. Publicité du mariage. — La publicité du mariage est nécessaire pour de graves raisons. Les tiers ont le plus grand intérêt à cette

publicité, parce que le mariage apporte de grands changements à la condition des époux et à la consistance de leur patrimoine. Ainsi, il leur est désormais interdit de contracter un nouveau mariage. La femme devient incapable et ne peut plus agir valablement qu'avec l'autorisation de son mari, lequel même, devient en général, son mandataire légal pour l'administration de ses biens. A partir du mariage, une hypothèque légale au profit de la femme est établie sur les immeubles du mari, etc. . Il faut, de plus, que le mariage puisse être connu de ceux qui auraient des oppositions à former. La publicité est donc indispensable. Sa nécessité entraîne tout un faisceau de dispositions.

1° Ce sont d'abord celles d'où résulte, pour les futurs époux, l'obligation de se marier *au lieu du domicile de l'un d'eux*. C'est là en effet que les époux sont réputés connus. La détermination de ce domicile donnait jadis lieu à une difficulté résultant de la divergence des expressions employées par les textes. D'une part, en effet, l'article 74, après avoir énoncé que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des époux aura son domicile, ajoutait : « Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. » D'autre part, l'article 165 disait simplement que le mariage serait célébré « devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties ». On se demandait, dès lors, si l'article 165 renvoyait à l'article 74, c'est à-dire s'il exigeait, pour que l'officier de l'état civil fût compétent, un *domicile spécial* résultant de six mois d'habitation ; ou bien si, au contraire, le texte se suffisait à lui-même, d'où il serait résulté que le mariage pouvait être célébré au lieu du *domicile général*, lequel, *sans condition de résidence*, se trouve au lieu où l'individu a fixé son principal établissement (art. 102). On comprend l'intérêt de la question. Généralement les deux domiciles se confondent ; mais il peut en être autrement. On peut supposer, par exemple, qu'une personne a, depuis deux ou trois semaines seulement, transféré à Paris son principal établissement. Elle a à Paris son domicile général, mais non le domicile spécial de l'article 74. Inversement, une personne peut résider depuis six mois à Paris, mais sans avoir l'intention de s'y fixer. Elle y a donc le domicile spécial de l'article 74, mais non son domicile général. Depuis longtemps, la doctrine et la pratique administrative étaient fixées dans le sens le plus large et le plus favorable : elles admettaient que les deux dispositions devaient se cumuler et que, dès lors, on pouvait se marier à la fois à son domicile réel, et au domicile spécial de l'article 74. L'une des conséquences de cette interprétation, c'est qu'on peut concevoir telle hypothèse où le mariage peut être célébré indifféremment dans quatre communes.

Aujourd'hui, l'article 74, modifié par la loi du 21 juin 1907, porte que les époux se marieront dans la commune où l'un deux aura « son domicile *ou sa résidence* établie par *un mois* au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi ». On le voit, le texte nouveau a consacré la solution antérieure de la pratique en ce qui concerne la compétence cumulative de deux domiciles, le domicile réel et le domicile de résidence. Elle

a, d'autre part, diminué le délai d'habitation exigé pour ce dernier en le fixant à un mois ; c'est une réforme heureuse qui facilite le mariage des personnes que leur métier oblige à des changements incessants de résidence.

2° C'est aussi à une idée de publicité que se rattache l'obligation de célébrer le mariage *dans la « maison commune »*, établie par l'article 75. Il est vrai que l'article 165, revenant sur les formes de la célébration, exige seulement qu'elle ait lieu « devant l'officier de l'état civil ». Mais il y a lieu à application cumulative des deux textes, et le mariage sera valable si l'officier de l'état civil s'est transporté, pour le célébrer, en dehors de la maison commune, par exemple, au domicile de l'un des époux La loi du 9 août 1919, (art. 75 nouveau, al. 2), consacrant la pratique antérieure, décide que ce transport aura lieu « en cas d'empêchement grave, à la requête du Procureur de la République » et que même, en cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra se transporter au lieu de sa résidence avant toute réquisition ou autorisation.

3° Le *public doit être admis* librement. En effet, l'article 165 dit que le mariage sera célébré *publiquement*. D'où l'usage, en cas de célébration au lieu d'habitation de l'une des parties, de faire ouvrir toutes les portes de la maison.

4° Enfin, la célébration requiert la présence de *deux témoins* et non plus quatre), parents ou non-parents (art. 75 modifié par la loi du 9 août 1919), et cela afin qu'il ne puisse y avoir de doute sur l'identité des époux. Ces témoins peuvent appartenir à l'un ou à l'autre sexe (art. 37 modifié par la loi du 7 décembre 1897).

Rôle de l'officier de l'état civil. — L'article 75 détermine ce rôle en donnant comme le *rite* de la célébration du mariage. L'impression qui se dégage de la lecture de ce texte est celle d'une cérémonie sobre et, par là même, assez digne, mais un peu vide, dans laquelle l'intervention de l'officier de l'état civil copie assez gauchement celle du prêtre, dans les mariages religieux, tout en en dénaturant la portée. L'officier de l'état civil procède, devant les parties, leurs parents et leurs témoins, à une lecture (en pratique fort écourtée) des pièces qu'elles ont produites. Il y ajoute celle des articles 212 à 214 du Code Civil déterminant les principaux effets juridiques du mariage (art. 212 et s.). Il interroge les futurs époux (V. al. 2 ajouté par la loi du 10 juillet 1850) sur le point de savoir s'il y a eu contrat de mariage, afin de faire mention de leur réponse dans l'acte instrumentaire, puis il recueille de chaque époux la déclaration « qu'ils veulent se prendre pour mari et femme ». On remarquera que la loi n'exige pas une réponse orale, ce qui rend possible le mariage des muets. Enfin, l'officier « prononce au nom de la loi qu'elles (les parties) sont unies par le mariage. »

A quel moment précis le mariage est il formé? Celui où les époux ont dit « oui », ou celui de la formule d'union prononcée par l'officier de l'état civil? L'intérêt de la question apparaît dans les cas de mort ou de rétractation survenue dans l'intervalle. On admet, en général, qu'il n'y a mariage qu'après le prononcé de la formule d'union (D., *J. G.*, V° *Mariage*, 213, 375).

Ainsi, l'officier public joue, dans notre mariage civil, un rôle plus actif que le célébrant canonique. C'est lui qui unit les époux. Cette solution ne nous paraît pas seulement en désaccord avec toute la tradition historique ; elle est encore peu conforme au texte de l'article 75, aux termes duquel l'officier se contente de *prononcer*, en d'autres termes d'annoncer que les parties *sont unies*, c'est-à-dire se sont unies elles-mêmes par le mariage.

III. Rédaction de l'acte instrumentaire. — L'article 75 porte que l'acte de l'état civil, relatant le mariage, doit être dressé sur le champ. Et l'article 76, modifié en dernier lieu par la loi du 28 avril 1922, énumère les énonciations qu'il doit contenir. Cet acte doit être signé par les parties, les témoins et les ascendants dont le consentement est nécessaire, s'ils assistent au mariage.

§ 3. — Preuve du mariage.

Il est inutile d'insister sur l'importance pratique que présente la preuve du mariage. Cette importance n'existe pas seulement pour les époux qui invoquent, dans leurs rapports avec les tiers, leur qualité de gens mariés ; elle est très grande aussi pour les enfants issus de l'union conjugale, car le fait du mariage de leurs parents est l'un des éléments d'où résulte la démonstration de leur filiation légitime. Enfin, d'autres personnes encore peuvent avoir à administrer la preuve d'un mariage ; il en est ainsi, par exemple, en cas de réclamation de succession lorsqu'il s'agit de démontrer le lien de parenté qui vous unissait au défunt : le mariage étant la source de la parenté légitime, l'héritier doit pouvoir prouver le mariage de ceux dont il descend et par lesquels il se rattache à la personne du *de cujus*.

Système de la preuve préconstituée. Preuve par l'acte de mariage. — Aux termes de l'article 194, « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. » Ainsi, la loi établit, en cette matière, le régime de la *preuve préconstituée*, c'est-à-dire qu'elle interdit aux intéressés la faculté de prouver le fait du mariage par aucun moyen autre que celui qu'elle leur a elle-même ménagé en organisant l'institution des actes de l'état civil. Par exemple, c'est en vain que l'on prétendrait invoquer le témoignage de personnes qui auraient autrefois assisté à la célébration du mariage, ou la présomption qui résulterait de la possession d'état. Il faut, de toute nécessité, produire une expédition de l'acte de mariage dressé *sur les registres de l'état civil*. Ainsi, même la production d'un acte en forme, mais dressé sur une feuille volante, n'aurait aucune efficacité. Et, bien que la rédaction de l'article 194 semble, à première vue, restreindre sa portée aux époux eux-mêmes (arg. des mots *réclamer le titre d'époux*), il n'est pas douteux que le principe s'applique à tous les intéressés. Nous n'allons pas tarder à voir en effet que l'article 197 apporte, dans un cas particulier, une exception à la règle au bénéfice des enfants, preuve qu'elle leur est applicable en principe, comme elle l'est aux époux, ainsi qu'aux tiers éventuellement intéressés à faire la même démonstration.

C'est au XVI[e] siècle que remonte le système actuel de notre Droit. Antérieurement, en effet, le Droit canon admettait que la preuve du mariage pouvait se faire par tous les moyens possibles. Mais le Concile de Trente ayant ordonné aux curés des paroisses de tenir un registre des mariages qu'ils célébreraient, et l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40) ayant fait passer cette obligation dans le Droit civil, la production de l'acte de mariage devint le mode de preuve normal, et les autres procédés de démonstration ne tardèrent pas à être prohibés comme dangereux à raison de leur incertitude. En effet, des témoins peuvent être subornés ; et, quant à la possession d'un état, elle appartient aussi bien aux faux ménages qu'aux couples légitimes. L'ordonnance de 1629, article 40, puis l'ordonnance sur la procédure de 1667, titre XX, article 1[er], établirent donc la règle qui est actuellement reproduite par l'article 194, dont le sens net et formel est encore renforcé par l'article 195, aux termes duquel « la possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. »

On retrouvera plus loin, en traitant des nullités de mariage, la question de savoir si l'article 196 n'apporte pas un tempérament à cette règle et quelle est au juste la conséquence de la possession d'état d'époux légitimes, chez des conjoints qui ne peuvent rapporter l'acte de célébration de leur mariage. Pour le moment, nous n'avons qu'à indiquer les trois exceptions que le Code civil ou la Jurisprudence apportent au principe des articles 194 et 195.

Exceptions au système de la preuve préconstituée. — 1° L'article 194 *in fine*, en nous renvoyant à l'article 46, au titre des Actes de l'état civil, vise l'hypothèse où, par un fait indépendant de la volonté des époux, l'expédition de l'acte de mariage est *impossible à produire*. Il en est ainsi *lorsqu'il n'a pas existé de registre* (fait aujourd'hui bien rare, sauf en cas de mariage contracté à l'étranger) ou lorsque le registre a été *perdu* ou *détruit* en totalité ou en partie. Alors, à condition d'avoir démontré le fait d'inexistence, de perte ou de destruction, les intéressés seront admis à faire la preuve du mariage, « tant par les registres émanés des père et mère décédés que par témoins », en un mot par tous les moyens possibles. Ici, dans un cas à la vérité tout exceptionnel, la loi substitue, on le voit, le régime de la preuve libre à celui de la preuve préconstituée[1].

Il peut se faire que la destruction ou l'inexistence de l'acte de mariage soit le résultat d'un acte criminel prévu et puni par le Code pénal ; par exemple, l'acte de mariage a été falsifié ou déchiré par un individu quelconque (art. 145, 146, 147, 173, C. pén.), ou bien l'officier de l'état civil l'a

1. A noter ici la loi du 20 juin 1920 qui permet de suppléer par des actes de notoriété à l'impossibilité de se procurer des expéditions des actes de l'état civil dont les originaux ont été détruits ou sont disparus par suite de faits de guerre.

rédigé sur une feuille volante, fait qui constitue un délit puni par l'article 192 du Code pénal. Le jugement qui constate le crime ou le délit commis sera alors inscrit sur les registres de l'état civil et tiendra lieu de l'acte de mariage (art. 198, C. civ.). A ces règles très simples, les articles 199 et 200 apportent, en ce qui concerne les actions qui peuvent être exercées contre le coupable ou contre ses héritiers, soit par le ministère public, soit par les intéressés, des développements complémentaires tout à fait obscurs et, de plus, absolument inutiles. Ces textes, en effet, ont le tort d'avoir été écrits avant la rédaction du Code d'instruction criminelle, de telle sorte qu'ils ne sont pas en harmonie avec la terminologie, ni peut-être même avec les catégories essentielles aujourd'hui admises en matière de Droit pénal. Ces textes sont donc demeurés entièrement lettre-morte. Comme ils n'ont donné lieu à aucune jurisprudence, il est superflu d'entrer dans l'exposé des controverses purement académiques auxquelles leur interprétation a donné lieu dans la Doctrine.

2° Une seconde exception est apportée au principe des articles 194 et 195 *en faveur des enfants issus du mariage*. Elle résulte de l'article 197. Ce texte suppose que la légitimité de ces enfants est l'objet d'une contestation. Il décide que les enfants pourront alors faire preuve du mariage de leurs parents, à défaut de représentation de l'acte de célébration, en invoquant la possession d'état, pourvu que les père et mère soient l'un et l'autre décédés et que la prétention des enfants ne soit pas contredite par leur acte de naissance. On comprend aisément les raisons qui ont déterminé le législateur à rendre ainsi la preuve du mariage plus facile aux enfants qu'à leurs parents. Ces derniers sont toujours à même de se procurer une expédition de leur acte de mariage, du moment qu'il en a été dressé un. Les enfants au contraire, *si leurs deux auteurs sont décédés*, peuvent se trouver dans l'ignorance complète du lieu, et peut-être même, de la date du mariage de leurs parents. Comment alors pourraient-ils se procurer l'acte nécessaire pour la preuve qui leur est demandée? La loi ne pouvait, sous peine de commettre une flagrante injustice, soumettre les enfants à toute la rigueur de son système de preuve préconstituée. Elle les en a donc dispensés et décide qu'ils seront considérés comme légitimes aux quatre conditions suivantes :

A. — Il faut que le père et la mère soient *tous deux* décédés. Du moment que l'un d'entre eux survit, la production de l'acte de mariage reste indispensable. Mais la règle ici établie par l'article 197 donne lieu à deux difficultés :

a) Doit-on assimiler au cas où les parents sont morts ceux où, vivants, ils sont ou bien absents ou bien hors d'état, pour une cause quelconque, de fournir une indication relative à leur mariage? L'affirmative ne paraît guère douteuse en équité. Il nous semble qu'il faut, avant tout, se référer aux raisons du législateur. Si, dans son texte, il a énoncé le cas de décès cela tient à ce que, en cette matière comme en beaucoup d'autres, il a seulement envisagé l'hypothèse la plus pratique, ou, comme on dit, le *plerumque fit*.

b) L'article 197 ne doit-il pas s'appliquer lorsque l'un des parents est vivant, mais que c'est lui, précisément, qui conteste la filiation de l'enfant? On l'a soutenu en invoquant cet argument d'équité que les choses se passeront ici exactement comme si le père ou la mère survivant était décédé, puisque l'enfant ne peut espérer obtenir de lui les indications nécessaires à ses recherches d'état civil. Nous croyons cependant qu'il n'y a pas lieu de distinguer et que, dès lors, l'article 197 n'est pas applicable. On verra bientôt que le bénéfice de ce texte appartient seulement à l'enfant qui peut alléguer une possession d'état d'enfant légitime. Or cette possession lui manque s'il est en conflit avec le survivant de ses prétendus auteurs sur le caractère même de sa filiation.

B. — La seconde condition requise pour que l'enfant soit dispensé de représenter l'acte de mariage de ses parents, c'est qu'il démontre la possession d'état d'époux de ces derniers.

C. — Il faut, en troisième lieu, qu'il ait lui-même la possession d'état d'enfant légitime. La loi parle de la possession d'état d'une façon générale : elle vise donc aussi bien celle de l'enfant que celle des parents défunts.

D. — Il faut enfin que les possessions d'état alléguées par l'enfant ne soient pas contredites par son acte de naissance. Ainsi, il ne faut pas qu'il y ait un acte de naissance le qualifiant d'enfant naturel de tel et telle, ou d'enfant d'autres personnes. Ici encore, il lui manquerait la condition de sa possession d'état personnelle. On remarquera que, si l'acte de naissance déclare que l'enfant est né de père et mère inconnus, il peut encore bénéficier de l'article 197, c'est-à-dire invoquer à l'appui de sa légitimité la possession d'état d'époux de ses parents et sa possession d'état personnelle d'enfant légitime. Pourtant ici, la mention portée dans l'acte de naissance constitue une forte présomption contre la légitimité de l'enfant. Mais ce n'est qu'une présomption, qui est détruite par les deux faits que l'enfant apporte à l'appui de sa prétention. Littéralement, on ne peut même dire que la possession d'état soit ici *contredite* par l'acte de naissance. Ce document porte que les parents étaient inconnus *à l'époque de la naissance*. Il sont connus aujourd'hui : il n'y a pas contradiction. Ajoutons enfin qu'à moins de supposer un enfant dont on ne peut retrouver l'acte de naissance, notre hypothèse est la seule où l'on puisse concevoir l'application de l'article 197, car quel autre acte de naissance, non contradictoire avec la prétention de l'enfant, pourrait-on supposer ? Un acte qui le déclarerait né des parents dont il se prétend issu ? Mais dans ce cas il n'y aurait ni difficulté ni procès.

Il convient de remarquer que les tiers qui contesteraient la légitimité de l'enfant conserveraient la faculté de prouver (preuve négative, à la vérité, très difficile à administrer) que les père et mère n'étaient pas mariés et s'étaient attribué faussement la qualité d'époux. A cet égard, la preuve faite en conformité de l'article 197 est moins péremptoire que celle qui résulte de la production d'un acte de mariage dont les tiers ne pourraient pas combattre la véracité à moins de s'inscrire en faux.

3° L'article 197 ne fait bénéficier de sa disposition de faveur que les enfants. Les tiers sont donc, en principe, soumis rigoureusement à la règle

de la preuve par la production de l'acte de l'état civil lorsqu'ils ont à faire la démonstration du mariage. C'était cependant une règle traditionnelle de notre ancien Droit que, lorsqu'il s'agit de la *preuve de la parenté, en vue d'une succession à recueillir*, les tiers intéressés pouvaient, à défaut des actes de mariage, invoquer d'autres documents ou toutes présomptions quelconques. En effet, il s'agit ici souvent d'investigations désignées pratiquement par l'expression de *recherches généalogiques*, lesquelles remontent à des époques reculées dont nul survivant ne subsiste qui puisse fournir les indications nécessaires pour la recherche de l'acte ou des actes de mariage à produire. La Jurisprudence moderne semble admettre encore aujourd'hui la même solution (Civ., 8 mars 1904, D. P. 1904. 1.246 ; S. 1909. 1.242). Elle constitue une troisième et dernière dérogation au système de la preuve préconstituée en matière de mariage établi par l'article 194.

SECTION III. — Sanction des règles relatives à la formation du mariage.

Les *sanctions* ou *moyens pratiques* d'imposer aux intéressés l'observation des règles de fond ou de forme établies par la loi pour la formation du mariage sont *pénales* ou *civiles*.

Sanctions pénales. — La loi édicte, soit dans le Code civil, soit dans le Code pénal, des pénalités diverses, soit contre l'officier de l'état civil, soit même contre les parties qui transgresseraient ses dispositions.

1° Les dispositions protectrices des *règles de forme* sont :

A. — L'article 192 du Code civil, prévoyant la contravention aux règles relatives aux publications de mariage et prononçant contre l'officier de l'état civil une amende de 300 francs au minimum, contre les parties ou leurs parents une amende proportionnée à leur fortune.

B. — L'article 193 du Code civil, comminant la même pénalité pour toute contravention à la règle de l'article 165, c'est-à-dire à l'obligation de célébrer le mariage publiquement devant l'officier public du domicile de l'un des époux.

C. — L'article 192 du Code pénal, édictant la peine d'un à trois mois de prison et de 16 à 200 francs d'amende contre l'officier de l'état civil qui aurait dressé l'acte de mariage sur une feuille volante.

2° Les dispositions pénales protectrices des *règles de fond* sont les articles 68, 156 et 157 du Code civil, modifiés par la loi du 21 juin 1907, les articles 193 et 194 du Code pénal. Il en résulte que l'officier de l'état civil encourt :

L'amende et l'emprisonnement s'il ne s'est pas assuré du consentement des parents dans un cas où ce consentement est nécessaire à la validité du mariage ;

L'amende seulement si, s'étant assuré de ce consentement, il néglige de le relater dans l'acte de mariage ;

Ou s'il a procédé au mariage sans justification des notifications, à supposer que l'on se trouve dans un cas où cette formalité est prescrite :

Ou s'il a procédé au mariage au mépris d'une opposition régulièrement faite sans qu'on ait justifié de sa mainlevée ;

Ou enfin s'il a procédé au mariage d'une femme veuve ou divorcée avant l'expiration du délai de viduité.

Rappelons enfin l'article 340 du Code pénal, prononçant des pénalités contre les parties coupables de *bigamie*, et contre l'officier de l'état civil qui se serait fait complice de ce crime.

Sanctions civiles. Oppositions et nullités. — Les sanctions de Droit civil sont de deux sortes, *préventives et répressives.*

Les *sanctions préventives* sont les *oppositions*, c'est-à-dire les actes par lesquels certaines personnes, ayant qualité à cet égard, signalent à l'officier de l'état civil un empêchement au mariage, c'est-à-dire, *lato sensu*, soit l'existence d'un *empêchement* proprement dit, au sens strict du mot tel que nous l'avons employé précédemment, soit l'absence d'une condition nécessaire à la formation du mariage. L'officier de l'état civil, touché par la signification qui lui est faite de l'opposition, doit s'abstenir de procéder à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'on lui ait justifié de la mainlevée de l'opposition.

Quant à la sanction *répressive*, c'est la *nullité* du mariage qu'il appartient à certaines personnes de faire prononcer par la justice. Est-ce à dire que tout empêchement donne lieu éventuellement à cette nullité ? Non: il faut faire à cet égard une distinction essentielle, naguère introduite par les interprètes du Droit canon et qui conserve aujourd'hui toute sa valeur technique. Les empêchements sont de deux sortes, *dirimants* ou *prohibitifs*. Les empêchements dirimants seuls donnent lieu à la nullité du mariage qui aurait été contracté nonobstant leur existence. Et cette nullité éventuelle est, à son tour, qualifiée de nullité *absolue* ou de nullité *relative* selon que la faculté de la solliciter est plus ou moins largement ouverte aux intéressés. Quant aux empêchements *prohibitifs* ou *simples*, ils mettent bien obstacle à la célébration du mariage, en ce sens qu'ils font une obligation à l'officier de l'état civil de s'abstenir d'y procéder. Mais, s'il est passé outre à cet obstacle, le mariage ne peut être annulé. La sanction sera une peine contre l'officier de l'état civil. Encore, le plus souvent, cette peine ne sera-t-elle encourue par ce dernier que si l'empêchement prohibitif a été porté à sa connaissance par une opposition (art. 68) ou autrement.

Quelques exemples préciseront les distinctions ci-dessus.

Le défaut de consentement des parents, ascendants ou du conseil de famille au mariage d'un mineur est un empêchement *dirimant*, donnant lieu, si le mariage est néanmoins célébré, à une nullité *relative.*

Le fait, pour un des futurs époux, d'être engagé dans les liens d'un précédent mariage non rompu est un empêchement *dirimant*, donnant lieu, au cas où la bigamie aurait été consommée, à une nullité *absolue.*

La non-expiration du délai de viduité est, pour le mariage d'une femme veuve ou divorcée, un empêchement *simplement prohibitif*. Si le mariage a eu lieu, il ne peut pas être annulé.

§ 1. — Oppositions.

Notions historiques et généralités. — C'est au Droit canon que le Code civil a emprunté la théorie des oppositions. Lorsqu'il avait procédé aux bans du mariage, en effet, le curé avertissait les fidèles que c'était un devoir pour quiconque aurait connaissance d'un empêchement de le lui faire connaître par un avis officieux.

En outre, quiconque avait intérêt à ce que le mariage n'eût pas lieu, par exemple celui qui se disait marié ou fiancé avec un des futurs, les parents, les tuteurs ou curateurs, avait le droit de former *opposition*, par une signification adressée, par ministère d'huissier, au curé qui avait publié les bans. Quelque mal fondée qu'elle parût, l'opposition empêchait le curé de procéder à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il en eût été donné mainlevée, soit par la partie opposante, soit par le juge.

Ce droit, si largement ouvert à *tout intéressé*, de former opposition, et dont la malignité pouvait trop aisément se servir, donnait lieu à des abus qui amenèrent le Droit intermédiaire à une réglementation plus étroite. Elle se trouve dans la loi du 20 septembre 1792, tit. 4, sect. 3. Cette loi, d'une part, réserve le droit de former opposition à certaines personnes intéressées limitativement énumérées. En outre, elle décide que l'opposition ne peut être faite que par acte d'huissier en contenant les motifs et signé par l'opposant. Toute opposition irrégulière est sans valeur, et l'officier de l'état civil peut passer outre à l'acte de mariage.

Le Code civil a consacré ces deux innovations salutaires. Il a seulement élargi un peu la liste des personnes qui peuvent former opposition. L'officier de l'état civil n'a donc pas, en principe, à tenir compte d'une opposition formée par une personne sans qualité, ou irrégulière en la forme, à plus forte raison des avis simplement officieux qui lui parviendraient (par exemple, au moyen d'une lettre anonyme). Remarquons toutefois qu'en pratique il ne manquera pas de prendre des informations. En effet, il s'exposerait aux peines portées par la loi s'il procédait *sciemment* à la célébration d'un mariage irrégulier (V. art. 156, 157, 192, 193). L'opposition irrégulière ou l'avis officieux (à supposer que leur existence soit dûment établie) ne sont donc pas, en somme, entièrement dépourvus d'effet. Seulement, leur effet est restreint. Quand il y a opposition régulière, l'officier de l'état civil ne peut passer outre sans s'exposer aux peines de l'article 68, *quand bien même l'opposition ne serait pas fondée.* L'opposition irrégulière ou officieuse, au contraire, n'a d'effet possible *que si elle est fondée.* Elle *peut* alors constituer *un des éléments d'incrimination* de l'officier de l'état civil, si celui-ci a passé outre, en le constituant en état de *mauvaise foi.*

Mécanisme de l'opposition. — Les règles établies à cet égard par les articles 176 à 179, 66 à 68 ont pour but d'empêcher l'abus d'un acte aussi grave que l'opposition, de mettre obstacle surtout aux lenteurs calculées grâce auxquelles des parents obstinés s'efforceraient de faire traîner les choses en longueur.

1° *L'acte d'opposition* lui-même doit être fait par le ministère d'un huissier. La loi lui impose des formes spéciales qu'on ne rencontre pas dans les exploits ordinaires et qui sont sanctionnées tant par la nullité de l'acte irrégulier que par la peine de l'interdiction encourue par l'huissier en faute (art. 176 *in fine*).

A. — Il doit être signé, non seulement par l'huissier, mais encore par l'opposant (art. 66 et 176). Il importe que celui-ci se découvre et prenne la responsabilité de son acte.

B. — L'acte énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de le former.

C. — Il contient élection de domicile dans le lieu « où le mariage doit être célébré » (art. 176), cela afin de permettre à l'intéressé de demander mainlevée à ce tribunal et non pas à celui du domicile de l'opposant, comme le voudrait le Droit commun, ce domicile pouvant être éloigné. Seulement, le mariage, on s'en souvient, peut être célébré dans diverses communes. On admet dans ce cas que l'opposant choisira à son gré la commune où il élira domicile. Mieux aurait valu assurément l'astreindre à faire élection dans la commune où réside le futur époux !

D. — L'acte d'opposition doit contenir mention des motifs sur lesquels il se fonde. Exception est faite cependant pour le cas où l'opposition émane d'un ascendant. Elle n'a pas besoin alors d'être motivée : on verra bientôt pourquoi.

2° La *signification* de l'acte d'opposition doit être faite à la fois aux deux futurs époux et à l'officier de l'état civil qui doit procéder au mariage s'il est connu, à l'un de ceux qui peuvent y procéder, dans le cas contraire. L'officier public doit apposer son visa sur l'original (art. 66), afin qu'on ne puisse contester le fait de la signification, et doit aussi transmettre l'opposition à ses collègues, s'il y en a plusieurs qui soient compétents.

3° La *mainlevée de l'opposition* est, on l'a vu, indispensable pour que l'officier de l'état civil, touché par la signification, puisse procéder au mariage sans s'exposer aux pénalités de l'article 68. La mainlevée peut être *volontaire*, si l'opposant consent à s'en désister, ce qu'il peut faire soit oralement, soit par un acte notarié dont l'époux aura à produire une copie à l'officier de l'état civil (art. 67). Faute de ce désistement, la mainlevée ne peut être que *judiciaire*, c'est-à-dire qu'elle sera prononcée par la justice, après que l'époux aura fait la preuve du mal fondé de l'opposition. Les mesures prises par la loi pour augmenter l'efficacité et la rapidité de la procédure de mainlevée sont les suivantes :

A. — L'affaire est dispensée du préliminaire de conciliation. Le tribunal doit la juger dans les dix jours. S'il y a appel (l'appel ayant ici, comme il est de règle, un effet suspensif), la Cour doit aussi statuer dans les dix jours (art. 177).

B. — L'article 179 (modifié par la loi du 20 juin 1896) décide que les jugements et arrêts rendus par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition. C'est là une mesure utile. Autrement l'opposant pourrait faire défaut en première instance, puis il formerait opposition. Après quoi, en appel,

il renouvellerait la même tactique ; si bien que l'affaire reviendrait deux fois devant le tribunal et deux fois devant la cour. Le mariage serait indéfiniment retardé.

C. — L'opposant qui succombe, la mainlevée étant prononcée par le tribunal, est condamné aux *frais* de l'instance, à moins que ce ne soit un ascendant, un frère ou une sœur du demandeur, auquel cas le juge peut conformément au droit commun (art. 131, C. proc. civ.), *compenser*, c'est-à-dire répartir les dépens entre les plaideurs. Le défendeur succombant peut, en outre, être condamné à des dommages intérêts, à moins qu'il ne soit un ascendant (art. 179, 1er al.).

Auteurs possibles et motifs des oppositions. — Le droit de former opposition appartient :

1° Aux ascendants ;

2° A d'autres personnes, à savoir :

A) Le conjoint du futur époux ;

B) Certains collatéraux ;

C) Le tuteur ou curateur ;

D) Le ministère public.

Le caractère de l'opposition est différent suivant qu'elle est formée par des personnes appartenant à l'une ou à l'autre des deux catégories ci-dessus.

1° D'après le Code civil, entre les mains des *ascendants*, l'opposition n'était pas seulement le moyen pratique de faire valoir des empêchements légaux. C'était aussi un moyen suprême pour l'ascendant qui désapprouvait un projet de mariage formé par son descendant, d'*en retarder la réalisation* et, ainsi, de contraindre l'enfant à un supplément de réflexion. En effet, la loi admettait que l'opposition des ascendants *n'avait pas besoin d'être motivée* (art. 176). Evidemment, si l'opposition n'était pas fondée sur un empêchement véritable, le futur époux en obtenait aisément la mainlevée. La célébration du mariage n'en avait pas moins été différée. L'ascendant avait gagné du temps.

La loi du 8 avril 1927 a avec raison supprimé ce droit exorbitant, qui ne produisait presque jamais l'effet espéré par l'opposant. Dorénavant l'acte d'opposition de l'ascendant devra, à peine de nullité et de l'interdiction de l'officier ministériel qui l'aurait signé, contenir les motifs de l'opposition et reproduire le texte de loi sur lequel elle est fondée (art. 176 nouveau).

A quels ascendants appartient le droit de faire opposition ? Au père et à la mère, légitimes ou naturels, (art. 173 nouveau), et, à défaut de père et de mère, c'est-à-dire s'ils sont morts, absents, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, aux aïeuls et aïeules, chaque degré ne recueillant, croyons-nous, le droit de former opposition qu'à défaut du degré plus proche.

On est forcé de constater ici le défaut de logique de la loi. Rationnellement, le droit de former opposition devrait être le corollaire de celui de

consentir, ou, tout au moins, de fournir son conseil pour le mariage de l'enfant. Or l'article 173, quoiqu'amélioré par la loi du 9 août 1919, méconnaît en partie ce principe. Il le consacre à la vérité, en conférant à la mère concuremment avec le père, le droit de former opposition. En effet, même du vivant du père, l'enfant n'est pas dispensé du consentement (ou du conseil) de la mère (art. 148). Mais, en dehors de cette solution correcte, l'article 173 contient encore diverses dispositions fâcheuses et, croyons-nous, peu logiques.

Et, en effet, la loi moderne, on s'en souvient, a supprimé, lorsque le futur époux est majeur, le droit de conseil des ascendants autres que les père et mère ; bien plus, au-dessus de vingt-cinq ans, ou même, de vingt-et-un, s'il a été antérieurement marié, l'enfant n'a même plus besoin du conseil de ses père et mère, puisqu'il est désormais dispensé de leur faire notification de son mariage. Dans les trois cas, le droit de former opposition aurait donc dû disparaître. L'article 173 nouveau a cependant laissé la faculté de former opposition au père, à la mère, et à leur défaut à tout aïeul ou aïeule, et cela même lorsque l'enfant a dépassé vingt-cinq ans ou avait antérieurement contracté un précédent mariage. Le seul correctif (encore insuffisant) apporté ici par l'article 173 nouveau (al. 2), c'est que, après la mainlevée judiciaire de l'opposition formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition d'un autre ascendant ne peut retarder la célébration du mariage.

2° Entre les mains des personnes qualifiées *autres que les ascendants*, le droit d'opposition n'existe, au contraire, que *pour certaines causes déterminées* par la loi. Mais ajoutons que, pratiquement, il se produit peu d'oppositions de ce genre. On n'en rencontre guère, en fait, que venant d'ascendants désireux de retarder un mariage qu'ils désapprouvent. Quoi qu'il en soit, les opposants possibles de notre catégorie sont au nombre de trois, peut-être de quatre.

A. — Le *conjoint* (non divorcé) de l'un des contractants (art. 172). L'empêchement qu'il fait valoir est celui de la bigamie.

B. — Certains *collatéraux* majeurs, à savoir le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germaine (art. 174), *concurremment*. Mais ils ne peuvent agir qu'à défaut d'ascendants et pour deux causes déterminées seulement :

a) Pour *défaut de consentement du conseil de famille*, ce qui suppose que le futur époux est mineur et n'a pas d'ascendants. Cette variété d'opposition est d'ailleurs difficile à prévoir en fait, car l'officier de l'état civil, instruit de l'âge du futur époux par son acte de naissance, ne manquera pas de réclamer l'extrait de la délibération du conseil de famille ayant autorisé le mariage.

b) Pour cause de *démence des futurs époux*. Une personne en état de démence ne peut en effet se marier, puisqu'elle ne peut fournir un consentement valable.

Pour éviter que les collatéraux n'invoquent ce motif à la légère, l'ar-

ticle 174 du Code civil exige que l'opposant provoque en même temps l'interdiction de l'aliéné. Les frais auxquels il s'exposera en intentant cette procédure garantissent qu'il réfléchira avant d'agir.

C. — Le *tuteur* ou le *curateur* (ce qui suppose toujours que le futur époux est un mineur), concurremment avec les collatéraux, *et pour les mêmes causes que ceux-ci*, mais *à la condition d'avoir été autorisé à former opposition par le conseil de famille* (art. 175.) Cette dernière condition rend peu explicable que la loi ait prévu une opposition formée par le tuteur pour cause de démence de son pupille. Puisque celui-ci est mineur, son mariage a requis une autorisation du conseil de famille. De deux choses l'une. Ou bien le conseil a autorisé le mariage, et l'on comprend mal qu'il autorise le tuteur à venir y faire opposition pour cause de démence. Ou bien, au contraire, il n'a pas autorisé le mariage, et on n'a pas besoin d'alléguer dans l'opposition l'état mental du futur époux. Il suffit que le tuteur soit autorisé à faire valoir le défaut d'autorisation.

D. — Le *ministère public*, possède-t-il aussi, bien que le Code civil ne le lui accorde pas, le droit de faire opposition à un mariage ? La question est controversée. D'une part, il est certain que le droit de former opposition ne peut s'appuyer que sur un texte formel, et que les articles du Code civil qui l'organisent ne sont pas susceptibles d extension. Ainsi, il est indubitable que ni les descendants, ni les neveux et nièces, bien que collatéraux plus proches que les cousins germains, n'auraient le droit d'opposition. Le droit d'agir du ministère public, évidemment utile si l'on suppose un projet de mariage blessant particulièrement l'ordre public, de mariage incestueux par exemple, ne pourrait donc reposer que sur le texte de nos lois de procédure civile qui établit les règles générales de l'intervention du Parquet. Or ce texte est l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, relative à l'organisation judiciaire, article qui fut l'objet d'une controverse classique par la contradiction indéniable existant entre ses deux alinéas. En effet, tandis que l'alinéa 1er porte : « En matière civile, le ministère public agit d'office *dans les cas exprimés par la loi* », formule restrictive qui réduit l'intervention possible du Parquet aux hypothèses où la loi lui donne un mandat formel, l'alinéa 2 ajoute : « Il surveille l'exécution des lois, des arrêts, et des jugements ; *il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Cette seconde phrase est manifestement l'opposé de la première ; elle élargit le champ d'initiative du Parquet. Et, dans notre hypothèse, elle lui ouvre le droit de faire opposition, car s'opposer à un mariage prohibé par la loi, par exemple, à un mariage bigamique ou incestueux, c'est évidemment poursuivre l'exécution de la loi dans une disposition intéressant l'ordre public. Des deux formules, quelle est donc celle qui doit l'emporter ? Certaines décisions ont admis que c'est la formule large, le second alinéa devant être considéré comme ayant complété et rectifié le premier. Le ministère public aura donc le droit de faire opposition à un mariage, lorsqu'il estimera qu'il existe un empêchement dont la transgression offenserait l'ordre public (Grenoble, 14 janvier 1889, D. P. 1890. 2. 193, note de M. Flurer).

Il n'est pas à craindre qu'il abuse de cette faculté, d'autant plus utile que le ministère public aurait, comme nous ne tarderons pas à le voir, le droit de poursuivre la nullité d'un mariage du genre de ceux que nous avons supposés. Et, bien que la loi — défectueuse d'ailleurs en cela — n'établisse pas toujours une concordance parfaite entre la disposition de l'action en nullité et celle de l'opposition, il est clair qu'il est préférable de réaliser cette concordance toute logique quand elle peut se concilier avec le texte de la loi.

§ 2. — Nullités de mariage.

Historique et généralité. — La sanction civile *répressive* des règles relatives à la formation du mariage, c'est la *nullité* de l'union qui aurait été contractée en violation de ces règles. La théorie des cas de nullité et des actions qui permettent de la faire prononcer par la justice a été élaborée jadis par la Jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques et par celle de nos parlements qui, l'une et l'autre, ont fourni à notre Code ses solutions de principe, notamment la distinction des empêchements en *empêchements simplement prohibitifs* et *empêchements dirimants*, ces derniers (les plus graves naturellement) aboutissant seuls à une nullité éventuelle, ainsi que la division des nullités en *nullités absolues*, invocables en principe par toutes personnes intéressées et par le ministère public, et *nullités relatives*, invocables seulement par les époux eux-mêmes ou par l'un d'eux ou par les parents de l'un ou de l'autre. Toutefois, si nous nous trouvons ici dans une matière toute traditionnelle, il importe de relever entre la théorie de l'Ancien Droit et la nôtre les différences suivantes :

1° Le nombre des empêchements dirimants et par conséquent, des cas de nullité était plus considérable sous l'empire du Droit canonique que sous celui du Code civil.

2° La théorie des nullités présentait, dans l'ancien Droit, comme d'ailleurs sous le régime du Code civil au cours de la longue période de suppression du divorce, une importance pratique très supérieure à celle qu'elle a de nos jours. En effet, elle était souvent utilisée comme un tempérament au principe de l'indissolubilité du mariage. Sans doute, il y a bien, entre le divorce et la nullité du mariage, cette différence essentielle que le divorce rompt le mariage *dans l'avenir*, tandis que la déclaration de nullité constate que le mariage n'a pas valablement existé, ce qui l'anéantit même dans le passé. Mais ces deux solutions n'en offrent pas moins cette ressemblance de fait considérable qu'elles rendent l'une et l'autre leur liberté aux époux (ou prétendus époux). Supposons donc qu'un ménage soit désuni, qu'un époux se croie déçu dans ses espérances de bonheur et que la législation lui refuse le divorce. Il y a bien des hypothèses où il s'efforcera, pour se dégager d'un lien odieux, de faire prononcer la nullité du mariage : il alléguera, par exemple, que son consentement a été vicié, lorsqu'il s'est marié, qu'il a agi sous l'empire d'une contrainte morale, ou encore qu'il y a eu erreur sur la personne, etc. Le rétablissement du divorce a donc, depuis 1884, enlevé beaucoup de leur intérêt aux ques-

tions de nullité de mariage, au moins en ce qui concerne la Jurisprudence civile[1]. Nous verrons que, dans bien des cas où jadis on plaidait la nullité, on recourt aujourd'hui au procédé plus simple d'une demande de divorce. Toutefois, on peut remarquer que les choses n'ont pas été de même dans le domaine de la Jurisprudence ecclésiastique et que même un phénomène inverse s'y est produit. La restauration du divorce a certainement augmenté le nombre des procès en nullité de mariage. Ces procès sont intentés par des époux catholiques ayant divorcé et néanmoins désireux, en vertu de considérations religieuses ou, parfois, simplement mondaines, de se mettre en règle avec les lois canoniques. Leur calcul est secondé par le nombre relativement élevé de cas de nullité de mariage qui continue à subsister dans l'arsenal du Droit ecclésiastique.

3° C'était un principe universellement admis dans notre ancien Droit qu'en matière de mariage il n'y *a pas de nullité sans un texte* qui la prononçât formellement. Ainsi, il ne suffisait pas qu'il y eût eu violation d'une règle légale relative à la formation du mariage pour qu'il en découlât le droit d'en demander la nullité pour les intéressés, la faculté de prononcer cette nullité pour les juges (V. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 75-76). Il y avait là, à raison sans doute de la gravité exceptionnelle de la nullité d'un mariage, une conception toute spéciale et dérogeant aux principes généraux admis, on l'a vu, en matière d'actes juridiques ordinaires, ceux-ci devant être considérés comme virtuellement atteints de nullité du moment que leur conclusion a donné lieu à la violation d'une règle impérative posée par la loi. Cette conception de notre ancien Droit a-t-elle passé dans notre Droit moderne ? Il ne manque pas, étant donné surtout le caractère tout traditionnel de cette matière, d'arguments sérieux en faveur de l'affirmative, et on trouve même, dans notre Jurisprudence, des décisions qui paraissent se rattacher plus ou moins nettement à cette formule : *Pas de nullité sans texte en matière de mariage* (Req., 12 novembre 1844, D. P. 1845. 1.99 ; S. 1845. 1.246 ; Paris, 3 mars 1897, D. P. 1897. 2.439 ; S. 1897. 2.102). Pourtant, il est impossible de ne pas constater que cette règle n'est consacrée par aucune disposition de notre Droit. Et il nous paraît d'autant plus difficile d'en admettre la survivance de nos jours que les articles, cependant nombreux et explicites (art. 180 à 202), consacrés par le Code civil à l'énumération et au mécanisme des nullités de mariage, omettent de mentionner certains cas où l'ancien Droit admettait jadis formellement qu'il y avait existence d'un empêchement dirimant et où il est, aujourd'hui, de toute impossibilité, nonobstant le silence du Code, de considérer le mariage comme inattaquable. Nous pouvons citer deux hypothèses de ce genre : celle d'absence totale de consentement chez un conjoint, et celle de non-célébration devant l'officier de l'état civil. Il est clair, malgré le silence de la loi, qu'un mariage affecté de l'un de ces deux vices ne peut être valable. Reste à savoir — c'est un point sur lequel nous reviendrons — s'il doit être considéré comme nul d'une nullité simplement virtuelle, ou si son inefficacité ne doit pas être

1. Le nombre des procès en nullité de mariage n'a été que de 30 en 1900, de 31 en 1905.

rattachée à une autre catégorie juridique que celle des *actes nuls*, à savoir celle des *actes inexistants ?*

Quoi qu'il en soit, les nullités de mariage prononcées par le Code civil sont au nombre de six.

Deux de ces nullités sont *relatives*, à savoir celles qui résultent: 1° d'un vice du consentement de l'un des époux ; 2° du défaut de consentement complémentaire des parents lorsqu'il est requis.

Les quatre autres, étant fondées, non pas comme les précédentes, sur la protection de la volonté des contractants, mais sur des raisons qui touchent à l'ordre public, sont des nullités *absolues*. Elles tiennent : 1° à l'impuberté ; 2° à la bigamie ; 3° à l'inceste ; 4° à la violation des formes extérieures du mariage dans ce qu'elles ont d'essentiel, à savoir la publicité et la compétence de l'officier de l'état civil.

Notons aussitôt que les dispositions du Code civil, afférentes à ces diverses nullités, font ressortir des dérogations très nombreuses et très importantes aux principes généraux concernant la nullité des actes juridiques. Cela tient à deux raisons. C'est, d'abord, le développement indépendant et autonome qu'a pris la théorie des nullités du mariage à cause de la compétence spéciale qui appartenait ici aux tribunaux ecclésiastiques, c'est-à-dire à des juridictions différentes de celles qui statuaient sur les contrats ordinaires. C'est, ensuite, la gravité exceptionnelle que présente l'annulation du mariage. Déclarer que deux personnes, vivant comme mari et femme, n'ont pas été mariés en réalité, que, dès lors, leurs enfants sont des bâtards... est évidemment plus fâcheux que d'annuler une vente ou une location !

Nous étudierons successivement :

I. Les nullités relatives ;

II. Les nullités absolues ;

III. La question de savoir s'il n'y a pas des nullités (ou des cas d'inexistence) distinctes des nullités prévues par la loi ;

IV. L'effet des nullités de mariage et le tempérament apporté à cet effet par la théorie du *mariage putatif*.

I. — **Première nullité relative : Vices du consentement.** — On sait que, de droit commun, les trois vices du consentement qui peuvent entraîner l'annulation d'un contrat sont l'erreur, la violence et le dol (art. 1109). En matière de mariage, il résulte de l'article 180 que le mariage peut être attaqué soit parce que l'un des époux ou tous les deux n'ont pas émis un consentement libre — et, par conséquent, ont subi une *violence*, soit parce qu'il y a eu *erreur*. On remarquera donc aussitôt que, des trois vices du consentement, le texte en omet un, le *dol*. Ce silence est intentionnel. Une tradition séculaire met obstacle à ce qu'un époux puisse attaquer le mariage qu'il a contracté en alléguant que son consentement a été surpris par les artifices, les manœuvres frauduleuses de son conjoint. C'est ce que Loysel exprimait par un adage d'un cynisme lapidaire : « *En mariage, il trompe qui peut* » (*Institutes Coutumières,* liv. II, tit. III, n° 3). Sans aller

aussi loin, ce que l'on peut dire pour justifier le législateur, c'est qu'il serait excessif d'ouvrir, en cette matière, une action pour dol à laquelle on pourrait recourir pour toute espèce de tromperie ou de dissimulation prétendue dans les pourparlers du mariage, relativement à la situation sociale, à la fortune, aux antécédents, à l'état de santé, etc. Le législateur, bon psychologue, a considéré que trop de personnes regrettent de s'être mariées pour qu'une telle action ne soit pas dangereuse. Le souci de la sécurité des familles devait la faire écarter.

Les deux seuls vices du consentement qui peuvent servir de base à une action en nullité sont donc la violence et l'erreur.

Violence. — Il y a peu de chose à dire sur cette hypothèse, et il suffit de renvoyer aux règles du Droit commun. Ainsi, la seule violence dont il y ait à tenir compte est celle qui est de nature à faire impression sur une personne raisonnable ; il faut cependant avoir égard, pour apprécier ce degré de gravité nécessaire, à l'âge et à la condition de la personne (art. 1112). De même, la seule crainte révérentielle envers les parents ou les ascendants ne peut être alléguée comme constituant une contrainte ayant vicié le consentement (art. 1114). Il n'y a pas lieu d'insister sur ces divers points, la liberté des époux étant assez sauvegardée par les règles de forme établies pour la célébration des mariages. Contentons-nous de signaler que le Code n'a pas conservé, en cette matière, une solution de l'ancien Droit qui consistait à assimiler à un fait de violence le *rapt*, même le simple *rapt de séduction*, c'est-à-dire l'emploi de « mauvaises voies, de mauvais artifices » (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 227, 228). C'était là, nous l'avons déjà constaté, un moyen d'arriver à annuler le mariage contracté en dépit de la volonté des parents. Aujourd'hui, le rapt ou la séduction ne pourraient entraîner la nullité que s'il y avait eu emploi de la violence pour arracher le consentement de l'épouse enlevée, ou s'il s'agissait d'une mineure et s'il n'y avait pas eu de consentement des parents (V. cependant Agen., 14 juin 1890, D. P. 1891.2.153 ; S. 1893.2.4).

Erreur. — Il ne peut évidemment s'agir ici que *d'erreur sur la personne.* C'est en effet celle que prévoit l'article 180, 2e alinéa. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par là. Pothier, que les rédacteurs du Code ont pris pour guide ordinaire dans toutes ces matières, apportait ici une conception d'une étroitesse excessive. Pour lui, la seule erreur que l'on pût alléguer en matière de mariage était celle qui portait sur l'*identité physique* de la personne. « Par exemple, si me proposant d'épouser Marie et croyant contracter avec Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne qui se fait passer pour Marie » (Pothier, *op. cit.*, nos 308 à 310). Il est trop évident que ce cas ne peut plus se présenter de nos jours, puisque le mariage par procuration n'est plus admis et puisque les femmes (à l'exception de nos sujettes musulmanes) ne se marient pas le visage dissimulé sous un voile. De plus, on a souvent fait remarquer que si, par un hasard exceptionnel, il pouvait se produire de nos jours une substitution de personnes analogue à celle de Lia et de Rachel dans la Bible, il n'y aurait pas en réalité *vice*, mais bien *absence totale* du consentement, puisque, comme le dit Pothier lui-

même, le « concours des volontés des deux parties ne se trouverait pas dans cette espèce : car si Jeanne a voulu m'épouser, je n'ai pas de même voulu épouser Jeanne ». Notre jurisprudence admet donc, suivant en cela la tradition des tribunaux ecclésiastiques, qu'il peut y avoir erreur sur la personne, lorsqu'on s'est trompé sur la *qualité essentielle* de la personne. Seulement, quelle est cette qualité essentielle ? Il ne peut s'agir, répondent nos tribunaux, que de l'état de famille de l'individu, ou, comme on dit aussi, de son *identité civile*. Par exemple, l'un des conjoints s'est attribué un faux nom, un faux état civil pour faire croire à l'autre qu'il appartenait à une famille à laquelle il est, en réalité, étranger. Mais toute autre erreur, portant, par exemple, sur l'intégrité physique, morale ou même judiciaire de l'individu n'est pas considérée comme une erreur sur la personne, aux termes de l'article 180. C'est ainsi que le célèbre arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation, en date du 24 avril 1862 (D. P. 1862.1.153 ; S. 1862.1.341), s'est refusé à annuler un mariage contracté par une fille avec un forçat libéré. De même, il n'y a pas erreur sur la personne, de la part d'une jeune fille qui épouse un prêtre ou un moine engagé dans les ordres religieux lequel avait dissimulé son état, non plus que de la part de l'épouse unie à un individu impuissant ou impropre à la procréation des enfants (Civ., 15 janvier 1872, D. P. 1872.1.52). L'erreur sur la nationalité n'est pas plus essentielle. (V. cep. Trib. civ. Seine, 4 avril 1918, S. 1920.2. 129, note de M. H. Rousseau). Toutes ces solutions, il faut le reconnaître, sont exagérément étroites. Elles font contraste avec la règle, péchant peut-être par un excès contraire, du Code civil allemand, dont l'article 1333 permet d'annuler tout mariage en cas d'erreur portant sur des qualités personnelles d'un époux, « telles que l'autre conjoint n'aurait pas contracté, s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de l'essence du mariage » (cf. Turin, 21 juillet 1883, S. 86.4.1, note de M. Chavegrin). La preuve que notre jurisprudence française obéit, sur ce point, à une conception fâcheuse de l'erreur sur la personne, c'est qu'elle a dû recourir à des expédients, d'ailleurs fort critiquables pour corriger l'injustice et la cruauté des solutions auxquelles elle aboutissait. C'est ainsi qu'à défaut de nullité du mariage, elle permet à la partie déçue de demander la séparation de corps et, depuis 1884, le divorce, lorsque l'erreur commise sur telle ou telle qualité importante de la personne, nationalité, santé, religion, conduite antérieure, etc..., a été causée par des manœuvres de l'autre conjoint, cette dissimulation dolosive constituant une injure grave.

Conséquences du caractère relatif de la nullité. — On sait que, de droit commun, une nullité relative ne peut être invoquée que par la personne au profit et pour la protection de laquelle la loi l'a prononcée, que, de plus, elle est susceptible de se couvrir par une ratification ultérieure de l'acte annulable ou par la prescription. Nous allons retrouver ici l'application de ces règles générales, mais avec certaines particularités.

Et, tout d'abord, la nullité *ne peut être demandée que par l'époux* qui a été victime de la violence ou de l'erreur (art. 180). Ce qu'il y a de spécial à relever ici, c'est qu'en général les actions en nullité, même relative, peuvent être exercées non seulement par celui à qui elles appartiennent en propre, mais, sous certaines conditions, par ses créanciers (art. 1166) et, après sa mort, par ses héritiers : or l'action en nullité du mariage pour violence ou erreur sur la personne, au contraire, n'est pas à la disposition des créanciers ni des héritiers de l'époux trompé ou violenté. C'est une de ces actions strictement attachées à la personne qui, aux termes de l'article 1166 *in fine*, échappent à la main-mise des créanciers. On comprend que la rupture de l'union conjugale ne peut résulter d'une initiative autre que celle de l'époux à qui la loi accorde, dans une pensée de protection de sa libre personnalité, le droit de demander l'annulation.

En second lieu, la nullité de l'article 180 peut, conformément aux conceptions générales en matière de nullité relative, se couvrir par une *confirmation* ultérieure de l'acte annulable. L'article 181 fait résulter cette confirmation d'une *cohabitation continuée entre les époux* « *pendant six mois* depuis que l'époux a recouvré sa pleine liberté ou que l'erreur a été reconnue ». L'attitude prise par l'attributaire de l'action en nullité depuis qu'il est en mesure de l'utiliser librement, prouve, en effet, son intention d'y renoncer et de ratifier le mariage. Cette disposition donne lieu à deux questions controversées entre les auteurs.

1° La confirmation du mariage annulable prévue par l'article 181 est une confirmation *tacite*. Or, de droit commun, un acte annulable peut être aussi l'objet d'une confirmation *expresse* (art. 1338). En sera-t-il de même ici ? L'époux qui pourrait, pendant six mois, demander la nullité, pourra-t-il, devançant ce délai, consolider immédiatement le mariage et rassurer le conjoint avec lequel il entend continuer la vie conjugale, par une renonciation formelle et explicite à son action en nullité ? La question a un faible intérêt pratique, étant donné la brièveté de la période d'incertitude résultant de l'article 181. Nous ne voyons pas d'ailleurs de bonnes raisons pour dénier ici la possibilité d'une confirmation expresse.

2° Supposons que l'époux, une fois que la violence ou l'erreur a pris fin, n'intente pas l'action en nullité mais cesse de cohabiter avec son conjoint. Pendant combien de temps pourra-t-il dorénavant exercer l'action en nullité ? Si l'on admet — solution à notre avis difficilement contestable, — que cette action est prescriptible, il semble que le silence du Code suffise à commander l'application des principes généraux ; or l'article 1304 du Code civil établit, lorsqu'il s'agit des actions en nullité des conventions, la prescription abrégée de dix ans. L'opinion générale des auteurs est cependant qu'il faut ici écarter la prescription de l'article 1304. En effet, cette prescription repose sur la présomption d'une confirmation tacite, qui résulterait du silence gardé pendant dix années consécutives par le contractant. Or peut-on attribuer la même signification à l'attitude de l'époux qui, en suspendant la cohabitation, semble au contraire protester contre le mariage qui lui a été imposé ? On admet donc que la prescription appli-

cable sera celle de *trente ans* (art. 2262), qui repose non sur une idée de confirmation tacite, mais sur des considérations d'intérêt social décisives en notre matière comme en toute autre.

Deuxième nullité relative : Défaut d'autorisation des parents. — Il y a, comme précédemment, plusieurs questions à résoudre à propos de cette nullité, prononcée par l'article 182 contre le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille dans le cas où ce consentement était nécessaire, c'est-à-dire où l'enfant s'est marié étant encore en minorité.

1° *Qui peut invoquer la nullité ?* Ce sont, répond l'article 182, d'abord l'*enfant lui-même* qui avait besoin d'autorisation et, en second lieu, « *ceux dont le consentement était requis* ».

On comprend aisément pourquoi le Code civil, à la différence d'ailleurs de l'ancien Droit, accorde le droit de demander la nullité à l'enfant lui-même, qui a passé outre à l'opposition de sa famille pour se marier. C'est que la nécessité d'une autorisation familiale se justifie, avant tout, par l'intérêt même du mineur dont on présume que la volonté, pour être entièrement libre et lucide, a besoin de s'appuyer sur l'assentiment de ses protecteurs légaux, dès lors, il est équitable qu'il puisse lui-même réparer la folie qu'il avait commise, et invoquer la nullité ouverte, en définitive, dans son intérêt beaucoup plus que dans celui de ses parents.

La formule « ceux dont le consentement était requis » désigne, suivant les cas, le père ou la mère, les ascendants, le conseil de famille. Dans le cas où c'est le conseil de famille qui peut demander la nullité, l'action sera évidemment dirigée par le tuteur, ou, en cas de refus de celui-ci, par tel membre du conseil de famille auquel cette assemblée aura donné mandat à cet effet. Comment les choses se passeraient-elles s'il s'agissait du mariage d'un enfant naturel, dont le conseil de famille n'est autre, on s'en souvient, que le tribunal civil ? Ne devrait-on pas admettre que, dans ce cas, il appartiendrait au ministère public d'exercer l'action en nullité après s'y être fait autoriser par le tribunal ? C'est un point d'interrogation que nous posons ici, car depuis la loi du 2 juillet 1907, la Jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur cette difficulté.

Enfin, depuis la loi du 17 juillet 1927, qui a décidé que le dissentiment des père et mère, aïeul et aïeule, vaut consentement, il faudra admettre que chacun des père et mère, aïeul ou aïeule, peut intenter l'action en nullité, alors même que l'autre ne s'y joindrait pas. Cette solution résulte de l'art. 182, qui donne le droit d'attaquer le mariage à ceux dont le consentement était requis. Et, de même, il n'est pas besoin que les aïeuls des deux lignes se mettent d'accord pour demander l'annulation.

Mais il ne faut pas oublier que si l'un des père et mère ou aïeuls, ou l'une des deux lignes, a consenti, le mariage est valable, quand même l'époux n'aurait pas requis, comme il le devait, le consentement de

l'autre, ou bien, au contraire, ne faut-il pas que les deux lignes se mettent d'accord?

A notre avis, il convient d'interpréter la formule de l'article 182 dans son sens le plus étroit et par conséquent de réserver, dans les trois hypothèses que nous avons examinées, le droit de demander la nullité du mariage au père seul, à l'aïeul seul ou à l'accord des deux lignes d'ascendants. Du moment que l'autorité, dont l'assentiment au mariage aurait dû normalement jouer un rôle décisif, ne prend pas l'initiative de demander la nullité, comment permettre à une autre autorité d'agir à sa place et d'anéantir après coup un mariage qu'elle n'aurait pas eu, à elle seule, le pouvoir d'empêcher?

Comme conséquence de ce que nous venons de décider, nous estimons, contrairement à l'opinion générale des auteurs, que lorsque le père ou l'aïeul sont morts sans avoir intenté l'action en nullité, celle-ci ne passe pas à la mère ou à l'aïeule. De même, une seule ligne d'ascendants n'aurait pas le droit d'exercer l'action si, au moment du mariage, il avait existé quelque représentant de l'autre ligne qui serait décédé depuis sans s'être associé à une demande de nullité. Les raisons que nous venons d'exposer nous paraissent dicter impérieusement cette seconde solution, qui se recommande d'ailleurs de la faveur due à la stabilité du mariage.

2° *Dans quel délai l'action en nullité doit-elle être intentée?* — La loi, ne voulant pas que le sort du mariage reste trop longtemps incertain, admet que la confirmation du mariage résulte d'un temps d'inaction assez bref de la part des intéressés (art. 183.)

A. — Les ascendants, le conseil de famille doivent intenter l'action en nullité *dans le délai d'un an* à partir du moment où ils ont eu connaissance du mariage.

B. — L'époux lui-même ne peut plus l'intenter *quand il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part*, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, c'est-à dire depuis qu'il est devenu majeur. On remarquera que l'article 183, à la différence de l'article 181, ne subordonne pas ici la ratification du mariage à la condition d'une cohabitation entre les époux.

3° *Autres cas de confirmation du mariage annulable.* — A côté de ces hypothèses de confirmation tacite, résultant du laps du temps, l'article 183 décide que les père et mère, les ascendants ou le conseil de famille peuvent, même avant l'expiration du délai d'un an, renoncer à l'action en nullité et, par là, ratifier le mariage soit par une approbation (ou confirmation) expresse du mariage de l'enfant, soit par tout autre procédé de confirmation tacite. Nombreux sont les faits qu'on peut relever comme impliquant de la part des parents cette renonciation à leur action en nullité. Par exemple, ils auront reçu le jeune ménage ou l'auront visité, ou encore ils auront accepté le parrainage d'un enfant.

Notons ici une particularité remarquable. En général, lorsque plusieurs personnes possèdent concurremment une action, fût-ce une action en nullité, la renonciation de l'une ne peut porter atteinte au droit des autres.

Il en est autrement en notre matière. En effet, l'article 183 nous dit que, lorsque les parents ont ratifié le mariage conclu sans leur consentement, l'action en nullité ne peut plus être intentée *même par les époux*.

On s'est demandé si, de son côté, l'époux une fois devenu majeur ne pourrait pas, sans attendre l'expiration du délai d'un an, renoncer lui aussi, en ce qui le concerne, soit tacitement, soit expressément, à l'action en nullité. Il semble que le texte de l'article 183 est assez explicite pour que la solution ne soit guère douteuse. Le Code, en effet, a prévu minutieusement tous les divers modes de confirmation admissibles de la part des parents de l'enfant. De la part de l'enfant lui-même, il n'en prévoit qu'un seul, celui qui résulte du délai d'un an qu'il aura laissé écouler, sans agir, depuis sa majorité. Le silence de la loi à l'égard des autres modes de confirmation possibles suffit à les exclure. Il y a, d'ailleurs, de bonnes raisons pour justifier le système du Code. L'acte par lequel un enfant, à peine devenu majeur, s'empresserait de ratifier le mariage qu'il a contracté sans l'aveu de sa famille et auquel, aujourd'hui, *les parents, après réflexion, continuent encore de refuser leur approbation,* serait un acte fort suspect. Il y aurait de grandes chances pour qu'il fût l'œuvre des mêmes séductions qui ont entraîné l'enfant à une union inconsidérée. La loi veut que l'enfant, marié dans de telles conditions, ait toujours, une fois majeur, un délai d'un an pour réfléchir et prendre parti. Il n'y a que l'approbation donnée au mariage par ses parents qui puisse lui enlever le droit de demander la nullité avant la fin de l'année.

II. — Les quatre nullités absolues de mariage : Impuberté. Bigamie. Inceste. Défaut de publicité ou incompétence. — D'après l'article 184, il y aurait trois hypothèses de nullité absolue du mariage : 1° L'impuberté d'un époux ; 2° la bigamie, c'est-à-dire l'existence d'un précédent mariage non dissous (art. 189) ; 3° l'inceste, c'est-à-dire l'existence entre les époux d'un lien de parenté ou d'alliance d'où résulte une prohibition de mariage et cela quand bien même il s'agirait d'un empêchement de nature à être levé par une dispense, car la loi ne distingue pas. Il en est ainsi du moins quand il s'agit de la parenté légitime ou illégitime ; car on admet que l'empêchement résultant de la *parenté adoptive* n'est pas dirimant et n'entraîne pas la nullité du mariage, la loi n'ayant pas expressément prononcé cette sanction.

L'énumération de l'article 184 n'est pas complète. Il ressort de l'article 191 qu'il y a un quatrième cas de nullité, celle qui résulte du *défaut de publicité* ou de l'*incompétence* de l'officier de l'état civil. Cette dernière cause de nullité, correspondant à ce qu'on peut appeler le *vice de forme* en matière de mariage, nécessite des explications particulières.

En général, lorsqu'un acte juridique est assujetti, pour sa formation, à certaines règles de *forme extérieure*, la violation de l'une quelconque de ces règles doit entraîner la nullité de l'acte irrégulier. C'est même cette solution qui constitue la caractéristique de la catégorie des actes dits *solennels*.

Qu'une donation, par exemple, ne soit pas accompagnée de la présence des témoins requis, que son acceptation n'ait pas eu lieu, comme l'acte de donation lui-même, devant un notaire, la donation sera nulle d'une nullité radicale. On remarquera qu'il en est ici différemment. La loi n'attache pas la sanction de la nullité — si grave en matière de mariage — à l'inobservation de toutes les conditions de forme de cet acte, mais seulement aux deux sortes d'irrégularités signalées par l'article 191. Encore établit-elle en ce qui concerne la sanction de ces irrégularités un système tout à fait particulier.

A. — La *publicité* du mariage est assurée, nous l'avons vu, par tout un faisceau de dispositions convergentes, se référant au domicile des époux, aux publications, à la célébration dans la maison commune, à l'admission libre du public, à la présence de témoins, etc... La dérogation à l'une quelconque de ces prescriptions entraînera-t-elle forcément la nullité du mariage ? Non. Les juges auront, en cette matière, un pouvoir d'appréciation. C'est ce qui résulte des termes de l'article 193 *in fine*, prononçant certaines pénalités contre les infractions aux règles relatives à la célébration du mariage, « *lors même*, ajoute-t-il, *que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage* ». Le tribunal, saisi d'une demande d'annulation du mariage fondée sur le défaut de publicité devra donc se demander et aura à décider si l'irrégularité relevée, par exemple, l'absence des publications requises ou la célébration en dehors de la maison commune, est, en soi, ou en l'espèce, assez importante pour avoir entraîné la clandestinité du mariage. Il pourra prononcer la nullité, par exemple, s'il y a eu, au mépris de l'article 170, défaut de publication d'un mariage contracté à l'étranger, et cela en vue de se soustraire à l'éventualité d'une opposition. Mais il pourra aussi, estimant que le mariage a été, malgré l'absence de la formalité prescrite, célébré dans des conditions qui lui assuraient une publicité encore suffisante, se refuser à prononcer la nullité. Dans les deux cas, sa décision échappera même au contrôle de la Cour de cassation, car elle aura constitué, de sa part, une appréciation souveraine des faits de la cause (Req., 5 juillet 1905 et 3 janvier 1906, D. P. 1905. 1.471 et 1906. 1.207 ; S. 1906. 1.141 et 142. Cf. Amiens, 26 juin 1902, S. 1904. 2.34).

B. — L'*incompétence* de l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage est aussi une cause de nullité, qu'elle se soit produite (*ratione personæ*) parce que l'officier de l'état civil qui a procédé n'était pas celui du domicile des époux ou de l'un d'eux, ou (*ratione loci*) parce que l'officier de l'état-civil compétent personnellement s'était transporté hors de la commune où il exerçait ses fonctions. Il n'y a pas lieu, comme on l'a soutenu à tort, de distinguer entre ces deux catégories d'incompétence, dont la deuxième est d'ailleurs bien difficile à prévoir dans la pratique.

On discute la question de savoir si l'incompétence de l'officier de l'état civil constitue un vice propre ou une variété du vice de clandestinité. Il est certain, d'une part, que nos anciens auteurs voyaient deux causes de nullité indépendantes dans l'incompétence du ministre du culte et le défaut de

publicité (Pothier, *op. cit.*, n° 354). Mais, d'un autre côté, il est indéniable que l'importance attachée par le législateur à l'intervention de l'officier de l'état civil du domicile d'une des parties s'explique par des considérations absolument identiques à celles qui ont fait exiger la publicité des mariages, à savoir que les époux doivent être contraints de se marier dans une commune où ils sont connus. De plus, l'article 191 établit un rapprochement significatif entre les deux genres d'irrégularité. C'est pourquoi, certains arrêts accordent au juge, lorsque la nullité est demandée devant lui, à raison de l'intervention d'un officier incompétent, le même pouvoir d'appréciation que lorsqu'il s'agit du défaut de publicité. La nullité du mariage ne devra donc pas être prononcée *de plano*, par cela seul qu'il aura été célébré par un officier de l'état civil autre que celui du domicile des deux époux. Le juge aura à se demander si cette irrégularité a eu un caractère frauduleux, et c'est dans ce dernier cas seulement qu'il devra prononcer l'annulation (Paris, 5 janvier 1852, D. P. 1852. 2.173 ; S. 1852. 2.14). On comprend mal, au premier abord, cette solution. Il ne semble pas que l'incompétence soit, comme la clandestinité, un vice susceptible de degrés. L'officier de l'état civil était, dira-t-on, compétent ou il ne l'était pas ; la liberté d'appréciation laissée au tribunal apparaît comme purement arbitraire. Cependant, si l'on examine les espèces à propos desquelles les tribunaux ont eu à se prononcer, on appréciera mieux la sagesse de leur jurisprudence. Ira-t-on, par exemple, annuler un mariage parce qu'il a été célébré par l'officier de l'état civil de la commune où un époux avait seulement vingt-neuf jours de résidence ? Même en cas d'*usurpation de fonctions*, on conçoit qu'il y ait place pour une appréciation du juge et pour une solution bienveillante donnée à un procès en nullité. Ainsi, on verra, en étudiant la matière des actes de l'état civil, que, si la délégation des fonctions d'officier de l'état civil a été donnée à un conseiller municipal, sans qu'on ait observé l'ordre prescrit par la loi pour cette délégation, la nullité des mariages célébrés par ce conseiller municipal ne sera pas une conséquence nécessaire de l'irrégularité commise dans sa délégation (Civ., 7 août 1883, D. P. 1884.1.5 ; S. 1884.1.5).

Quelles personnes peuvent se prévaloir des nullités absolues du mariage ? Membres de la famille des époux. — On sait qu'en principe les nullités absolues peuvent être invoquées, soit qu'on les fasse valoir sous forme d'action, soit qu'on les oppose sous forme d'exception, *par toute personne intéressée*. Nous allons rencontrer ici une application de ce principe, mais avec certaines *distinctions* et *restrictions*, inspirées, comme précédemment, par le souci de la stabilité du mariage et de la gravité des conséquences entraînées par son annulation.

Tout mariage nul d'une nullité absolue peut être attaqué, nous dit l'article 184, « soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ». L'article 191, visant spécialement la nullité pour clandestinité ou incompétence, emploie une formule légèrement différente en nous disant que le mariage peut être attaqué « par les

époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont *un intérêt né et actuel*, ainsi que par le ministère public ». Mais d'autres dispositions introduisent entre ces divers intéressés les distinctions ci-après.

S'agit il des époux, ou des membres de leur famille, il y a deux groupes investis de droits sensiblement différents.

1° Une première série de porsonnes possède le droit d'invoquer la nullité, *dans tous les cas*, aussi bien du vivant des époux qu'après leur décès ou le décès de l'un d'eux, en vertu *d'un simple intérêt moral*, sans avoir même, semble-t-il, à justifier d'un intérêt quelconque, la loi présumant l'existence de cet intérêt. Ce sont :

A. — *Les époux eux-mêmes*, y compris l'époux en faute, par exemple, le bigame. Vainement invoquerait-on, pour repousser l'action de ce dernier, la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Il y a évidemment, même pour l'époux coupable de s'être marié malgré la prohibition de la loi, un intérêt légitime à mettre fin à une situation irrégulière et instable, en faisant cesser une union que la loi frappe de nullité.

B. — *Le premier conjoint* de l'époux bigame (art. 188).

C. — *Les père et mère et les ascendants*. On remarquera que la loi n'établit entre eux aucun ordre et leur donne par conséquent le droit d'agir *concurremment*. C'est un contraste avec la règle suivie lorsqu'il s'agit, pour les ascendants, du droit d'autoriser le mariage et, dans une certaine mesure, de celui d'y faire opposition. Là, le droit des ascendants s'exerce non pas concurremment, mais *graduellement*. Que la solution soit différente lorsqu'il s'agit de faire annuler le mariage nul d'une nullité absolue. cela résulte de ce que la disposition de l'action en nullité est attribuée par la loi à tous les ascendants qui peuvent avoir à l'annulation un intérêt moral. Or c'est le cas pour tous, à titre égal, et quel que soit leur degré.

D. — A défaut d'ascendants, *le conseil de famille*. Cela résulte des termes de l'article 186, qui suppose une action en nullité pour impuberté dirigée par les père et mère, par les ascendants, ou par la *famille*, expression qui ne saurait désigner que le conseil de famille. Mais il semble bien, d'une part, que l'action en nullité (en nullité absolue) n'appartient au conseil de famille que pour le cas d'*impuberté* d'un époux et, d'autre part, qu'elle ne peut être exercée par le conseil que *durant la minorité* de l'époux, car, une fois l'époux devenu majeur, le conseil de famille, organe de la tutelle qui a pris fin avec la minorité, n'a plus d'existence légale.

2° Un second groupe de personnes visées par l'article 187, à savoir les *collatéraux* et les *enfants d'un précédent mariage*, ne possèdent pas, au contraire, le droit d'invoquer la nullité du *vivant des deux époux*, mais seulement *lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel*. Le texte de l'article 187, semble bien, on le voit, subordonner l'action des collatéraux et des enfants du premier lit à une double condition, la dissolution du mariage prétendu nul par le décès de l'un des époux, et l'existence d'un intérêt né et actuel ; il révèle assez clairement la pensée du législateur. En principe, notre Code refuse aux collatéraux ou aux enfants du premier lit le

droit d'invoquer la nullité du mariage de leur collatéral ou de leur auteur pour un intérêt autre qu'un *intérêt pécuniaire*. C'est là le sens des mots : *intérêt né et actuel*. En cela, ils diffèrent des ascendants que la loi considère, au contraire, comme investis d'une sorte de magistrature domestique leur donnant le droit de veiller à l'honneur du nom, d'où la faculté qu'ils possèdent d'invoquer un simple intérêt moral. Et, d'autre part, le seul intérêt pécuniaire dont le législateur ait prévu l'éventualité pour les collatéraux et les enfants du premier lit, c'est un intérêt de succession ; c'est pour cela qu'ils ne sont appelés à invoquer la nullité qu'après le décès de l'époux, leur collatéral ou leur auteur, afin d'écarter de sa succession le pseudo-conjoint ou les enfants soi-disant légitimes, qui leur disputeraient la succession en s'appuyant sur le mariage dont la validité est contestable.

Il est aisé de se rendre compte que la double règle, ainsi posée par l'article 187, est arbitraire, et qu'elle se trouve fréquemment en contradiction avec la réalité. D'une part, pourquoi subordonner l'action des collatéraux ou, à plus forte raison, des enfants du premier lit, à l'existence d'un intérêt pécuniaire ? Est-ce qu'il n'y a pas telle hypothèse où on concevrait qu'ils pussent faire valoir un intérêt moral absolument digne d'être pris en considération, par exemple, afin de faire annuler un mariage incestueux ? Et, d'un autre côté, il n'est pas vrai qu'il faille attendre la mort de l'époux pour que les enfants de son premier lit ou pour que ses collatéraux aient un intérêt pécuniaire à la nullité du mariage. Pour ne citer qu'un exemple, supposons qu'il y ait plusieurs enfants du premier lit. L'un d'eux vient à décéder du vivant de son père ou de sa mère remarié. Les frères et sœurs du premier lit auront, dès maintenant, un intérêt pécuniaire ou, comme dit la loi, né et actuel, à faire valoir la nullité du second mariage : ce sera celui d'écarter les enfants qui en seraient nés, du partage de la succession laissée par l'enfant défunt.

En conséquence, la Jurisprudence a apporté, dans l'application de l'article 187, des tempéraments notables à la rigueur des règles dont nous venons de faire la critique. Ces tempéraments sont au nombre de deux.

A. — Il paraît admis que les mots *du vivant des deux époux* ont, dans l'article 187, un sens énonciatif et non restrictif, en d'autres termes, que la loi a envisagé le cas du décès de l'époux, parce que c'est habituellement ce décès qui donne naissance à l'intérêt pécuniaire qu'elle prend en considération, mais qu'elle n'a pas entendu exclure l'action en nullité lorsqu'elle se fonde sur un intérêt né et actuel qui, exceptionnellement, se rencontrerait du vivant des deux époux. L'action en nullité sera donc recevable dans ce cas. On trouve du moins des décisions de Cours d'appel en ce sens, lorsqu'il s'agit de collatéraux (V. not. Rouen, 6 avril 1887, D. P. 1889.2.17 ; S. 1890.1.145, sous cass., et la note de M. Labbé). Mais il n'est pas certain que les tribunaux se prononceraient dans le même sens en cas d'action en nullité à exercer par des enfants du premier lit. Peut-être considéreraient-ils qu'il y a, pour exclure l'action de ceux-ci, du vivant de leur père ou de leur mère, une raison de décence justifiant une solution différente de celle qu'on admet pour l'action des collatéraux.

B. — Les collatéraux n'ont même pas besoin d'invoquer un intérêt né et actuel, mais seulement un intérêt moral et des raisons de famille, lorsqu'ils critiquent la validité d'un mariage en vue de contester la légitimation d'un enfant qui en serait résulté (Civ., 20 avril 1885, D. P. 1886.1.23 ; S. 1886.1.313 ; Orléans, 14 avril 1886, D. P. 1887.2.95 ; S. 1886.2.191). Dans ce cas, en effet, la nullité du mariage n'est pas l'objet direct et principal de la demande, ce qui permet d'écarter l'application de l'article 187.

Droit du ministère public. — Au nombre des *intéressés* qui sont admis à faire valoir la nullité d'un mariage nul d'une nullité absolue, figure, nous l'avons vu, le *ministère public* (art. 184, 190, 191). De celui-ci, la loi dit (art. 190), à l'inverse des collatéraux et des enfants du premier lit, qu'il ne peut agir que *du vivant des époux*. L'intérêt qui pousse le ministère public et justifie son intervention est, en effet, de faire cesser une union scandaleuse pour la morale publique, par exemple, en cas de bigamie ou d'inceste, et, comme dit la loi, « de faire condamner les époux à se séparer ». Il ne faut d'ailleurs pas prendre cette dernière expression à la lettre, car le concubinage, même incestueux, n'étant pas défendu par la loi, les pseudo-époux dont le mariage aura été annulé pourront continuer à vivre ensemble. Ce que la loi a voulu dire, c'est que les conjoints dont l'union faisait scandale, une fois séparés par la mort de l'un d'eux, le ministère public n'a plus de raison d'agir pour faire prononcer la nullité.

L'intervention du ministère public est-elle facultative ? On a voulu tirer, à cet égard, de la comparaison des termes employés par les articles 190 et 191 la distinction suivante. Parlant du mariage affecté du vice de clandestinité ou d'incompétence, l'article 191 porte qu'il *peut* être attaqué par le ministère public. L'action de celui-ci serait donc en ce cas facultative. Parlant des autres causes de nullité absolue, au contraire, l'article 190 nous dit que le ministère public *peut et doit* agir *du vivant des époux*. Son intervention serait alors obligatoire. Et l'on ajoute que cette distinction se comprend à merveille, parce que l'atteinte qui résulte, pour l'ordre public, d'une irrégularité dans la forme du mariage, est loin d'offenser aussi gravement l'ordre public qu'un mariage entaché d'impuberté, de bigamie ou d'inceste. Cependant, quand on y réfléchit, on s'aperçoit qu'il y aurait excès à toujours contraindre le ministère public à l'action dans les trois hypothèses visées par l'article 190. Le ministère public devra-t-il, par exemple, faire valoir l'impuberté de l'un des époux, alors que le conjoint qui s'est marié prématurément va atteindre dans quelques jours l'âge de la puberté? Ira-t-il invoquer la bigamie, alors que le premier conjoint du bigame est décédé depuis la seconde union de celui-ci ? Non, évidemment. Et il vaut mieux considérer que l'action du ministère public est facultative dans tous les cas et ne doit se produire, ainsi que le disait déjà Portalis dans son *Exposé des motifs*, que « quand le vice du mariage est notoire... car il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur ou ancien qu'il n'y en a dans le délit lui-même » (Cf. Pothier. *op. cit.*, n° 451). Les expressions *peut et doit* em-

ployées dans l'article 190 se réfèrent aux mots « du vivant des époux » et signifient que, si le ministère public juge à propos d'agir, il doit, pour le faire, ne pas attendre le décès de l'un des époux.

Quid **des autres intéressés ?** — L'énumération donnée par les articles 184 et 191 des personnes intéressées à la nullité du mariage et, par là, autorisées à la faire prononcer par la justice, est-elle limitative ? Ou, au contraire, ne devrait-on pas, conformément aux principes généraux en matière de nullité absolue, considérer comme recevable la demande de tout individu qui ferait la démonstration de l'intérêt qu'il aurait à la nullité du mariage ? La question peut se poser à propos de plusieurs catégories de personnes, et les réponses de la Jurisprudence ne sont pas toujours d'une parfaite cohérence.

1° Les *créanciers* de l'un des époux ou, plus généralement, les ayants cause autres que les héritiers, peuvent avoir intérêt à la nullité du mariage. Ce seront, par exemple, les créanciers d'une femme soi-disant mariée qui invoquerait le défaut d'autorisation de son prétendu mari pour se refuser à exécuter l'obligation qu'elle aurait souscrite à leur égard, ou bien encore les créanciers hypothécaires ou les tiers acquéreurs auxquels on opposerait l'hypothèque légale appartenant à la prétendue femme de leur débiteur. On peut encore supposer que le légataire universel d'un individu est en butte à une action en réduction de son legs exercée contre lui par des enfants se prétendant issus du mariage du *de cujus* et, comme tels, héritiers réservataires. Dans tous ces cas, le succès de la prétention opposée aux ayants cause du pseudo-époux est subordonné à la validité du mariage de celui-ci. Il y aurait donc grand intérêt pour les ayants cause à faire prononcer la nullité. La Jurisprudence est ici favorable aux intéressés (Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.317 ; S. 1902.1.225, et la note de M. Wahl). Elle considère que l'article 187, en visant spécialement les collatéraux et les enfants du premier lit, n'a pas entendu exclure les autres personnes susceptibles d'avoir à la nullité un intérêt pécuniaire légitime.

2° L'enfant des époux, non pas l'enfant d'un premier lit visé par l'art. 187, mais l'*enfant du mariage actuel*, peut avoir intérêt à contester la validité d'une précédente union. Le cas s'est produit pour un enfant né avant le mariage et auquel le mariage de ses parents, *accompagné de sa reconnaissance dans l'acte de célébration*, avait, conformément à l'article 331, conféré le bienfait de la légitimation. Des collatéraux contestèrent cette légitimation en démontrant que les époux, avant de se marier en France, s'étaient déjà mariés à l'étranger, mais sans avoir reconnu alors leur enfant. D'une part, le premier mariage n'avait donc pu entraîner la légitimation puisqu'il n'avait pas été précédé ou accompagné d'une reconnaissance ; et, d'autre part, le second mariage n'avait pu produire cet effet puisqu'il n'avait eu qu'une existence apparente. Le moyen de défense employé par l'enfant dont la légitimation était contestée fut de critiquer la validité du mariage contracté à l'étranger. Et il a été jugé que cette prétention était recevable (Civ., 15 juin 1887, D. P. 1888.1.412 ; S. 1890.1.446).

3° Le *conjoint divorcé* enfin peut avoir un intérêt au moins pécuniaire à faire prononcer la nullité du mariage ultérieur de son ex-conjoint. Il en est ainsi si le conjoint divorcé est créancier d'aliments, le second mariage pouvant créer au débiteur des charges qui ne lui permettent plus de servir régulièrement la pension à laquelle il avait été condamné. On s'explique mal pourquoi la Cour de cassation a cependant refusé au conjoint divorcé, dans une hypothèse de ce genre, le droit d'exercer l'action en nullité (Req., 14 mai 1892, D. P. 1893, 1.412 ; S. 1892, 1.299).

Exception aux règles précédentes. Hypothèse de l'absence d'un premier conjoint. — Les principes qui viennent d'être exposés reçoivent une exception notable, et *un seul intéressé* est admis à faire valoir la nullité radicale résultant de la bigamie, en cas d'*absence* d'un époux.

L'absence est, comme on le verra plus loin, la situation résultant de ce que l'existence et le décès d'une personne sont également incertains. Il en résulte que le conjoint de l'absent, faute de pouvoir démontrer la dissolution du mariage par le décès de celui-ci, ne peut être admis à contracter un nouveau mariage. Cependant, supposons qu'il l'ait fait. L'article 139 porte alors que « l'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union *sera seul recevable à attaquer ce mariage*, par lui même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence » au moment de l'introduction de l'instance en nullité. Aucun des autres intéressés, ni les époux eux-mêmes, ni le ministère public, ni les ascendants ou collatéraux, ne sera donc recevable dans son action. La raison qui justifie cette dérogation aux principes, c'est que, l'existence de l'absent étant en somme fort douteuse, il n'y a pas scandale dans l'union contractée par l'époux abandonné. On ne saurait permettre aux intéressés d'en contester la validité en se fondant sur des bruits plus ou moins vagues de nature à faire croire à la survie de l'absent.

Il ne faut pas cependant pousser jusqu'à l'absurde la règle fixée par l'article 139. Supposons que l'époux absent reparaisse ou même que son existence arrive à être démontrée d'une manière notoire ; nous ne saurions admettre qu'il conserve seul, en ce cas, le droit d'agir en nullité contre la seconde union, visiblement entachée de bigamie. S'il en était ainsi, il dépendrait de son seul caprice d'anéantir ou de laisser subsister la seconde union, contractée par son conjoint pendant le temps où il avait disparu sans laisser aucune trace de son existence. Une telle situation est inadmissible. Il faut donc décider que tout intéressé recouvrera, alors, la faculté de demander la nullité, notamment le ministère public, à qui il appartiendra, si nul intéressé n'en prend l'iniative, de faire cesser un état de choses dont la prolongation tournerait au scandale. Non moins que le bon sens, le texte même de l'article 139 commande cette solution. Les choses se passant comme nous l'avons supposé, on ne peut plus dire qu'il y a un « époux absent » ; la solution d'exception de l'article 139 n'est donc plus applicable ; on retombe sous l'empire de la règle générale.

Faits confirmatifs du mariage en cas de nullité absolue. — Les nullités absolues, on le sait, offrent cette deuxième différence essentielle avec les nullités relatives qu'elles ne peuvent, en principe, se couvrir par une ratification ou renonciation ultérieure à l'action en nullité, non plus que par le laps de temps. En matière de nullité absolue de mariage, il en est cependant différemment, et la loi, dans l'intérêt de la stabilité des mariages, admet un grand nombre de *faits confirmatifs* ayant pour conséquence la régularisation du mariage nul.

Ces régularisations ou faits confirmatifs peuvent se diviser en deux séries : 1° Les unes produisent *un effet absolu ou général*, c'est-à-dire qu'elles éteignent l'action en nullité de la part de *tous les intéressés* ; 2° Les autres produisent *un effet particulier ou relatif*, c'est-à-dire qu'elles n'excluent l'action en nullité que de la part de certains intéressés seulement.

1° Les régularisations à *effet général* sont les suivantes :

A. — En ce qui concerne la nullité pour *bigamie*, nous venons de voir que l'article 139, en cas de mariage contracté par une personne mariée, *pendant l'absence de son conjoint*, n'accorde l'action en nullité qu'à l'absent lui-même ou à son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. Il en résulte que, *lorsque l'absent vient à décéder*, le mariage ne peut plus être attaqué par personne pour cause de bigamie, fût-il démontré qu'il avait été contracté alors que l'absent vivait encore.

B. — En cas d'*impuberté*, l'article 185 décide que la nullité est couverte et que le mariage ne peut plus être attaqué dans deux cas :

a) Lorsqu'il s'est écoulé *six mois* depuis que l'époux impubère au moment du mariage a atteint l'âge de la puberté. La déclaration de la nullité produirait en effet des résultats inefficaces et un peu ridicules, puisque rien n'empêcherait les époux, dont l'union viendrait d'être brisée, de se remarier aussitôt. Notons que la loi n'exige pas, pour que le mariage devienne inattaquable, qu'il y ait eu cohabitation entre les époux pendant les six mois.

b) Même avant l'échéance du délai de six mois, lorsque c'est *la femme* qui n'avait pas l'âge compétent et lorsqu'elle se trouve *en état de grossesse*. Les faits ont en effet démontré que la jeune femme était suffisamment pubère et qu'une dispense d'âge aurait dû être accordée si on l'avait sollicitée.

2° Les hypothèses de régularisation *à effet relatif* sont au nombre de trois :

A. — A propos de *tous les cas de nullité absolue*, nous avons déjà vu que le *ministère public* perd le droit de demander la nullité, si l'un des époux ou si tous les deux viennent *à mourir* avant qu'il ait agi. Cela résulte de l'article 190 qui fait au ministère public une obligation d'intenter sa demande « du vivant des deux époux ».

B. — En *cas d'impuberté* d'un des deux époux, au termes de l'article 186, *le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage* ne sont pas recevables à en demander ensuite la nullité. Il y aurait évidemment quelque chose de choquant dans l'attitude d'un ascendant qui viendrait critiquer un mariage auquel il aurait donné son approbation.

Mais, dans ce cas spécial d'impuberté, si la loi subordonne, chez les ascendants, la faculté de faire annuler le mariage à cette condition qu'ils n'aient pas fourni leur consentement, on peut se demander quel intérêt ils auraient à faire valoir cette cause de nullité. Ne leur suffit-il pas d'invoquer la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ? Il est facile de résoudre cette petite difficulté. D'abord l'ascendant, qui devait consentir au mariage et qui ne l'a pas fait, peut avoir laissé passer, sans agir, le délai d'un an que lui impartit l'article 183. Il a donc perdu le droit de faire valoir le défaut d'autorisation, mais il conserve celui d'invoquer l'impuberté. Plus pratiquement, on peut supposer qu'il s'agit d'un ascendant, qui n'avait pas à consentir au mariage parce qu'il était primé par un ascendant plus proche que lui. Cet ascendant n'en a pas moins le droit d'invoquer une nullité absolue, telle que celle qui se fonde sur l'impuberté, puisque ce droit est exercé *concurremment* par les ascendants. Mais pour qu'il en use, il est nécessaire qu'il ne puisse être démontré qu'il avait donné son approbation au projet de mariage. Ou bien enfin, il peut s'agir de la mère. On devait obligatoirement lui demander son consentement. Elle l'a refusé ; l'approbation du père a suffi. La mère qui, nous l'avons admis plus haut, ne pourrait invoquer le défaut de son consentement pour faire annuler le mariage, aura le droit de l'attaquer pour impuberté.

C. — En cas d'irrégularité commise dans les *formes de célébration* du mariage, la nullité peut encore être couverte, *au regard des époux*, par la *possession d'état*. C'est du moins la solution que l'on tire, en général, de l'article 196, aux termes duquel, « lorsqu'il y a possession d'état et que l'*acte de célébration* du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité *de cet acte* ». Le sens de ce texte, un peu obscur, a été fort discuté. Nous en donnons ici l'interprétation qui prévaut en Jurisprudence et chez la majorité des auteurs. Ce qu'il faut comprendre, c'est que, dans l'article 196, le mot final *acte*, conformément d'ailleurs à la construction grammaticale de la phrase, ne désigne pas le mariage lui-même. La possession d'état, c'est-à-dire le fait d'avoir vécu publiquement comme mari et femme, ne prive pas les époux du droit de demander la nullité de leur mariage lorsqu'il y manque une condition de fond. C'est ce que nous avons vu lorsqu'il s'agissait, pour les époux, de faire valoir une nullité relative résultant d'un vice du consentement ou du défaut d'habilitation de la part de leurs parents. A plus forte raison, les époux conservent-ils, nonobstant leur possession d'état, la faculté d'invoquer une nullité absolue fondée sur un empêchement d'ordre public, bigamie, inceste, impuberté. Ce que la loi vise, en parlant de la nullité de l'acte de mariage, ce sont les irrégularités fondées sur le défaut de formes extérieures, c'est-à-dire celles qui résultent du défaut de publicité ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil, puisque ce sont les seules de ce genre auxquelles elle attache la sanction de la nullité. Et l'on comprend très bien que la possession d'état joue ici un rôle confirmatif, puisque l'un des éléments qui la constituent, c'est précisément la notoriété de la cohabitation (*fama*), de telle

sorte qu'elle confère au mariage, après coup, la publicité qui lui avait fait défaut auparavant (Req., 28 novembre 1899, D. P. 1900.1.472; S. 1901.1.21).

Que l'effet confirmatif produit par la possession d'état, en ce qui concerne le vice de clandestinité, soit restreint à l'action des époux et ne prive pas les autres intéressés du droit d'invoquer la nullité, c'est ce qui nous paraît découler des termes mêmes de l'article 196 (« *les époux sont respectivement non recevables* »). Il n'en est pas moins certain qu'en pratique, l'action en nullité dirigée par un tiers aurait peu de chances de succès, étant donné le pouvoir d'appréciation qui appartient au juge en cette matière ; il est infiniment probable que celui-ci se refuserait à annuler le mariage comme clandestin, lorsque les conjoints ont acquis d'une manière certaine, indiscutable, la possession d'état d'époux.

III. — **Y a-t-il, en dehors des nullités prévues par la loi, des cas d'inexistence du mariage ?** — Dans les articles 180 et suivants, la loi semble avoir prévu et réglé toutes les hypothèses où peut se trouver en jeu la nullité ou la validité du mariage. Pourtant, quand on y regarde de plus près, on s'aperçoit qu'il y a certains cas, pratiquement assez rares il est vrai, que le Code n'a pas envisagés et où, cependant, il est de toute impossibilité que le mariage soit considéré comme valable. Nous avons déjà mentionné deux de ces cas. Ce sont ceux où : 1° il y aurait eu *absence totale de consentement*, le mariage ayant, par exemple, été contracté par un fou dans un moment de crise mentale ; 2° il y aurait eu un *vice essentiel dans la célébration* du mariage (en dehors des cas d'incompétence ou de clandestinité qui, nous l'avons vu, font l'objet d'une disposition spéciale) : par exemple, aucun officier de l'état civil n'est intervenu. Ou encore, il n'y a pas eu, à proprement parler, d'acte instrumentaire de dressé, le mariage ayant été relaté, non sur un registre, mais sur une feuille volante. A ces deux hypothèses nous pouvons en ajouter une *troisième*, celle où le mariage aurait été célébré *entre deux personnes n'appartenant pas à un sexe différent*, soit parce que l'une d'elles se serait fait passer pour appartenant à un sexe autre que le sien, soit parce qu'elle ne posséderait point, par suite d'un vice de conformation, de sexe bien déterminé.

De ces trois hypothèses où, manifestement, le mariage ne peut être valable, la loi ne parle pas, au moins dans le chapitre qu'elle consacre (art. 180 et suiv.) aux *demandes en nullité de mariage.* Cependant, la première, celle du *défaut absolu de consentement*, fait l'objet, dans un autre chapitre, de l'article 146 ainsi conçu : « *Il n'y a pas de mariage*, lorsqu'il n'y a point de consentement. »

Etant donnés, d'une part, ce dernier texte et sa place, d'autre part, le silence de la loi dans des cas où l'imperfection du mariage ne paraît pas moins radicale que dans celui de l'article 146, étant donnée enfin la valeur d'axiome attribuée par certains esprits, nous l'avons vu précédemment, à cette formule : « *Pas de nullité de mariage sans texte* », on comprendra sans peine comment a pu se former, en notre matière, une théorie consistant à admettre, à côté des cas de *nullité* du mariage proprement dits, des hypo-

thèses d'*inexistence*. Le mariage, a-t-on dit, lorsqu'un des éléments essentiels à sa formation fait défaut, n'est pas nul, *il n'existe pas*. Les soi-disant époux ne sont pas réellement mariés. C'est précisément ce qui se passe dans les trois hypothèses que nous avons relevées plus haut. Ces hypothèses, la loi ne les comprend pas dans les cas de nullité, parce qu'il n'y a pas besoin d'annuler un mariage qui n'existe pas. Quand, par exception, la loi prévoit un cas de ce genre, ce qu'elle fait dans l'article 146, elle emploie cette expression significative : « *Il n'y a pas* de mariage », au lieu de dire qu'il y a place pour une demande en nullité.

Malgré la valeur des adhésions que cette théorie de l'*inexistence*, distincte de la *nullité*, a rencontrées, non seulement en matière de mariage, mais à propos de tous les actes juridiques en général, nous avons déjà dit et nous répétons qu'il ne nous est pas possible de nous y rallier. Pour nous, il n'y a pas de différence entre la nullité absolue et l'inexistence. Dire d'un acte qu'il est nul — *nullum est* — ou qu'il n'existe pas, c'est en tous points la même chose. En ce qui concerne particulièrement le mariage, il est évident pour nous que la théorie de l'inexistence s'explique uniquement par le désir des interprètes de se mettre en règle avec la maxime : « Pas de nullité sans texte. » Or, de cette maxime, comme nous l'avons déjà fait pressentir, nous faisons assez bon marché. A la vérité, on la rencontre bien chez nos anciens auteurs ; mais il n'y a pas trace que les rédacteurs du Code civil aient entendu la reproduire. Autrement, on ne comprendrait pas qu'ils aient omis de ranger dans la liste des cas de nullité des hypothèses auxquelles l'ancien Droit attachait formellement ce caractère, par exemple, l'absence de consentement et le défaut total de célébration (Pothier, *Contrat de mariage*, n^os^ 92, 96, 344 et s.). N'est-il pas plus rationnel d'admettre qu'à côté des cas de nullité expressément visés par le texte du Code, le mariage doit être considéré comme nul toutes les fois qu'il manque d'un de ses éléments *essentiels*, nous entendons par là de l'une des conditions impliquées par sa définition même, comme le consentement des deux conjoints, la célébration, la différence des sexes ? Dans des cas de ce genre, il n'y a évidemment aucun inconvénient à ce que la loi ait négligé de dire que le mariage serait nul. *Personne ne pouvait s'y tromper*. Or le fondement de la maxime : « Pas de nullité sans texte », c'est qu'il ne doit pas y avoir d'équivoque et d'incertitude sur l'avenir, dans l'esprit des individus qui accomplissent un acte aussi important que le mariage. Ajoutez que cette distinction entre les cas de mariage inexistant et ceux de mariage nul, dont il n'y a pas trace dans notre Ancien Droit, avait été proposée (par le Premier Consul) au cours de la discussion du Titre du Mariage, au sein du Conseil d'État (Fenet, t. IX, p. 99 et s. ; Locré, t. IV, p. 312, 324, 326), mais qu'elle fut aussitôt repoussée par la majorité des autres orateurs, notamment par Tronchet et Réal (dans la séance du 24 frimaire an X), et cela dans les termes les plus significatifs (V. Locré, t. IV, p. 437, n^os^ 8 et 9).

Enfin — et cette considération est, pour nous, décisive — on ne peut parvenir, dans la théorie des mariages inexistants, à déterminer, d'une manière précise, en quoi l'inexistence différerait de la nullité absolue. On

prétend qu'en cas de nullité proprement dite, le mariage est tenu pour bon tant que les tribunaux ne l'ont pas annulé, de telle sorte que la nullité a besoin d'être *demandée*, tandis qu'il n'y a pas besoin d'intenter une action en justice en cas de mariage inexistant, les prétendus conjoints étant *de plano* traités comme s'ils n'étaient pas mariés, et toute personne, quelle qu'elle soit, pouvant toujours et dans tous les cas leur opposer l'inexistence de leur mariage. Nous croyons que cette conception est absolument erronée. Certes il est vrai que la nullité, à supposer qu'on se trouve dans un des cas où la loi la prononce dans les articles 180 et suivants, suppose toujours le bien fondé, consacré par une décision judiciaire, d'une action ou d'une exception dirigée contre le mariage. Mais cela tient uniquement à ce fait qu'on se trouve en présence d'un *acte apparent* de mariage, auquel foi est due provisoirement jusqu'à ce que les tribunaux, en constatant la nullité, aient renversé cette présomption et fait prévaloir la réalité sur l'apparence. C'est ce qu'avait très bien exprimé Tronchet, à propos de l'article 146, c'est-à-dire en supposant un mariage contracté par une personne entièrement dénuée de volonté. Il montrait que, même dans ce cas, une décision judiciaire était indispensable. « Jamais, disait-il (Locré, t. IV, p. 439), le mariage n'est nul de plein droit ; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire. » Et ailleurs il ajoutait (t. IV, p. 437) : « Dès qu'il existe un acte matériel, il y a mariage, qui peut cependant être nul, s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité: C'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les parties ne se croient jamais autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux. » Or, le cas visé par l'article 146 est précisément l'une des prétendues hypothèses d'inexistence. Il y en a une autre où, croyons-nous, il faudrait raisonner entièrement de la même façon : c'est celle d'un mariage contracté par une personne n'ayant pas de sexe déterminé. Supposons qu'à la suite de ce prétendu mariage, la soi-disant épouse inscrive son hypothèque légale sur les immeubles du pseudo-mari. Croit-on que l'effet de cette hypothèque pourra être écarté sans qu'il intervienne une décision judiciaire ? Non assurément. Il ne reste donc qu'un cas où le mariage *inexistant* (ou *nul* suivant notre opinion qui ne distingue pas entre les deux idées) ne nécessitera pas le recours à la justice de la part de ceux qui voudront en méconnaître les effets : c'est le cas où il n'y a pas eu de célébration du mariage. Mais cette solution tient uniquement à ce qu'ici, *il n'y a pas de titre* auquel on doive accorder une foi provisoire, et non pas à ce qu'on se trouve en présence d'autre chose que d'une nullité !

Concluons donc qu'à côté des *nullités formelles* de mariage, il y a des *nullités virtuelles* (de caractère absolu) dans les trois hypothèses que nous avons envisagées. Si la loi ne les a pas prononcées expressément, c'est parce qu'elles vont sans dire et découlent suffisamment de la définition même et de la nature essentielle du mariage[1].

1. Avant 1907, il y avait, outre ces trois cas de *nullité absolue*, une hypothèse où l'on était bien forcé d'admettre que le mariage était nul d'une *nullité relative*, malgré le silence de la loi et nonobstant la maxime : « Pas de nullité sans texte. » C'é-

Si, maintenant, nous interrogeons la Jurisprudence, nous constaterons qu'en dépit de quelques décisions isolées et d'ailleurs faiblement significatives (V. not., Bastia, 8 février 1888, D. P. 1888.2.317 ; S. 1889.2.177), elle ne semble pas adopter la théorie des cas d'inexistence distincts des cas de nullité.

En ce qui concerne l'absence de consentement, la Cour de cassation a admis qu'il y avait là un cas de nullité analogue à celui qui résulte de l'erreur ou de la violence, car, dit elle, « l'article 146 du Code civil englobe dans l'expression si large qu'il emploie, tous les cas où le consentement de l'un des époux est atteint d'un vice qui lui enlève sa valeur ». La conséquence de cette manière de voir, c'est que la nullité en question sera une nullité relative, invocable seulement par les représentants du dément ou par le dément lui-même. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation qui a dénié le droit d'invoquer la nullité de l'article 146 à des collatéraux. Civ., 9 novembre 1887, D. P. 1888.1.161, note de M. Poncet ; S. 1887.1.461).

En cas de mariage dénué de célébration extérieure (il s'agissait, par exemple, d'un mariage contracté en France entre une française et un étranger devant un consul étranger, ou devant un prêtre, conformément à la loi de l'étranger, ou encore d'un mariage purement religieux, contracté dans un pays quelque temps après que la loi de ce pays avait sécularisé le mariage), les décisions des cours d'appel sont contradictoires, mais la Cour de cassation admet bien qu'il s'agit d'une *nullité* absolue (Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.317 ; S. 1902.1.225 ; 5 janvier 1910, D. P. 1911.1.338, S. 1912.1.249, note de M. Naquet). Il en est de même pour le cas où un acte de mariage aurait été transcrit sur une simple feuille volante (Req., 26 juillet 1865. D. P. 1865.1.493 ; S. 1865.1.393).

Ce n'est qu'en ce qui concerne le cas de mariage contracté par des époux dont l'un n'a pas de sexe déterminé, que l'on voit poindre, dans un récent arrêt de la Cour suprême, sinon l'idée, au moins l'expression de mariage inexistant : « Attendu, en droit, lisons-nous dans l'arrêt ici visé, que le mariage ne peut être contracté qu'entre deux personnes appartenant, l'une au sexe masculin, l'autre au sexe féminin ; qu'ainsi *son existence est subordonnée* à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint » (Civ., 6 avril 1903, D. P. 1904.1.395, avec conclusions de M. le Procureur général Baudouin, S. 1904.1.273). Mais les expressions employées par la Cour suprême n'ont rien de contradictoire avec une doctrine qui, comme la nôtre, fait des

tait le cas où un enfant naturel mineur s'était marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc; à fortiori,* lorsqu'il s'était marié sans même que le conseil de famille eût été appelé à lui désigner un tuteur *ad hoc* aux fins d'autorisation de son mariage. L'article 182 reste cependant muet sur ce cas, puisqu'il ne donne le droit d'invoquer la nullité, lorsque le père, la mère, les ascendants ou le conseil de famille n'ont pas consenti au mariage, qu'à l'enfant ou à ceux qui ont refusé leur consentement. Cependant, on était bien forcé d'admettre qu'il y avait nullité dans ce cas, sauf à discuter par qui, suivant les diverses situations concevables, cette nullité pouvait être demandée. Nouveau témoignage de la vanité de l'axiome. Pas de nullité de mariage sans texte.

deux expressions *inexistence* et *nullité absolue* de simples synonymes. Il faudrait, pour qu'il y eût une différence spécifique entre les deux catégories prétendues distinctes d'hypothèses, qu'on eût pu relever un contraste quelconque entre les conséquences d'un mariage *nul* et celles du mariage inexistant de l'arrêt du 6 avril 1903. Or, c'est ce que la Cour de cassation n'a pas fait et ce qu'elle ne pouvait pas faire ! Son arrêt ne prouve donc rien contre notre thèse.

La Jurisprudence, dans un ordre d'hypothèses tout à fait voisin, nous fournira, au contraire, un argument que nous croyons décisif et qui constitue comme une contre-épreuve de notre système. Supposons que deux époux, qui ont contracté un mariage entaché d'une cause de nullité, et qui s'en rendent compte, veuillent, au jour où cette cause de nullité a disparu, assurer la sécurité de leur union en faisant procéder à une nouvelle célébration, cette fois régulière. Seront-ils obligés de demander au préalable la nullité du premier mariage ? La Jurisprudence a plusieurs fois décidé que non. A quoi bon en effet imposer aux époux des retards et des frais inutiles ? (Req., 24 juillet 1872, D. P. 1873.1.208 ; S. 1872.1.330 ; Orléans, 14 avril 1886, D. P. 1887.2.95 ; S. 1886.2.191). Or, cette solution bienveillante qui paraîtrait, à première vue, se rattacher à la conception du mariage inexistant, à supposer que la nullité et l'inexistence fussent deux choses distinctes, a été consacrée dans des cas où le vice du premier mariage était, au contraire, l'un de ceux qui, aux termes formels des articles 180 et suivants, ne peuvent que donner lieu à une action en nullité.

IV. — **Conséquences de l'annulation du mariage. Le mariage putatif.** — L'annulation du mariage ne met pas seulement fin au mariage comme le divorce ou la mort de l'un des époux ; elle l'anéantit même dans le passé, puisqu'elle fait que le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé. L'union des conjoints est donc considérée comme ayant constitué un simple concubinage. Voici quelques-unes des conséquences rigoureuses qui résultent de ce principe :

1° Les enfants nés des deux conjoints sont des enfants *illégitimes*. Et même, ils seront considérés comme *adultérins* ou *incestueux*, si la cause de la nullité est la *bigamie* ou l'*inceste*.

2° La femme n'a pas perdu sa capacité, par le fait du mariage aujourd'hui annulé, et les actes qu'elle aurait passés sans autorisation sont valables.

3° Les conventions matrimoniales, rédigées par les époux pour régler le régime de leurs biens, sont non avenues. De même, disparaissent les donations que des tiers ont pu faire aux conjoints ou que ceux-ci se sont faites entre eux en vue du mariage.

4° Les articles 212 à 214 établissant les droits et les devoirs des époux ne reçoivent pas application.

5° Enfin, le survivant n'a aucun droit à la succession du prédécédé. Bien plus, si l'annulation du mariage a été prononcé après la mort de l'un des époux, le survivant, qui déjà a recueilli la succession du défunt, est obligé de la restituer.

Il y a cependant un point où, pour des raisons faciles à comprendre, on déroge à la logique pure. On admet, en effet, que la femme ne pourra pas contracter un nouveau mariage avant l'expiration de dix mois à partir du jour où le jugement d'annulation sera devenu définitif. L'article 228, en établissant le délai de viduité, emploie d'ailleurs, pour déterminer le point de départ de ce délai, une expression extrêmement compréhensive (la « dissolution du mariage ») qui peut, à la rigueur, être considérée comme embrassant l'hypothèse d'une annulation.

Toutes les solutions que nous venons de relever sont extrêmement dures pour les époux dont le mariage a été annulé, et qui peut-être avaient été de bonne foi en le contractant ; elles le sont surtout pour les enfants issus de leur union. Aussi le Droit canonique, précisément parce qu'il avait introduit un très grand nombre d'empêchements, avait-il admis à la rigueur des principes un tempérament d'humanité. Il décidait que, lorsque les époux ou l'un d'eux avaient été *de bonne foi* en se mariant, c'est-à-dire avaient ignoré la cause de nullité, il y avait *mariage putatif* et que, dans ce cas, le mariage annulé pour l'avenir serait cependant tenu comme ayant été valable jusqu'au jour où l'annulation avait été prononcée. En d'autres termes, en cas de mariage putatif, *l'annulation fait l'effet d'un divorce;* elle n'annule le mariage que dans l'avenir, sans effet rétroactif.

Le Code civil, dans les articles 201 et 202, reproduit cette règle du Droit canonique. Même, il se montre plus favorable encore à la bonne foi des contractants. En effet, d'après le Droit canon, pour qu'il y eût mariage putatif, la bonne foi ne suffisait pas ; il fallait encore que le mariage eût été célébré *in facie ecclesiæ*, qu'il ne fût pas clandestin, qu'il eût été précédé de bans réguliers. Le Code civil ne dit pas un mot de ces conditions et par conséquent les écarte ; il n'exige absolument que la bonne foi.

Conditions du mariage putatif. — Pour qu'il y ait mariage putatif, il faut donc et il suffit que les deux époux ou que l'un d'eux ait été dans l'ignorance de la cause d'invalidité du mariage, en un mot qu'ils se croient valablement mariés. Donc :

1° Peu importe la nature de l'erreur commise. Ce peut être une *erreur de fait*, l'erreur, par exemple, consistant dans l'ignorance d'une circonstance de fait, telle que le lien de parenté ou d'alliance qui unit les deux époux, ou que l'existence d'un précédent mariage. Ce peut être aussi une *erreur de droit* provenant de l'ignorance du texte qui s'oppose à la célébration du mariage ; par exemple, les époux sont beaux-frères et belles-sœurs et ils ignorent, le mariage qui établit leur alliance ayant été rompu par le divorce, qu'ils ne peuvent se marier qu'à la condition d'obtenir une dispense.

2° Peu importe la gravité du vice qui entache le mariage. Il ne faut donc pas, comme le voudraient certains auteurs, écarter l'application des articles 201 et 202 dans les cas où il y aurait non pas nullité, mais inexistence du mariage. La Jurisprudence s'est toujours refusé à faire cette distinction (Bordeaux, 5 février 1883, S. 1883.2.137 ; Civ., 30 juillet 1900, D. P. 1901. 1.317 ; S. 1902.1.225), ce qui, nous pouvons le remarquer en passant, corro-

bore, une fois de plus, la thèse que nous avons adoptée précédemment à propos des prétendus cas d'inexistence. Du moment qu'il y a bonne foi des époux, leur union, même purement apparente en droit, produit, dans le passé, tous les effets d'un mariage véritable.

3° Pour qu'il y ait mariage putatif, la bonne foi doit exister *au moment où l'époux donne son consentement*, c'est-à-dire lors de la célébration du mariage. Peu importe que, plus tard, il découvre la cause de nullité qui l'entache ; il ne perdra pas pour cela le bénéfice de son erreur initiale.

Quant à la question de *preuve de la bonne foi*, elle a donné lieu à des divergences entre les auteurs. Les uns estiment que c'est aux époux à prouver les faits susceptibles d'établir leur sincérité. Les autres, au contraire, s'emparant d'un texte du titre de la Prescription, l'article 2268, l'appliquent en notre matière et disent : la bonne foi des époux doit être toujours présumée ; c'est donc à celui qui allègue leur mauvaise foi à la prouver. C'est dans le sens de cette seconde opinion que s'est prononcée la Cour de cassation (Civ., 5 novembre 1913. D. P. 1914.1.281, note de M. P. Binet).

Effets du mariage putatif. — Les articles 201 et 202 établissent ici la distinction suivante :

Le mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable, lorsque les deux époux sont de bonne foi (art. 201). Mais, quand un seul des époux a été de bonne foi, il n'y a que lui qui puisse invoquer les effets du mariage (art. 202) ; l'autre n'a pas droit à la faveur de la loi.

En ce qui concerne les enfants, la distinction n'a d'ailleurs aucun intérêt. ils sont traités comme enfants légitimes, dès qu'un seul des époux a été de bonne foi. En effet, c'est surtout en leur faveur que la théorie du mariage putatif a été créée, et ce ne serait pas favoriser vraiment l'époux innocent que de refuser à ses enfants la qualité d'enfants légitimes. Reprenons successivement les deux hypothèses.

1° Les deux époux étaient-ils de bonne foi. Alors le mariage produit tous ses effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants.

Une seule difficulté se présente : elle a trait au cas où les enfants sont *nés avant le mariage*. Ces enfants sont-ils *légitimés* par l'effet du mariage, conformément à l'article 331 ? On en a douté, parce que le Droit canonique n'admettait pas qu'il y eût légitimation dans ce cas. Au moment où les enfants sont nés, disaient nos anciens auteurs, le commerce de leurs parents était criminel et le vice pouvait être purgé par le mariage ; encore fallait-il un mariage *véritable* (Pothier, *op. cit.*, n° 441). Raisonnement de pure logique et qui ne tient pas devant les considérations d'équité et d'humanité qui justifient la théorie du mariage putatif. Aussi admet-on couramment aujourd'hui qu'entre autres conséquences du mariage, le mariage putatif entraîne celle qui consiste dans la légitimation des enfants.

En sera-t-il ainsi dans l'hypothèse spéciale où il s'agit, non pas d'enfants naturels simples, mais d'enfants incestueux ou adultérins ? Il faut, à notre avis, admettre l'affirmative pour une raison qui nous paraît décisive Si le mariage des époux est entaché d'inceste ou de bigamie, il n'est pas douteux

que son caractère putatif donnerait aux enfants *nés postérieurement à sa conclusion* le bénéfice de la légitimité. Dès lors, pourquoi traiter les enfants *nés antérieurement*, dans les cas au moins où la loi admet la légitimation des enfants adultérins, avec plus de rigueur que ceux qui naissent pendant le soi-disant mariage? N'oublions pas que la théorie du mariage putatif est fondée sur l'équité et sur la faveur due à la bonne foi des époux ; la bonne foi doit, nous l'avons vu, couvrir toutes les irrégularités. (V. Civ. 19 novembre 1923. D. P. 24 1.137, note de M. Savatier).

2° N'y a-t-il qu'un seul des époux qui soit de bonne foi ; alors le mariage ne produit ses effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (art. 202).

L'époux de mauvaise foi, disons-nous, ne peut invoquer aucun des effets du mariage dans ses rapports avec ses enfants. Les enfants, au contraire, auront la qualité d'enfants légitimes ; ils pourront succéder, non seulement à celui de leur auteur qui s'était marié de bonne foi, mais même à l'auteur de mauvaise foi. Ce dernier ne pourra, lui, succéder à ses enfants. Il ne pourra non plus prétendre à exercer sur eux la puissance paternelle, au moins tant que vivra le conjoint de bonne foi.

En ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, il y a lieu de faire la même distinction. L'époux de bonne foi peut invoquer tous les effets du mariage. L'époux de mauvaise foi ne peut en invoquer aucun.

L'application de cette distinction donne naissance à des questions délicates, plus théoriques que pratiques. Il suffit d'indiquer quelques-unes de ses conséquences.

A. — Si les époux se sont fait des donations par contrat de mariage, l'époux de bonne foi conserve le bénéfice de celle qui lui a été faite, tandis que l'autre est obligé de restituer les biens qu'il a reçus

B. — Si la libéralité faite par contrat de mariage est une donation mutuelle au profit du survivant, elle ne produira son effet qu'autant que l'époux survivant sera l'époux de bonne foi. Si c'est l'époux de mauvaise foi qui survit, il ne pourra pas en réclamer le bénéfice.

C. — L'époux de mauvaise foi n'est pas admis à invoquer contre l'autre le bénéfice des conventions matrimoniales qui avaient accompagné le mariage. Il ne peut exiger, notamment, que la liquidation de la communauté se fasse conformément aux règles spéciales établies, à cet effet, par le Code au titre du *Contrat de mariage*. Seul, l'époux de bonne foi aurait le droit d'exiger une liquidation de ce genre. S'il le préfère, il peut imposer à l'autre l'application des règles relatives à la liquidation des sociétés de fait.

D. — La part héréditaire que la loi (art. 767) accorde au conjoint survivant dans la succession du conjoint prédécédé ne pourra être recueillie que par l'époux de bonne foi et dans le cas où ce sera l'époux de mauvaise foi qui sera décédé le premier. Encore, pour qu'il en soit ainsi, faudra-t-il que la nullité du mariage n'ait été prononcée qu'*après le décès*. Si, en effet, la nullité avait été prononcée *du vivant des deux époux*, le survivant, même de bonne foi, n'étant plus époux au moment de l'ouverture de la succession de l'autre, n'aurait aucun droit à exercer.

CHAPITRE II

DISSOLUTION ET RELACHEMENT DU MARIAGE
DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS[1]

Généralités. Définitions. Division. — Après la formation du lien matrimonial, nous allons en étudier la dissolution par le *divorce* ou le relâchement par la *séparation de corps*, qu'on peut définir de la manière suivante :

Le divorce est la dissolution du mariage, du vivant des deux époux, à la suite d'une décision judiciaire, rendue à la requête de l'un d'eux ou de l'un et de l'autre, pour une des causes établies par la loi.

Quant à la *séparation de corps*, c'est *l'état de deux époux qui ont été dispensés par une décision de justice de vivre ensemble.*

On le voit, la séparation de corps comme le divorce est prononcée par un jugement. Mais, à la différence du divorce, elle ne dissout pas le mariage ; elle supprime, il est vrai, l'obligation de cohabitation, mais elle laisse subsister, entre les époux, les autres devoirs nés du mariage, notamment le devoir de fidélité et le devoir d'assistance.

L'institution du divorce et de ce diminutif, de cette sorte de *divorce incomplet* qu'est la séparation de corps, est l'une des plus importantes de notre Droit privé, l'une de celles qui mettent en jeu les plus graves considérations et qui suscitent les plus âpres controverses. C'est, particulièrement en France, comme un champ de bataille où s'entrechoquent les conceptions rivales qui se disputent, depuis plus d'un siècle, la puissance politique et le gouvernement des consciences.

Aussi convient-il de donner, en cette matière, une place particulièrement large à l'*historique* et à la *critique* de la législation. Nous en traiterons dans la première section du présent chapitre ; les deux sections suivantes devant être consacrées, l'une au Divorce, l'autre à la Séparation de corps.

SECTION I. — Histoire et critique de la législation française en matière de divorce.

Le Divorce en Droit romain[1]. — Dans les législations primitives, dans celle de la Rome antique, comme dans les coutumes germaniques et

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Du Divorce*, 1907 ; Carpentier, *Divorce et Séparation de corps*, 1899, 2 vol. ; Coulon, *Le Divorce et la Séparation de corps* 1890-1897, 6 vol. ; Laurent-Bailly, *Le Divorce et la Séparation de corps en France et à l'étranger*, 1910 ; Vraye et Gode, *Le Divorce et la Séparation de corps*, 1887 ; Rol, *L'évolution du Divorce*, Paris, Rousseau, 1905.

2. Esmein, *Mélanges : Manus, Paternité et divorce dans l'ancien Droit romain* ; Paris, 1883 ; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 172 à 174 ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e édit., p. 161 à 165.

dans la vieille loi Juive, on trouve non pas un divorce analogue à celui qui fonctionne dans notre société actuelle, avec, d'une part, la nécessité d'une sentence judiciaire, et d'autre part, des motifs de divorce parcimonieusement déterminés par la loi, mais une véritable faculté de *répudiation*, soit *unilatérale* (en général, et au début, uniquement par la volonté du mari), soit *consensuelle*, c'est-à-dire résultant de la volonté commune de deux époux. A un certain point du développement du Droit romain, apparut une réglementation positive du divorce. C'est ainsi que la loi *Julia de adulteriis* détermina les conditions auxquelles était soumise la répudiation, Mais l'intervention de la justice, la nécessité d'une appréciation des causes de divorce par le juge, furent inconnues dans le Droit romain.

En fait, les divorces qui avaient été rares, affirme-t-on, aux temps plus ou moins légendaires de l'ancienne République romaine, s'étaient multipliés ensuite. Leur fréquence excessive, à l'époque de l'Empire, inquiétait et indignait les moralistes (Sénèque, *De beneficiis*, III, 16 ; Juvénal, *Satires*, XI, 229).

Même après que le Christianisme se fut introduit dans l'Empire romain, apportant, avec lui, la doctrine de l'indissolubilité du mariage, le Droit romain n'abandonna pas le divorce. Tout au plus, l'institution fit-elle l'objet de certaines mesures restrictives de la part des empereurs chrétiens. C'est ainsi que des peines furent prononcées par les constitutions impériales contre l'époux coupable d'avoir répudié son conjoint sans juste cause ou d'avoir occasionné le divorce par ses fautes.

Justinien alla plus loin ; il tenta d'abolir le divorce par consentement mutuel, en ne l'autorisant que dans le cas où les deux époux se sépareraient en vertu d'un vœu de chasteté (Novelle 117, ch. 10). Mais la prohibition fut rapportée par son successeur Justin II (Novelle 140).

L'Eglise chrétienne établit l'indissolubilité du mariage. — Nous avons dit que l'Eglise avait apporté, dans le monde romain, une nouvelle conception du mariage qui en impliquait l'indissolubilité. Il y eut d'ailleurs, jusqu'au Concile de Trente, certaines divergences entre les canonistes, qui différaient d'avis sur la portée des paroles du Christ servant de fondement à la prohibition du divorce. Cette phrase, en effet, est diversement rapportée par les évangélistes. D'après saint Luc et saint Marc, le Christ aurait interdit tout divorce[1] ; d'après saint Mathieu, il aurait cependant permis au mari de répudier sa femme pour cause d'adultère[2]. Mais la doctrine de l'indissolubilité absolue du mariage, défendue par saint Augustin, affirmée à plusieurs reprises par les Conciles, devait s'imposer au moins en Occident. L'Eglise n'épargna rien pour la faire triompher des résistances que lui opposaient et des habitudes séculaires et les passions souvent révoltées des princes. Dans notre pays, dès le IX[e] siècle, la cause

1. Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit, mæchatur (Texte de saint Luc).

2. Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mæchatur (Texte de saint Mathieu).

tait définitivement gagnée et les capitulaires interdisaient énergiquement
e divorce (V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édit., p. 483 et s.;
smein, *Le mariage en droit canonique*, p. 45 à 89). La prohibition du di-
orce devait subsister pendant tout notre ancien Droit. Elle comportait
ourtant deux tempéraments :

1° Le Droit canonique, pour le cas où la vie commune était insupportable
ux époux, organisait la *séparation de corps*, qualifiée quelquefois par les
extes de *divorce* (*divortium a toro et a mensa*). Les époux séparés étaient
ispensés, par une décision de justice, du devoir de cohabitation ; mais le
nariage subsistait entre eux. C'était surtout la femme qui bénéficiait de
ette institution, car elle pouvait demander la séparation pour toutes sortes
e causes ; le mari, au contraire, ne pouvait la demander que pour cause
'adultère de sa femme. La séparation ne pouvait avoir lieu par consente-
ent mutuel (V. Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, nos 508, 525).

2° Nous avons déjà vu que l'abondance des causes de nullité admises par
e Droit ecclésiastique suppléait, à certains égards, à la prohibition du di-
orce. Mais le palliatif était évidemment incomplet. En effet, les causes de
ullité se rattachaient, en principe, à des faits antérieurs ou concomitants
u mariage. Les seuls faits postérieurs qui donnaient lieu à une action en
ullité étaient le défaut de consommation du mariage ou l'abandon de
'époux chrétien par son conjoint qui aurait épousé une infidèle. Les autres
griefs, de nature à rendre la vie commune intolérable, ne pouvaient avoir
a sanction de la nullité. Les époux profondément désunis n'avaient donc,
moins de pouvoir *feindre* l'existence d'une cause de nullité telle que le
défaut de consommation ou l'absence de liberté au moment de leur union,
que la ressource de la séparation.

Le Droit révolutionnaire : Divorce. Plus de séparation. — Le
principe de l'indissolubilité du mariage, œuvre de l'esprit chrétien, de-
vait décliner et s'éclipser avec la puissance doctrinale et politique de
'Eglise.

L'apparition du Protestantisme fut la première manifestation de ce dé-
lin. Les contrées qui adoptèrent la religion réformée, l'Angleterre, la
Hollande, le Danemark, la Suède et les pays allemands, admirent le di-
vorce, et le permirent même pour d'autres causes que l'adultère de la
emme.

La Révolution française, après avoir sécularisé le mariage et déclaré,
ainsi qu'on l'a vu, dans la Constitution du 3 septembre 1791, que « la loi
ne considère le mariage que comme un contrat civil », établit le divorce
par la fameuse loi du 20 septembre 1792.

La pensée des auteurs de la loi est écrite, en toutes lettres, dans le
préambule : « La faculté de divorcer, y lisons-nous, résulte de la liberté
individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte. »

Les conséquences de ce point de départ sont déduites, dans la loi, avec
une logique implacable. Ainsi, tout d'abord, le mariage, comme tout con-
rat, doit pouvoir se dénouer par la volonté concordante, le *mutuus dis-*

sensus des contractants. La loi autorise donc le divorce par consentement mutuel, et permet aux deux époux de rompre leur union par une simple déclaration devant l'officier de l'état civil.

En second lieu, comme la volonté d'un des époux ne peut être indéfiniment enchaînée par celle de l'autre, la loi autorise le divorce *sur demande* pour des causes déterminées aussi nombreuses que variées. De ces causes, les unes impliquent l'idée d'une faute, d'un tort commis par un conjoint, faute dont la demande en divorce, formée par l'autre, constitue la sanction. Ce sont, les *crimes*, *sévices ou injures graves* d'un conjoint contre l'autre, l'*adultère*, la *condamnation* de l'un des conjoints à une peine afflictive ou infamante, le *dérèglement notoire* des mœurs, l'*abandon* d'un époux par l'autre pendant deux ans au moins. D'autres causes, sans constituer un tort, comme l'*aliénation mentale*, l'*absence* sans nouvelles pendant cinq ans, l'*émigration*, pouvaient se justifier comme étant de nature à rendre la vie commune intolérable. Enfin, couronnant le tout, l'admission du divorce pour simple *incompatibilité d'humeur et de caractère* n'est autre chose que la faculté de répudiation unilatérale discrétionnaire du Droit romain.

Malgré la multiplicité de ces causes de divorce, des facilités nouvelles parurent encore nécessaires ! Un décret postérieur, des 4-9 floréal an II, acheva comme on l'a dit de « donner au mariage la physionomie de l'union libre », en décidant qu'il serait permis à l'officier de l'état civil de prononcer le divorce sur un simple acte de notoriété délivré par le conseil général de la commune, ou sur l'attestation de six citoyens déclarant que les deux époux vivaient séparés depuis six mois au moins.

Quel fut l'effet social de cette législation ? Il semble qu'il faille distinguer. Dans les provinces, les mœurs ne subirent pas une sensible atteinte. Mais, dans les grandes villes, à Paris surtout, où le terrain était, il faut le reconnaître, singulièrement préparé par une foule de circonstances, en particulier, par le dérèglement des mœurs mondaines dont est marquée la fin du XVIII[e] siècle, le nombre des divorces, bien qu'on l'ait peut-être exagéré, atteignit vite des proportions inquiétantes. C'est ainsi qu'à Paris, les relevés du *Moniteur* donnent, pour le premier trimestre de 1793, 562 divorces pour 1.875 mariages[1]. Ce qui prouve incontestablement la gravité du mal, c'est que le mouvement de réaction commença à se manifester dans le sein même de la Convention. Cette assemblée, sur un rapport de Mailhe, l'adjurant « d'arrêter le torrent d'immoralité », abrogea le décret de floréal an II par son décret du 15 thermidor an III.

Le Droit révolutionnaire ne s'était pas contenté de renverser la tradition par le rétablissement du divorce. Il avait supprimé la séparation de corps, comme une institution entachée, par son origine, d'un caractèr confessionnel. « A l'avenir, portait l'article 7 de la loi du 20 septembr

1. Ce chiffre est emprunté à l'intéressante thèse de notre collègue, M. Olivie Martin, *La crise du mariage pendant la Révolution* (Paris, 1901, p. 157, n. 1).

1792, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée; les époux ne pourront être désunis que par le divorce. »

Le divorce dans le Code civil. — Les rédacteurs du Code civil, inspirés, en cette matière comme en toute autre, par une pensée de transaction et de pacification, maintinrent l'institution du divorce, mais avec des vues toutes différentes de celles du législateur révolutionnaire. Voici en effet les traits principaux qui caractérisent le système du Code :

1° On revient au principe de l'*indissolubilité* du mariage considérée non seulement comme un idéal, mais comme une règle à laquelle il n'est dérogé que dans des cas tout exceptionnels. De là, la limitation restrictive des causes de divorce à trois cas, *adultère ; condamnation d'un des époux à une peine afflictive ou infamante ; excès, sévices ou injures graves.* Les autres causes de la loi de 1792, ainsi que la faculté de divorcer pour allégation unilatérale de l'incompatibilité d'humeur, sont écartées.

2° Le divorce *par consentement mutuel* reste autorisé, mais avec un caractère tout différent de ce qu'il avait été sous l'empire de la loi de 1792. Le consentement mutuel des époux n'est plus le *mutuus dissensus*, mode de dissolution normal de tous les contrats et du mariage comme des autres ; c'est plutôt une présomption, dénotant l'existence d'une autre cause déterminée, et un moyen de la dissimuler à la malignité du public. Cette manière de voir se révèle clairement dans le texte même de l'article 233 : « Le consentement mutuel et persévérant des époux, y lisons-nous, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce. » Aussi le Code entourait-il le divorce par consentement mutuel de formes et de conditions multiples et sévères destinées à en empêcher l'abus (V. art. 275 à 294). Outre le consentement des époux, réitéré trois fois, de trimestre en trimestre, il fallait l'avis conforme des parents de l'un et de l'autre. Il fallait qu'avant le jugement un accord fût intervenu entre les conjoints, en vue de régler l'éducation des enfants et d'assurer leur sort ; enfin il fallait que chacun des époux fît aux enfants l'abandon immédiat et complet de la moitié de sa fortune. Les divorces par consentement mutuel furent donc, en fait, excessivement rares, comme ils le sont encore aujourd'hui en Belgique où leur nombre ne dépasse guère une quinzaine par année.

3° Non seulement le divorce requérait une décision judiciaire, mais encore cette décision ne pouvait être obtenue qu'à la suite d'une *procédure spéciale*, caractérisée par des formes lentes, compliquées et coûteuses. C'était une précaution contre les divorces irréfléchis, en même temps qu'un moyen de rendre l'institution peu accessible, surtout aux classes populaires. Il ne faut pas oublier, en effet, que la gratuité absolue de la justice pour les indigents ne date que de la loi du 22 janvier 1851 qui a créé l'*assistance judiciaire*[1].

1. Lesart. 1er à 21 de cette loi ont été modifiés par la loi du 10 juillet 1901.

4° Le divorce crée, à l'encontre de ceux qui y ont eu recours, diverses inaptitudes qui les feront d'autant plus réfléchir.

A. — Les époux divorcés ne pourront plus se réunir.

B. — L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé pour cause d'adultère ne pourra épouser son complice.

C. — L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perdra les avantages que lui assurait son contrat de mariage.

5° Enfin, le Code rétablit la séparation de corps à l'usage des époux à qui leurs convictions religieuses interdisent de demander le divorce. La séparation peut être demandée pour les mêmes causes que le divorce. Toutefois, la séparation par consentement mutuel n'est pas permise.

Ainsi réglementé, le divorce paraît avoir été d'un usage assez peu fréquent sous le Premier Empire. Certains auteurs croient pouvoir avancer qu'à Paris la moyenne des divorces tomba à une cinquantaine par année.

Suppression du divorce en 1816. — Après le retour des Bourbons, la loi du 8 mai 1816 vint supprimer le divorce, ne laissant subsister que la séparation de corps. La loi, proposée par l'illustre de Bonald, avait eu pour rapporteur M. de Trinquelague. Elle fut votée à la Chambre des députés par 225 voix contre 11. Encore les quelques opposants (V. au *Moniteur* de 1816, p. 298, les discours de Blondel d'Aubers et de Voysin de Gartempe) n'avaient-ils pas critiqué la suppression elle-même, mais la forme employée pour la réaliser ; ils réclamaient une loi complète réglementant la séparation de corps. Et, de fait, la loi de 1816 abolissait le divorce sans effacer complètement du Code les articles qui le gouvernaient, car plusieurs de ces textes devaient continuer à s'appliquer à la séparation de corps à laquelle le Code n'a consacré que les quelques articles indispensables pour la différencier du divorce ; c'était ce procédé législatif assez gauche qui avait soulevé les protestations. En somme, la suppression du divorce fut accueillie sans émotion dans le pays. Et la loi de 1816 peut à bon droit être considérée comme l'aboutissement logique de la réaction contre les abus du divorce révolutionnaire, qui s'était marquée dans le Code civil. Nous avons vu que la législation de 1804 avait déjà considérablement réduit le nombre des divorces dans les villes. Quant aux campagnes, elles n'avaient jamais adopté l'institution nouvelle. On pouvait citer tel arrondissement rural où, de 1792 à 1816, *deux* divorces seulement avaient été prononcés !

Ajoutons que, si la loi de 1816 fut inspirée, en partie, par des préoccupations confessionnelles, et apparut à certains comme le corollaire de la disposition de la Charte de 1814, proclamant la religion catholique religion d'Etat, il s'en faut de beaucoup que les seules considérations religieuses aient été invoquées alors contre le divorce. Si l'on se reporte aux déclarations du rapporteur, on constate que son principal argument est celui que font encore valoir aujourd'hui, de préférence, les adversaires du divorce. « L'objet du mariage, disait M. de Trinquelague, n'est pas seulement de donner l'existence à des enfants. Il est encore de les élever, de les conserver, de les rendre propres à devenir eux-mêmes les chefs d'une nouvelle famille

et de perpétuer ainsi le genre humain..... L'union des époux doit donc nécessairement se prolonger pendant tout le temps que cette éducation exige. Mais ce qui a été fait pour un enfant, il faut le recommencer pour l'autre. La nécessité de rester unis se reproduit donc par l'effet de l'union même, et c'est ainsi que cette admirable chaîne, s'étendant successivement, embrasse la plus grande partie de la vie, et laisse à l'autre la force de l'habitude et la douceur des souvenirs » (V. *Moniteur*, 1816. p. 202 et s.). On avouera qu'il est difficile de présenter en meilleurs termes l'apologie du mariage indissoluble.

Rétablissement du divorce. Loi de 1884. — La suppression du divorce avait été la suite d'une révolution politique. Chaque révolution ultérieure fut suivie d'un effort pour son rétablissement.

Après 1830, et à quatre reprises, de 1831 à 1834, des propositions en ce sens, émanant de la gauche de la Chambre des députés, furent adoptées par cette assemblée, mais échouèrent devant la Chambre des Pairs, sans que cet échec ait suscité, semble-t-il, la moindre agitation dans le pays.

La même indifférence accueillit, après la Révolution de février, un projet de rétablissement du divorce présenté en 1848 par M. Crémieux, alors ministre de la justice. Le projet ne vint d'ailleurs pas en discussion et fut retiré par Marie, un des successeurs de Crémieux.

C'est après la Révolution de 1870 que l'attaque fut reprise et enfin couronnée de succès. L'apôtre de la réforme fut M. Naquet qui, dès 1876, déposa une première proposition tendant au rétablissement du divorce. Grâce à une laborieuse et habile campagne, il finit par créer dans le pays un certain courant d'idées. Cependant, le projet, tout remanié qu'il eût été par son auteur, fut repoussé par la Chambre des députés en 1881, à la suite d'un discours hautement hostile de M. Brisson (V. Séance de la Chambre du 9 février 1881). C'est en 1884 seulement qu'une troisième proposition fut — assez péniblement — adoptée, non sans avoir soulevé d'éloquentes protestations, dont la plus retentissante fut celle de Jules Simon à la tribune du Sénat.

Il est intéressant de noter la modération, de plus en plus accentuée, à laquelle durent se plier les promoteurs de la réforme pour en faire admettre le principe. En 1876, la première proposition de M. Alfred Naquet ne visait à rien moins qu'à la restauration du divorce outrancier de 1792. En 1881, il se contentait de réclamer le rétablissement des dispositions du Code civil. *La loi du 27 juillet 1884*, enfin, rétablissant le divorce, lui donne une physionomie plus modérée encore, car elle écarte, parmi les causes de divorce admises en 1804, le consentement mutuel des époux. Il n'est pas douteux que le législateur de 1884 a, plus encore que celui de 1804, voulu faire du divorce un remède d'exception, parcimonieusement dispensé aux mauvais ménages, par des tribunaux méticuleux.

La pratique actuelle du divorce en France. — Le divorce, une fois rétabli, est, il faut le reconnaître, largement entré dans nos mœurs. La sta-

tistique démontre que depuis 1884, le nombre des jugements le prononçant s'est beaucoup accru. En 1885, il y eut, en chiffres ronds, seulement 4.000 divorces prononcés, alors que, cependant, on pouvait s'attendre à un nombre considérable de désunions conjugales à liquider. En 1902, le chiffre des divorces dépassait 11.000. En 1922, il atteignait 25.159, en 1923, 32.304, après s'être élevé en 1920, à 34.079[1].

On ne peut pas dire que ces chiffres soient absolument inquiétants, mais ils démentent certainement les prévisions du législateur de 1884. Et ils seraient de nature à corroborer, dans une certaine mesure, cette affirmation formulée par M. Glasson comme par Jules Simon, que l'institution du divorce mène fatalement à l'*abus* du divorce. Il est surtout intéressant de constater qu'à la différence du divorce de la Révolution, pratiqué à peu près exclusivement dans les classes bourgeoises, ignoré ou peu s'en faut dans les masses, le divorce actuel est largement utilisé par les classes populaires. Des statistiques du Ministère de la Justice, il résulte que, sur 100 personnes qui divorcent, on compte, en moyenne, 26 propriétaires, rentiers, commerçants, avocats, médecins, professeurs, 66 ouvriers ou paysans, 8 domestiques. Il est fait grandement appel à l'assistance judiciaire en vue du divorce, car la proportion des demandes en ce sens, accueillies par les bureaux compétents, est d'*un tiers environ* par rapport à l'ensemble des demandes d'assistance[2].

D'ailleurs, à bien d'autres points de vue encore, les résultats que l'on attendait, en 1884, du rétablissement du divorce ont été manqués. On se flattait alors que le divorce, en ouvrant les perspectives d'une union meil-

1. La nuptialité, bien qu'en croissance, n'a pas suivi une pareille progression. Elle était de:

153 mariages pour 10.000 habitants en 1904;
160 — — en 1907;
161 — — en 1908;
157 — — en 1909.

Ces chiffres sont extraits du *Rapport* de M. March, directeur de la statistique, *sur l'année démocratique 1909*. Les statistiques en matière de divorce fournies par deux ministères différents sont d'ailleurs quelque peu divergentes. Le phénomène de l'augmentation des divorces s'observe au surplus dans la plupart des pays. Et il est à remarquer que la séparation de corps, à l'époque où elle était le seul remède légal des ménages malheureux, suivait le même mouvement ascensionnel. Le nombre moyen annuel des séparations prononcées a été, en effet:

De 1851 à 1855, de 1.127;
De 1876 à 1880, de 2.559.

Le nombre des séparations de corps qui avait un instant diminué à la suite du rétablissement du divorce (de 2122 par an en 1885, il est tombé à 1570 en 1890) s'est depuis fort relevé (2400 en 1910, 2466 en 1913, 3300 en 1920, 3335 en 1923).

(V. Bertillon, *Etude démographique du divorce et de la séparation de corps dans les différents pays de l'Europe*. Paris, 1883).

2. Nous renvoyons pour les chiffres antérieurs à 1905 à l'intéressante thèse de M. Valensi, *L'application du divorce en France*, Paris, 1905. Pour les chiffres postérieurs, nous avons consulté le *Compte général de l'administration de la Justice civile* publié chaque année jusqu'en 1919, par le Ministre de la Justice. Nous devons les chiffres afférents aux années postérieures, encore inédits, à l'obligeante communication du 3e Bureau (Statistique) du Ministère de la Justice.

leure aux époux désunis, supprimerait l'adultère, réduirait le nombre des crimes passionnels, ainsi que ceux des unions illégitimes et des enfants naturels, qu'il contribuerait au relèvement de la natalité et même à guérir la plaie des mariages d'argent! Or quelle est celle de ces espérances qui ait été réalisée ? Le chiffre des poursuites pour adultères qui, avant 1884, était de 824 pour quatre années, atteint 2.214 pour la période de quatre ans recensée en 1903 par le ministère de la justice. La natalité française est loin de croître. Dès 1909, on ne comptait plus que 196 naissances pour 10.000 habitants, alors qu'il y a vingt ans, la proportion oscillait entre 220 et 230. Il est vrai, comme on l'a vu plus haut, que la proportion des naissances illégitimes ne tend pas à s'abaisser. Le nombre des crimes passionnels semble avoir été plutôt accru par le divorce. Il en est de même du nombre des suicides. Car, ainsi que le constate le *Compte général de l'administration de la justice civile* pour 1891, dans tous les pays où le divorce est pratiqué, la courbe des divorces et celle des suicides suivent une marche parallèle (V. sur ce point, Durkheim, *Le suicide*, Paris, 1897).

Ces faits ont influé naturellement sur la littérature et sur la législation.

En littérature, tandis qu'à la fin du Second Empire et durant les premières années de la Troisième République, les partisans du divorce étaient à peu près les seuls à élever la voix, il y a aujourd'hui deux courants contraires. Bon nombre d'écrivains, de dramaturges ou de romanciers, investis de la faveur du public, donnent une note contraire au divorce et s'attachent à en démontrer les méfaits. Une autre fraction de publicistes, se rattachant pour la plupart aux partis politiques dits « avancés », réclament, au contraire, l'*élargissement* du divorce, demandent qu'il soit prononcé plus facilement et pour des causes plus nombreuses.

La législation, reflet de l'opinion, a subi des oscillations en sens divers. Presque au lendemain du rétablissement du divorce, alors qu'on étai pour ainsi dire encore dans la période de *lune de miel* de l'institution, la *loi du 18 avril 1886, sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps*, a considérablement simplifié les formes du divorce en les rapprochant très sensiblement de celles des procès ordinaires.

Au contraire, après quelques années d'application de la loi de 1884, lorsque les premières statistiques démontrèrent le nombre croissant des divorces, intervint la *loi du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de corps*, dans le dessein avoué de diminuer le chiffre des divorces en attirant un certain nombre d'épouses malheureuses vers la séparation de corps. En conséquence, cette loi attribua à la séparation certains des avantages du divorce, en décidant que la femme séparée jouirait désormais de sa pleine capacité civile, et pourrait, dès lors, comme la femme divorcée, se passer, en toute circonstance, de l'autorisation maritale.

En revanche, *la loi du 6 juin 1908* marque un retour offensif du divorce. Elle facilite, en effet, et rend presque automatique la conversion en divorce de la séparation de corps.

Les législations étrangères[1]. — Si on porte les yeux sur les législations étrangères en cette matière, on constate que la prohibition du divorce subsiste aujourd'hui dans le plus grand nombre des pays catholiques. Elle est consacrée par les lois de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal. Dans un certain nombre d'autres Etats, la faculté de divorcer dépend de la confession religieuse à laquelle appartiennent les époux ; elle est donc refusée aux catholiques. Il en est ainsi en Angleterre, en Autriche-Hongrie, en Russie, en Serbie, en Bulgarie, au Mexique et dans plusieurs Etats de l'Amérique du Sud.

De ces régions réfractaires au divorce, il convient de rapprocher celles qui ne l'admettent qu'avec une sorte de répugnance hostile, soit en l'entourant de formalités si nombreuses et si coûteuses qu'il n'est guère accessible à la masse des citoyens (Angleterre protestante), soit en ne l'admettant que dans des hypothèses assez rares et en interdisant le remariage à l'époux coupable divorcé (législations slaves).

Les législations nombreuses qui, au contraire, admettent et pratiquent le divorce peuvent être réparties en diverses classifications.

Une première série comprendra les législations qui n'admettent le divorce que pour des causes déterminées, impliquant une faute grave de l'un des époux contre l'autre. Telles sont la loi anglaise et la loi néerlandaise.

Dans une seconde série, on rangera les législations qui permettent le divorce, non seulement à raison de fautes graves, mais encore pour des faits n'offrant pas un caractère de faute, par exemple, pour l'*aliénation mentale* d'un conjoint ou pour l'*abandon non malicieux* plus ou moins prolongé. Il en est ainsi des lois russe, hongroise, serbe, grecque, du Code civil allemand, de la législation de la plupart des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. C'est dans les Etats américains que la loi admet le plus grand nombre de causes de divorce. C'est là aussi que les divorces sont les plus nombreux et les plus rapidement prononcés.

Une place à part est due au Code civil suisse qui, à des causes nombreuses de divorce, comprenant, notamment, l'abandon prolongé pendant deux ans (art. 140), la folie incurable, prolongée depuis trois ans (art. 141), ajoute encore une cause *indéterminée* ou *abstraite*, en permettant au juge (art. 142) de prononcer le divorce « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune devient insupportable ». On trouve d'ailleurs une disposition assez analogue dans le Code civil allemand (art. 1568).

Dans une troisième série de législations, on placera celles qui, à côté du divorce pour causes déterminées, admettent le divoree par consentement mutuel. Ces législations se subdivisent à leur tour. Certaines d'entre elles, comme celle de la Belgique (qui n'est autre que notre Code civil de 1804, demeuré en vigueur après 1815), celles du Grand-Duché de Luxembourg et

1. V. Roguin, *Traité de Droit comparé : le Mariage*, 1904-1912 ; Laurent Bailly, *Le Divorce et la Séparation de corps en France et à l'étranger*, 1910.

de la Roumanie, assujettissent le divorce par consentement mutuel à des formalités destinées à établir qu'il existe entre les époux une cause réelle et grave de désunion. D'autres lois admettent le divorce par consentement mutuel, mais après que les époux se sont imposé auparavant l'épreuve d'une séparation de corps prolongée pendant un certain temps. Il en est ainsi en Suède, en Norvège, en Danemark et en Autriche pour les sujets israélites de l'Empire.

La question du divorce en législation[1]. — Pour porter un jugement impartial et réfléchi sur la valeur de l'institution du divorce, il faut, croyons-nous, écarter *a priori* diverses considérations qui ne peuvent qu'obscurcir ou faire dévier le débat.

Et d'abord, il convient de laisser de côté l'argument théologique ou confessionnel, soit dans un sens, soit dans l'autre.

Parce que l'indissolubilité du mariage est proclamée par la religion catholique, il n'est pas vrai qu'il y ait violation de la liberté de conscience des catholiques, si l'on admet le divorce. Les époux catholiques ne sont pas forcés de divorcer. Et, si le divorce est imposé à l'un d'eux par un conjoint moins scrupuleux, il est toujours loisible au premier de se mettre en règle avec sa conscience en ne se considérant pas comme délié du lien conjugal et en s'abstenant de se remarier. L'Eglise catholique fait profession d'ignorer le mariage civil. Le sacrement seul compte à ses yeux. Les ecclésiastiques qui prononcent une allocution, lors du mariage religieux, ne manquent jamais d'appeler « mademoiselle » la jeune femme qui, la veille, ou le matin même, s'est mariée à la mairie. Qu'importent donc à l'Eglise les solutions adoptées par le législateur laïque pour le mariage civil?

Inversement, le fait que les cultes dissidents permettent le divorce n'est pas un argument péremptoire en faveur de l'institution, et il n'y aurait pas violation de la liberté de conscience des protestants ou des israélites si la loi civile leur interdisait le divorce que tolère leur foi religieuse. A bien des points de vue, nous l'avons constaté, la loi civile se montre plus rigoureuse que la loi religieuse quant aux conditions et aux règles du mariage ; c'est son droit. A-t-on jamais soutenu que le Code civil violait la liberté de conscience des catholiques parce qu'il interdit le mariage aux garçons entre quatorze et dix-huit ans et aux filles entre douze et quinze ans, alors que le Droit canonique le permettrait, ou parce qu'il voit une condition de validité du mariage des mineurs dans le consentement des parents, alors que ce consentement n'est pas nécessaire aux yeux du législateur ecclésiastique ?

Il y a un autre argument à rejeter parmi ceux dont usent volontiers les

1. V. sur ce point et sur les nouvelles causes de divorce qui pourraient être introduites dans la loi, Tissier, *Rapport sur l'extension des causes du divorce* dans Bull. de la Soc. d'Et. législ., 1906, p. 118, 180, 289; Ambroise Colin, *L'élargissement du divorce*, Revue de Paris, 1er octobre 1906. On trouvera dans ce dernier article, p. 542, en note, une bibliographie du sujet.

partisans du divorce. Ils ont dit et répété à satiété que la conception du mariage, contrat civil, conduirait nécessairement à la possibilité d'une rupture du lien matrimonial, au moins par le *mutuus dissensus* des époux, parce que tel est le régime de tous les contrats. Ils oublient que le mariage est un contrat exceptionnel dans lequel, suivant la remarque de Portalis, la société est toujours *partie*, à côté des époux. Chose singulière, cette physionomie exceptionnelle du mariage envisagé comme contrat, que les partisans du divorce nous paraissent méconnaître, les plus outranciers d'entre eux s'en réclament aujourd'hui lorsqu'ils revendiquent, entre autres élargissements du divorce, la faculté réciproque de répudiation sous le nom de divorce par volonté unilatérale ou pour incompatibilité d'humeur. Ici on réclame pour le mariage un régime de fragilité et d'instabilité qui n'est pas celui des contrats ordinaires. En somme, on doit reconnaître que le législateur civil a parfaitement le droit d'imposer le mariage indissoluble, si cette règle lui paraît conforme aux intérêts de la Cité. Il y a d'autres pays que le nôtre, où la loi considère, ainsi que notre Code civil, le mariage comme un pur contrat civil et où cependant le divorce n'est pas admis. Telle est l'Italie. Là, les efforts des partisans du divorce se heurtent depuis des années et se heurteront longtemps encore, semble-t-il, au sentiment de la plus grande partie du public éclairé et à l'indifférence des masses à l'égard d'une prétendue réforme dont elles n'aperçoivent pas les avantages.

Le terrain de la discussion ainsi déblayé, tout en reconnaissant la gravité des considérations que l'on peut faire valoir en faveur du divorce, nous ne dissimulerons pas que nos préférences vont à la thèse de l'indissolubilité du mariage [1].

Personne ne peut contester que ce qui fait l'honneur et la dignité morale de l'union des sexes dans le mariage, c'est la pensée de sa perpétuité. Le régime de l'indissolubilité, sous lequel la Chrétienté a vécu pendant des siècles, nous apparaît comme ayant été une conquête de la civilisation. Ce serait faire preuve d'étroitesse d'esprit que de le méconnaître pour la seule raison que ce régime a été naguère postulé, puis imposé par l'Eglise catholique.

De plus, il n'est pas douteux que la stabilité du foyer réalise les conditions les meilleures pour l'éducation des enfants. Or, c'est là, de toutes les fins du mariage, celle qui doit retenir le plus la sollicitude du législateur. On l'a dit avec raison : « Le mariage fonde la famille ; le divorce la détruit. »

Les partisans du divorce n'ont pas de peine à faire ressortir la supériorité de l'état qui en résulte sur celui que crée la séparation de corps. Certes, la situation de deux époux séparés, c'est-à dire mariés sans l'être, est fausse et pénible. Elle conduit souvent au concubinage adultère ; elle

1. Les auteurs du présent livre se sont, sur cette question de principe (uniquement sur le principe), trouvés en désaccord. Il convient donc d'indiquer que le contenu de la présente Rubrique est l'œuvre exclusive de M. Ambroise Colin.

est, par conséquent, éminemment pernicieuse pour les enfants, ainsi d'ailleurs que le serait le spectacle quotidien des misères d'un ménage désuni et cependant rivé à sa chaîne par l'intransigeante sévérité de la loi. Le divorce vaut mieux dit-on : il liquide, une fois pour toutes, une situation insupportable, ouvre aux époux malheureux les perspectives d'autres unions mieux assorties où ils pourront peut-être « reconstruire deux bons ménages avec les débris d'un mauvais ».

Mais on peut répondre que l'expérience démontre combien les partisans du divorce s'exagèrent la valeur de ce remède. Il n'y a certainement pas plus de bonheur répandu dans la Société française depuis que le divorce y a été rétabli. Les époux, que tourmente une âme inquiète et impatiente de toute contrainte, chercheront bien souvent en vain dans une deuxième union la félicité qu'ils n'ont pu atteindre dans la première. Et, d'un autre côté, on peut se demander si la perspective d'une dissolution possible du mariage, en cas de mésintelligence, n'est pas de nature à en faire naître les occasions. Il n'y a guère d'unions sans nuages. Nombre de ménages, au temps du mariage indissoluble, surmontaient des difficultés passagères et arrivaient à fournir une honorable carrière, qui eussent sombré dans le divorce, s'il avait alors existé. Bien des différends conjugaux s'enveniment à l'heure actuelle qui se fussent assoupis sous l'empire de l'ancienne loi.

Mais si, à notre avis, le mariage indissoluble est préférable, est-ce à dire que l'on puisse, à l'heure actuelle, espérer remonter le courant et concevoir sérieusement l'espérance d'un retour au régime de la loi de 1816? Nous ne le croyons certainement pas.

Il ne faut pas oublier en effet qu'en cette matière, la loi ne saurait heurter le sentiment public. Or le divorce est, depuis 1884, entré dans nos mœurs. Si on peut critiquer le principe au point de vue des intérêts de la collectivité, il faut bien constater qu'il a servi de remède à nombre d'infortunes individuelles dignes de sympathie et de pitié. Dans les classes populaires notamment, où l'alcoolisme et les autres vices produits par la misère détruisent tant de foyers, le divorce est souvent bienfaisant, surtout pour la femme. A l'heure actuelle, le sentiment public serait, croyons-nous, aussi hostile à la suppression du divorce qu'il s'était montré, en somme, jusqu'en 1884, médiocrement favorable à son rétablissement. Il faudrait, pour qu'une révolution législative, du genre de celle qui s'est produite en 1816, redevint possible aujourd'hui, de profonds bouleversements sociaux que personne ne peut prévoir et, encore moins, espérer[1].

Puisque le divorce existe et qu'il est impossible, actuellement, de le supprimer, le mieux est donc, croyons-nous, de s'incliner devant le fait

1. Cette observation qu'une réaction contre les facilités de la loi du divorce n'est possible qu'à la suite d'un cataclysme politique, se trouve formulée en termes un peu emphatiques, mais, en somme, avec beaucoup de justesse, dans le rapport de Trinquelague sur la proposition de Bonald en 1816. « Quand une nation a vieilli dans les vices d'une longue civilisation, il est difficile sans doute au législateur de

accompli, et d'accepter loyalement le principe de l'institution, en recherchant les moyens de la rendre aussi utile et aussi digne que possible. Une telle attitude donnera évidemment plus d'autorité à ceux qui s'efforceront d'empêcher, dans l'application de la loi du divorce, une facilité et des abus gravement dommageables à la moralité publique et, par là, à la cohésion et à la vigueur de la Société Française.

SECTION II. — DIVORCE.

§ 1. — Des causes de divorce.

Système générale du Code civil. — Dans une législation qui, comme la nôtre, n'admet le divorce que pour causes déterminées, trois conceptions sont possibles :

La première, la plus étroite, celle du *divorce-sanction*, n'admettra comme causes déterminées, que les fautes commises par un époux *contre l'autre*, les manquements aux obligations nées du mariage.

La conception la plus large, celle du *divorce-remède*, verra une cause de divorce dans toute situation rendant la vie commune intolérable, cette situation eût-elle pour origine des circonstances absolument indépendantes de la volonté des époux. C'est ainsi qu'on fera, dans ce système, une cause de divorce de l'aliénation mentale d'un des conjoints.

Le Code civil adopte un système intermédiaire. Il admet quatre causes de divorce :

L'adultère ;

La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante ;

Les excès et sévices ;

Les injures graves.

On le voit, le Code n'accepte pas entièrement l'idée du divorce-sanction, puisqu'il admet le divorce pour certaines fautes qui ne constituent pas une atteinte aux obligations matrimoniales, à savoir certaines condamnations encourues par un conjoint. Mais il exige, au moins, que la cause du divorce résulte d'un fait *volontaire*, imputable à son auteur.

Dès lors, et d'une façon générale, les griefs invoqués à l'appui d'une demande en divorce ne seront pas opérants s'il apparaît que les faits allégués ont été commis par un époux, sous l'empire d'un dérangement cérébral qui lui enlève le contrôle de ses actes (Req., 7 juin 1901, sol. impl., D. P. 1901. 1.397 ; S. 1902. 1.176).

Chacune des causes de divorce, admises par la loi, mérite un examen

lui rendre la vigueur et la pureté de ses premiers temps. Mais si une grande secousse vient à l'ébranler, si une crise violente bouleverse ses rapports, détruit tous ses appuis et la suspend sur le précipice, il est possible, alors, que ses ressorts affaiblis se retrempent dans le malheur, et que le sentiment profond du danger lui fasse retrouver sa première énergie et lui rende une existence nouvelle. »

détaillé. On verra que les pouvoirs d'appréciation du tribunal sont plus ou moins étendus selon les cas[1].

Première cause : Adultère.— Art. 229 : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. » Art. 230 : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère du mari. »

La dualité de ces deux textes, qui font cependant au mari et à la femme une situation identique, s'explique par une raison historique. Sous l'empire du Code civil, il y avait deux textes distincts, l'un pour l'adultère de la femme, l'autre pour celui du mari, parce qu'ils n'entraînaient pas la même sanction au point de vue du divorce. L'article 229 avait déjà sa rédaction actuelle. L'article 230, au contraire, visant l'adultère commis par le mari, n'en faisait une cause de divorce que s'il était accompagné d'une circonstance aggravante, consistant dans ce fait que le mari avait « tenu sa concubine au domicile conjugal ». C'était là, d'ailleurs, la tradition du Droit romain et celle de l'ancien Droit, qui n'admettaient pas que la femme pût porter devant les tribunaux une accusation d'adultère contre le mari, alors que la réciproque était admise. Juvenal avait déjà protesté contre cette inégalité (Sat. II).

Dat veniam corvis, vexat censura columbas.

« La raison de la différence est évidente, écrivait Pothier : l'adultère que commet la femme est infiniment plus contraire au bon ordre de la société civile, parce qu'il tend à dépouiller les familles et à en faire passer les biens à des enfants adultérins qui y sont étrangers ; au lieu que l'adultère commis par le mari, quoique très criminel en soi, est à cet égard sans conséquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite ! » (*Tr. du Contrat de mariage*, n° 516).

Le Code civil, en admettant la demande en divorce de la femme, au moins lorsqu'il y avait, à la faute du mari, la circonstance aggravante indiquée par l'ancien article 230, faisait donc un premier pas vers l'égalité.

Inspirés du même esprit sont les articles 337 et 339 du Code pénal qui punissent d'emprisonnement la femme coupable d'adultère, tandis que le mari n'encourt de peine que s'il a entretenu sa concubine dans la maison

1. Voici un tableau de l'importance comparative des causes de divorce et de séparation de corps.

	Nombre de divorces			Nombre de séparations		
Années	1912	1920	1923	1912	1920	1923
Excès, sévices, injures graves.	17.966	32.801	23.423	3.524	3.985	4.156
Adultères de la femme	2.612	9.758	5.218	245	443	414
Adultères du mari	1.732	3.766	3.378	222	402	477
Condamnation à une peine afflictive et infamante	266	391	285	28	29	37
Conversion		809	777			

conjugale ; encore la peine du mari consiste-t-elle simplement dans une amende et non plus dans l'emprisonnement.

La loi de 1884, en modifiant la rédaction de l'article 230, a établi, avec raison, l'égalité entre les époux devant le divorce. Il est trop évident que la femme n'est pas moins gravement outragée que le mari par la trahison de celui qui lui a promis fidélité. D'ailleurs, la Jurisprudence en matière de séparation avait, à cet égard, frayé la voie au législateur. Depuis longtemps elle admettait que l'adultère du mari, même non accompagné de la circonstance aggravante de l'ancien article 230, pouvait être retenu, à titre d'*injure grave*, comme une cause de séparation de corps (Req., 14 juin 1836, D. J. G., V° *Séparation de corps et divorce*, 79).

L'inégalité de sanction pour la faute des deux époux subsiste encore néanmoins dans nos lois, à deux points de vue.

1° Les textes du Code pénal signalés plus haut n'ont pas été modifiés ;

2° En ce qui concerne la preuve de l'adultère, en vue d'une demande en divorce (preuve qui peut se faire par tous les moyens possibles, témoignages, production de correspondance, etc...), la femme est, dans une certaine mesure, moins favorisée que le mari. La preuve la plus simple et la plus pratique de l'adultère est, en effet, celle qui résulte d'un procès-verbal de constat dressé par le commissaire de police. Or le commissaire n'est obligé de déférer à la réquisition de l'époux plaignant que s'il y a délit tombant sous le coup de la loi pénale, Il doit donc refuser de constater l'adultère du mari lorsqu'il est commis hors du domicile conjugal. Car il n'a pas pour mission de dresser acte des faits qui intéressent les rapports purement privés des particuliers.

Il reste à faire une dernière observation. On s'accorde, en général, à admettre que l'adultère est une cause *péremptoire*, c'est-à-dire qu'une fois la faute démontrée, le juge ne possède aucun pouvoir d'appréciation et *doit* prononcer le divorce quand même il le trouverait inopportun. La Cour de cassation a plusieurs fois statué en ce sens (V. en dernier lieu, Req., 5 août 1901, D. P. 1901, 1.470 ; S. 1901, 1.400).

Et on aperçoit ainsi la portée de la réforme de l'article 230 effectuée en 1884. Lorsque les tribunaux considéraient l'adultère simple du mari comme une injure grave, ils possédaient un pouvoir d'appréciation, car l'injure grave n'est pas une cause péremptoire de divorce ou de séparation ; ils pouvaient, par exemple, se refuser à accueillir la demande de la femme si la faute du mari n'avait pas entraîné de scandale public. Aujourd'hui, ils n'auraient pas cette faculté.

On rencontre cependant des décisions rejetant des demandes en divorce pour adultère démontré, lorsque l'époux demandeur est coupable d'avoir provoqué ou favorisé la faute de son conjoint. Par là, dit-on, il s'est rendu indigne de la protection de la loi (Paris, 18 juillet 1893, D. P. 1893. 2.471 ; S. 1893. 2.267). Une pareille solution nous paraît critiquable. Du moment que l'union conjugale est dissoluble, nous ne voyons pas quel avantage social ou privé il y a à maintenir le mariage d'un mari et d'une femme vivant dans les conditions indiquées par l'arrêt précité. L'adultère de la

femme, même provoqué par le mari qui en tire peut être profit, nous paraît donc devoir être une cause de divorce. Mais la femme serait en droit d'invoquer l'attitude ignominieuse du mari comme une injure grave qu'elle ferait valoir dans une demande reconventionnelle. Et, de cette façon, le tribunal pourrait prononcer le divorce aux torts des deux époux.

Deuxième cause : Condamnation d'un époux à une peine afflictive et infamante. — On remarquera que l'article 232 actuel exige, pour qu'il y ait cause de divorce, une condamnation à une peine à *la fois afflictive et infamante*. Avant la loi de 1884, l'article 232 ancien n'exigeait qu'une peine *infamante*. Dans la terminologie du Droit pénal, on désigne sous le nom de *peines afflictives et infamantes*, les peines *criminelles* qui emportent privation de la liberté : la peine de mort, les travaux forcés, la réclusion, la déportation et la détention. Les trois premières punissent les crimes de droit commun, les deux dernières sont des peines politiques. Les peines à la fois afflictives et infamantes sont les seules qui, prononcées contre un conjoint, entraînent désormais le divorce. Elles en constituent indubitablement une cause *péremptoire*.

Quant aux peines simplement *infamantes*, ainsi dénommées parce qu'elles n'entraînent pas privation de la liberté, ce sont le *bannissement*, et la *dégradation civique* prononcée comme peine principale (et non pas comme complément d'une peine corporelle). La loi de 1884 les a écartées, parce que ce sont des peines punissant exclusivement des délits politiques n'entraînant pas la flétrissure morale du condamné.

Il résulte, *a contrario*, de l'article 232 que les peines *correctionnelles*, à plus forte raison celles de *simple police,* ne sont pas une cause de divorce. Le législateur l'a ainsi décidé parce que les actes punis de peines correctionnelles, telles que l'amende ou l'emprisonnement, ne sont pas toujours déshonorants pour le condamné. Mais ce n'est pas à dire que le conjoint d'un individu condamné à une peine correctionnelle pour un *crime* (ce qui peut arriver, par exemple, à raison de circonstances atténuantes), ou pour un des nombreux *délits* qui emportent une flétrissure morale pour le condamné, comme l'escroquerie ou l'attentat à la pudeur, n'ait pas le droit de demander le divorce, en invoquant cette condamnation. Ici encore, la notion de l'*injure grave* interviendra. Le conjoint, sur la considération duquel la dégradation encourue par l'autre époux rejaillirait fâcheusement, pourra invoquer cette atteinte comme une injure et en faire la base d'une demande en divorce. Même, une simple peine disciplinaire pourrait parfois être relevée au même titre. Dans tous ces cas, c'est moins la condamnation que le fait déshonorant qui l'a entraînée qui constitue l'injure, cause du divorce (V. Angers, 13 avril 1896, D. P. 1896.2.439). Par conséquent, les tribunaux auront un pouvoir d'appréciation qui ne leur appartient pas quand il y a condamnation à une peine afflictive et infamante.

Pour que la condamnation de l'un des conjoints constitue, pour l'autre,

une cause péremptoire de divorce, il faut, outre cette circonstance que la peine prononcée soit à la fois afflictive et infamante, les conditions suivantes :

1° La condamnation doit être *définitive*, c'est-à-dire n'être plus susceptible d'être effacée par les voies légales de réformation, appel, opposition, pourvoi en cassation. L'article 261 ancien (abrogé, avec beaucoup d'autres, par la loi de 1886) énonçait expressément cette condition, et il n'est pas douteux qu'on doive la suppléer aujourd'hui. Il résulte de là que la condamnation par coutumace ne devient une cause de divorce qu'au bout de vingt ans après sa prononciation, car jusque-là, elle n'est pas définitive et tombe par le seul fait de la comparution du contumax (art. 476, C. inst. crim. — V. Paris, 11 février 1887, S. 1887.2.88 ; Bordeaux, 3 février 1892, P. F. 1893.2.205).

2° La condamnation ne pourrait être invoquée, si le conjoint condamné avait obtenu sa *réhabilitation* ou bénéficié d'une *amnistie*, car l'une et l'autre effacent tous les effets de la condamnation. Mais il en serait autrement de la *grâce* ou de la *prescription de la peine*, qui laissent subsister la condamnation et dispensent simplement le condamné de l'exécution de la peine.

3° La condamnation doit avoir été prononcée *pendant le mariage*, car l'article 232 parle de la condamnation *de l'un des époux*. Il importe peu, en revanche, que le crime ait été commis antérieurement. Si la condamnation remontait à une époque précédant le mariage, elle ne serait donc plus, à elle seule, une cause de divorce. Il en serait autrement cependant si le coupable l'avait dissimulée à son conjoint, car cette dissimulation d'une tare antérieure au mariage peut, d'après la Jurisprudence, comme cela sera expliqué plus loin, être considérée comme une injure grave pour le conjoint qui en a été la victime.

Troisième cause : Excès et sévices graves. — Cette cause de divorce est visée par l'article 231, en même temps et dans la même phrase que les injures. Mais il paraît préférable d'y voir une cause distincte, parce que la notion des sévices ou excès (mots d'ailleurs synonymes) est loin d'offrir la même élasticité et d'avoir prêté aux mêmes extensions de jurisprudence que la notion de l'injure.

On entend par excès ou sévices les violences d'un époux contre l'autre. Mais il n'est pas nécessaire que ces violences constituent des coups et blessures proprement dits. Ainsi, la *séquestration* d'un époux par l'autre est un excès. De même, l'usage brutal que le mari fait de ses droits pour imposer à sa femme des rapprochements conjugaux excessifs et de nature à compromettre sa santé peut être assimilé à un sévice (Poitiers, 3 décembre 1894, D. P. 1895.2.64; S. 1895.2.36).

L'épithète de *graves*, employée par l'article 231, s'appliquant aussi bien aux excès ou sévices qu'aux injures, nous en déduirons deux conséquences :

1° Les violences d'un époux contre l'autre, pour constituer une cause de divorce, doivent dépasser la mesure de simples actes de vivacité (Chambéry,

4 mai 1872, D. P. 1873.2.129 ; S. 1873.2.217 . Nous croyons de plus qu'elles ne doivent pas être isolées, mais renouvelées, car seulement dans ce cas elles rendent la vie commune intolérable. Ce n'est pas d'ailleurs probablement sans intention que le législateur, pour désigner les faits constituant cette cause de divorce, a employé le pluriel et non le singulier (Toulouse, 10 février 1898, D. P. 1899.2.257) ;

2° Les magistrats, ayant à juger, en fait, si les excès ou sévices allégués peuvent être considérés comme *graves*, possèdent en cette matière un pouvoir d'appréciation souverain (Nombreux arrêts en ce sens, notamment Req., 5 juillet 1909, D. P. 1909.1.496 ; S. 1909.1.576 ; Civ., 24 janv. 1912, D. P. 1912.1.171, 2e esp. ; S. 1912.1.319).

Quatrième cause : Injures graves. — L'*injure grave* est, de toutes les causes de divorce, celle qui, de beaucoup, donne lieu au plus grand nombre d'applications. L'expression employée par l'article 231 comprend, en effet, deux groupes distincts de faits :

1° Les *outrages* adressés par un époux à l'autre au moyen de la parole ou de la plume. Ces outrages doivent évidemment présenter un caractère de gravité suffisant, ce que les magistrats auront à apprécier, en tenant compte des circonstances, de l'état d'esprit des parties, des habitudes des époux et de leur milieu social. Comme le dit un arrêt de la Cour de Montpellier du 5 février 1895 (D. P. 1896.2.101), « la loi n'admet comme injures graves que celles qui sont l'expression d'un sentiment mauvais, réfléchi, permanent, rendant la vie commune insupportable à l'époux offensé, et non des paroles vives, inconvenantes, échappées à une violence passagère et qui trouve son excuse dans les circonstances qui l'ont fait naître ».

2° Sont encore des injures les *actes* d'un époux qui, sans qu'il y ait eu de sa part aucune parole ou qualificatif injurieux, n'en ont pas moins, par eux-mêmes, le caractère d'une offense outrageante pour l'autre époux, parce qu'ils constituent une violation des devoirs nés du mariage ou démontrent l'indignité de leur auteur et rendent dès lors la vie commune intolérable. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu de la part de l'époux incriminé une *intention* hostile et malfaisante ; il suffit que, comme, par exemple, dans le cas d'ivrognerie habituelle et publique, ou d'habitudes de jeu compromettant sa dignité, le mari ait causé à la femme une humiliation personnelle équivalente à celle qui résulterait d'un outrage proprement dit (Req., 6 mai 1907, D. P. 1907.1.408 ; S. 1907.1.280).

Etant donné le caractère forcément vague et flottant de cette conception de l'injure grave, on comprend qu'elle puisse embrasser les faits les plus divers. Et, de fait, on ne saurait prétendre énumérer tous les cas d'injures graves dont les recueils de décisions judiciaires nous fournissent l'indication. Il suffira d'en citer quelques-uns :

L'abstention volontaire et persistante du devoir conjugal ;

L'abandon volontaire et intentionnel de l'un des époux par l'autre ;

Le refus non justifié du mari de recevoir sa femme ; le refus persistant de la femme de réintégrer le domicile conjugal, sans motifs plausibles ;

La tentative d'adultère ou même de simples légèretés de conduite (Req., 12 mai 1885, S. 1886.1.16) ;

La communication d'une maladie secrète ;

Le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage après la célébration civile (Rouen, 29 avril 1910, S. 1911.2.37).

Cette jurisprudence, sans cesse en voie d'extension, nous paraît mériter la critique à deux points de vue.

1° Elle aboutit parfois à violer, à tout le moins à tourner la loi, à en méconnaître l'esprit. Ainsi, nous avons déjà vu les tribunaux utiliser l'article 231 pour faire aboutir des demandes fondées sur des faits que d'autres textes sembleraient, au moins implicitement, exclure des causes de divorce (condamnation à une peine correctionnelle par exemple). De même, ils ne se font pas faute d'admettre, comme injures graves, des faits *antérieurs* au mariage, tels que l'impuissance du mari, ou bien l'erreur sur l'intégrité judiciaire ou corporelle d'un conjoint, ou sur les croyances religieuses, au moins lorsqu'il y a eu dissimulation frauduleuse des faits (nombreuses décisions en ce sens : V. en dernier lieu, Trib. civ. Dax, 30 novembre 1906, D. P. 1907.2.135). Or, d'une part, on ne peut dire qu'il y ait dans des torts de ce genre, une injure commise *par un époux* contre l'autre. Et, d'autre part, la sanction logique de griefs de ce genre paraîtrait devoir être, non le divorce ou la séparation de corps, mais la nullité du mariage. Et, le législateur s'étant refusé à les comprendre parmi les causes de nullité, n'est-ce pas faire violence à la loi que de leur faire produire néanmoins, sous forme de divorce, la rupture du lien conjugal ?[1]

2° Les décisions judiciaires qui attachent à tel ou tel fait le caractère d'une injure grave sont considérées comme souveraines parce qu'elles reposent sur une appréciation de fait. Elles échappent, dès lors, au contrôle de la Cour de cassation (Civ., 25 juillet 1910, D. P. 1910.1.464 ; S. 1911.1.12), ce qui présente un double inconvénient. D'abord, la Cour suprême est hors d'état de mettre des bornes à l'extension, de plus en plus large et débordante, que les tribunaux donnent à la notion d'injure grave et à la multiplicité, peut-être abusive, des divorces qui résultent de cette extension. Et, en second lieu, l'appréciation des griefs conjugaux pourra varier suivant le tribunal devant lequel la cause sera portée. Tel fait ne sera pas considéré comme une injure grave par un tribunal, qui sera accueilli par un autre comme constituant une cause suffisante de divorce. De sorte que le reproche d'incertitude peut s'ajouter au reproche d'arbitraire que mérite ici, croyons-nous, l'interprétation donnée à la loi par les tribunaux.

Conviendrait-il de créer d'autres causes de divorce ? — Etant donné l'extrême variété des faits qui, nous venons de le constater, peuvent actuellement servir de base à une demande en divorce, on peut s'étonner,

1. Cons. Hitier, *Du développement de la jurisprudence en matière de divorce*, Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble, 1895.

à première vue au moins, qu'on puisse souhaiter l'adjonction de nouvelles causes déterminées à celles dont les tribunaux admettent, dès à présent, un aussi large usage.

C'est cependant ce que font les partisans de l'élargissement du divorce. Il y a deux causes surtout dont ils réclament l'admission, à savoir *l'abandon* prolongé et persistant du domicile conjugal et *l'aliénation mentale* incurable d'un conjoint[1]. De ces deux propositions, la seconde surtout soulève bien des objections car elle paraît peu en harmonie avec la notion du devoir réciproque d'assistance dans les épreuves de la vie que le mariage impose aux époux. Il est clair, que, si ces deux causes nouvelles étaient admises, notre loi s'écarterait de plus en plus du concept du *divorce-sanction*.

On réclame aussi parfois le rétablissement, dans notre Code, du divorce par consentement mutuel, sans doute avec de moins gênantes formalités qu'en 1804. Ce que l'on peut dire de plus décisif contre ce desideratum, c'est qu'il est, en fait, déjà réalisé dans la pratique par les facilités que les errements de procédure suivis devant nombre de tribunaux offrent aux époux qui, sans avoir de causes déterminées à faire valoir, se sont mis d'accord pour divorcer. Outre la *simulation* de griefs inexistants en réalité, on peut signaler, dans cet ordre d'idées, la fréquence des jugements de divorce rendus *par défaut*, ce qui supprime toute contradiction des motifs allégués à l'appui de la demande. Devant certains tribunaux même, dont celui de la Seine, on admet que les avocats des parties renonçant à tout débat, fassent rendre, sur simple production de leurs dossiers, un *jugement d'accord*. Ajoutons que, d'après la Jurisprudence, le fait, de la part d'un demandeur en divorce, d'alléguer contre l'autre époux un grief reconnu injustifié, constitue une injure grave que celui-ci peut invoquer à l'appui d'une demande reconventionnelle (Req., 10 janvier 1906. D. P. 1906.1.136). Qu'y a-t-il, dès lors, de plus aisé que de tourner la prohibition du divorce par consentement mutuel, cependant écrite dans la loi? Ceux qui, croyons-nous, pourraient être actuellement les plus enclins à souhaiter une réforme de la loi, dans le sens indiqué, sont plutôt les partisans du divorce restreint. Le rétablissement, dans le Code, du divorce par consentement mutuel permettrait peut-être de l'assujettir à des garanties et à un contrôle que son fonctionnement de fait actuel ne comporte pas.

Des fins de non-recevoir contre la demande en divorce. — L'effet des causes de divorce peut se trouver paralysé par l'existence d'une fin de non-recevoir admise par la loi.

Quelles sont au juste ces fins de non-recevoir ? Trois sont certaines ; deux sont contestées ; une sixième fin de non-recevoir à été abolie par la loi du 5 avril 1919.

1. V. les propositions de M. Maurice Violette, *Ch. des députés*, sess. extraord. 1910, annexe n° 434, *J. Off., Doc. Parl.*, Ch., p. 72 ; et Maurice Colin, *ibid.*, annexe n° 470, *J. Off., Doc. Parl.*, p. 117; Voir *Revue trimest. de droit civil*, 1906, p. 186 et 945, 1907, p. 662, 1911, p. 205.

1° *L'abandon par la femme*, sans motifs plausibles, *de la résidence qui lui a été assignée*, au début de l'instance, par le président du tribunal. la fait déclarer irrecevable à poursuivre la demande qu'elle aurait formée (art. 241).

2° L'action en divorce s'éteint encore par *la mort de l'un des époux*, survenue pendant la procédure, ou avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif (art. 244, 3e al.). On comprend en effet que l'instance en divorce, génératrice de cruels froissements et de scandales, ne doit pas continuer à se dérouler, alors que le mariage va se trouver dissous naturellement par la mort. Il n'y aurait plus guère, pour l'époux survivant ou pour les héritiers du défunt, qu'un intérêt d'ordre pécuniaire à faire décider qui doit sortir vainqueur de l'instance engagée. Et cet intérêt, la loi ne juge pas qu'il doive ici être pris en considération.

3° Une troisième fin de non-recevoir certaine résulte de la *réconciliation* des époux survenue soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis la demande (art. 244, 1er et 2e al.). Cette réconciliation, impliquant de la part de l'époux offensé, le pardon des fautes de son conjoint, peut se prouver par tous les moyens possibles. Elle résultera le plus souvent de la reprise par les époux de la vie commune, au moins quand elle avait été suspendue, sans que, d'ailleurs, les tribunaux soient astreints à attacher cette conséquence à la cohabitation des époux, car ils ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation (Req., 10 mars 1908, D. P. 1908.1.280 ; S. 1908.1.308 ; Civ., 23 octobre 1911, D. P. 1911.2.463 ; S. 1912.1.16).

La réconciliation n'empêche pas d'ailleurs l'époux d'intenter une nouvelle demande, s'il découvre des faits qu'il ignorait quand il a pardonné. Il peut alors se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa demande, si les faits nouveaux sont, en eux-mêmes, insuffisants. Il en est de même quand, après la réconciliation, le conjoint se rend coupable d'une nouvelle faute (art. 244, 2e al). Suivant une formule employée par la Cour de cassation, les faits nouvellement commis ou découverts « font revivre » les faits anciens (Req., 8 mars 1904, D. P. 1904.1.475 ; S. 1904.1.240 ; 8 mars 1909, D. P. 1910.1.53 ; Civ., 3 janvier 1912, D. P. 1912.1.171, 1re esp. ; S. 1912.1.192).

4° La *prescrition* peut-elle éteindre l'action en divorce ? Il y a des décisions qui l'admettent, quoique la loi garde le silence sur ce point (Trib. civ., Rambouillet, 3 août 1894, D. P. 1895.2.294 ; S. 1895.2.55). Ainsi, l'expiration du délai de trente ans, depuis les faits commis par un conjoint, mettrait obstacle à ce que ces faits puissent être invoqués à l'appui d'une demande en divorce. La question offre, à notre avis, peu d'intérêt pratique, car l'inaction de l'époux offensé pendant trente ans peut être considérée comme éteignant son action, non parce que celle ci est prescrite, mais parce qu'il y a lieu de présumer une réconciliation. Mais, au seul point de vue des principes, admettre la prescription en cette matière

nous semble inacceptable, parce que la prescription ne peut atteindre les actions relatives à l'état des personnes et que l'action en divorce rentre dans cette catégorie.

Certaines législations étrangères édictent ici, nous devons le reconnaître, une solution contraire à celle que nous prêtons à la loi française. Ainsi, aux termes de l'article 138 du Code civil suisse, l'action de l'époux offensé s'éteint par le laps de six mois depuis que l'époux offensé a connu la faute de son conjoint, ou par le laps de cinq ans depuis que ce tort a eu lieu, s'il n'a pas été connu. La règle ainsi établie nous paraît mauvaise. De deux choses l'une, en effet. Ou bien le silence prolongé de l'époux offensé vaut réconciliation, et il n'est pas besoin de faire appel à la prescription. Ou bien ce silence s'explique par une autre cause, et il serait fâcheux que la prescription intervînt parce que, alors, le lien conjugal n'a pas cessé d'être profondément atteint.

5° Il y a pareillement doute sur le point de savoir si *la réciprocité des torts*, qui constitue une fin de non recevoir dans certaines lois étrangères, en Angleterre, par exemple, doit avoir chez nous le même effet. La plupart des auteurs se prononcent pour la négative. Il y a cependant un cas où la loi nous paraît imposer la solution contraire. C'est lorqu'il s'agit de divorce pour cause de condamnation d'un des époux à une peine affective et infamante. En effet, l'article 232 nous dit : « La condamnation de l'un des époux sera *pour l'autre époux* une cause de divorce ». On remarquera que la Jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'excès ou d'injures graves, paraît admettre que les torts de l'époux demandeur peuvent être considérés comme ayant enlevé à ceux de l'autre conjoint leur caractère de gravité et, dès lors, comme les ayant rendus inopérants (Req., 6 décembre 1897, D. P. 1898.1.77; S. 1898.1.320; 14 janvier et 27 janvier 1908, D. P. 1908.1.127 et 154; S. 1908.1.143 et 144).

6° Enfin, l'article 295 contenait une fin de non-recevoir aujourd'hui abolie. Son alinéa 3 disposait en effet que, lorsque deux époux divorcés se seraient réunis, il ne serait plus reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce. La loi du 5 avril 1919 a abrogé cette disposition.

§ 2. — Procédure du divorce.

Les dispositions relatives à la procédure du divorce devraient rationnellement prendre place dans le Code de procédure civile. Si le législateur de 1804 les avait insérées dans le Code civil, ce n'était point cependant par inadvertance, mais parce que, dans sa pensée, les formes à employer touchaient de près au fond de l'institution, en ce sens qu'elles étaient calculées pour rendre le divorce plus difficile, plus coûteux et partant plus rare. En 1884, la loi de rétablissement avait laissé subsister la procédure du Code civil. Mais, sur les réclamations du monde judi-

ciaire, la loi du 18 avril 1886, incorporée dans le Code civil, vint profondément remanier cette matière, dans un dessein évident de simplification.

Actuellement, certains partisans du divorce voudraient faire plus encore. Ils réclament une accélération plus grande de la procédure, la substitution d'un tribunal arbitral à la juridiction de droit commun, ou, tout au moins, la suppression, dans l'instance, du ministère des avoués et des avocats[1]. Si ces conceptions triomphaient, elles n'aboutiraient à rien moins qu'au renversement complet des conceptions du Code civil. Le divorce redeviendrait ce qu'il était chez les Romains, un acte de pure volonté ou à peu près, soustrait à tout contrôle sérieux. Et il serait bien difficile, en même temps qu'illogique, de continuer à en restreindre l'application à des cas déterminés.

La procédure du divorce qui demeure, malgré la réforme de 1886, assez spéciale à bien des points de vue, et qui donne lieu à plusieurs questions délicates, comprend trois phases successives.

Première phase : Devant le président du tribunal. — Les points à examiner, dans cette première phase, sont les suivants : I. Capacité nécessaire pour demander le divorce ; II. Tribunal compétent ; III. Requête du demandeur au président du tribunal ; IV. Tentative de conciliation ; V. Ordonnance du président contenant permission d'assigner ; VI. Mesures provisoires.

I. — **Capacité en matière d'action en divorce.** — En principe, chacun des deux époux doit pouvoir agir en divorce, soit pour le demander par voie principale, soit pour se défendre et, au besoin, former une demande reconventionnelle, afin de rejeter sur son adversaire les déchéances qui frappent l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé. Mais quel sera l'effet de l'incapacité, dont un époux peut être atteint, sur l'exercice de son droit ? C'est ce qu'on va examiner en passant en revue les diverses catégories d'incapables.

1° *Femmes mariées.* — Il est manifeste que la femme mariée doit échapper ici à la nécessité de l'autorisation maritale. La loi l'en dispense donc, ainsi que de l'autorisation de justice. Ces autorisations sont suppléées par le *permis de citer* que le président (et non le tribunal) doit donner à l'époux demandeur (art. 238). Ce permis de citer vaut habilitation pour la femme, en vue d'agir si elle est demanderesse, de répondre si elle est défenderesse. Ce permis *ne pouvant pas être refusé*, on peut considérer la femme comme totalement relevée de son incapacité, quand il s'agit de plaider en divorce.

2° *Minorité.* — Les mineurs mariés appartiennent forcément à la catégorie des mineurs émancipés. Or, l'article 482 n'assujettissant les mineurs émancipés à se faire assister de leur curateur pour plaider que lorsqu'il

1. V. sur ces propositions, Cézar-Bru, *Bull. de la Soc. d'Et. législ.*, 1906, p. 23

s'agit d'une *matière immobilière*, on considère qu'eux aussi sont capables de plaider en divorce tant en demandant qu'en défendant (Angers, 4 janvier 1899, D. P. 1899.2.160 ; S. 1899.2.40 ; Trib. civ. Limoges, 3 décembre 1908, D. P. 1910.2.200 ; S. 1909.2.228).

3° *Faiblesse d'esprit ou prodigalité.* — Ici, les textes qui déterminent la capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (art. 499, 513) sont conçus en termes généraux et lui défendent de *plaider* sans l'assistance de ce conseil. Le conseil judiciaire doit donc intervenir pour le procès en divorce intéressant le prodigue ou le faible d'esprit. Mais, comme il ne saurait être admis que la mauvaise volonté du conseil judiciaire pût entraver l'exercice d'un droit essentiel, le plaideur, en cas de refus d'assistance, pourra s'adresser au tribunal et se faire désigner un conseil *ad hoc* ayant mission impérative de l'assister (Paris, 25 mars 1890, D. P. 1890.2.257 note de M. Planiol ; S. 1890.2.107).

4° *Interdiction légale.* — Aux termes de l'article 234, alinéa 3, c'est le tuteur du condamné qui, « sur sa réquisition » et avec son autorisation, doit présenter la requête en son nom et, par conséquent, intenter la *demande* en divorce. Si l'interdit légal est *défendeur* à l'instance, le texte reste muet ; on appliquera donc le droit commun, et, dès lors, le condamné sera représenté dans l'instance par son tuteur. (Paris 7 avril 1887, D. P. 1888.2.245 ; S. 88.2.34 ; Caen, 20 novembre 1912, S. 1913.2 100).

5° *Interdiction judiciaire.* — Aucun texte ne vise la situation de l'aliéné interdit au point de vue de l'action en divorce. Il en résulte que, si l'interdit plaide comme *défendeur*, il sera représenté par son tuteur. Mais le tuteur pourra-t-il *demander* le divorce ? Non. En effet, l'article 307, 2e al. (ajouté par la loi du 18 avril 1886) porte expressément que le tuteur de l'interdit peut « avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance *en séparation* ». Et il résulte clairement des travaux préparatoires que la loi de 1886, en gardant le silence sur une demande en divorce à intenter au nom de l'interdit, a entendu en exclure la possibilité. Le divorce est un acte trop grave pour qu'un tuteur et un conseil de famille puissent y induire un aliéné. L'expédient de la séparation sera suffisant, le cas échéant, pour sauvegarder ses intérêts matériels et moraux.

On peut se demander ici, il est vrai, si l'aliéné lui-même ne pourrait pas intenter une action en divorce pendant un intervalle lucide. C'est une question qui sera examinée quand nous traiterons de l'interdiction.

6° *Aliéné placé dans un établissement.* — Aucune disposition dans la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, ne vise la situation de l'aliéné non interdit, mais placé dans un établissement, pas plus en cas de procès en séparation de corps qu'en cas de procès en divorce. Donc, si cet aliéné est *défendeur* à une action en divorce ou en séparation, il sera, comme dans tout autre procès, représenté par un mandataire *ad litem* (art. 33, loi de 1838). Quand il s'agit pour lui non de défendre, mais de *demander*, on pourrait être tenté d'arguer de l'absence d'une disposition analogue à celle de l'article 307 du Code civil relatif à l'interdit, pour soutenir qu'il ne peut pas plus agir en séparation qu'en divorce. A quoi bon, en effet, faire prononcer par la jus-

tice une séparation de corps, puisque l'internement de l'aliéné réalise déjà en fait cette séparation ? Cependant, certains arrêts se prononcent dans un sens différent. Ils décident qu'un mandataire *ad litem* de l'interné aurait qualité pour former et suivre en son nom une instance en séparation, mais non une demande en divorce. Bien plus, ils ne permettent pas même au mandataire *ad litem* de suivre une demande en divorce déjà entamée par l'aliéné avant son internement. Cette solution singulière se fonde sur ce qu'il est impossible à l'aliéné de se conformer à l'injonction de l'article 238, exigeant la comparution personnelle des plaideurs en divorce lors de l'essai de conciliation (Angers, 4 mai 1903, *Gaz. Pal.*, 1903.2.230). Il faut conclure de ce motif que, dans un tel système, la solution adoptée ne s'appliquerait point et qu'un mandataire pourrait poursuivre une instance en divorce entamée avant l'internement, si elle était parvenue à une phase plus avancée que celle de la conciliation.

Remarquons qu'en ce qui concerne l'aliéné interné mais non interdit, il ne paraît pas douteux qu'il ait pleine capacité d'agir en divorce ou en séparation pendant un intervalle lucide.

II. — **Tribunal compétent**. — Il faut appliquer les règles du droit commun. Par conséquent, l'action doit être portée devant le *tribunal civil* du *domicile du défendeur* (art. 59, al. 1, C. pr. civ.).

Ainsi, c'est le tribunal civil qui seul est compétent. Un tribunal répressif, appelé à statuer sur des faits qui constituent une cause de divorce, par exemple, sur une tentative de meurtre commise par un conjoint sur la personne de l'autre, ne pourrait pas, sur les conclusions de celui-ci, prononcer le divorce, alors même que la victime de cette tentative se serait portée partie civile.

L'ancien article 234 disait que le tribunal civil compétent était celui « de l'arrondissement dans lequel les deux époux auront leur domicile ». Et, en effet, le plus souvent, les époux, au moment où le procès commence, ont un domicile commun. Pourtant, le contraire peut se produire, par exemple si les deux époux sont déjà séparés de corps. Aussi la loi de 1886 a-t-elle supprimé la formule de l'article 234 (rédaction de 1884).

Une fois que l'*instance est engagée*, le tribunal saisi reste compétent alors même que le défendeur change de domicile. Il importe donc beaucoup de savoir à quel moment l'*instance est liée*, c'est-à-dire définitivement introduite. Est-ce au moment de la présentation de la requête, au moment du permis de citer, ou à celui de l'assignation ? La Cour de cassation décide que c'est au moment où le demandeur, ayant obtenu du président la permission de citer son conjoint en conciliation, l'a effectivement cité à comparaître devant le président (Req., 8 décembre 1880, D. P. 1881.1.260 ; S. 1882.1.103). Il y a des décisions de Cours d'appel en sens contraire. (V. Douai, 5 janvier 1903, D. P. 1903.2.152 ; Paris, 11 janvier 1900, *Gaz, Pal.*, 1900 2.465).

On décide également, et cette solution paraît le corollaire de la précédente, que le défendeur, qui prétend que le tribunal saisi est incompétent,

doit soulever immédiatement cette question devant le président avant de répondre aux griefs du demandeur (V. note de M. Garsonnet S. 1892.1.129; Paris, 15 mars 1892, D. P. 1893.2.367; S. 1892.2.72; note de M. de Boeck D. P. 1892.2.321).

Reste à savoir devant quelle juridiction sera porté l'appel contre la décision du président statuant sur la compétence. Sera-ce devant le tribunal ou devant la cour ? On relève sur ce point des arrêts en sens contraire (Grenoble, 2 mai 1891, D. P. 1892.2.561 ; S. 1893.2.177 ; Nimes, 16 février 1892, S. 1892.2.39). Nous croyons que c'est devant la cour, étant donné que le président, en prononçant sur la compétence, dans le procès destiné à se dérouler devant le tribunal, rend une décision qui, normalement, devrait émaner du tribunal et agit par une sorte de délégation, sans qu'on puisse le considérer ici comme constituant une juridiction particulière.

III. — **Requête de l'époux demandeur.** — Le premier acte de la procédure est une *requête* que l'époux demandeur adresse au président du tribunal, et dans laquelle il énonce les faits servant de base à sa demande. Cette requête est rédigée par un avoué. Mais la loi veut qu'elle soit présentée au président par l'époux *en personne* (art. 234-1°). En cas d'empêchement dûment constaté de l'époux, le président doit se transporter, assisté de son greffier, au domicile du demandeur (art. 234 2e al.). On voit combien la loi attache d'importance à la comparution du demandeur devant le président. C'est que celui-ci doit, après avoir entendu les doléances de l'époux, lui faire toutes les observations qu'il croira convenables pour le détourner de poursuivre sa demande si elle n'est pas fondée sur des motifs suffisamment graves (art. 235). Cette disposition et un grand nombre de celles qui vont suivre révèlent, croyons-nous, clairement l'esprit du législateur, qui ne voit dans le divorce qu'un remède d'exception auquel on ne doit recourir qu'en désespoir de cause. C'est pour cela que la loi multiplie les formalités qui tendent à susciter les réflexions des époux ou à provoquer entre eux une réconciliation. Mais l'expérience démontre combien ces précautions sont peu utiles. Notamment, les observations que le président peut faire à un conjoint désireux de demander le divorce lui ont été déjà faites par ses parents ou ses amis, ou il se les est faites à lui-même. Que pourrait ajouter un magistrat qui généralement ne connaît rien de la vie ni des dispositions du plaideur comparaissant devant lui, et dont les moments sont trop étroitement comptés pour qu'il puisse converser bien longuement avec le requérant ?

IV. — **Tentative de conciliation.** — Dans notre procédure civile, tous les procès doivent être précédés en principe d'un *préliminaire de conciliation* qui se passe devant le juge de paix (art. 48 et suiv., C. proc. civ.). En matière de divorce, le législateur n'a eu garde de négliger cet essai de conciliation. Mais, pour en augmenter les chances de succès, il donne mission de le tenter non pas au juge de paix, mais au président du tribunal, dont l'autorité et le prestige sont supérieurs.

Lors donc que l'époux demandeur, après son entrevue avec le président du tribunal, a persisté dans son intention de plaider en divorce, le président ordonne au bas de la requête que les parties comparaîtront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique, et il commet un huissier pour notifier cette citation au défendeur. La citation contient, en tête, la requête du demandeur et l'ordonnance du président ; elle doit être notifiée au défendeur trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, en y ajoutant les délais de distance. Elle est délivrée par l'huissier commis et sous pli fermé au domicile du défendeur ; *le tout à peine de nullité* (art. 237, al. 1er).

Au jour dit, les parties doivent comparaître *en personne* (art. 238, *in princ.*) et sans être assistées d'avoués ou d'avocats (V. art. 877, C. proc. civ.). C'est seulement ainsi, en effet, que leur entrevue devant le président peut donner quelque espoir de rapprochement. La loi ajoute (art. 238) qu'en cas d'empêchement de l'une des parties, le président détermine le lieu où sera tentée la conciliation, par exemple, au domicile du défendeur, s'il habite dans le ressort. Ou bien, si le défendeur habite au loin, le président donne commission rogatoire au président du tribunal de l'arrondissement de son domicile, pour que celui-ci puisse l'entendre.

Ici encore, les formalités minutieusement organisées, en vue de raréfier les divorces, n'ont que bien peu répondu à l'attente du législateur. En pratique, les défendeurs se gardent en général de répondre à la citation en conciliation. Aucune sanction n'étant prescrite, le président, lorsque le défendeur ne défère pas à la citation, ne peut que constater le défaut.

Pourtant, à mesure que diminue l'espoir d'une conciliation, la loi semble en quelque sorte s'y cramponner. Faute en effet, par le défendeur de comparaître ou, par les parties, de se concilier, l'article 238, alinéa 6, semble convier le président à un dernier effort pour amener l'abandon de la demande, en lui donnant la faculté d'imposer aux parties, avant de permettre la continuation de la procédure, un *délai d'attente* qui ne peut pas excéder *vingt jours*. En pratique, il est fait d'ailleurs assez rarement usage de cette faculté.

V. — **Ordonnance contenant permission d'assigner.** — La tentative de conciliation n'a pas abouti. Le président *doit* rendre alors une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut, et autorise le demandeur à assigner le défendeur devant le tribunal (art. 238, 1er al.).

L'article 238, 7e alinéa, enjoint à l'époux demandeur d'user de la permission de citer qu'il a reçue *dans un délai de vingt jours*. Toutefois, l'assignation lancée après l'expiration de ce délai ne serait pas nulle. La sanction donnée par l'article 238, 7e alinéa, à son injonction, c'est que, faute par le demandeur de s'y conformer, les mesures provisoires (dont il va être parlé), qui auraient été ordonnées par le président, cesseront de plein droit d'avoir effet (art. 238, 8e al.). Ce qu'on veut éviter, c'est que le demandeur, après avoir obtenu du président les mesures provisoires qu'il désirait, notamment la permission d'avoir un domicile séparé, ne reste dans le *statu quo*.

Il va de soi que le tribunal qui serait régulièrement saisi par une assignation lancée après le délai de l'article 238, 7e alinéa, pourrait statuer à nouveau sur les mesures provisoires sollicitées par le demandeur.

VI. — **Mesures provisoires.** — Dès que l'un des époux demande le divorce, le ménage est si profondément troublé qu'il y a lieu de prendre certaines mesures provisoires, sans attendre la fin des débats, ni même la réunion du tribunal tout entier.

1° La plus urgente concerne la *séparation d'habitation*, car la vie commune est devenue impossible et cependant, tant que le mariage n'est pas dissous, les époux sont obligés au domicile commun. Aussi, avant même de tenter la conciliation des conjoints, le président peut-il, dès le moment où la requête initiale lui est présentée par le demandeur, autoriser celui-ci, par l'ordonnance contenant citation en conciliation, à prendre une résidence séparée (art. 236). En même temps, il ordonnera que ses effets personnels lui soient remis.

Le plus souvent, ce sera la femme qui sera autorisée à quitter le domicile conjugal et le président indiquera alors le lieu où elle devra résider : soit chez ses parents, soit chez des personnes amies, soit ailleurs. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Mais il pourra arriver que le domicile assigné à la femme soit précisément le domicile conjugal. Il en sera ainsi si la femme y a été délaissée par le mari. Et même, si la femme exerçait au domicile conjugal un commerce qui la fait vivre, il n'y a aucune raison pour que le tribunal ne puisse enjoindre au mari d'en sortir, en assignant ce domicile comme résidence à la femme.

Dans tous les cas, la femme ne peut, sans autorisation nouvelle, changer la résidence qui lui a été fixée. Elle est, en conséquence, tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise. A défaut de cette justification, le mari pourrait refuser de continuer à verser la provision alimentaire qui a pu lui être imposée et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites (art. 241), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a été dans la nécessité de changer de résidence (Req., 23 juillet 1913, S. 1913.1.571).

Quant au mari, si c'est lui qui sollicite de quitter le domicile conjugal, il faut également qu'il y soit autorisé, mais il est libre de choisir le lieu de sa résidence.

La mesure relative au domicile séparé des conjoints présente, avons-nous dit, un caractère provisoire. Donc, le président du tribunal, s'il a statué à cet égard dès la comparution de l'époux demandeur porteur de la requête, peut revenir sur sa décision et prendre des dispositions nouvelles, dans l'ordonnance qui suit l'échec de la tentative de conciliation. Ou bien, s'il ne l'a fait encore, il statuera à ce moment, pour la première fois, sur le même objet (art. 238, 2e al.).

2° La seconde mesure provisoire prévue par la loi a trait à la *provision alimentaire* destinée à permettre à la femme, ou, plus généralement, à l'époux dénué de ressources personnelles, de vivre pendant l'instance.

L'ordonnance allouant cette provision ne peut être prise pour la première fois qu'au jour de l'ordonnance clôturant la tentative de conciliation (art. 238, 2e al., *in fine*). La loi estime, on le voit, que bien qu'urgente, cette mesure ne l'est pas au même degré que la séparation d'habitation. Néanmoins, la Cour de cassation a décidé que, si la première ordonnance du président assigne comme résidence à la femme une maison garnie de meubles, l'usage de ces meubles doit lui être immédiatement accordé (Req., 25 février 1901, D. P. 1902 1.513). Quant à la *provision ad litem*, qui peut être nécessaire à l'un des époux pour suivre le procès, elle doit être demandée au tribunal (art. 240, 2e al.).

3° La *garde des enfants* peut également faire et fait, en général, l'objet d'une mesure provisoire. En effet, bien que le père continue, en principe, à exercer la puissance paternelle sur les enfants durant l'instance, il peut, pour diverses raisons, être nécessaire de lui en enlever la garde, car quelquefois tous les enfants, quelquefois certains d'entre eux, ceux qui sont en bas âge par exemple, ont besoin des soins de la mère. Le président réglera donc cette question, avec un pouvoir discrétionnaire, au mieux des intérêts des enfants (art. 238, 2e al.). Ici, le droit pour le président d'ordonner une mesure provisoire s'ouvre dès la première comparution de l'époux demandeur. C'est ce qui résulte des termes de l'article 238, 2e al., qui, visant l'ordonnance à rendre par le président, après l'échec de la tentative de conciliation, dit que « le juge statue *à nouveau*, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, *sur la garde provisoire des enfants*, etc... ».

4° Le président a encore à prendre parfois des mesures provisoires concernant la *sauvegarde des intérêts pécuniaires* et la *conservation du patrimoine des époux* pendant l'instance. Il le fera, si le besoin s'en fait sentir, dès sa première ordonnance (art. 242, 1er al.). Ces mesures sont de diverses sortes. Par exemple, si les époux exercent un commerce en commun, il convient de décider dans quelles conditions et par qui il sera continué.

Mais les mesures de ce genre les plus importantes sont celles qui ont trait à la sauvegarde des intérêts pécuniaires de la femme pendant l'instance. En effet, un grand nombre d'époux sont mariés sous le régime de la communauté, situation qui confère au mari les droits les plus étendus sur les biens communs. Même en ce qui concerne les biens demeurés propres à la femme, sous le régime de la communauté et sous tous les autres (régime sans communauté, régime dotal), sauf celui de séparation de biens, le mari exerce les pouvoirs d'un administrateur. Il est à craindre qu'il n'en abuse durant ces dernières semaines pour dilapider les revenus, peut-être pour faire disparaître les biens communs ou même les propres de la femme dont les conventions matrimoniales lui donnent l'administration. La solution logique de la difficulté eût été d'enlever au mari l'administration dès le moment de l'introduction de la demande en divorce. C'est ce que proposait, du moins en partie, le Conseil d'Etat, lors de la rédaction du Code civil. Mais cette idée fut écartée, par cette raison que, pour l'admettre, il eût fallu avertir les tiers de la modification apportée dans les pouvoirs du mari, et, à cet effet, organiser la *publicité* de la demande en divorce à l'instar de celle qui entoure une de-

mande en séparation de biens. Or, pour des raisons que l'on comprendra sans peine, le législateur, toujours préoccupé de ménager jusqu'au bout les chances de réconciliation entre les époux, ne voulait pas que la demande en divorce fût portée à la connaissance du public. Le Code civil n'a donc, dans l'article 242, autorisé que des mesures provisoires, à certains égards insuffisantes, auxquelles, il est vrai, la pratique a ajouté certains autres procédés de sauvegarde plus ou moins efficaces selon les cas.

A. — La première mesure visée par l'article 242, 1er al. consiste dans l'*appòsition des scellés* que les époux peuvent demander. Le plus souvent, la demande émane de la femme, puisque le mari conserve le maniement de ses biens et des biens communs. L'article 242 prévoit donc que l'apposition des scellés peut être requise non seulement sur les biens communs (1er al.), mais sur les biens propres de la femme dont le mari a l'administration, sous quelque régime que ce soit (2e al.).

Une fois les scellés apposés, ils sont levés à la requête de la partie la plus diligente ; les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui est en possession, c'est-à-dire le mari, en est constitué gardien judiciaire (art. 242, 3e al.). Il devient donc responsable de la conservation de ces objets et doit, comme tout gardien judiciaire (art. 1962), les représenter en nature. *Il est donc désormais privé du droit de les aliéner.* Et c'est là le grand avantage de la mise sous scellés.

B. — L'article 242 indiquant que le président peut prendre d'autres mesures conservatoires qu'il ne spécifie pas d'ailleurs (arg. des mots « *notamment* » (1er al.) et « *à moins qu'il n'en soit décidé autrement* » (3e al.), la Jurisprudence permet au juge toutes mesures de sauvegarde autres que celle qui consisterait à enlever au mari l'administration de la communauté (Req., 26 mars 1889, D. P. 1889. 1.444 ; S. 1890. 1.253 ; et 28 juin 1899, D. P. 1899. 1.447 ; S. 1900. 1.37). Ainsi, il pourrait ordonner que les objets mobiliers et valeurs de la femme ou de la communauté fussent déposés dans une banque ou entre les mains d'un tiers, et même que la femme pratiquât des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la communauté, pour comprendre dans ce dépôt les capitaux ainsi recouvrés (Req., 14 mars 1855, D. P. 1855. 1.235 ; S. 1856. 1.655).

C. — **Ne pourrait-on pas** enlever au mari l'administration pour la confier à un tiers ? Pour les raisons indiquées plus haut, la Cour de cassation s'est jusqu'à présent refusé à l'admettre (V. aussi Paris, 23 décembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1er février 1922). Mais certains arrêts de cours d'appel permettent au président de prendre cette mesure en ce qui concerne, sinon les biens de communauté, du moins les biens propres de la femme (Bordeaux, 11 janv. 1893, D. P. 1893. 2.518 ; Montpellier, 31 janv. 1895, D. P. 1895.2.355 ; Paris, 27 nov. 1895, D. P. 1896.2.95). Ces solutions nous paraissent contraires aux principes. Le seul procédé correct pour aboutir au même résultat est, à notre avis, celui, parfois employé par la pratique, qui consiste en ce que la femme introduise, en même temps que son action en divorce, une instance en *séparation de biens*. En effet, dans une instance de ce genre, l'article 869 du Code de procédure civile permet de prendre, dès le début de la demande,

des *mesures conservatoires*, parmi lesquelles on range la *nomination d'un séquestre* (V. cep. Civ., 10 juin 1898, D. P. 1898. 1.536 ; S. 1899. 1.20).

D. — Enfin, nous croyons que le président pourrait, pour tenir lieu à la femme de pension alimentaire, l'autoriser à toucher elle-même les revenus de sa dot ou des biens lui appartenant en propre. La Cour de cassation concède en effet au tribunal la faculté de conférer à la femme cette autorisation (Req., 31 mars 1908, D. P. 1908. 1.277 ; S. 1909. 1.71). Et nous ne croyons pas qu'il y ait aucune bonne raison pour refuser le même droit au président, lorsque c'est lui qui statue sur les aliments.

Voies de recours contre les mesures provisoires. — Les diverses mesures provisoires que nous venons d'étudier, qu'elles soient relatives à l'habitation séparée des époux, à la provision alimentaire, à la garde des enfants, ou à la conservation des biens, sont-elles susceptibles de voies de recours ? Peuvent-elles faire l'objet d'un appel devant une juridiction supérieure ? La réponse à cette question consiste dans la distinction suivante :

Aucune voie de recours n'est admise contre les mesures provisoires ordonnées par le président *au moment où il reçoit la requête* de l'époux demandeur. En effet, l'article 236, qui vise la première ordonnance que le président peut prendre à ce moment, ne prévoit pas l'appel. La règle s'explique par la durée très brève qu'auront les mesures prises à ce moment.

Mais il en est autrement pour les mesures provisoires ordonnées *dans l'ordonnance* qui, après la tentative de conciliation, permet au demandeur de citer son adversaire devant le tribunal. Ici l'appel est possible dans les termes du droit commun (art. 238, 3e al.), ce qui s'explique par ce fait que ces mesures peuvent se prolonger jusqu'à la fin de l'instance. Seulement, cet appel offre cette particularité qu'il n'est pas *suspensif* des mesures prononcées. Celles-ci sont *exécutoires par provision* (art. 238, 3e al., *in princ.*), à raison de leur urgence. Seule, la décision de la juridiction d'appel, si elle infirme l'ordonnance du président, mettra fin à l'application des mesures prescrites.

Devant quelle juridiction doit être porté l'appel ? Ce ne peut être, conformément aux règles du droit commun, que devant la Cour d'appel. Seulement, une question se pose. C'est de savoir si la Cour peut être saisie utilement d'un appel contre une mesure ordonnée par le président, une fois que l'instance en divorce a commencé devant le tribunal. En effet, le tribunal ayant reçu de la loi la mission d'ordonner, si besoin est, de nouvelles mesures provisoires (art. 240), il paraîtrait rationnel que la faculté de former appel contre celles qui ont été ordonnées précédemment, fût absorbée et remplacée par le droit qui appartient, désormais, à chaque partie de solliciter du tribunal de nouvelles mesures modifiant les précédentes. C'est en ce dernier sens que plusieurs Cours d'appel s'étaient prononcées. Mais la Cour de cassation a décidé, contrairement à cette interprétation, que la faculté d'en appeler devant la Cour d'appel des mesures provisoires prises par ordonnance du président peut s'exer-

cer, *même une fois l'instance entamée devant le tribunal* (Civ., 29 juin 1892, D. P. 1892, 1.553, note de M. de Loynes ; S. 93.1.242). Et l'argument invoqué en faveur de cette solution, c'est que l'article 238, en ouvrant aux parties la ressource de l'appel contre la seconde ordonnance du président, ne modifie en rien les règles ordinaires de cette voie de recours. Cet argument paraît à de bons esprits d'une valeur contestable. Il n'a point convaincu certaines Cours d'appel, qui, depuis l'arrêt de la Cour de cassation, ont encore persisté dans l'ancienne interprétation (V. not., Bordeaux, 12 mai 1896, D. P. 1896, 2.480 ; S. 1897, 2.192).

Deuxième phase : Devant le tribunal et la Cour. — Nous avons vu que, depuis la loi de 1886, la cause, une fois introduite devant le tribunal, est instruite et jugée, en principe, dans la forme ordinaire (art. 239, 1er al.) au lieu d'être soumise à une procédure spéciale, comme le décidait le Code civil.

Voici quelques-unes des conséquences de cette règle, conséquences qui constituent autant de modifications au droit antérieur et dont certaines font, sans beaucoup d'utilité, l'objet de dispositions formelles du Code.

1° L'assignation est envoyée dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par un exploit d'huissier, lequel est remis sous enveloppe fermée, conformément à la règle générale édictée aujourd'hui par l'article 1er de la loi du 15 février 1899.

2° Si l'époux défendeur forme une demande reconventionnelle en divorce — ce qui, en fait, se produit dans la plupart des cas — cette demande peut être, suivant le droit commun, introduite par un simple acte de conclusions (art. 239, 3e al.).

La demande reconventionnelle peut, du reste, se produire en appel, sans être considérée comme demande nouvelle. Ainsi le décide l'article 248, 3e alinéa, qui n'est que l'application du principe posé dans l'article 464 du Code de procédure civile.

Il convient d'ajouter que le défendeur peut, s'il le préfère, user de la voie reconventionnelle pour introduire, non une demande en divorce, mais une demande en séparation de corps.

3° L'enquête, c'est-à-dire l'audition des témoins qui, en notre matière a tant d'importance, se fait conformément au droit commun, c'est-à-dire devant un juge-commissaire (art. 245, 1er al.). Il y a là une innovation considérable. En effet, avant la loi de 1886, les témoins devaient être entendus par le tribunal tout entier, en présence des parties et de leurs parents ou amis (art. 253 ancien). Il faut reconnaître que la comparution des témoins devant l'ensemble des juges appelés à statuer sur le divorce et, par conséquent, à se prononcer sur la véracité des témoignages, pouvait se défendre par de bons arguments. On trouve encore aujourd'hui une règle analogue dans certaines lois étrangères. Ainsi, d'après le Code de procédure allemand (art. 579), la comparution des témoins devant le tribunal tout entier est *facultative* pour les juges.

4° L'audience est publique, car telle est la règle commune de notre

procédure et l'ancien article 253, qui ordonnait le huis-clos a été abrogé. Toutefois, l'article 239 actuel (4e al.) permet au tribunal de prononcer le huis-clos s'il le juge nécessaire.

Particularités de la procédure devant le tribunal. — Nonobstant le principe de l'article 239, 1er alinéa, la loi de 1886 a laissé subsister dans la procédure du divorce certaines particularités qui, d'ailleurs, se justifient, en général, par de bonnes raisons.

1° La *reproduction des débats* par la voie de la presse est interdite, sous peine d'une amende de 100 à 2.000 francs (art. 239, 5e al.). Mais il n'est pas interdit de publier le jugement.

2° La *preuve* des faits allégués, laquelle peut se faire par tous les moyens possibles, comporte certaines règles spéciales.

A. — L'*aveu* du défendeur, mode de démonstration qui, en général, est toujours admis et même considéré comme le plus probant de tous, n'est pas pertinent en matière de divorce. Aucun texte ne formule cette solution que l'on s'accorde cependant à considérer comme certaine, parce qu'elle découle de l'interdiction du divorce par consentement mutuel.

B. — En cas d'enquête, les *parents* et les *domestiques* sont admis comme témoins (art. 245, 2e al.), alors que, de droit commun, ils devraient être écartés ou seraient au moins reprochables (V. art. 268, C. proc. civ.). Cette dérogation aux principes de notre procédure donne lieu à des situations pénibles ; mais elle était inévitable, car les faits allégués en matière de divorce n'ont eu bien souvent d'autres témoins que les proches et les domestiques. Toutefois, le témoignage des enfants et descendants est écarté par une raison de décence qui saute au yeux. Et il semble que la même prohibition doit s'étendre au témoignage des gendres et des brus (Caen, 4 mai 1910, D. P. 1911.2.232 ; S. 1911.2.42).

C. — La production de *lettres missives*, échangées entre un époux et un tiers, est admise ; ce qui semble bien constituer une dérogation à la règle essentielle du *secret des lettres*, laquelle s'oppose, en général, à ce qu'on puisse user d'une lettre et, partant, la produire en justice sans le consentement du destinataire. Ce sont des raisons de nécessité pratique qui ont amené la Jurisprudence à cette dérogation. Cependant, le droit qu'ont les époux de s'appuyer sur la correspondance de leur adversaire souffre cette importante restriction qu'ils ne doivent pas se l'être procurée par des moyens illicites, dont l'appréciation appartient d'ailleurs souverainement aux tribunaux, par exemple, en forçant un tiroir ou en interceptant une lettre entre les mains d'un domestique. Ajoutons que l'emploi de moyens illicites ne se présume pas et que, par conséquent, celui qui produit les lettres missives n'a pas à établir qu'elles sont venues entre ses mains par des moyens honnêtes ; c'est à celui qui prétendrait écarter ces preuves du débat qu'il appartiendrait de démontrer que leur production actuelle est le résultat d'une manœuvre déloyale ou, à tout le moins, abusive (Civ., 13 juillet 1897, D. P. 1900.1.43, note L. S. ; S. 1898.1.220 ; Req., 19 juillet 1909, D. P. 1909.1.503 ; S. 1910.1.7).

N'y a-t-il pas lieu de signaler ici une certaine inégalité de situation entre le mari et la femme, analogue à celle que nous avons relevée à propos du constat d'adultère? On pourrait le penser, car la Cour de cassation s'est souvent appuyée sur les droits d'investigation qui appartiennent au mari sur la correspondance de sa femme, comme conséquence de son autorité maritale, pour décider que les tribunaux n'ont pas à examiner de quelle manière il s'est procuré les lettres de sa femme produites par lui en justice, sauf dans le cas où le procédé employé aurait un caractère *délictueux* (Civ., 15 juillet 1885, D. P. 1886.1.145 ; S. 86.1.101). Mais un arrêt plus récent de la Cour suprême semble marquer une réaction contre cette jurisprudence et repousser, de la part du mari aussi bien que de celle de la femme, toute production de correspondance qui serait jugée abusive par le tribunal, et cela, quand bien même le procédé employé par le mari pour se procurer les documents en question ne tomberait pas expressément sous le coup de la loi pénale (Req., 5 février 1900, D. P. 1901.1.45 ; S. 1901.1.17, note de M. Naquet. V., en ce sens, la note sous Civ., 15 juillet 1885, précité, dans la Refonte du Sirey. — Cf. note de M. Labbé sous S. 77.2.161).

4° Une nouvelle particularité de la procédure de divorce a trait aux instances qui se poursuivent sur *défaut du défendeur*, et consiste dans des précautions spéciales prescrites pour porter à la connaissance du défaillant la procédure entamée contre lui. A cet effet, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à l'intéressé la demande dont il a été l'objet (art. 247, 1er al.) Si le jugement n'est pas signifié à personne, le président ordonne, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne (art. 247, 3e al.).

5° Enfin, le souci qu'éprouve le législateur de ménager jusqu'au bout toutes les chances possibles de réconciliation se traduit par une mesure consistant en un *atermoiement* facultatif à l'issue du procès. En effet, lorsque le tribunal estime que la demande est fondée, il peut cependant, à moins que la demande n'ait pour cause la condamnation du conjoint à une peine afflictive et infamante, ne pas prononcer immédiatement le divorce, mais maintenir ou prescrire l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois. Une fois le délai arrivé à expiration, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal, dans le délai de la loi, pour entendre prononcer le divorce (art. 246, 3e al.). Le prononcé du divorce sera d'ailleurs alors en quelque sorte automatique : le tribunal ne pourrait plus se refuser à l'ordonner (Req., 30 novembre 1908, D. P. 1911.1.409, note de M. Boutaud ; S. 1909.1.537, note de M. Tissier). De plus, on doit décider que cette faculté de sursis n'est ouverte qu'aux juges du premier degré ; la Cour d'appel ne pourrait pas en user (Civ., 10 mai 1909, D. P. 1909.1.289, note de M. Guénée ; S. 1909.1.537). Enfin, l'appel n'est pas recevable contre le jugement de sursis, le tribunal restant saisi de l'affaire ; il ne pourra être formé que contre le jugement prononçant le divorce (Civ., 24 juillet 1922, D. P. 1925.1.161, note de M. Guénée).

Mesures provisoires et conservatoires. — Au moment où le procès s'engage devant le tribunal, il y a presque toujours eu déjà des mesures provisoires édictées par son président. Le tribunal n'aurait pas qualité pour les réformer. Mais, c'est lui qui est désormais compétent pour édicter les nouvelles mesures qui deviendraient nécessaires d'après les circonstances (art. 238, 5e al.), et ce pouvoir entraîne nécessairement celui de modifier les mesures prises autrefois par le président, si les circonstances qui les ont justifiées ont reçu quelque modification. Les mesures prescrites par le tribunal, comme naguère celles qu'avait pu ordonner le président, ont toujours d'ailleurs un caractère provisoire et peuvent être modifiées si situation le commande.

Dans la procédure de droit commun, les questions les plus urgentes sont déférées à une juridiction spéciale, celle du président du tribunal, statuant *en référé* (art. 806 et suiv., C. proc. civ.). L'avantage de cette voie judiciaire, qui est très souvent utilisée par la pratique, c'est qu'elle est tout à fait rapide et permet d'obtenir, en quelques heures, la décision dont on a besoin. Fonctionne-t-elle en matière de divorce et le président retrouve-t-il ainsi, au moins dans les cas d'urgence, la compétence qu'il possédait pour les mesures provisoires et conservatoires pendant la première phase de la procédure ?

A cette question répond, en un membre de phrase malheureusement obscur, l'article 238, 5e alinéa, aux termes duquel, même à partir du moment où le tribunal est saisi et devient seul compétent pour les mesures provisoires, « le *juge* (lisez : le président) a toujours le droit de statuer en tout état de cause en référé sur la résidence de la femme ».

Mais ce texte entend-il restreindre la compétence du juge des référés à la question de résidence et laisser toutes les autres mesures à l'appréciation exclusive du tribunal ? Il est, croyons-nous, plus raisonnable et plus pratique de décider qu'il n'a pas une portée restrictive, qu'il laisse subsister la compétence de droit commun du juge des référés pour toute question requérant une solution urgente. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation, au moins lorsqu'il s'agit de solliciter une *modification* à des mesures provisoires antérieures, et que cette modification présente un caractère d'*urgence exceptionnelle* (Req., 27 octobre 1903, D. P. 1903.1.574; S. 1904.1.337, note de M. Tissier).

Voies de recours contre les décisions rendues en matière de divorce. — La procédure de divorce contient d'importantes dérogations aux règles de la procédure de droit commun concernant les voies de recours contre les décisions de la justice.

1° *Acquiescement.* — De droit commun, une partie perd le droit de former aucune voie de recours contre la décision à laquelle elle a *acquiescé*, c'est-à-dire qu'elle a déclaré renoncer à attaquer. L'acquiescement peut être soit *formel* ou *exprès*, soit *tacite* ; il s'induira, par exemple, de ce fait que le plaideur, contre lequel le jugement a été rendu, l'a exécuté ou laissé exécuter volontairement. Or, en matière de divorce, l'*acquiescement* est in-

terdit (art. 249). Le motif de cette règle, c'est que l'acquiescement permettrait de soupçonner, entre les plaideurs, une entente destinée à masquer, sous les apparences d'une instance judiciaire, un divorce par consentement mutuel.

La prohibition de l'acquiescement engendre plusieurs conséquences.

A. — Les époux, avant d'exécuter le jugement de divorce, sont obligés d'attendre que les délais, impartis aux plaideurs pour exercer les diverses voies de recours dont une décision de justice est susceptible, se trouvent expirés (art. 252, 1er al.). En effet, un devancement de ces délais ne peut se comprendre que dans les procès où la partie perdante possède la faculté de renoncer à son recours.

B. — Lorsque la partie perdante a formé appel et manque de comparaître devant la cour, les juges d'appel régulièrement saisis ont le droit (et le devoir, croyons-nous) d'examiner néanmoins l'affaire au fond et de se demander si le divorce a été à bon droit prononcé par les premiers juges. En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'article 434 du Code de procédure civile, 1er alinéa, aux termes duquel, en cas de défaut de l'appelant, la cour doit simplement prononcer le défaut et renvoyer le défendeur de la demande (Req., 23 octobre 1889, D. P. 1890.1.397 ; S. 1890,1.61).

Toutefois, la loi ne consacre point toutes les conséquences de la prohibition de l'acquiescement auxquelles on pourrait songer. Ainsi, elle n'interdit pas à la partie perdante de *renoncer* à exercer les voies de recours qui lui sont ouvertes. La loi, en effet, ne peut pas imposer aux parties d'assumer les frais d'un nouveau procès. De même, une fois la voie de recours entamée, on s'est demandé si le plaideur, qui s'y est engagé, aurait le droit de *se désister*. Car on peut soutenir que se désister de son appel ou de son opposition équivaut à un acquiescement à la décision contre laquelle on avait formé cet appel ou cette opposition. Il y des décisions en ce sens (Nancy,1 3 février 1909 D. P. 1912.2.32 ; Paris, 2 mai 1917, *Gaz, Trib.* 23 mars 1919,). Mais nous estimons que c'est exagérer la portée de l'article 249. Le défendeur était libre de ne pas faire appel ; pourquoi lui refuser le droit de se désister, s'il estime que son appel n'est pas fondé ? La faculté de désistement doit donc être conservée (Rouen, 5 janvier 1895, D. P. 1895.2.495 ; S. 1897.2.207 ; Rouen, 30 janvier 1897, S. 1897.2 239 ; Lyon, 26 février 1907, D. P. 1908.2,230 ; S. 1907.2.294).

2° *Effet suspensif des voies de recours.* — Les voies de recours dites *ordinaires* contre une décision sont l'*appel*, par lequel on demande à la cour d'appel, dans un délai fixé par la loi (art. 443 et s., C. pr. civ.), de réformer le jugement rendu par le tribunal, et l'*opposition*, par laquelle la partie qui a fait défaut devant le tribunal ou la cour demande à cette juridiction de revenir sur la décision qu'elle a rendue (art. 149 et s., C. pr. civ.).

Les voies de recours dites *extraordinaires* ouvertes contre les décisions en dernier ressort, c'est-à-dire qui ne sont plus susceptibles d'appel ou d'opposition, sont le *pourvoi en cassation* et la *requête civile* (art. 480 et s., C. pr. civ.), celle-ci n'étant d'ailleurs permise que pour des causes très rares, par exemple, en cas de découverte d'un dol ou d'une fraude commise

par l'adversaire et ayant déterminé les juges à rendre la décision attaquée.

De droit commun, les *délais* donnés pour faire *opposition* ou *appel* ne suspendent pas l'exécution du jugement. Celui-ci est donc susceptible d'être exécuté huit jours après qu'il a été signifié. Seuls l'appel ou l'opposition sont suspensifs. C'est-à-dire qu'une fois que le défendeur a fait opposition ou appel, l'exécution doit être arrêtée.

En matière de divorce, nous trouvons une règle différente. Ce n'est pas l'acte d'opposition ou d'appel qui suspend l'exécution, ce sont *les délais eux-mêmes*. Le jugement ne peut donc pas être transcrit sur les registres de l'état civil avant l'expiration des délais d'opposition ou d'appel (art. 252, 1er al.). Nous avons déjà rencontré cette solution et montré qu'elle se rattache, par un lien logique, à l'impossibilité d'un acquiescement de la part de la partie perdante. Mais elle se justifie mieux encore par cette considération décisive qu'il n'est pas possible de permettre l'exécution d'un jugement emportant d'aussi graves effets qu'un jugement de divorce, avant qu'il soit devenu définitif. Autrement, les conséquences les plus fâcheuses pourraient se produire. Le mari divorcé, par exemple, pourrait se remarier aussitôt après la transcription du jugement prononçant le divorce. Qu'arriverait-il si la première femme, relevant ensuite appel, faisait réformer le jugement et repousser le divorce par la cour d'appel. Le second mariage se trouverait donc frappé de nullité !

Pour ce qui est du *pourvoi en cassation*, le droit commun ne lui attache, en principe, aucun effet suspensif. Ici, et pour les raisons qui viennent d'être exposées, la loi décide que, par exception, le pourvoi sera *suspensif* (art. 248, 6e al.). Et cette règle s'applique aussi bien au pourvoi formé contre les jugements et arrêts *avant dire droit*, intervenus au cours de l'instance, par exemple, au jugement prescrivant une enquête, qu'au pourvoi formé contre la décision définitive ; à l'exception toutefois des décisions offrant le caractère de *mesures provisoires*, parce que, par leur nature même, ces décisions présentent toujours une certaine urgence qui ne s'accommoderait pas d'une suspension de leur force exécutoire (Req., 13 décembre 1899, D. P. 1900.1.134 ; S. 1900.1.353, note de M. Ferron).

Faut-il attacher l'effet suspensif au pourvoi seulement, ou, à l'instar de ce qui est décidé pour l'appel et l'opposition, aux délais pendant lesquels le pourvoi est recevable (deux mois à partir de la signification) ? C'est la première solution qui semblerait découler du texte de l'article 248, alinéa 6, pris à la lettre (« Le pourvoi est suspensif »). Cependant on s'accorde à reconnaître que cette disposition doit être entendue comme s'appliquant au délai du pourvoi. Si, en effet, il en était autrement, les inconvénients que l'on a voulu éviter par les dérogations apportées aux règles de la procédure ordinaire, en matière de voies de recours, pourraient se produire. Si l'on veut les éviter avec certitude, on doit décider que le jugement ne peut être exécuté avant d'être devenu entièrement inattaquable. On peut d'ailleurs interpréter en ce sens l'article 252, 1er alinéa, qui ne permet la transcription de l'arrêt prononçant le divorce qu'autant que la décision est *définitive* :

le mot définitif peut être pris ici dans son sens vulgaire, c'est-à-dire comme synonyme d'*inattaquable*.

Toutefois, ce que nous venons de dire du pourvoi à former contre la décision qui prononce le divorce, ne s'appliquerait pas au pourvoi dirigé contre les jugements ou arrêts avant dire droit (par exemple, un jugement ordonnant l'enquête) rendus au cours de l'instance. Ici, en effet, aucun inconvénient ne peut résulter de l'application de la règle commune en matière de voies de recours, à savoir que l'effet suspensif, lorsqu'il se produit, n'est jamais attaché au délai, mais seulement à l'acte par lequel le recours est formé ; c'est donc cette règle qu'il conviendra d'appliquer (**Civ.**, 25 juillet 1893, D. P. 1893.1.545 ; S. 1894.1.89).

La loi ne s'est pas préoccupée de la *requête civile*. En conséquence, cette voie de recours extraordinaire reste soumise au droit commun. Or, non seulement elle ne produit pas d'effet suspensif, mais encore elle est presque indéfiniment recevable, car le délai imparti par la loi pour l'exercer n'a parfois pas de point de départ fixe ; par exemple, en cas de dol, il ne commence à courir que du jour où le dol est découvert. Les dangers auxquels on a voulu parer par les dispositions des articles 252, 1er alinéa, et 248, 6e alinéa, pourront donc se produire. Une fois le jugement de divorce rendu, la transcription opérée, les anciens époux remariés, tel fait peut se produire qui rende admissible la voie de la requête civile, et la requête civile peut aboutir à l'annulation du jugement de divorce ! Fort heureusement, les cas de requête civile sont infiniment rares et les tribunaux sont, en fait, très parcimonieux dans l'admission de ce recours. La lacune de la loi n'en est pas moins fâcheuse et il eût mieux valu admettre en 1886, comme le projet le demandait avec raison, que la voie de la requête civile fût interdite contre les décisions d'où résulte le divorce.

3° *Précautions spéciales en matières d'opposition*. — L'opposition, nous l'avons vu, est la voie de recours ouverte contre les jugements rendus par défaut. Il peut y avoir défaut *faute de comparaître*, quand le défendeur ne constitue pas même avoué, ou défaut *faute de conclure*, s'il constitue un avoué, mais ne fait pas déposer par celui-ci de conclusions.

De droit commun, l'opposition est recevable *jusqu'à l'exécution du jugement*, quand il y a eu défaut faute de comparaître ; ou *pendant les huit jours* qui suivent la signification du jugement à avoué, quand il y a eu défaut faute de conclure. Mais ici, ces délais ne pouvaient être admis ; le second est trop bref ; quant au premier, il est incompatible avec la règle que les délais sont, en notre matière, suspensifs. De plus, le législateur s'inspire d'un souci dont nous avons déjà rencontré la manifestation, celui d'éviter qu'un plaideur défaillant ne se trouve jugé définitivement, sans s'en être rendu compte.

C'est pourquoi l'article 247 *in fine*, sans distinguer entre les deux défauts, fait varier la durée du délai d'opposition suivant que la signification du jugement a été faite à la personne du demandeur lui-même, et par conséquent l'exploit de signification remis en mains propres, ou que la signification a été faite simplement à son domicile, et l'exploit remis en d'autres

mains. Dans le premier cas, le délai de l'opposition est de un mois, à compter de la signification du jugement ; dans le second cas, il est beaucoup plus long, car il n'est pas moindre de *huit mois*, à compter du dernier acte de publicité.

Troisième phase : Après la décision définitive. — Avant la loi du 18 avril 1886, le Code civil exigeait que l'époux qui avait obtenu le divorce se présentât, dans un délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre époux dûment appelé. C'était cet officier qui *prononçait* le divorce (art 264). Il y avait là une formalité fâcheuse, parce qu'elle donnait lieu, en pratique, à des scènes tantôt pénibles et tantôt burlesques. Elle ne se justifiait que par une vague référence à la *loi de la correspondance des formes* : c'est le maire qui a uni les époux, c'est aussi lui qui doit les désunir.

La loi de 1886 a sagement abrogé cette disposition. Les formes qu'elle prescrit, une fois rendue la décision définitive, n'ont plus trait que : 1° à la publicité à donner à la décision par la voie de l'affiche et de la presse ; 2° à la transcription de la décision sur les registres de l'état civil.

Toutefois, la loi de 1884 semblait sacrifier encore à la conception d'antan en faisant résulter le divorce, non de la décision judiciaire le prononçant, mais d'une formalité ultérieure, à savoir la *transcription*. Mais cette réglementation a été profondément remaniée par la loi du 26 juin 1919.

I. — **Publicité par l'affiche et la presse.** — Autant il importait de ne pas rendre public le procès en divorce, autant il est indispensable de faire connaître le divorce aux tiers. Celui-ci, en effet, produit des conséquences importantes pour eux. Notamment, il restitue à la femme sa pleine capacité juridique, et il met fin au régime matrimonial qui déterminait les droits des époux sur leurs biens respectifs. De là la publicité prescrite par l'article 250.

Cette publicité si utile ne date pourtant que de la loi de 1886. Auparavant, il n'y avait publication du jugement que dans le cas où l'un des époux était commerçant (art. 66, C. com.) [1].

Aujourd'hui, le Code civil (art. 250) prescrit, pour tous les divorces, l'affichage d'un extrait de la décision qui prononce définitivement le divorce, sur les tableaux exposés, à la fois, dans l'auditoire des tribunaux civils et des tribunaux de commerce [2]. Cette publicité doit être renforcée par une insertion dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département.

Malheureusement, la loi a omis d'indiquer quelle personne doit procéder à la mesure ainsi prescrite et dans quel délai. On admet bien, sans difficulté, que c'est l'époux, qui a obtenu le divorce, qui doit en effectuer la publication, et cela aussitôt que la décision est devenue définitive. Mais, comme l'article 250 ne prononce aucune sanction, l'omission de l'utile for-

1. Dans ce cas, la loi du 18 mars 1919, art. 5, 2°, prescrit aujourd'hui la mention du jugement sur le registre du commerce.

2. La loi du 19 décembre 1928 a supprimé comme inutile l'affichage dans les chambres des avoués et des notaires (art. 250 nouveau).

malité ordonnée par la loi n'empêcherait pas le divorce de produire cependant ses effets.

On remarquera d'ailleurs que la loi de 1886 a commis un illogisme en prescrivant d'afficher le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce. Etant donné que, même depuis la loi du 26 juin 1919, la rupture du mariage, ainsi qu'on va le voir, ne résulte pas à l'égard des tiers de la décision rendue, mais de la transcription qui est faite ultérieurement, c'est, en bonne logique, un certificat de la transcription qui aurait dû être porté à la connaissance du public.

II. **Transcription de la décision.** — L'article 251 ordonne que le *dispositif* du jugement ou de l'arrêt (c'est-à-dire la partie de la décision qui prononce le divorce et ordonne les mesures accessoires et qui ne contient pas les motifs) soit transcrit sur le registre de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49, 1er al. du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France.

L'utilité de cette transcription est incontestable. L'insertion du divorce dans les registres de l'état civil, effectuée de telle sorte qu'on ne puisse plus désormais y faire des recherches relatives au mariage des ex-époux sans y trouver l'indication de leur divorce, constitue une mode de publicité infiniment plus pratique et plus efficace qu'un affichage et une annonce, car ceux-ci peuvent ne pas attirer les yeux et, en tout cas, ne produisent qu'un effet temporaire.

Effets de la transcription d'après le Code civil. — D'après le Code civil et la loi de 1884, la transcription présentait un caractère qui dépassait de beaucoup la portée d'une simple mesure de publicité. En effet, l'article 252 portait (al. 4) que, « à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu ». Ainsi, le divorce ne datait pas du jour où la décision qui le prononçait avait été rendue, ni même de celui où cette décision était passée en force de chose jugée. Il ne se produisait qu'au jour de la transcription. Jusqu'à ce qu'elle fût opérée, *les époux restaient mariés. Le divorce non transcrit*, (*et il ne pouvait l'être que pendant deux mois*), *devenait caduc*. Cette solution avait été maintes fois et avec raison critiquée. La transcription, disait-on, est une mesure de publicité dont l'absence ne devrait logiquement entraîner que *l'inopposabilité aux tiers*. Mais la décision qui prononce le divorce devrait être valable *entre les époux* dès le moment où elle est devenue définitive.

Plusieurs conséquences importantes se rattachaient à la règle ancienne.

1° Qu'arrivait-il si un époux venait à décéder pendant le délai compris entre le jugement ou l'arrêt et la transcription ? On devait décider que

le mariage était rompu, non par le divorce, mais par la mort. C'est ce qu'exprimait l'article 244, 3e alinéa, en nous disant que«l'action en divorce s'éteint par le décès del'undes époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil » Dès lors, les effets du divorce, notamment les déchéances prononcées contre l'époux condamné (art. 299), ne se produisaient pas. L'acte constatant le décès de l'époux défunt, qui l'aurait qualifié d'époux divorcé, devait être rectifié (Grenoble, 10 septembre 1887, D. P. 1889.2.230 ; S. 1888.2.20).

2° Jusqu'à la transcription, les époux restaient soumis au devoir de fidélité et exposés à des poursuites pour les faits d'adultère qu'ils auraient commis dans l'intervalle (Trib. Seine, 9 janvier 1898, D. P. 1899.2.366).

3° La femme, pendant le même délai, demeurait incapable et, par conséquent, soumise à l'obligation d'obtenir l'autorisation de son mari ou de justice dans les cas où cette autorisation est exigée des femmes mariées (Req., 18 avril 1893, D. P. 1894.1.67 ; S. 1894.1.5, note de M. Labbé).

4° L'époux qui aurait contracté un second mariage après que le jugement de divorce avait acquis l'autorité de la chose jugée, mais avant qu'il fût transcrit, encourait la peine de la bigamie et le second mariage était nul (Trib., Seine, 6 janvier 1916, *La Loi*, 3 novembre 1916).

Loi du 26 juin 1919. Effets actuels de la transcription. — La loi du 26 juin 1919, qui a modifié les articles 244 et 252, a mis fin à ce singulier système législatif et aux difficultés pratiques nombreuses qu'il engendrait couramment, mais non sans faire naître malheureusement des difficultés nouvelles. D'une part, cette loi améliore les règles relatives à la manière dont s'effectue la transcription. D'autre part, elle restitue à celle-ci son caractère normal de mesure de publicité. Le divorce se produit donc, non au jour où il est transcrit, mais à celui où la décision judiciaire qui le prononce est devenue définitive. Aucun délai fatal n'est fixé pour l'accomplissement de la transcription. Que si elle fait défaut, le divorce n'est pas caduc ; il produit ses effets entre les époux. Seulement, comme les tiers qui auraient ignoré le divorce et traiteraient avec les ci-devant époux seraient, du fait du défaut de publicité, exposés à un préjudice, le divorce ne leur est pas opposable.

Nous avons indiqué que la loi du 26 juin 1919 n'est pas rédigée d'une manière assez claire, et qu'elle prête, sur plusieurs points, à la controverse. Etudions-la donc en détail, examinant successivement : 1° De quelle manière s'effectue la transcription ; 2° Quels sont précisément ses effets.

1° Comment s'effectue la transcription ? — D'après l'article 252 ancien, le divorce était transcrit à la diligence des parties. En fait, elles se remettaient de ce soin à leur avoué et la Jurisprudence n'avait jamais admis que la négligence (heureusement très rare) de ce mandataire pût relever les époux de la caducité du divorce résultant du défaut de transcription dans le délai légal (Civ. 23 juillet 1917, D. P. 1917.1.112 ; Cf. note de M. Tissier, S. 97.1.129). L'article 252 nouveau dispose que « la transcription est

faite au nom de la partie qui a obtenu le divorce et à la diligence de son avoué sous peine d'une amende de 100 fr. à la charge de ce dernier ». L'avoué signifie la décision à l'officier de l'état civil compétent dans un délai de 15 jours à compter de la date où elle est devenue définitive. Et l'officier de l'état civil doit effectuer la transcription dans un délai de 5 jours à compter de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil. Si l'avoué de la partie qui a obtenu le divorce laisse passer le délai de quinzaine sans requérir la transcription, l'autre partie (c'est-à-dire son avoué) a le droit de faire cette réquisition.

A la signification sont joints les certificats qui peuvent être nécessaires pour établir que la décision est bien définitive, à savoir, s'il s'agit d'une décision de tribunal, un certificat portant qu'il n'y a pas eu d'appel, s'il s'agit d'une décision en dernier ressort, un certificat portant qu'il n'y a pas eu pourvoi (on se souvient qu'en matière de divorce le pourvoi est suspensif).

Mais comment sait-on si la décision est définitive lorsqu'elle a été l'objet d'un pourvoi en cassation et que la Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi ? Ce qui donne lieu à cette question, c'est que les arrêts de rejet de la Chambre des Requêtes ne sont pas signifiés, solution qui s'explique, en général, par cette règle que les pourvois en cassation ne sont pas suspensifs, mais que le législateur de 1884 aurait dû écarter en matière de divorce où, précisément, le pourvoi est suspensif. Une difficulté sérieuse naissait de cette lacune sous l'empire de l'ancien article 252. Devait-on admettre que les époux qui, faute d'avoir connu l'arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes rendant la décision de divorce définitive, avaient laissé passer le délai fatal de deux mois commencé à ce jour sans opérer la transcription, encouraient la caducité ? Bien que cette dernière difficulté spéciale ait disparu par la suppression du délai fatal, l'article 252 nouveau a introduit ici une innovation utile en décidant que l'arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes est porté à la connaissance de l'avoué de la partie qui a obtenu la décision, ainsi définitivement consolidée, par les soins du greffier de la Cour de cassation qui doit lui en adresser un extrait dans le mois du prononcé.

2e Quels sont les effets de la transcription ? — Il y a lieu de faire ici des distinctions suivant qu'il s'agit des effets du divorce *quant aux personnes* ou *quant aux biens*, dans les rapports des époux *entre eux* ou dans leurs rapports *avec les tiers*.

A. — *Entre les époux* et *quant à leurs personnes*, la transcription est sans effet. Le divorce résulte de la décision judiciaire qui l'a prononcé et date du jour où elle est devenue définitive. C'est l'innovation capitale de la loi. Elle résulte de l'article 244, al. 3, nouveau, portant que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu, non plus avant la transcription, mais avant le jour où la décision judiciaire est devenue définitive. Donc plus de caducité à craindre. Plus de peine d'adultère possible contre l'ex époux qui userait aussitôt de sa liberté reconquise.

Toutefois, il y a, croyons-nous, une exception à signaler aux effets de la règle nouvelle. Chaque époux, quoique libéré des liens de son mariage, ne

peut en contracter un second avant la transcription du divorce. Cela résulte de l'article296 , (modifié par la loi du 9 août 1919) aux termes duquel, alors même que serait expiré le délai de viduité de 300 jours courant depuis l'ordonnance initiale du président, la femme divorcée ne peut contracter une seconde union avant la transcription de son divorce. Nous estimons que la même règle s'applique au mari divorcé, car il n'y a aucune raison pour le traiter plus favorablement que la femme. En revanche, il nous paraît certain que l'empêchement nouveau ainsi créé par l'article 296 et qui ne repose que sur l'inaccomplissement d'une formalité de pure publicité est simplement prohibitif. Le mariage contracté au mépris de cet empêchement ne pourrait donc être annulé.

En ce qui concerne les *biens* des ex-époux, l'article 252 nouveau, dernier alinéa, dispose que les effets du divorce remontent *au jour de la demande.* Nous reviendrons bientôt sur ce point.

B. — *A l'égard des tiers.* — Le dernier alinéa de l'article 252, après avoir énoncé la règle qui précède en ce qui touche l'effet du divorce sur les biens des époux, ajoute « Mais *il ne produira effet au regard des tiers que du jour de la transcription* » Il résulte certainement de ce texte que, *dans leurs rapports pécuniaires avec les tiers*, le divorce, tant qu'il n'est pas transcrit, n'est pas opposable par les ci-devant époux. Ainsi, à supposer qu'il fussent communs en biens, les créanciers du mari pourront saisir les biens qui seraient tombés dans la communauté, si celle-ci n'avait pas été dissoute, par exemple, les biens d'une succession mobilière échue à la femme dans l'intervalle entre la décision définitive et la transcription. Naturellement, les époux ne pourraient, eux, se prévaloir contre les tiers, du défaut de transcription ; la femme, par exemple, ne pourrait demander la nullité d'un engagement qu'elle aurait souscrit envers un tiers dans le même intervalle sans avoir été autorisée.

Faut-il étendre la règle que le divorce non transcrit n'est pas opposable aux tiers à leurs *rapports non pécuniaires* avec les ex-époux et leurs enfants ? On l'a soutenu (V. Ed. Lévy *La date du divorce*, Lois Nouvelles 1923, p. 153). Par exemple, un enfant conçu par une femme dont le divorce définitif n'aurait pas été transcrit, serait naturel simple par rapport à sa mère et à son ancien mari, mais adultérin par rapport à son père. Nous repoussons sans hésiter cette solution que le législateur n'a certainement pas voulue et qui, de plus, nous paraît contraire au texte même de la loi. La règle que le divorce non transcrit est inopposable aux tiers se trouve exprimée dans un alinéa de l'article 252 (nouveau) qui vise exclusivement *les biens*. De plus, nous répétons que le texte d'où il résulte que, *quant aux personnes*, le divorce, transcrit ou non, résulte de la décision définitive est, non l'article 252, mais l'article 244 (nouveau). Or cet article ne fait aucune distinction entre les rapports des époux entre eux et les rapports des époux avec les tiers. L'inopposabilité aux tiers du divorce non transcrit est donc une pure mesure de protection d'intérêts pécuniaires édictée dans l'intérêt des tiers qui traiteraient avec les ci-devant époux,

(V. observations de M. Guillier, rapporteur de la loi du 26 juin 1919, au Sénat, D. P. 1919.4.330 et note de M. Rouast, D. P. 1924 2.113).

§ 3. — Conséquences du divorce.

Le divorce dissout le mariage. Cette dissolution se traduit par des conséquences importantes et nombreuses qui ont trait: 1° à la *personne* des époux divorcés: 2° à leurs *intérêts* patrimoniaux; 3° à la situation des *enfants*.

I. — **Conséquences du divorce quant à la personne des époux divorcés.** — Le divorce met fin aux rapports juridiques que le mariage avait créés entre les époux. Bien entendu, il *ne les efface pas dans le passé*. En cela il diffère de l'annulation du mariage. Mais, *dans l'avenir*, aucun rapport de droit ne subsiste plus entre les anciens époux. Voici les diverses applications de cette règle générale:

1° Chacun des époux reprend l'usage de son nom (art. 299, 2e al.) Donc la femme divorcée (différente en cela de la veuve) ne peut plus porter le nom de son mari. La règle est absolue: elle s'applique même au cas où la femme exercerait une profession dans laquelle elle serait connue sous le nom de son mari. C'est parce que ce point soulevait des difficultés, que la loi du 6 février 1893 a ajouté à l'article 299 un alinéa conçu en termes aussi impératifs que possible (V. cependant Bordeaux, 3 décembre 1906, D. P. 1907.2.73, note de M. Thomas, et Civ. 20 février 1924, D. H. 1924, p. 265). Inversement, le mari, s'il avait ajouté à son nom celui de sa femme, devra supprimer cette adjonction.

2° Chacun des époux est désormais libre de contracter un nouveau mariage avec une tierce personne. Mais la femme est obligée d'attendre l'expiration du délai de viduité (V. art. 296, modifié par la loi du 13 juillet 1907). Et, nous venons de le voir, chacun des époux doit attendre la transcription du jugement de divorce.

3° Si, dans l'avenir, les époux divorcés veulent se remarier l'un avec l'autre, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire (art. 295).

Ici, la loi du 27 juillet 1884 a apporté une modification au texte primitif du Code. D'après ce texte, un nouveau mariage entre époux divorcés n'était pas permis. Le législateur de 1804 avait cru, par cette prohibition rigoureuse, rendre les divorces plus réfléchis et partant plus rares. L'idée était d'une psychologie presque enfantine. Les époux ne songent guère, au moment du divorce, à la possibilité d'une réconciliation future. La loi de 1884 a donc bien fait en supprimant une interdiction évidemment contraire à l'intérêt des enfants.

Cependant, la liberté qu'ont les époux divorcés de convoler ensemble par un nouveau mariage souffre quelques restrictions.

A. — Les époux, on s'en souvient, ne peuvent plus se réunir, si l'un ou

l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce (art. 295, 1er al.).

B. — Quand les époux divorcés se remarient ensemble, ils ne peuvent adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union (art. 295, 2e al.). Il y a là une application presque inexplicable du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le législateur a redouté cette fraude compliquée qui consisterait, pour des époux désireux de modifier leur contrat de mariage, à feindre des dissentiments graves, à supporter les frais et les épreuves d'une instance en divorce, puis, une fois le divorce prononcé, à se marier une seconde fois sous un régime différent !

C. — Aux termes de l'article 295, al. 3, les époux divorcés, puis remariés ensemble, ne pouvaient plus divorcer de nouveau, sauf dans le cas où l'un d'eux aurait, depuis leur réunion, encouru une condamnation à une peine afflictive et infamante. Il ne faut pas, disait-on, que les époux « se jouent du divorce comme ils se sont joués du mariage ». Mais nous avons vu que la loi du 5 avril 1919 a aboli cette restriction.

4° Les époux divorcés sont déliés, l'un envers l'autre, de toute obligation de fidélité, secours, assistance. Cependant l'article 301 apporte une dérogation à cette règle, en permettant au tribunal qui prononce le divorce d'allouer à l'époux qui l'a obtenu, une pension alimentaire, sur les biens de l'autre, pension dont le caractère sera ultérieurement indiqué.

5° Le divorce met-il fin à l'*alliance* que le mariage avait créée entre chacun des époux et les parents de l'autre? Cette question présente un double intérêt :

A. — Au point de vue de la survivance ou de l'extinction de l'obligation alimentaire que la loi établit entre beau-père et belle-mère, gendre et belle-fille.

B. — Quant aux empêchements au mariage résultant de l'alliance.

La question sera examinée plus loin en ce qui concerne les aliments. Pour ce qui est de l'empêchement au mariage, la question, jadis débattue, ne fait plus de doute aujourd'hui. Nous avons vu, en effet, que la loi du 1er juillet 1914 décide que l'empêchement au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs est dorénavant supprimé, sauf lorsque le mariage qui avait créé l'alliance est dissous par le divorce. C'est dont que l'alliance survit au divorce. Et il n'y a aucune raison pour que la solution consacrée pour l'alliance avec le frère ou la sœur du conjoint divorcé ne le soit pas aussi pour l'alliance avec les ascendants de ce conjoint.

II. — **Conséquences relatives aux intérêts pécuniaires.** — Elles sont au nombre de trois : 1° Extinction du droit de succession que la loi accorde au survivant sur les biens du prédécédé ; 2° Dissolution du régime matrimonial ; 3° Perte par l'époux contre lequel le divorce est prononcé des avantages pécuniaires que l'autre lui avait faits.

1° Les époux divorcés perdent l'un et l'autre les droits que la loi accorde au survivant dans la succession du prédécédé (art. 767, 1er et 2e al.). Cependant il faut noter ici une disposition assez singulière de la loi du 14 avril 1924 sur les pensions civiles et militaires, celle de l'article 26 aux termes duquel la femme au profit de laquelle le divorce a été prononcé conserve ses droits à la pension du mari en cas du prédécès de celui-ci.

2° Le régime matrimonial adopté par les époux est dissous et liquidé. Mais ici nous rencontrons une règle spéciale importante, consistant dans *un certain effet rétroactif* attribué par la loi à la décision qui prononce le divorce. L'alinéa 5 de l'article 252 (nouveau) modifié par la loi du 26 juin 1919 porte, en effet, que : « le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux en ce qui touche leurs biens, *au jour de la demande.* » Il y a là une dérogation manifeste au droit commun ; car, en principe, le jugement de divorce est un jugement, non pas *déclaratif*, mais *constitutif*, en ce sens qu'il crée un *état de choses nouveau* ; dès lors on ne devrait pas faire remonter ses effets au jour de l'introduction de l'instance, mais seulement au jour où la décision est devenue définitive. Mais il convient de déterminer la portée précise de la règle formulée par l'article 252, alinéa 5, dont les termes, beaucoup trop compréhensifs, pourraient être une cause d'erreur.

Le but de notre disposition, c'est d'empêcher que les biens acquis par un époux, pendant la durée du procès en divorce, ne puissent être, en vertu des conventions matrimoniales, recueillis en partie par l'autre. Un tel résultat serait, en effet, particulièrement irritant pour l'époux qui aurait à en souffrir, et lui rendrait funestes les lenteurs et les atermoiements qui caractérisent la procédure du divorce.

L'intérêt de la disposition se manifeste surtout lorsque les époux sont mariés — et c'est le cas le plus fréquent — sous le régime de communauté. Dans cette hypothèse, grâce à la disposition de l'article 252, alinéa 5, les biens acquis par un époux, depuis l'introduction de la demande et avant le divorce, ne tomberont pas dans la communauté et lui resteront propres[1]. Que si les époux sont mariés sous un autre régime, la règle présente une utilité moindre, mais encore appréciable cependant. Par exemple, sous le régime dotal, les biens échus à la femme durant l'instance ne seront pas *dotaux* ; le mari n'en aura donc pas la jouissance ; il devra rendre compte des fruits et des revenus qu'autrement il aurait pu s'approprier.

Mais il faut se garder d'exagérer les conséquences de la règle. D'où les deux observations suivantes.

A. — Même restreinte, comme elle l'est par la formule précise introduite dans l'article 252 par la loi du 26 juin 1919, à la sphère des intérêts pécu-

1. Il est vrai que par jour *de la demande*, il faut entendre non celui de la citation en conciliation, mais celui de l'assignation devant le tribunal (Civ., 27 mai 1921, D. P. 1923.1.65, S. 1922.1.60). L'inconvénient de cette solution est que la succession échue à un époux dans l'intervalle entre ces deux actes tombera dans la communauté.

niaires, la règle de la rétroactivité est loin d'être absolue. Nous rappelons qu'elle ne peut être invoquée, comme le dit l'article 252, qu'*entre les époux*. Elle n'est pas opposable *aux tiers*. En ce qui concerne ces derniers et leurs rapports pécuniaires avec les époux, nous avons vu que le divorce ne leur est opposable qu'à partir de la transcription. En conséquence, les actes que, antérieurement à cette formalité, le mari aurait passés avec eux, dans la mesure des pouvoirs qu'il tient du contrat de mariage, resteraient parfaitement valables. Toutefois, il faut noter ici la disposition de l'article 243, aux termes duquel « toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent » (plus généralement, il faudrait dire : tous les actes accomplis par le mari relativement au patrimoine de la femme ou à la communauté, en vertu de ses pouvoirs de mari) « postérieurement à la première ordonnance du président, seront déclarés nuls, s'il est prouvé d'ailleurs qu'ils ont été faits ou contractés en fraude des droits de la femme ». Ce texte contient une simple application de l'*action paulienne*, action que l'article 1167 accorde à tous les créanciers pour faire annuler les actes accomplis par leur débiteur *en fraude de leurs droits*. Dès lors, conformément au droit commun, la femme, pour faire annuler les actes du mari, devra démontrer la *fraude* de celui-ci, et en outre, la *complicité* des tiers qui auraient traité avec lui, au moins lorsque l'acte attaqué est un acte à titre onéreux.

B. — Même dans les rapports pécuniaires des époux entre eux, la règle de l'article 252, alinéa 5, doit être interprétée restrictivement. Elle n'a pas d'autre effet que celui que nous avons indiqué, c'est-à-dire d'empêcher l'enrichissement du patrimoine d'un époux par suite des acquisitions faites par l'autre. Il ne faudrait pas lui attacher d'autre signification. Ainsi, le paiement des reprises de la femme commune en biens, que le mari aurait effectué durant le procès, ne serait pas valable, parce que, en raison de la prohibition des ventes entre époux édictée par l'article 1595, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le paiement des reprises de la femme non séparée des biens (V. art. 1595, 1°) ne doit s'effectuer qu'à la dissolution du mariage (Req., 6 avril 1903, D. P. 1903.1.301 ; S. 1904.1.505, note de M. Naquet).

3° Dans la liquidation du régime matrimonial, l'époux qui a obtenu le divorce conserve tous les avantages qui lui ont été faits par son conjoint, soit par contrat de mariage, soit durant le mariage, même s'ils ont été stipulés réciproques, comme cela a lieu le plus souvent. Au contraire, « l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé, *perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits*, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage » (art. 299, al. 1er). Il y a là une *déchéance* prononcée par la loi contre l'époux coupable des fautes qui ont rendu le divorce nécessaire. Cette déchéance découle de plein droit du divorce ; il n'y a pas besoin que le jugement la prononce expressément. Elle nous fait comprendre mieux quel intérêt il y a, pour l'époux défendeur dans l'instance en divorce, à former une demande reconventionnelle ; à défaut

d'autres raisons, il sera guidé par le désir de rejeter sur son adversaire la déchéance de l'article 299 ou, tout au moins, de la lui faire partager avec lui, s'il peut obtenir que le divorce soit prononcé à la fois contre l'un et l'autre des époux.

C'est surtout pour les avantages contenus *dans le contrat de mariage* que la règle présente de l'intérêt. En effet, ces avantages sont irrévocables. L'époux sorti victorieux de l'instance se voit assurer le bénéfice des avantages qu'il a reçus. Par exemple, s'il a été stipulé que le survivant des époux aurait droit à la moitié ou la totalité des biens du prédécédé en usufruit, il pourra, si dans l'avenir il survit à son ex-conjoint, réclamer cet usufruit dans sa succession. Au contraire, l'époux, aux torts duquel le divorce a été prononcé, perdra le bénéfice des avantages stipulés à son profit, et celui de la réciprocité s'il s'agit d'avantages réciproques.

Au contraire, la règle de l'article 299 offre peu d'importance pour les libéralités que les époux se sont faites *pendant le mariage*. En effet, de droit commun, ces libéralités sont toujours révocables (art. 1096, 1er al.). Par conséquent, l'époux coupable perdra bien, de plein droit, le bénéfice des donations qui lui auraient été faites ; mais il y a de grandes chances pour que l'époux innocent ne conserve pas celles qu'il aurait reçues, car il y a tout lieu de supposer que l'époux coupable, qui les avait faites, s'empressera de les révoquer.

Ici encore deux observations sont nécessaires pour qu'on ne s'exagère pas le sens de la règle établie par le Code.

A. — Par *avantages*, on doit comprendre les donations ou legs, c'est-à-dire les *libéralités* proprement dites, ainsi que les clauses accordant à l'un des époux une part supérieure à la moitié de la communauté (voir notamment l'article 1518 pour le préciput), mais non les bénéfices de fait résultant, pour un conjoint, de l'adoption de tel ou tel régime ou de l'introduction de telle ou telle clause dans le contrat de mariage. Ainsi, les deux époux étaient mariés sous le régime de la communauté universelle, et un seul des deux possédait la fortune ; par le seul fait du régime, l'un des époux devient propriétaire de la moitié de l'avoir de l'autre qui est tombé tout entier en communauté. Ce n'est pas là un *avantage*, aux termes de l'article 299. Pourtant, il en serait autrement, croyons-nous, si l'on pouvait démontrer que cette stipulation, si avantageuse pour un conjoint, ou toute autre du même genre, a été insérée dans le contrat de mariage en vertu d'une *intention* libérale, c'est-à-dire de la volonté d'un futur époux de faire à l'autre une donation.

B. — L'article 299 ne prive le conjoint coupable que des avantages qu'il a reçus de l'*autre* conjoint. Ainsi, la déchéance ne s'étendra pas aux donations qui lui auraient été faites par des tiers, fût-ce par les parents de l'autre conjoint et en vue du mariage aujourd'hui rompu.

4° Enfin, l'époux qui a obtenu le divorce peut, s'il se trouve dans le besoin, obtenir du tribunal une pension alimentaire, laquelle, à la vérité, ne pourra pas excéder le tiers des revenus de l'époux condamné à la lui servir, et, de plus, sera révocable le jour où elle cessera d'être nécessaire

(art. 301). Nous étudierons spécialement cette dernière conséquence pécuniaire du divorce en traitant plus loin de l'obligation alimentaire entre époux.

III. — **Conséquences du divorce relativement aux enfants.** — C'est là le côté le plus grave et le plus délicat de la question du divorce. C'est pour l'avenir des enfants que la destruction du foyer, qui abritait leur éducation, est le plus profondément regrettable.

Il va de soi, tout d'abord, que le divorce ne modifie pas les droits des enfants nés du mariage. Ils restent enfants légitimes, avec toutes les prérogatives attachées à cet état. Cela est évident. On s'explique mal pourquoi le législateur a éprouvé le besoin de dire, dans l'article 304, que le divorce ne privera les enfants d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais, ajoute-t-il, « il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu divorce ».

En d'autres termes, les droits, auxquels l'article 304 fait allusion, étant des droits successoraux, ne pourront être exercés par les enfants des époux divorcés qu'après le décès de ceux-ci, exactement comme si le divorce n'avait pas eu lieu.

A bien d'autres points de vue encore, le divorce ne modifie pas, en principe, la situation qui résultait, pour les enfants, du mariage désormais dissous. Chaque époux, fût-il coupable, conserve la part, qui lui appartenait dans la *puissance paternelle*, à exercer sur la personne des enfants communs. En outre, il est certain que, nonobstant le divorce, le père et la mère restent tenus de l'obligation de subvenir, chacun dans la limite de ses moyens, aux frais d'éducation et d'entretien de leurs enfants, et que le fait que l'un ou tous les deux sont privés de la garde de ces enfants ne met pas fin à cette obligation (art. 303, *in fine*).

Seulement, des nécessités pratiques inéluctables imposent de modifier l'*exercice de la puissance paternelle*. Jusqu'au divorce en effet, cette puissance était un *condominium* auquel les deux époux participaient ; cette solution se justifiait par la vie en commun, par l'union du père et de la mère. Maintenant que cette union est brisée, l'enfant qui ne peut être partagé doit aller d'un côté ou de l'autre. Tout devient compliqué et difficultueux dans le soin de sa personne et de son éducation, matière à tiraillements et à froissements perpétuels ; il est indispensable que la justice intervienne et que la loi fournisse à la justice des directions à suivre.

Ces diverses questions seront étudiées quand nous traiterons de la Puissance paternelle. Nous nous contenterons ici d'indiquer sommairement les règles générales établies par le Code civil ou par les lois postérieures, qui en ont complété les dispositions beaucoup trop succinctes.

1° Le Code civil (restauré sur ce point par la loi de 1884) s'est contenté de statuer en ce qui concerne la *garde* (et par conséquent l'éducation) de l'enfant (art. 302, 303). Il décide que cette garde doit, en

principe, être confiée à celui de deux époux qui a obtenu le divorce.

Pourtant, cela n'est pas obligatoire, et si un membre de la famille ou le ministère public le demande, le tribunal pourra ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns seront confiés aux soins de l'autre époux. Bien plus, le tribunal peut, sur la demande de la famille ou du ministère public, s'il juge que l'intérêt des enfants l'exige, ordonner qu'ils seront confiés aux soins d'une tierce personne, ou même placés dans un établissement d'éducation. En un mot, le tribunal règle la garde et l'éducation des enfants en s'inspirant, avant tout, de leur intérêt.

En même temps, le tribunal règle l'exercice du *droit de visite* et de surveillance qui continue à appartenir à l'époux privé de la garde des enfants.

Toutes les mesures que prend le tribunal, dans cet ordre d'idées, ont d'ailleurs toujours un caractère provisoire et peuvent être modifiées, à la requête des intéressés, lorsque les circonstances le commandent.

2° La loi du 21 février 1906 (modifiant l'art. 386) a visé un attribut important de la puissance paternelle, consistant dans le *droit de jouissance* des parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Elle décide que cette jouissance cesse d'appartenir à celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé.

3° De même, l'article 389, 3e al., modifié par la loi du 6 avril 1910, décide que *l'administration légale* des biens des enfants mineurs qui, durant le mariage, appartient au père (art. 389, 1er al.) cesse, dans le cas de divorce, de lui revenir de droit ; elle est confiée, si le tribunal n'en décide autrement dans l'intérêt de l'enfant, à celui des deux époux, à la mère comme au père, à qui a été attribuée la garde de l'enfant.

4° Enfin, en ce qui concerne le consentement à donner au mariage des enfants mineurs, la loi du 21 juin 1907 (modifiant l'art. 152) décide, nous l'avons vu, qu'en cas de dissentiment entre les parents divorcés, il suffira du consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce aura été prononcé et qui aura la garde de l'enfant.

SECTION III. — Séparation de corps.

Caractère général de la séparation de corps. — Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, la séparation de corps qu'ils rétablissaient, après sa suppression par la loi de 1792, devait être le *divorce des catholiques*. Aussi ne leur parut-il pas nécessaire de consacrer de grands développements à cette institution toute subsidiaire. Six articles en tout (art. 306 à 311) devaient suffire à la régir en faisant ressortir les différences essentielles qui la distinguent du divorce. Pour le surplus, c'était à l'interprète à compléter ces dispositions en se référant aux textes relatifs au divorce. Même après la loi de 1816, la Jurisprudence continua à procéder de la même manière, donnant ainsi le spectacle de textes abrogés et recevant cependant encore application, et cela dans une matière pour laquelle ils n'avaient pas été édictés ! Le rétablissement du divorce en 1884 a mis fin à ce qu'il y avait de légèrement paradoxal dans cette situation. Mais le point de savoir

dans quelle mesure l'application de la séparation de corps doit se modeler sur celle du divorce, domine encore toute la matière et nous la rencontrerons, en quelque sorte, à chaque pas.

§ 1. — Causes de la séparation de corps.

« Dans le cas où il y a lieu à divorce, nous dit l'article 306, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » On peut tirer de cette formule trois propositions :

1° La séparation de corps *doit être demandée*. Comme le divorce, elle suppose nécessairement une décision de justice. Pas plus que le divorce, elle ne pourrait se produire par consentement mutuel (V. art. 307, al. 1). En d'autres termes, les séparations amiables, bien qu'assez fréquentes en fait, n'ont aucune portée légale. Chaque époux pourrait, à tout instant, exiger la reprise de la vie commune. Cette règle, qui nous vient du Droit canonique, a été souvent critiquée non sans raison. On ne voit pas, en effet, quel est le motif d'ordre public qui s'oppose à la légalité d'une convention amiable de séparation. Pourquoi obliger deux époux qui vivent en mésintelligence à porter leurs griefs devant la justice, à les faire connaître à la malignité publique, à supporter les frais d'un procès ? La possibilité d'une séparation amiable serait peut-être un moyen de détourner du divorce, si toutefois on admettait ce correctif que de telles séparations ne seraient pas convertibles en divorce. Certaines législations (V. art. 158, C. civ. italien), qui permettent la séparation amiable, ne semblent pas s'en mal trouver.

2° La séparation peut être demandée par *les deux époux*. En cela, notre égislation diffère du Droit canonique, d'après lequel cette faculté n'était complètement ouverte qu'à la femme ; le mari ne pouvait demander la séparation qu'en cas d'adultère de la femme. Toutefois, la statistique démontre qu'en fait, sans doute pour des raisons de conscience, la presque totalité des demandes en séparation de corps est formée par les femmes.

3° *Les causes de séparation sont les mêmes que celles de divorce*. Donc, là où il n'y a pas de motif à divorce, il n'y a pas lieu non plus à séparation. Tel est le principe bien formellement posé par le Code.

Une conséquence de l'*identité* absolue qu'il y a entre les causes de divorce et celles de séparation est déduite par l'article 239, alinéa 2, aux termes duquel « le demandeur peut, en tout état de cause » (et, par conséquent, même en appel) « transformer sa demande en divorce en demande en séparation ». Ce n'est pas là en effet une demande nouvelle, puisqu'elle est fondée sur les mêmes faits que la première. Si, comme on l'admet unanimement, la transformation inverse n'est pas possible, c'est pour des raisons de pure procédure, parce que l'instance en séparation ne comporte pas, comme l'action en divorce, la comparution personnelle du demandeur devant le président du tribunal, *in limine litis* (Bordeaux, 2 mai 1911, D. P. 1912.2.64, S. 1911.2.276). Celui qui, après avoir plaidé en séparation, voudrait demander le divorce, ne pourrait donc pas se borner à modifier ses conclusions ; il faudrait qu'il recommençât son procès dès son début.

Seulement, ici, la Jurisprudence s'est peut-être écartée des intentions du législateur et, sous le prétexte que les deux institutions diffèrent par leur caractère, leur but et leurs conséquences, les tribunaux se sont acheminés vers un système consistant à admettre que des faits, insuffisants pour faire prononcer le divorce, peuvent servir de base à une séparation de corps. En un mot, la séparation serait un *diminutif* du divorce, et il y aurait une sorte de *hiérarchie* entre les deux institutions. Tel grief, suffisant pour servir de fondement à une séparation de corps, ne serait pas suffisant pour justifier un divorce ou (avant la loi du 6 juin 1908) la conversion de la séparation en divorce. De même, si un époux, demandeur en divorce, a été débouté de sa demande par le tribunal, mais fait ensuite appel et la transforme en demande en séparation, la cour, pour rejeter ses conclusions nouvelles, ne peut se borner à confirmer les motifs sur lesquels les premiers juges se sont fondés pour repousser le divorce ; les griefs rejetés par ces premiers motifs peuvent en effet être assez graves pour faire prononcer la séparation de corps (Civ., 8 janvier 1900, D. P. 1900.1.293, note L. S., S. 1900.1.497, note de M. Naquet).

Remarquons toutefois que cette espèce de gradation entre les causes du divorce et celles de la séparation du corps ne se rencontre que lorsque les griefs invoqués sont des excès, sévices ou injures graves. Elle ne peut s'appliquer aux deux autres cas, l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, puisque ces causes sont péremptoires et excluent tout pouvoir d'appréciation des juges.

§ 2. — Procédure de la séparation de corps.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas étendu à la séparation de corps les règles si compliquées de la procédure du divorce, et l'article 307 dit en conséquence : « La demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. » Le Code de procédure civile avait cependant introduit ici quelques règles spéciales qui avaient paru nécessaires et qui se trouvent contenues dans ses articles 875 à 880 ; c'étaient notamment des mesures destinées à assurer la publicité du jugement. Mais ces dispositions spéciales ne suffisaient pas et la pratique avait été obligée de faire quelques emprunts à la procédure établie pour le divorce par le Code civil.

La loi de 1886 qui, comme l'on sait, a simplifié considérablement la procédure du divorce, a déclaré applicables à la séparation de corps les articles 236 à 244 nouveaux du Code civil. Et, à cette énumération, il convient d'ajouter l'article 245, alinéa 2 (permettant l'audition, dans l'enquête, à titre de témoins, des parents et des domestiques). Il n'est pas douteux en effet que le renvoi à ce dernier texte a été omis par l'effet d'une pure inadvertance.

De même, depuis la loi du 6 juin 1908, qui a rendu obligatoire pour le tribunal la conversion de la séparation de corps en divorce, lorsqu'elle est demandée par un des conjoints séparés, certaines décisions avaient admis

qu'il fallait appliquer au jugement de séparation l'article 249 du Code civil, aux termes duquel la décision qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement. En effet, disait-on tout jugement de séparation est, une sorte de jugement éventuel de divorce, puisqu'il est susceptible de produire, au bout de trois ans, par la seule volonté de l'une ou de l'autre des parties, les effets d'un jugement primitif de divorce (Req. 28 décembre 1891, D. P. 92.1.114; 26 juillet 1916, 3e espèce, D. P. 1916.1.249). La loi du 9 décembre 1922 a condamné cette solution et ajouté à l'article 249 les mots : « à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps. »

Enfin, la loi du 14 juillet 1909 (modifiant l'art. 308, C. civ.) déclare applicable à la procédure de séparation de corps l'article 247 du Code civil, c'est-à-dire le texte qui ordonne la publication dans les journaux des jugements de divorce rendus par défaut qui n'ont pu être signifiés à personne, et décide que l'opposition contre ces jugements n'est plus recevable après huit mois écoulés depuis le dernier acte de publicité. L'explication de cette réforme se trouve dans les règles générales de notre procédure relatives aux jugements par défaut. Lorsqu'ils n'ont pu être signifiés à la personne de la partie perdante, ces jugements sont susceptibles d'opposition tant qu'ils n'ont pas été *exécutés* (art. 158, C. proc. civ.). Appliqué aux jugements de séparation de corps, ce principe aboutissait au résultat le plus fâcheux. En effet, quand peut-on dire qu'une séparation de corps a été *exécutée*, surtout lorsque, le mari ne possédant aucun avoir, il est impossible à la femme de faire procéder sur ses biens, par exemple pour le recouvrement de sa pension alimentaire, à des mesures d'exécution ? Il résultait donc de cette impossibilité d'exécution que le jugement de séparation de corps, rendu par défaut contre un mari introuvable, ne devenait jamais *définitif* (puisqu'il était toujours susceptible d'opposition) et, par voie de conséquence, que la femme séparée ne pouvait bénéficier de la loi du 6 février 1893 et recouvrer sa pleine capacité civile. De là le nouvel article 308 introduit en 1909 dans le Code civil. Désormais, le jugement deviendra définitif et produira l'intégralité de ses effets huit mois après l'accomplissement des mesures de publicité prescrites par l'article 247.

De tout ce qui précède, il résulte qu'aujourd'hui les différences entre la procédure du divorce et la procédure de la séparation de corps sont fort peu nombreuses et peuvent rapidement s'énumérer :

1° Au point de vue de la *capacité* nécessaire pour agir, il y a une légère différence à signaler concernant les demandes formées au nom d'un interdit judiciaire. L'article 307, alinéa 2, permet au tuteur de l'interdit de présenter une requête en séparation, avec l'autorisation du conseil de famille, tandis qu'il ne pourrait pas demander le divorce, mesure jugée trop grave, nous l'avons vu, pour qu'elle puisse être poursuivie par le représentant d'un malheureux aliéné.

2° Le demandeur en séparation de corps n'est pas obligé de présenter sa requête *en personne* au président du tribunal (art 875, C. proc. civ.). Si donc il est empêché, le président n'a pas à se transporter auprès de lui.

3° Le tribunal ne peut pas retarder pendant un délai maximum de six mois la prononciation de la séparation, car l'article 246, qui permet cet atermoiement en cas de demande en divorce, n'est pas applicable à la séparation de corps.

4° Les délais d'appel et d'opposition ne sont pas suspensifs.

En revanche, l'article 248, alinéa 6, porte que le pourvoi est suspensif en matière de séparation de corps comme en matière de divorce.

5° Enfin, le jugement prononçant la séparation de corps n'est pas, comme le jugement de divorce, assujetti à la transcription sur les registres de l'état civil. Il produit donc ses effets dès qu'il est devenu définitif.

§ 3. — Conséquences de la séparation de corps.

I. — **Idées générales.** — La séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle en relâche sensiblement les liens. Elle supprime le devoir de cohabitation. Elle rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile. Mais elle laisse subsister entre les époux le devoir de fidélité et le devoir de secours réciproque.

II. — La séparation de corps emporte naturellement la séparation de biens entre les époux et, par conséquent, la restitution par le mari des biens de la femme et la liquidation de la communauté, s'il en existait une entre eux.

III. — L'époux coupable est frappé des mêmes déchéances qu'après le divorce. Il perd, en outre, tout droit à la succession de son conjoint.

IV. — Enfin, la séparation de corps produit les mêmes effets que le divorce sur l'exercice de la puissance paternelle.

I. — **Relâchement des liens du mariage.** — Le Code civil était resté exagérément succinct qnant aux effets de la séparation de corps. L'article 311 (ancien) se bornait à dire que la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens. Même, aucune disposition ne visait expressément le principal effet de la séparation, à savoir la suppression de la vie commune entre les époux. Depuis le rétablissement du divorce en 1884, une loi nouvelle, proposée par les adversaires de la réforme et inspirée par les craintes qu'avait suscitées la quantité inattendue des divorces consécutifs à la réforme, a complété ces dispositions insuffisantes. C'est la loi du 6 février 1893, dont l'objet principal a été de restituer à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, et cela dans l'espoir hautement avoué de lutter contre les séductions du divorce et de ramener vers la simple séparation de corps une partie de la clientèle, malheureusement trop nombreuse, des femmes mal mariées.

Les traits caractéristiques de la séparation de corps envisagée dans ses effets sont donc désormais les suivants :

1° *Suppression de la vie commune.* — La loi de 1893 a jugé utile de préciser cet effet essentiel de la séparation de corps, en ajoutant à l'article 108 un alinéa 2 ainsi conçu : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour

domicile légal le domicile du mari. » Cela était d'ailleurs certain auparavant. Ainsi, par le fait de la séparation, les époux qui restent mariés sont pourtant dispensés de vivre ensemble et, par suite, de se donner les soins, les secours personnels que se doivent les conjoints, et qui supposent la vie commune.

2° *Capacité de la femme séparée de corps.* — « La femme séparée de corps recouvre le plein exercice de sa capacité civile » (art. 311, al. 3, introduit par la loi du 6 février 1893). Ainsi elle n'a plus besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Et il en est ainsi dans tous les cas, quand bien même la séparation aurait été prononcée aux torts de la femme et au profit du mari. Cette solution est la plus logique ; elle est, croyons-nous, bien préférable au système contraire, qui avait été proposé lors de la discussion au Sénat, et qui est suivi par les Codes civils italien, espagnol et portugais. L'incapacité de la femme mariée, et son corollaire de l'autorisation maritale, apparaissent comme une conséquence de la dépendance de la femme à l'égard du mari. Or cette dépendance ne peut se comprendre lorsqu'il n'y a plus vie commune. Cependant, avant 1893, la femme séparée était astreinte encore à solliciter l'autorisation de son mari chaque fois qu'elle avait un acte important à signer. Cette obligation donnait lieu parfois à des incidents pénibles, à des frais inutiles et frustratoires. La loi de 1893 a bien fait d'en dispenser les femmes séparées de corps d'avec leur mari, même lorsqu'elles l'ont été par leur faute. L'indépendance juridique entière qui leur est attribuée n'est pas une récompense ; c'est le corollaire de l'indépendance corporelle qu'elles ont recouvrée.

3° *Nom de la femme séparée de corps.* — Les époux restant mariés, la femme doit, en principe, continuer à porter le nom de son mari. Pourtant, cette règle peut avoir parfois des inconvénients. La femme a intérêt à ne plus porter le nom d'un homme indigne ; le mari, de son côté, peut, avec raison, souhaiter qu'il soit interdit à sa femme de déshonorer son nom, si elle se conduit mal. C'est pour ces motifs que la loi du 6 février 1893 a, dans l'alinéa 1 de l'article 311 (nouveau), donné aux tribunaux un pouvoir d'appréciation. « Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter. »

4° *Maintien du devoir de fidélité et du devoir de secours.* — Ce sont les seuls effets du mariage qui subsistent au point de vue des rapports personnels des époux. Le devoir de secours — ce qui constitue une différence notable avec les effets du divorce — est réciproque et peut être invoqué même par l'époux coupable qui se trouverait dans le besoin.

Quant au devoir de fidélité, bien que réciproque aussi en principe, il faut remarquer qu'il n'a plus, du moins pour le mari, de sanction pénale. En effet, la circonstance essentielle de l'entretien d'une concubine dans le *domicile conjugal* devient impossible. La seule sanction de l'adultère commis par le mari séparé serait de fournir à la femme un grief lui permet-

tant, en tant que fait nouveau, d'introduire une demande en divorce avant l'expiration du délai de trois ans de la conversion.

II. — **Séparation de biens.** — « La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens », dit l'article 311, alinéa 2. Le jugement n'a donc pas besoin de la prononcer.

Le mari doit restituer à la femme les biens lui appartenant dont il avait l'administration et la jouissance. En outre, si les époux étaient mariés sous le régime de communauté, il faut procéder à la liquidation et au partage de la masse commune. Cette liquidation se fera, comme en matière de divorce, en se plaçant au jour de l'introduction de la demande. Mais la rétroactivité n'a trait qu'aux rapports des époux. A l'égard des tiers, le mari conserve ses pouvoirs jusqu'au jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif.

III. — **Déchéances pécuniaires contre l'époux coupable.** — 1° Le conjoint, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, encourt d'abord les déchéances qui, aux termes de l'article 299, 1er alinéa, frappent l'époux aux torts duquel a été rendu le jugement du divorce, et qui consistent dans la perte des avantages qu'il avait reçus de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Le texte du Code ne parle cependant que du divorce et pendant longtemps on avait hésité à l'appliquer à la séparation de corps. C'est en effet un principe d'interprétation que les dispositions contenant des pénalités ou des déchéances ne peuvent s'étendre par analogie. Mais, tandis qu'en Belgique la Jurisprudence a toujours maintenu l'interprétation restrictive du texte, en France, le célèbre arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 23 mai 1845, arrêt rendu après sept heures et demie de délibération et contrairement aux conclusions du procureur général Dupin (D. P. 1845.1.225, S. 1845.1.321), a admis l'extension de l'article 299 au cas de séparation de corps. L'argument décisif semble avoir été pour la Cour suprême la disposition de l'article 1518, aux termes duquel l'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve seul ses droits au *préciput* (c'est-à-dire au plus caractéristique des avantages matrimoniaux) en cas de survie. D'ailleurs, la tradition de notre ancien Droit venait corroborer l'indication tirée de l'article 1518. Et, depuis 1845, les travaux préparatoires de la loi de 1884, rétablissant le divorce, démontrent que la solution admise alors par la Cour de cassation doit être considérée comme faisant loi (Req., 17 décembre 1893, D. P. 1894.1.391, S. 1894.1.119).

2° L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd ses droits dans la succession de son conjoint (art. 767, 1er et 2e al.); il ne peut réclamer aux héritiers qu'une pension alimentaire, s'il se trouve dans le besoin (art. 205, 2e al.). Au contraire, l'époux au profit duquel a été rendu le jugement conserve ses droits dans la succession de l'autre. Mais il faut remarquer que celui-ci pourra l'en priver en disposant de tous ses biens au profit d'autres personnes par donation ou par testament, car le conjoint survivant n'est pas un héritier *réservataire*.

On se souvient qu'en cas de divorce, les deux époux, l'époux innocent

comme le coupable, perdent tout droit de succession. Cette différence entre le divorce et la séparation est logique : les époux divorcés ne sont plus époux, les époux séparés continuent à l'être.

3° Le conjoint contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd également la jouissance des droits d'auteur dépendant de la succession du défunt, jouissance que la loi du 14 juillet 1866, sur la propriété littéraire et artistique, art. 1er al. 4, accorde à l'époux survivant.

4° Enfin, la loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions de retraite des fonctionnaires civils et militaires (art. 26 et 48) refuse à la veuve la réversibilité de la pension du mari, quand la séparation de corps a été prononcée contre elle.

Etant donné ces diverses dispositions, on a pu s'étonner que la loi du 9 avril 1898, concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, n'accorde une pension au conjoint survivant, dans le cas où l'accident a entraîné la mort de l'autre conjoint, que s'il n'y a pas séparation de corps (art. 3, al. 5), et cela sans rechercher si la séparation de corps a été ou non prononcée au profit dudit survivant. La loi du 29 décembre 1905 sur la caisse de prévoyance des marins n'a pas suivi ces errements et elle ne refuse le droit à la pension qu'à la veuve séparée contre laquelle a été prononcée la séparation (art. 6).

IV. — **Conséquences de la séparation relatives aux enfants.** — Le Code était resté muet quant aux effets produits par la séparation de corps relativement aux rapports des parents avec les enfants issus du mariage. Aussi, dès avant 1884, la Jurisprudence avait-elle dû emprunter, pour les transposer dans la matière de la séparation, les textes relatifs au divorce (Req., 24 juillet 1878, D. P. 1878.1.471, S. 1879.1.424).

Ce système est encore suivi aujourd'hui. La loi du 6 avril 1910 sur l'administration légale, en prononçant, dans un cas particulier (V. art. 389 nouveau, al. 3), l'assimilation entre les époux séparés de corps et les époux divorcés, démontre combien il est conforme à l'esprit général de notre Droit que la séparation de corps produise des effets identiques à ceux du divorce quant à l'exercice de la puissance paternelle et, plus généralement, quant à la situation des enfants.

Une différence peut cependant être relevée. L'article 386 ne prive de l'usufruit des biens de ses enfants mineurs que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et non celui aux torts duquel a été prononcée la séparation de corps.

§ 4. — Cessation de la séparation de corps.

La séparation de corps peut prendre fin :
Par la mort de l'un des époux ;
Par le divorce prononcé à raison de faits nouveaux ;
Par la réconciliation ;

Par la conversion de la séparation en divorce.

Il n'y a rien à dire des deux premières causes de cessation qu'il suffit de mentionner. Nous nous occuperons donc uniquement : I. De la réconciliation. II. De la conversion.

I. — Réconciliation. — Les époux séparés peuvent toujours mettre fin à la séparation en se réconciliant. La loi n'impose à cet acte aucune forme spéciale, aucune condition. Il suffit de l'accord des volontés des deux conjoints.

Ordinairement, la réconciliation se manifestera par la reprise de la vie commune ; mais ce n'est pas là une condition nécessaire, et la réconciliation pourra résulter de tout fait indiquant, de la part des conjoints, la volonté réciproque de mettre fin à leur séparation, indépendamment de tout changement extérieur dans leurs habitudes de vie. C'est ainsi que l'époux survivant échappera à la déchéance de l'article 767 et pourra prétendre à exercer ses droits dans la succession de l'autre, s'il produit un écrit signé par lui et par le défunt, dans lequel ils déclareraient leur volonté de reprendre la vie commune et de rétablir entre eux la communauté qui avait existé antérieurement (Req., 24 février 1908, D. P. 1908.1.410, S. 1908.1.471).

Par la réconciliation, tous les effets de la séparation de corps cessent, sauf un. Les époux restent soùs le régime de la séparation de biens, tant qu'ils n'ont pas manifesté l'intention de reprendre leur régime primitif. Que s'ils veulent faire revivre leur premier régime, ils doivent le reprendre tel quel sans y rien modifier. C'est une nouvelle application, plus ou moins rationnelle, du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, un moyen d'empêcher les fraudes (assez improbables) destinées à l'éluder.

L'article 1451, 2e alinéa exige, en outre, que ce rétablissement du régime primitif soit constaté par un acte notarié et que cet acte soit affiché. Cette publicité est destinée à prévenir les tiers auxquels sont opposables les conventions matrimoniales déterminant les pouvoirs et la capacité des époux.

A partir de la réconciliation, la femme retombe sous l'autorité maritale et redevient incapable (art. 311, 4e al.).

Mais le législateur de 1893, encore pour protéger les tiers, exige que ce changement de capacité soit annoncé au public. De là toute une série de mesures de publicité impérativement exigées par l'article 311 (al. 4) et sur lesquelles nous reviendrons, en traitant de la séparation de biens. Tant que les formalités ainsi prescrites n'ont pas été accomplies, la femme, malgré la réconciliation, est extérieurement réputée toujours séparée de corps. La modification qui, logiquement, aurait dû se produire dans sa capacité « n'est pas opposable aux tiers », ce qui revient à dire que, si elle contracte avec un tiers sans y avoir été autorisée, la nullité de son engagement ne peut pas être demandée.

II. — Conversion de la séparation de corps en divorce. — Lorsque la séparation de corps a duré trois ans, le Code, dans l'article 310, per-

met et organise sa *conversion* en divorce. La séparation apparaît ainsi comme un temps d'épreuve. Quand cette épreuve s'est prolongée un certain temps, il est désirable de ne pas voir se perpétuer la situation fausse créée pour les époux par la séparation. Et, si une réconciliation n'a pas pu se produire, chacun doit pouvoir reprendre sa liberté.

Mais comment fonctionne la conversion? Qui peut en prendre l'initiative? A cet égard, notre loi a passé par trois phases différentes:

1° *Système du Code civil de 1804.* — Le Code civil primitif (art. 310 ancien) — encore appliqué, à cet égard, en Belgique — donnait le droit de demander la conversion uniquement à l'époux *contre lequel* la séparation de corps avait été prononcée. Ce système est logique. L'époux coupable vient dire à l'autre: « Pardonnez-moi, reprenons la vie commune. Sinon, rendez-moi ma liberté et divorçons. » Quant à l'époux demandeur en séparation, on présume qu'en suivant cette voie, il a manifesté sa répugnance pour le divorce; il n'y a donc pas lieu de lui permettre de le réclamer.

2° *Système de la loi de 1884.* — Bien des critiques pouvaient être élevées contre le système du Code civil. Il paraissait dur que l'époux innocent se vît refuser un droit que la loi accordait à l'époux coupable. Pourquoi estimait-on qu'en demandant la séparation, le demandeur avait entendu se fermer la voie du divorce? Peut-être s'était-il contenté de la séparation dans la pensée que son conjoint s'amenderait. Voyant son espoir trompé, il peut aujourd'hui désirer rompre complètement le mariage. Aussi, la loi de 1884 introduisit-elle, dans l'article 310, cette règle que la conversion pourrait être demandée *par les deux époux*. En même temps, le texte portant ces mots « le jugement *pourra* être converti en jugement de divorce », on en concluait que le tribunal saisi de la demande de conversion possédait un pouvoir d'appréciation.

Mais le système nouveau, d'inspiration plus équitable que le précédent, donnait lieu à plusieurs difficultés.

A. — Sur quoi, d'abord, le tribunal devait-il faire porter son examen pour savoir s'il devait accorder ou refuser la conversion sollicitée? Deux opinions s'étaient formées sur ce point.

La première, fondée sur les travaux préparatoires et plutôt conforme à l'idée du *divorce-sanction*, décidait que l'examen des juges devait porter sur la gravité des faits ayant servi de base à la demande en séparation. Ils devaient se demander si cette gravité était suffisante pour entraîner le divorce. Mais on voit à quelles objections prêtait cette manière de voir. Elle est d'abord inadmissible dans les cas où la séparation a été prononcée pour un fait constituant une cause *péremptoire* de séparation et de divorce. Et, même dans les autres, elle ne peut se défendre que si c'est l'époux innocent qui demande la conversion. Concevrait-on un époux, condamné par le jugement de séparation, et venant ensuite alléguer que ses torts n'ont pas reçu une sanction suffisamment sévère? Et cependant, la loi disait en termes exprès que la conversion peut être demandée *par les deux époux*.

Une seconde opinion, plus conforme semble-t-il à l'esprit de l'institution, enseignait, en conséquence, que l'examen du juge devait porter exclusivement sur ce point : existe il, ou non, des chances de réconciliation ? La conséquence logique de ce système — et la Cour de cassation avait fini par l'admettre (Civ., 24 juillet 1901, D. P. 1904.1.452, S. 1902.1.84) — c'est que l'époux coupable pouvait demander la conversion en se fondant sur ce que la permanence de ses propres torts rendait tout espoir de réconciliation impossible ! (Cf. note de M. Labbé sous S. 1886.1.193.)

B. — Si la séparation est convertie en divorce à la suite d'une demande formée par l'époux aux torts duquel la séparation avait été prononcée, la situation respective des parties va-t-elle se trouver modifiée ? On aperçoit aussitôt l'intérêt qui s'attache à cette question. Il s'agit de savoir lequel des deux époux encourra les déchéances qui frappent l'époux contre lequel le divorce est prononcé (déchéances pécuniaires des articles 386 et 299, garde des enfants, etc...). On admit vite que, nonobstant leur attitude actuelle dans l'instance en conversion, la situation primitive des époux n'est pas modifiée par le jugement qui la termine. C'est donc l'époux vainqueur dans l'instance en séparation qui est réputé avoir obtenu le divorce, même si la demande en conversion émane de l'autre. Et, de même, si la séparation a été prononcée aux torts réciproques des deux époux, le divorce sera réputé prononcé contre chacun d'eux (Req., 25 juillet 1892, D. P. 1893.1.411, S. 1892.1.503).

Pourtant, l'arrêt précité de la Cour de cassation, en date du 24 juillet 1901, vint décider que les *frais* de l'instance en conversion devraient être supportés par l'époux perdant, encore qu'il eût gagné le procès originaire en séparation. Cette solution fut à bon droit critiquée. Outre qu'elle était en contradiction avec les autres décisions de la Cour suprême en cette matière, elle semblait contraire à l'équité. L'instance en conversion et les frais qu'elle entraîne sont la conséquence ultime de la faute commise par l'époux coupable ; ce n'est pas le conjoint irréprochable qui doit en souffrir.

3° *Loi du 6 juin 1908 : Système actuel.* — D'après le texte actuel de l'article 310, modifié par la loi du 6 juin 1908, « lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera *de droit* converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux ». C'est, comme on a dit, le système de la conversion toujours facultative pour les parties, mais *automatique* pour le juge. En réalité, le changement apporté aux errements antérieurs se réduit à peu de chose, si l'on réfléchit que, malgré le pouvoir d'appréciation reconnu au juge sous l'empire de la loi de 1884, les demandes en conversion n'étaient alors, en fait, presque jamais repoussées, la proportion des demandes accueillies par les tribunaux variant entre 90 et 95 °/₀ par année.

Le système actuel de notre loi soulève cependant deux critiques qu'il importe d'examiner.

A. — Puisque la conversion est désormais automatique, on s'est demandé pourquoi le tribunal est encore appelé à statuer. A quoi bon im-

poser les frais d'un procès ? Ne serait-il pas plus simple de faire de la conversion un simple acte de l'état civil ? On oublie, en émettant cette opinion, que, lorsqu'il y a demande de conversion, il y a des demandes incidentes et même des défenses au fond possibles à prévoir de la part de l'autre époux. Les demandes incidentes auront trait, par exemple, à la garde des enfants, à la pension alimentaire, points sur lesquels l autre époux souhaiterait qu'il fût statué autrement que ne l'avait fait le jugement de séparation. Et, au fond, s'il est vrai que la conversion de la séparation en divorce se produit de droit, encore faut-il qu'il y ait eu séparation. Or, l'époux défendeur peut alléguer que la séparation avait pris fin par une réconciliation. Il est donc nécessaire que la justice soit mise à même de se prononcer sur ces difficultés éventuelles.

B. — Un reproche plus spécieux est celui que l'on a fait à l'institution même de la conversion et qui a été, sinon créé, du moins aggravé par la loi de 1908. La possibilité de la conversion, a-t-on dit, est, en quelque mesure, attentatoire à la conscience religieuse. Il y a des personnes auxquelles leurs croyances interdisent, non seulement de demander le divorce, mais encore d'y donner lieu. Malheureuses dans leur ménage, elles ne pourront donc pas demander la séparation sans risquer de se voir imposer, sur l'initiative de l'époux coupable, un divorce que leur conscience repousse. Faudra-t-il donc que leurs scrupules leur ferment l'accès même de la séparation ? Si l'on fait observer que, dès avant la loi de 1908, la conversion pouvait déjà être sollicitée par l'époux coupable, on répondra que, du moins, les juges avaient alors un pouvoir d'appréciation qui leur eût permis peut-être, le cas échéant, de prendre en considération les scrupules religieux de l'époux innocent et de repousser la demande en conversion.

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à cette objection. Si ombrageuse que soit la conscience d'une personne mal mariée, il nous semble qu'elle se met en règle avec les prescriptions de la foi catholique en s'abstenant, dans sa conduite, de toute faute qui puisse donner lieu à une demande en divorce, et en s'interdisant non seulement de le demander elle-même, quels que soient ses griefs, mais de ne jamais en profiter, s'il vient à être prononcé. Ce sont là, au surplus, des considérations confessionnelles, et, nous l'avons dit, la législation du mariage, étant toute civile, c'est à-dire laïque, ne peut pas s'en inspirer

Réglementation de la conversion. — L'article 310 règle, de la manière la plus simple possible, la *procédure* de la demande en conversion. Le point de départ du délai de trois ans qu'il établit n'est pas fixé expressément. Mais on s'accorde sans difficulté à décider que c'est le moment où le jugement de séparation est devenu définitif (Civ., 28 novembre 1887. D. P. 1888.1.433, S. 1890.1.113). Le procès s'engage et se dénoue vite.

L'époux demandeur n'est plus obligé de se présenter en personne devant le président du tribunal. Il n'y a pas de conciliation. (Req. 19 novembre 1912. D. P. 1914.1.278)

Le demandeur adresse une requête au président, qui rend une ordon-

ance permettant de citer. La même ordonnance nomme un juge rappor-
eur, ordonne la communication au ministère public et fixe le jour de la
omparution. La demande est débattue en chambre du conseil. Seul, le
ugement est rendu en audience publique. La même procédure est suivie
n appel (V. art. 310, al. 3 à 7). Enfin, la décision définitive est transcrite
ur les registres de l'état civil, car c'est un véritable jugement de divorce.

Effets de la conversion. — Il n'est pas douteux que celle-ci laisse ubsister la situation respective des parties, telle qu'elle résultait du juge-ent ordinaire de séparation. La loi du 6 juin 1908 (art. 310 nouveau, l. 2) déduit expressément, et dans un sens contraire à la jurisprudence ntérieure de la Cour de cassation, une conséquence de ce principe, en écidant que « les dépens seront mis pour le tout à la charge de l'époux, ême demandeur contre lequel la séparation a été prononcée, et, pour oitié, à la charge de chacun des époux, si la séparation a été prononcée ontre eux à leurs torts réciproques ». Toutefois, si l'époux demandeur à a séparation avait soulevé un incident sur lequel il eût été débouté, les rais de cet incident devraient évidemment être mis à sa charge. Le troi-ième alinéa de l'article 310 ajoute d'autre part que les dispositions du ugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à 'époux qui a obtenu la séparation conservent en tout cas leur effet.

Une dernière question de détail a été soulevée pour l'application de l'ar-icle 310 nouveau. Les règles établies par la loi de 1908 doivent-elles s'ap-liquer aux demandes en conversion consécutives à des séparations de orps prononcées antérieurement à la promulgation de la loi ? La Cour de assation a admis l'affirmative (Req., 7 avril 1910, D. P. 1910.1.256, S. 910.1 359). Il est incontestable qu'elle a bien jugé et sans violer le prin-ipe de la non-rétroactivité des lois. Lorsqu'il ne s'agit pas de rapports de roit relatifs au patrimoine, aucune considération ne peut mettre obstacle ce qu'une loi nouvelle régisse les faits à venir, même lorsqu'ils se rat-achent à un acte ou à une situation juridique antérieure.

DEUXIÈME PARTIE

FILIATION, PARENTÉ, ALLIANCE[1]

GÉNÉRALITÉS

Définitions. — Le deuxième élément de l'état des personnes, c'est la *parenté,* lien qui les unit aux autres individus faisant partie du même groupe fondé sur la communauté du sang ou *famille.*

La *parenté* dérive de la *filiation.* En effet, on appelle *parents* les personnes qui *descendent les unes des autres ou descendent d'un auteur commun.*

Il résulte de cette définition qu'il y a deux sortes de parentés, la *parenté en ligne directe,* celle des personnes qui descendent les unes des autres, la *parenté en ligne collatérale*, celle des personnes qui descendent d'un auteur commun.

La *ligne directe* est, elle même, *ascendante* ou *descendante* suivant que, par rapport à une personne déterminée, on envisage le lien qui l'unit à ceux dont elle descend, ou celui qui l'unit à ceux qui descendent d'elle (V. art. 736).

La *ligne collatérale*, comprenant les frères, sœurs, oncles, tantes, neveux, nièces, cousins, cousines, est une ligne double, *paternelle* ou *maternelle*, suivant que, pour trouver l'auteur commun entre mon collatéral et moi, il faut remonter du côté de mon père ou du côté de ma mère. On remarquera tout de suite que certains collatéraux sont parents à la fois dans les deux lignes ; ainsi les frères et sœurs issus des mêmes père et mère, qu'on appelle frères et sœurs *germains.* Au contraire, les frères et sœurs par le père seulement, qu'on appelle *consanguins*, les frères et sœurs de mère, qu'on appelle *utérins*, ne sont parents que dans une seule ligne.

C'est par le nombre de degrés que s'établit la proximité de la parenté.

On entend par *degrés* le nombre de générations qui séparent les personnes (V. art. 735). En ligne directe, il y a un degré par génération. Ainsi, le père est, avec son fils, au premier degré ; le grand-père avec son petit-fils au deuxième degré (art. 737).

En ligne collatérale, il y a eu, suivant les législations, des modes différents de computation des degrés. Notre Code (art. 738) a adopté le mode de computation suivi par les Romains. Il consiste à remonter de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun et à redescendre ensuite de cet auteur à l'autre parent, en comptant autant de degrés qu'il y a de générations, ou d'échelons, le long de chaque côté de cette échelle double.

Ainsi, pour notre Droit civil, deux frères sont au deuxième degré, un

1. Ch. Lefebvre, *La famille en France dans le Droit et dans les mœurs*, 1920.

oncle et son neveu au troisième, deux cousins germains au quatrième, etc...

En Droit canonique, au contraire, le système de computation est moins précis et moins clair. Les frères y sont collatéraux au premier degré ; les cousins germains, les oncles et neveux sont, les uns et les autres, collatéraux au deuxième degré.

A un autre point de vue, il y a trois sortes de parentés ou de filiations :

La parenté et la filiation *légitime* qui résultent du mariage ;

La parenté et la filiation *naturelle* qui résultent de l'union libre ;

La parenté et la filiation *adoptive* qui résultent de l'adoption.

Enfin, il faut noter que le *mariage* ne crée pas seulement la parenté légitime, mais encore l'*alliance* ou *affinité*, qu'on peut définir le lien existant entre un époux et les parents de l'autre (beaux-enfants, beaux-parents, beaux-frères, belles-sœurs, etc...).

L'alliance est, comme la parenté, en ligne directe ou en ligne collatérale ; sa proximité se calcule de la même façon que celle de la parenté. Il n'y a pas d'alliance naturelle, sauf, comme nous l'avons vu, quand il s'agit de déterminer les empêchements au mariage.

Distinction rationnelle entre le lien de famille et le lien de parenté. — Nous avons jusqu'à présent rapproché les idées de *famille* et de *parenté*. Cependant, en raison, il y a entre ces deux notions des différences indéniables.

La *parenté* résulte de la communauté du sang. C'est un lien *naturel*. La famille est un groupement *social*, organisé par le législateur dans l'intérêt de la Cité et plus ou moins arbitraire, en ce sens que les règles de ce groupement peuvent varier suivant les époques et les nations. L'organisation de la famille était très différente à Rome de ce qu'elle est de nos jours. Le lien de famille n'est pas un lien naturel, mais un lien *légal*.

Le fait qui produit les deux liens n'est pas le même. Le fait qui donne naissance à la parenté est le fait *matériel* de la procréation ; il est indépendant parfois de la volonté. Le fait qui produit le lien de famille est un fait *volontaire*, reconnu et sanctionné par la loi : le *mariage*, acte par lequel on s'unit à une personne d'un autre sexe et à la famille présente et future de celle-ci, la *reconnaissance*, l'*adoption*.

Il serait rationnel qu'au point de vue de leurs *effets*, la parenté et la famille fussent aussi différenciées. Le fait naturel de la parenté doit produire, comme conséquences, d'abord l'*empêchement au mariage*, fondé, on l'a vu, à la fois sur des motifs d'utilité physiologique et sur des considérations de morale, ensuite l'*obligation d'aliments et d'éducation* de la part des parents envers l'enfant qu'ils ont mis au monde. Cette obligation nous apparaît comme l'expression pure et simple d'une loi de la nature. Dans toutes les espèces, un instinct impérieux contraint les procréateurs à protéger et à nourrir l'être qu'ils ont mis au monde pendant le temps nécessaire à son complet développement. Cette loi est surtout nécessaire lorsqu'il s'agit de l'espèce humaine, car, la durée nécessaire à la formation de l'individu étant en raison directe de l'élévation de l'espèce à laquelle il appartient, le temps

pendant lequel l homme a besoin d'être nourri, protégé, élevé, se prolonge pendant de longues années. Manquer à cette obligation est, de la part des parents, la violation d'une loi de la nature, dont toute bonne législation doit faire une loi juridique aussi exactement sanctionnée que possible.

Au contraire, le lien de famille produit comme conséquences, des *droits de puissance et d'autorité*, et une certaine *vocation successorale*. Et ces diverses institutions apparaissent comme susceptibles de recevoir une forme et une organisation différentes, suivant les temps et les mœurs.

Rationnellement donc, une bonne législation doit être, croyons-nous, conforme à la distinction fondamentale que nous venons d'établir, de telle sorte : 1° que le fait de la filiation, générateur du lien de parenté, puisse être établi facilement et sans entrave ; 2° que les obligations résultant de ce lien ne puissent pas être éludées ; 3° que la vocation successorale, au contraire, et, d'une façon générale, les droits résultant du lien familial ne soient établis qu'en conformité de la volonté des parents ; 4° que les effets des liens de famille soient plus ou moins étendus suivant le plus ou moins d'intensité de ce vouloir, suivant aussi le plus ou moins d'extension du groupe dont émane la manifestation de volonté.

Ainsi, d'une part, la preuve de leur filiation devra être facilitée aux enfants sans distinction. Les parents naturels ne devront avoir, autant que possible, aucun moyen direct ou indirect de se soustraire à leur devoir d'aliments et d'éducation. Mais inversement, nous admettrons volontiers que les enfants naturels aient des droits successoraux moins étendus que les enfants légitimes, parce que le mariage seul consacre, dans toute sa plénitude, étant donné qu'il émane non seulement de la volonté des époux, mais, virtuellement au moins, de celle de leurs parents, l'admission future des enfants à naître dans la famille. Même, il nous paraîtrait logique que les enfants naturels, qui ont fait l'objet d'une *reconnaissance volontaire*, obtinssent des droits successoraux plus étendus que ceux des enfants dont la filiation résulte d'une *reconnaissance forcée* ; à ces derniers il suffirait, pensons nous, d'assurer des aliments et l'éducation, sans les considérer comme faisant partie de la famille de leurs auteurs.

Nous allons voir dans quelle mesure la loi française se rapproche ou s'éloigne des principes qui viennent d'être indiqués.

CHAPITRE PREMIER

FILIATION LÉGITIME

Idées fondamentales. — Avoir une filiation légitime, c'est être issu des relations sexuelles de deux époux. Pour établir cette filiation, il faut être en mesure de démontrer, d'abord, qu'on est né d'une femme mariée, c'est le fait de la *maternité* légitime; et, en second lieu, qu'on est issu des œuvres du mari de cette femme, c'est le fait de la *paternité légitime*. On envisagera successivement la démonstration de ces deux faits. Mais, auparavant, deux observations sont nécessaires.

1° Pour que la filiation légitime soit certaine, on doit toujours supposer établi un fait essentiel, à savoir l'existence du lien matrimonial entre les deux personnes dont l'enfant se prétend issu (V. note de M. Binet sous D. P. 1907.1.289). Nous nous contenterons ici de renvoyer à ce qui a été dit plus haut sur la manière dont doit s'administrer la preuve du mariage.

2° Dès le premier abord, on aperçoit une différence évidente, au point de vue de la démonstration à administrer, entre la maternité et la paternité. La maternité résulte d'un fait matériel, l'accouchement de la femme mariée, fait qui tombe sous les yeux et dont on peut faire la démonstration directe. La paternité, au contraire, résulte de faits dont la preuve directe est à peu près impossible à administrer. Comme le disait, non sans exagération, le tribun Lahory au Corps législatif : « La nature, sur ce point, n'a fait souvent même à la femme que de demi-confidences. » Et en effet, pour établir la paternité de tel ou de tel individu, il ne suffit pas de démontrer qu'il a eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant à l'époque probable de la conception ; il faut encore qu'il ait été le seul à avoir eu ces relations. La démonstration de la paternité ne pourra donc résulter que de certaines présomptions attachées par la loi à telle ou telle situation ou encore d'une affirmation formelle et péremptoire du prétendu père, attestant, outre le fait de ses relations, sa foi dans la fidélité de sa compagne. En d'autres termes, le fait de la paternité n'est jamais fondé sur des preuves proprement dites, mais sur des *probabilités*, sur des *vraisemblances* plus ou moins significatives, auxquelles l'intérêt social commande d'ajouter foi.

SECTION I. — DÉTERMINATION DE LA FILIATION LÉGITIME MATERNELLE.

Décomposition des faits à établir. — Faire la preuve de la filiation maternelle (légitime) d'un individu, c'est faire la démonstration des deux faits suivants :

1° L'accouchement de la femme mariée dont l'enfant se prétend issu ;

2° L'identité entre l'enfant que la femme mariée a mis au monde et celui dont l'état est en question.

La preuve de l'*accouchement* est l'élément essentiel de la démonstration à produire pour établir la filiation maternelle. Le mode normal de cette preuve, c'est la production de l'acte de l'état civil qui a été dressé précisément pour relater la naissance. Mais il serait injuste de n'admettre que ce mode de preuve, car l'enfant, qui doit établir sa filiation, ne peut pas être rendu responsable des négligences qui auraient été commises au moment où son acte de naissance devait être dressé ; il peut même ignorer à quelle date, en quel lieu il est né. La loi admet donc d'autres preuves encore : d'abord, la *possession d'état* ; ensuite, *la preuve testimoniale* (entraînant la possibilité de faire valoir les simples présomptions, art. 1353). Mais cette dernière preuve n'est admise que lorsqu'il existe certains *adminicules* préalables, indiqués par l'article 323, à savoir un *commencement de preuve par écrit* ou des *indices* graves résultant de faits constants. En somme, le régime probatoire que nous rencontrons ici est celui de la *preuve préconstituée*, mais extrêmement tempéré.

L'*identité* de la personne, dont l'état est en jeu, avec l'enfant issu de l'accouchement n'est, en général, pas contestée. Si elle l'est, on admet aujourd'hui unanimement que cette identité pourra s'établir par tous les modes de preuve possibles, et notamment par enquête, sans qu'il y ait besoin d'un commencement de preuve par écrit. Car, dit-on, c'est un principe fondamental que les faits matériels qui, par eux-mêmes, ne produisent ni droits, ni obligations, se prouvent par tous les moyens possibles.

Il y aurait cependant des doutes très sérieux à élever contre cette solution que la Jurisprudence avait autrefois repoussée (V. Bordeaux, 25 août 1825, *S. chron.*) en exigeant, pour la preuve de l'identité à administrer par témoins ou par présomptions, comme pour celle de la naissance, l'un des adminicules de l'article 323. Ce texte, on le remarquera tout d'abord, régit la preuve de la *filiation*. Or la filiation, nous l'avons vu, comprend aussi bien l'élément de l'identité que celui de la naissance. Et, en fait, le système suivi aujourd'hui peut donner lieu à de graves abus. Le fait qu'une personne mariée est accouchée d'un enfant pourra autoriser le premier venu à démontrer, à l'aide de témoins plus ou moins suspects, qu'il est l'enfant issu de cet accouchement, et cela peut-être à une date très éloignée, voire même à quelques générations de distance, car en matière de réclamation d'état, il n'y a pas de prescription. On dit qu'il suffirait, pour faire échouer cette manœuvre, de produire la personne du véritable enfant ou son acte de décès. Mais cet enfant peut avoir disparu sans laisser de traces ; son acte de décès peut être contesté. Or c'est précisément dans des cas de ce genre, romanesques mais non inconcevables, que la question se posera le plus souvent et que des aventuriers mettront à profit les facilités de la loi. De fameux procès (affaire Tichborne, en Angleterre, affaire Naun-

dorf en France, démontrent qu'une telle crainte n'a rien de chimérique[1].

Quoi qu'il en soit, laissant de côté désormais la question de l'identité, nous examinerons successivement les trois modes de preuve de la naissance légitime admis et organisés par l loi.

Acte de naissance. — « La filiation de l'enfant légitime se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil » (art. 319). On indiquera plus loin, en traitant des actes de l'état civil, les formes dans lesquelles l'acte de naissance doit être dressé. Il suffira de dire ici que l'acte de naissance est dressé par l'officier de l'état civil, qui ne fait que relater les déclarations qui lui sont faites par la personne que la loi charge de déclarer la naissance, c'est-à-dire par le père de l'enfant ou, à son défaut, par les médecins, sages-femmes, personnes présentes à l'accouchement ou chez qui la mère a accouché (art. 56). Ces déclarations énoncent le jour, l'heure, le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, domicile et profession des père et mère (art. 57, 1er al.).

La force probante attachée par la loi à l'acte de naissance est, en réalité, comparable à celle qui s'attache à une preuve testimoniale. En effet, la déclaration de naissance n'émane pas de la mère elle-même, c'est-à-dire du principal intéressé, ni de l'officier public qui ne fait qu'enregistrer les déclarations qui lui sont faites. Mais on s'explique la foi que la loi attache au titre ainsi établi, d'une part, parce que le déclarant n'est pas intéressé à mentir (au moins, en général) et, d'autre part, parce qu'une fausse déclaration l'exposerait à une sanction répressive sévère (art. 345, C. pén.).

D'ailleurs, on peut combattre la preuve résultant de l'acte de naissance, bien que cet acte soit *authentique*, par tous les moyens possibles, et sans avoir besoin de recourir à l'inscription de faux. Il en est du moins ainsi lorsque l'on conteste, non pas le *fait même* des déclarations relatées par l'officier de l'état civil, mais l'*exactitude* de ces déclarations en ce qui concerne la personne de la mère. Cette exactitude, en effet, n'est pas un fait que l'officier public constate ou vérifie *ex propriis sensibus* ; le caractère authentique ne s'y attache donc pas.

Possession d'état. — A défaut de titre, la possession d'état d'enfant légitime suffit pour démontrer la filiation (art. 320).

En quoi consiste la possession d'état ? C'est ce que nous explique l'article 321. C'est la réunion de faits indiquant le rapport de filiation entre un individu et la famille à laquelle il prétend se rattacher. Les *principaux* de ces faits sont : « que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien, à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société, qu'il a été reconnu pour tel par la famille ». Une formule abrégée résume ces divers éléments : *nomen*, *tractatus*, *fama*. Le juge appréciera souverainement si ces

1. V. Baraduc, *De l'origine historique des preuves de la filiation des enfants légitimes*, thèse, Paris, 1906.

éléments sont réunis et s'ils sont *constants*, car l'article 320 exige une possession d'état *constante* c'est-à-dire *continue* (et non pas *avérée*, sens que nous trouverons sous l'article 323). Pour que la possession d'état soit probante et puisse suppléer à l'absence de titre, il ne faut pas que les faits qui la constituent soient intermittents ; en effet, ils perdraient alors toute signification, ils se retourneraient même contre la prétention de l'intéressé, car il y aurait quelque chose de suspect dans la conduite de gens mariés qui, par exemple, ne traiteraient un enfant comme le leur qu'un certain temps après sa naissance, et qui cesseraient ensuite de s'occuper de lui. C'est pourquoi l'article 321 exige que l'enfant ait *toujours* porté le nom du père. (Paris, 12 juin 1914, sous Req., 9 juin 1915, D. P. 1916. 1.237).

Ce second mode de preuve de la filiation légitime donne lieu à diverses questions :

1° Sur quoi repose la force probante attachée à la possession d'état ? En définitive, sur l'aveu des époux de qui l'enfant se prétend issu. En l'élevant (*tractatus*), en lui donnant leur nom (*nomen*), ils ont proclamé sa filiation ; à leur égard, la possession d'état continue, constante est, comme on l'a dit, « le cri même de la nature ». Cet aveu des parents est d'ailleurs corroboré par le témoignage concordant de la famille et de la société (*fama*).

S'il en est ainsi, la possession d'état ne doit pas pouvoir être invoquée, lorsque l'aveu qu'elle implique porte sur une filiation dont la loi ne permet pas de faire l'aveu (par reconnaissance ou autrement), c'est-à-dire sur une filiation *adultérine*. C'est pour cela que l'article 321 ne fait allusion qu'à l'attitude du *père* à l'égard de l'enfant. Il s'agit de prouver, en effet, une filiation légitime ; on ne concevrait pas que les actes constitutifs de cette possession d'état d'enfant légitime émanassent de la mère seule et non de son mari ; car, alors, ils feraient plutôt présumer une filiation adultérine dont la loi en principe n'admet pas, nous le verrons, la démonstration directe.

2° On remarquera que la possession d'état — et, en cela, elle diffère de l'acte de naissance, — prouve non seulement le fait de la *naissance*, mais encore celui de l'*identité*. En effet, l'acte de l'état civil ne vise qu'un moment, celui de la naissance, qu'un fait isolé, l'accouchement de la femme mariée de qui l'enfant se prétend issu. La possession d'état, au contraire, résultant d'une *série continue* de faits concordants, suit, en quelque sorte, l'individu pas à pas ; elle démontre la filiation tout entière en ses deux éléments.

3° Comment se prouvent les faits dont l'ensemble constitue la possession d'état ? Evidemment par tous les moyens possibles, y compris la preuve testimoniale et les présomptions simples, sans qu'il soit besoin, pour demander l'enquête, de justifier d'un commencement de preuve par écrit.

Réciproquement, la preuve par la possession d'état peut aussi être combattue par tous les moyens possibles. La contre-démonstration doit être libre comme la démonstration même. On peut, d'ailleurs, contester la filiation résultant de la possession d'état d'enfant légitime de deux manières différentes :

A. — On peut d'abord combattre, rétorquer les faits dont l'enfant prétend faire résulter sa possession d'état, opposer à l'enquête une contre-enquête, démontrer, par témoins et par présomptions, qu'il n'est pas vrai que l'enfant ai joui depuis sa naissance de la possession d'état d'enfant légitime (*nomen*, *tractatus*, *fama*) (Req. 9 juin 1915, D. P. 1916.1.237).

B. — Même, la possession d'état d'enfant légitime étant établie, on peut soutenir qu'elle ne correspond pas à la filiation véritable et que l'enfant est issu, en réalité, d'autres parents. Certes, il est assez difficile de supposer que des époux traitent et élèvent, pendant des années, un étranger comme leur enfant légitime. Cependant, cela n'est pas impossible. Celui qui contesterait la filiation légitime pourrait donc démontrer, ou bien que les parents prétendus de l'individu n'ont jamais eu d'enfant, ou que leur enfant est décédé ; ou bien encore, il pourrait prouver directement que l'individu, bénéficiaire de la possession d'état, est, en réalité, né d'un autre couple.

Supposons que le contestant produise un acte de naissance, se référant manifestement à l'individu dont l'état est en question et le désignant comme né d'autres personnes ou né de parents inconnus ; l'effet probatoire de la possession d'état s'évanouirait. C'est bien, d'ailleurs, ce qui résulte de l'article 320, aux termes duquel la possession d'état ne fait preuve de la filiation qu'*à défaut de titre*. Du reste, si l'enfant appartenait vraiment à ceux qui l'ont élevé et lui ont fait porter leur nom, comment l'auraient-ils déclaré à sa naissance soit *sous de faux noms*, *soit comme né de père et mère inconnus*. Le fait serait bien invraisemblable. Il peut se produire cependant. Alors la situation sera réglée par l'article 323, al. 1er, et l'enfant sera admis à rectifier l'erreur résultant du titre relatif à sa naissance en établissant sa véritable filiation, non plus au moyen de la possession d'état, mais au moyen de la preuve testimoniale, admissible, nous allons le voir, moyennant l'adminicule préalable d'un commencement de preuve par écrit ou d'indices graves faisant présumer l'erreur du titre écrit.

Effets de la possession d'état conforme à l'acte de naissance. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, que la filiation légitime repose sur l'une des deux preuves ci-dessus étudiées, l'acte de l'état civil ou la possession d'état. Dans ces deux cas, la preuve qui en résulte peut être contestée et combattue par tous les moyens possibles. Mais supposons, et c'est le cas habituel dans la réalité, que ces deux éléments de démonstration soient réunis, la possession d'état de l'individu et son acte de naissance étant absolument conformes. En ce cas, la démonstration est irréfragable. On ne peut ni la contester ni la combattre. « Nul, dit l'article 322, ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance. » C'est là une règle de prudence, qui paraît avoir été empruntée à la Jurisprudence du XVIIIe siècle, et qui a pour but d'empê-

cher des procès, toujours pénibles, dans des hypothèses où ils seraient le plus souvent abusifs. Peut-on, en effet, supposer que deux époux déclarent comme leur enfant, et élèvent ensuite comme tel, un enfant né d'autres personnes? Si cela était cependant, la situation qui résulterait de ce concours exceptionnel de circonstances serait à l'abri de toute contestation. Mieux vaut encore cette éventualité que de laisser l'état des familles en butte à des attaques forcément aventureuses.

On doit décider qu'il résulte de l'article 322 une fin de non-recevoir même contre celui qui prétendrait démontrer que l'acte de naissance est un faux. Vainement a-t-on prétendu que, dans cette hypothèse, l'article 322 ne peut s'appliquer, le *véritable* acte de naissance étant peut-être non conforme à la possession d'état. Raisonner ainsi, ce ne serait rien moins que résoudre la question par la question.

Cependant, la règle de l'article 322 souffre deux restrictions :

1° L'effet irréfragable attaché à la réunion des deux preuves susvisées suppose toujours une condition préalable, à savoir que le mariage des prétendus auteurs de l'enfant est établi. Celui qui voudrait contester le mariage le pourrait et toujours, car l'article 322 ne le lui interdit pas. Réussissant dans sa demande, il ruinerait, du même coup, la démonstration résultant de la concordance du titre et de la possession d'état, car l'article 322 ne s'applique qu'à la filiation légitime et non à la filiation naturelle (Civ., 12 février 1868, D. P. 68.1.60, S. 68.1.165).

2° L'article 322 suppose également qu'il n'y a aucun doute sur l'identité existant entre l'individu désigné par l'acte de naissance et celui dont la possession d'état d'enfant légitime est, par ailleurs, établie. S'il en était autrement, si l'on prétendait prouver qu'il y a eu substitution d'un enfant à un autre, par exemple, changement d'enfants en nourrice, dans l'intervalle compris entre la rédaction de l'acte de naissance et les faits dont résulte la possession d'état, la fin de non-recevoir de l'article 322 ne s'appliquerait plus ; il n'y aurait plus, en effet, conformité du titre et de la possession d'état, le titre s'appliquant à un individu et la possession d'état à un autre (Paris, 31 juillet 1890, D. P. 91.2.129, note de M. de Loynes, S. 92.2.302).

Preuve testimoniale. — Le troisième mode de preuve de la filiation légitime, à savoir la preuve testimoniale, fonctionne à défaut des précédents. L'article 323 indique deux hypothèses où il en sera ainsi :

1° Lorsqu'il n'y a ni titre ni possession attribuant à l'individu un état déterminé ;

2° Lorsqu'il y a bien un titre, c'est-à-dire un acte de naissance se rapportant à l'individu, mais lorsque ce dernier conteste la véracité de ce titre, parce que, prétend-il, il aurait été inscrit sous de faux noms, ou, inexactement, comme né de père et mère inconnus ; ajoutons cette circonstance que l'individu n'est en possession d'aucun état déterminé.

A ces deux hypothèses, il convient certainement d'en ajouter deux autres, de telle sorte qu'on admettra le recours à la preuve testimoniale :

3° Si l'individu jouit d'une possession d'état dont il prétend démon-

trer la fausseté et que ne corrobore aucun acte conforme de naissance ;

4° S'il y a à la fois un acte de naissance et une possession d'état déterminée se rapportant à l'individu, mais *sans conformité* entre les indications de l'une et de l'autre.

En un mot, l'individu, qui réclame un état sera admis à recourir à la procédure d'enquête, pour suppléer à l'absence ou à la discordance des deux autres modes de preuve préférables, ou pour combattre l'un ou l'autre existant isolément. Mais, comme la preuve testimoniale est vue par la loi avec peu de faveur à cause de la subornation possible des témoins, comme, d'autre part, de telles hypothèses se présentent bien rarement, l'article 323 met à son admissibilité certaines conditions préalables. Il exige, ou bien qu'il y ait déjà un *commencement de preuve par écrit* en faveur de la filiation alléguée, ou bien qu'on puisse invoquer des *présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants* jugés assez graves par le juge. En un mot, l'emploi de la preuve testimoniale ne fait ici que *compléter* d'autres éléments de conviction qui, déjà, rendent vraisemblable le fait dont il s'agit de faire la démonstration.

Dérogations apportées aux règles du Droit commun. — A plusieurs points de vue, on rencontre ici des dérogations aux règles ordinaires en matière de preuve.

1° Ordinairement, la preuve testimoniale est admise *de plano* quand le fait à démontrer est de ceux dont le demandeur n'a pas été à même de se ménager d'avance une preuve écrite (art. 1348, al. 1). Or c'est précisément le cas ici. Cependant, la loi subordonne l'admissibilité de l'enquête à certains adminicules préalables. La raison de cette sévérité particulière, c'est le caractère exceptionnel des faits que l'enfant demande à démontrer. L'immense majorité des enfants légitimes peuvent produire un acte de naissance conforme à leur état apparent. Une certaine présomption d'invraisemblance s'attache à la prétention d'un individu, qui veut se rattacher, par un lien de filiation légitime, à une famille dans laquelle il n'a point sa place et qui, peut-être, le repousse.

2° De droit commun, lorsque la preuve testimoniale n'est pas admise *de plano*, elle l'est moyennant l'existence d'*un* seul adminicule préalable, qui est un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire, suivant la définition de l'article 1347, un acte écrit, par exemple une lettre rendant vraisemblable le fait allégué, *et qui est émané de celui contre lequel la demande est formée.* En notre matière, cette exigence eût été excessive, car l'individu qui veut prouver sa filiation peut avoir pour adversaires des personnes qu'il ne connaît pas à l'avance, et il serait surprenant qu'il eût justement un écrit émané de celui qui sera défendeur au procès. Aussi l'article 324 nous donne-t-il une définition différente de celle de l'article 1347, car il nous dit que le commencement de preuve par écrit peut résulter « des *titres de famille*, des *registres et papiers domestiques du père ou de la mère*, des actes publics ou même privés *émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante* ». Ainsi, il n'est pas nécessaire que les documents invo-

qués émanent de l'adversaire que l'enfant trouve en face de lui dans l'instance. Par exemple, les indications contenues dans un registre domestique naguère tenu par le père ou la mère déjà décédé, un acte, une lettre missive d'un membre de la famille proche, pourront constituer le commencement de preuve par écrit requis par la loi.

3° En général, les présomptions simples, c'est-à-dire les indices résultant des circonstances de la cause et des faits signalés par les conclusions des parties, peuvent servir à fonder la conviction des magistrats, chaque fois qu'il y a lieu à preuve testimoniale (art. 1353). Elles jouent le rôle de preuve au même titre que les témoins, et les suppléent quand on ne peut en trouver. Ici, le rôle de ces indices est tout différent. Ils ne peuvent que constituer un *second adminicule préalable*, produisant le même effet qu'un commencement de preuve par écrit, *c'est-à-dire rendant l'enquête admissible.*

En fait, les indices de ce genre peuvent varier à l'infini. Ce seront, par exemple, tels ou tels faits d'hérédité physiologique, tel ou tel signe corporel, la marque du linge dans lequel un enfant trouvé était enveloppé, la possession de telle médaille caractéristique qui était attachée à son cou, les visites faites par la prétendue mère ou par ses proches aux parents nourriciers, les envois d'argent. La loi ne saurait énumérer ces indices. Mais elle exige deux conditions :

A. — Il faut qu'il soient *assez graves* pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale. A cet égard, l'appréciation des juges du fond sera certainement souveraine, car il s'agit ici d'une pure question de fait (Civ., 22 octobre 1902, D. P. 1902.1.539, S. 1902.1.485).

B. — Il faut que les indices en question résultent de faits *dès lors constants*, c'est-à-dire avérés, notoires. Le mot *constant* est donc pris ici en un sens différent de celui du mot *constamment* employé dans l'article 321. Ce que la loi exige, pour que les faits relevés à titre d'indices aient la vertu de rendre l'enquête admissible, c'est qu'il n'y ait pas besoin d'une première enquête pour établir leur existence. Autrement, en effet, tout le danger de la subornation de témoins reparaîtrait. Toutefois, les présomptions ou indices peuvent découler des déclarations ou aveux des parties en justice, et en conséquence le tribunal peut ordonner leur comparution personnelle (Req., 19 octobre 1925, D. H. 1925, p. 573).

Hypothèse d'inexistence ou de perte des registres. — L'application des règles qui précèdent doit être écartée dans une hypothèse spéciale qu'à première vue on pourrait confondre avec celle que vise l'article 323. C'est lorsqu'un individu, voulant établir sa filiation à l'égard d'une femme mariée, prétend que, s'il ne peut produire d'acte de naissance, c'est parce qu'*il n'a pas été tenu de registre* au moment de sa naissance, ou que le registre sur lequel sa naissance avait été constatée *a été perdu* depuis. La situation est alors réglée par l'article 45, aux termes duquel la preuve de l'inexistence ou de la perte du registre « sera reçue tant par titres que par témoins » ; et la naissance « pourra être prouvée tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins » (ajoutons,

conformément à l'article 1353, ou par présomptions). Ainsi, dans ce cas, l'emploi de la preuve testimoniale est admissible *de plano*. L'hypothèse est, en effet, toute différente de celles qui ont été examinées jusqu'ici. Il s'agit, non pas à proprement parler de prouver la filiation, mais de *reconstituer* un acte de naissance perdu ou inexistant.

SECTION II. — Détermination de la filiation légitime paternelle.

Système général de la loi française. — Le système de notre loi, en cette matière, est d'une grande cohésion logique. Il part de cette idée rationnelle, quoique peut-être excessive, que la paternité est un fait dont il est impossible de faire la démonstration directe. On ne peut donc désigner le père d'un enfant qui a été conçu par une femme mariée qu'au moyen d'une *double présomption :* celle que des rapports sexuels ont existé entre la femme mariée et son mari ; et celle que cette femme n'a pas eu de rapports avec d'autres hommes que son mari : présomption de cohabitation et présomption de fidélité. D'où la règle formulée par l'article 312, alinéa 1er : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. » On l'exprime souvent par une sentence latine empruntée au Droit romain, où elle avait d'ailleurs un sens différent : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

On peut donner une explication un peu différente de la règle de l'article 312, en disant que, si le lien juridique de la *maternité* résulte de la démonstration d'un *fait*, celui de la *paternité* ne peut résulter, faute d'une démonstration objective possible, que d'un *acte de volonté* du mari qui, en se mariant, accepte d'avance comme siens les enfants que sa femme mettra au monde, au moins quand leur conception et leur naissance auront eu lieu dans des conditions normales. Cette manière de concevoir le système de notre loi française aurait l'avantage d'expliquer, d'une manière rigoureuse et complète, toutes les solutions que nous allons rencontrer en matière de filiation paternelle. Mais le système de la *double présomption* est tellement classique et traditionnel que c'est certainement celui dont les rédacteurs du Code se sont inspirés en écrivant les articles 312 et suivants.

§ 1. — Conditions d'application de la règle « Pater is est ».

Pour que l'enfant soit réputé avoir pour père le mari de sa mère, il faut, nous dit l'article 312, qu'il ait été *conçu pendant le mariage.* Mais comment sait-on s'il en est ainsi ?

Présomptions relatives à la date de la conception. — La question de la date de la conception ne donne évidemment lieu à difficulté que pour les enfants venus au monde au début du mariage (car ils pourraient avoir été conçus avant le mariage), ou après la dissolution du mariage (car ils pourraient avoir été conçus après. La loi, au lieu de faire de cette date de la conception, lorsqu'elle peut être douteuse, une question de médecine,

tranche d'avance toute difficulté au moyen d'une présomption relative à la durée de la gestation. Elle décide (art. 312, al. 2, art. 314, art. 315) que la conception de l'enfant doit être placée dans « le temps qui a couru depuis le trois-centième jour jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant ». Ainsi, les plus courtes gestations (d'un enfant né vivant) sont présumées de 180 jours ; les plus longues de 300 jours (le Code allemand porte cette durée à 302 jours, art. 1592). Toute naissance d'enfant, survenue plus de 180 jours après le commencement du mariage et pas plus de 300 après sa dissolution, est donc réputée le résultat d'une cohabitation légitime. Et c'est certainement là une présomption absolue. Ainsi, un enfant né 300 jours, c'est à-dire tout près de dix mois après la mort du mari, sera considéré comme un enfant posthume de celui-ci : il faudra l'action en désaveu pour le rejeter de la famille légitime. Et cela, alors même que les particularités physiologiques de cet enfant et les incidents de la grossesse ne permettraient pas au médecin ou à la sage-femme de douter que la naissance a eu lieu après sept mois de gestation seulement !

La question s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux de savoir si ces délais doivent être calculés *d'heure à heure* ou *jour par jour*, c'est-à-dire par intervalles de 24 heures comptés de minuit à minuit. Par exemple, le mari est mort le 1er janvier 1917 à minuit et la femme est accouchée 300 jours après, le 27 octobre 1917 à midi. Si l'on compte d'heure à heure, le trois-centième jour a expiré le 27 octobre à 2 heures du matin ; donc l'enfant, né le 301e jour après la dissolution du mariage n'est pas issu du père défunt. Si, au contraire, l'on compte par intervalles de 24 heures, de minuit à minuit, le délai n'a commencé à courir que le 1er janvier à minuit et, par conséquent, ce délai n'expirant que le 27 octobre à minuit, l'enfant est couvert par la présomption de l'article 312. La Cour de cassation s'est prononcée, il y a longtemps, en faveur de la computation par jours (Civ., 8 février 1859, D. P. 69.1.181, S. 69.1.215) par ce motif que, dans le langage du Droit comme dans l'acception usuelle, le mot jour ne s'entend que de l'intervalle de 24 heures qui, compris entre deux minuits, se distingue par son nom dans la semaine et par son quantième dans le mois ; et que c'est une règle générale et constante de déterminer par un nombre de jours ainsi définis tous les délais qui se composent d'un certain nombre de jours. Les cours d'appel et les tribunaux se prononcent, en général, en sens contraire, et cela même depuis l'arrêt de la Cour de cassation, le calcul de *momento ad momentum* leur paraissant plus rationnel et de nature, par son inflexibilité, à mieux traduire l'esprit de la loi (Angers, 12 décembre 1867, D. P. 67.2.201, S. 68.2.39 ; Trib. civ., Rodez, 19 mai 1909, S. 1911.2.39 ; Cf. Montpellier, 11 juillet 1910, S. 1911.2.39).

Quels sont les enfants protégés par la présomption de l'article 312 ? — Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant que l'enfant a été conçu pendant le mariage, avant le mariage, ou enfin postérieurement à sa dissolution.

I. — Enfant conçu pendant le mariage. — Tout enfant conçu pendant le mariage de sa mère peut se prévaloir de la présomption *Pater is est* et doit donc être réputé l'enfant du mari.

Ici, la Jurisprudence a déduit, avec beaucoup de fermeté, les conséquences de ce principe essentiel que la paternité légitime ne se démontre pas, mais découle nécessairement du fait que la filiation de l'enfant est établie à l'égard d'une femme mariée. Ainsi, il a été jugé qu'un enfant devra être attribué au mari, alors même que son acte de naissance, en désignant pour mère la femme mariée, resterait muet sur le père, alors même qu'il indiquerait que l'enfant est né de père inconnu, ou même porterait l'indication d'une autre paternité que celle du mari (Req., 1er février 1876, D. P, 76.1.323, S. 76.1.373 ; Bordeaux, 31 mai 1893, D. P. 94.2.551 ; Bastia. 28 avril 1897, D. P. 98.2.494, S. 98.2.102 ; Req., 22 juillet 1913, S. 1914 1.351). Dans ce dernier cas, l'indication d'un père adultérin n'aurait aucune valeur. Ce serait le mari de la mère qui serait réputé père de l'enfant. Et il y aurait lieu seulement à opérer la rectification de l'acte de l'état civil en ce qui concerne la désignation du père.

Toutefois, l'attribution de l'enfant au mari n'est pas absolument irréfragable, ou — pour s'en tenir au système de la *présomption* de paternité — celle-ci n'est pas entièrement assimilable aux présomptions absolues. La loi française, en effet, admet, dans certains cas, le mari à faire écarter la règle de l'article 312 au moyen d'une action judiciaire, soumise à des règles sévères et rigoureuses, qui porte le nom de *désaveu de paternité*. Les cas où le *désaveu de paternité* est possible sont, chez nous, strictement limités par notre loi, différente en cela de Codes plus récents, comme le Code civil allemand (art, 1591, 1er al.) et le Code civil suisse (art. 254), lesquels disent simplement que le mari pourra repousser la paternité, en démontrant qu'il est impossible qu'il soit le père de l'enfant mis au monde par sa femme.

Condition de l'enfant conçu pendant l'absence du mari. — Supposons qu'un enfant ait été conçu, d'après les présomptions relatives à la durée de la gestation, alors que le mari de sa mère était *absent*. Le mariage n'étant pas dissous, puisque (art. 139) tout mariage nouveau contracté par l'époux de l'absent serait nul, quelle va être la situation de l'enfant ainsi mis au monde par la femme de l'absent ? La loi reste muette sur cette hypothèse.

L'opinion la plus généralement adoptée par la Doctrine, et à laquelle nous nous rallions, enseigne que cet enfant n'est pas couvert par la présomption de l'article 312. En effet, l'absence est l'état de celui dont l'existence et la mort sont également douteuses. S'il n'est pas certain que le mari fût mort au moment de la conception de l'enfant, il ne l'est pas non plus qu'il fût vivant. Or, l'enfant qui invoque la présomption de l'article 312 doit pouvoir démontrer qu'il a été conçu *pendant le mariage*. Pour qu'il y eût eu mariage de sa mère au moment de sa conception, il faudrait qu'il fût certain que le père était vivant à ce moment ; et, par hy-

pothèse, c'est ce qu'il est impossible de démontrer. La règle légale ne s'appliquera donc pas, puisque les conditions auxquelles est subordonnée son application ne peuvent être établies. En conséquence, l'enfant devra être provisoirement considéré comme enfant naturel par rapport à sa mère, quitte à être, par la suite, considéré comme adultérin, si le mari, reparaissant, exerce à son encontre une action en désaveu.

Un argument très fort en faveur de cette solution nous paraît résulter de l'article 120, aux termes duquel, le droit de se faire envoyer en possession provisoire des biens de l'absent appartient à ceux qui étaient héritiers présomptifs au *jour de la disparition ou des dernières nouvelles* de l'absent. L'enfant dont nous nous occupons, n'étant pas encore conçu à ce moment, n'est pas compris au nombre des héritiers présomptifs. C'est donc que la loi le considère comme étranger à la famille du mari.

Cette opinion n'a cependant pas toujours été consacrée par la Jurisprudence. La cour de cassation, en effet, distinguait suivant que l'enfant a ou n'a pas été inscrit, dans son acte de naissance, sous le nom du mari absent. Si l'enfant n'a pas été déclaré sous le nom du mari, il est en dehors de la règle de l'article 312. Mais au contraire, s'il a été déclaré sous le nom de l'absent, il doit être, jusqu'à nouvel ordre, réputé enfant légitime de celui-ci (Civ., 15 décembre 1863, D. P. 64.1.153, S. 64.1.27). Car, disait-on, *provision est due au titre*. Et il en est ainsi surtout lorsqu'au titre se joint la possession d'état (art. 322). Un tel système nous semble inadmisssible. La maxime que *Provision est due au titre* n'est pas applicable dans notre cas. L'enfant, en réalité, n'a pas de titre de filiation paternelle. C'est seulement en ce qui concerne la filiation maternelle que l'acte de naissance fait preuve et, par conséquent, constitue un *titre*. La filiation paternelle résulte, elle, nous l'avons vu, non pas de l'acte de naissance et de l'indication du nom du père qui y est contenue, mais uniquement de la présomption de l'article 312. Nous avons dit précédemment que, si l'acte de naissance d'un enfant procréé par une femme mariée indiquait, comme père un autre homme que le mari, celui ci n'en serait pas moins le père légal de l'enfant. Inversement, de ce que l'acte de naissance contient le nom du mari, il ne résulte pas nécessairement que c'est le mari qui est le père, du moment qu'on ne se trouve pas dans les conditions d'application de la règle *Pater is est*. Or, c'est précisément le cas puisque, encore une fois, on ne peut pas démontrer qu'il y avait mariage, au moment de la conception.

Ce qui achève, d'ailleurs, à notre avis, de condamner le système précédent, c'est qu'il aboutit fatalement à cette conséquence révoltante, que l'enfant conçu pendant l'absence du mari, mais déclaré sous le nom de celui ci, ne pourrait jamais être expulsé de la famille, si l'absent ne reparaît pas En effet, puisqu'on le répute légitime, il faudrait un désaveu pour lui faire perdre cette qualité. Or, pour exercer l'action en désaveu, les héritiers de l'absent devraient être à même de démontrer la mort de leur auteur, ce qui, par hypothèse, est impossible. Aussi la Cour de cassation semble-t elle en voie d'abandonner le système de son arrêt de 1863 (V. Civ., 19 décembre 1906, D. P. 1907.1.289, note de M. P. Binet).

II. — Enfant conçu avant le mariage. Est-il légitime ou légitimé ? — Il résulte de ce qui précède que l'enfant né prématurément, c'est-à-dire avant l'expiration des 180 premiers jours du mariage, ne devrait pas être considéré comme couvert par la présomption *Pater is est*. En effet, cet enfant n'a certainement pas été conçu *pendant le mariage*. Comment expliquer alors que cet enfant soit cependant attribué *de plano* au mari, et que celui-ci, d'après l'article 314, ait besoin, pour en décliner la paternité, de former un *désaveu* ? Est-ce donc le fait de la *naissance dans le mariage* qui est constitutif de la légitimité et non celui de la conception ? N'y a-t-il pas une antinomie entre la règle de l'article 312 (« L'enfant *conçu* pendant le mariage a pour père le mari ») et celle de l'article 314 qui accorde le bienfait de la même attribution à l'enfant né prématurément et, sans aucun doute possible, conçu avant le mariage de sa mère ?

Il n'y a qu'une manière raisonnable de résoudre cette apparente contradiction. C'est de dire que l'enfant né moins de 180 jours après le mariage n'est pas un enfant légitime, mais un enfant *légitimé*. Nous verrons bientôt que la loi accorde le bénéfice de la légitimation aux enfants naturels, que les époux ont reconnus avant leur mariage ou au moment de ce mariage. L'enfant visé par l'article 314 est certainement, par sa conception, un enfant naturel, car il est issu des relations sexuelles de deux personnes qui n'étaient pas mariées. Seulement, l'homme, qui a épousé la mère en état de grossesse, est considéré comme s'étant, d'avance, avoué le père de l'enfant qu'elle mettrait au monde une fois mariée. La loi, en somme, a admis ici, par exception, la possibilité d'une *reconnaissance tacite* et cette reconnaissance, étant accompagnée du mariage des parents, produit, conformément aux principes de cette matière, la légitimation (V. art. 331).

Bien des arguments militent en faveur de cette explication. Nous verrons d'abord que l'article 314, en permettant au mari de *désavouer* l'enfant né dans les conditions susvisées, exige que le mari n'ait pas eu connaissance de la grossesse de la mère en l'épousant. La rubrique de notre chapitre est également significative. Elle est intitulée : *des enfants légitimes* **ou nés dans le mariage.** C'est donc qu'on s'y occupe de deux catégories d'enfants : les légitimés, c'est-à-dire ceux qui ont été *conçus* pendant le mariage, et ceux qui sont simplement *nés dans le mariage*. Si l'on distingue ces derniers des précédents, c'est qu'ils ne sont pas légitimes, mais légitimés. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (Civ., 28 juin 1869. D. P. 69.1.335, S. 69.1.446).

Il y a deux intérêts pratiques à la question :

1° Si on admettait que l'enfant né moins de 180 jours après la conclusion du mariage est un enfant légitime, peu importerait dans quelles conditions il aurait été conçu. Qu'on suppose que l'un de ses auteurs, son père par exemple, fût, au moment de cette conception, déjà engagé dans les liens d'un précédent mariage, l'enfant n'en serait pas moins réputé légitime, du moment qu'il aurait eu cette heureuse fortune que son père ait pu se trouver dégagé des liens de sa première union à temps pour pouvoir épouser la mère avant sa naissance. Au contraire, dans le système adopté par

la Cour de cassation, on devra décider que l'enfant, né moins de 180 jours après la conclusion du mariage de ses parents, ne fait point partie de leur famille légitime si, au moment de sa conception, l'un de ses auteurs était engagé dans les liens d'un autre mariage. En effet, par sa conception, cet enfant est adultérin : et la loi, on le verra, prohibe la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins.

2° Si l'enfant né moins de 180 jours après le mariage était légitime, son état ne pourrait être contesté qu'au moyen de l'action en désaveu, laquelle n'appartient, comme nous le verrons, qu'au mari, de son vivant, et est soumise à une réglementation rigoureuse, notamment au point de vue des déchéances. Au contraire, l'enfant visé par l'article 314, étant considéré comme *légitimé*, sa filiation résulte en somme d'une *reconnaissance*, comme celle de tout enfant naturel, et cette reconnaissance pourra être contestée dans sa véracité *par toute personne intéressée*, car l'article 339 établit cette règle pour les reconnaissances d'enfants naturels. Il est vrai que l'article 314 nous dit que le mari, pour rejeter la paternité de cet enfant, devra le *désavouer* ; mais, en réalité, il ne s'agit pas ici d'un désaveu, au sens technique et précis du mot, mais d'une *action en contestation d'état* qui pourra, par conséquent, être exercée par les héritiers du mari, en dehors des conditions étroites dont la loi entoure l'action en désaveu, et même par tous autres intéressés. Par exemple, un donataire pourra contester la filiation d'un enfant issu de la femme du donateur dans les conditions de l'article 314, et cela en vue d'échapper à la révocation de la donation pour survenance d'enfant (V. Civ., 28 juin 1869, précité ; et Lyon, 6 avril 1870, D. P. 70.2.227, S. 70.2.109).

III. — **Enfant né plus de 300 jours et, dès lors, conçu après la dissolution du mariage.** — L'enfant né plus de 300 jours après la cessation du mariage a été manifestement conçu depuis ; il doit être réputé illégitime. On peut donc s'étonner de la formule bizarre employée, à son égard, par l'article 315 dans lequel nous lisons : « La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage *pourra être contestée.* » Ces expressions, qui semblent considérer comme douteuse et sujette à discussion une illégimité qui devrait être tenue pour indubitable, sont fâcheuses à deux points de vue :

1° Il en résulte d'abord que, bien que conçu évidemment après le mariage, l'enfant sera réputé légitime si sa filiation n'est pas contestée. Cela se produira bien rarement, il est vrai, dans une famille tant soit peu aisée, car il y aura toujours quelque intéressé pour contester la filiation de l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage, ne fût-ce que le fisc, appelé, à défaut de tout parent au degré successible, à recueillir les successions auxquelles l'enfant aurait droit en vertu de son titre d'enfant légitime. Mais, si rare que soit la situation dont nous parlons, elle pourra se présenter quelquefois. Or, elle est tout à fait déraisonnable. Il aurait mieux valu dire que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage est *de plano* considéré comme illégitime.

2° La formule de l'article 315, en paraissant laisser place à la contradiction, a même permis à quelques auteurs de soutenir que les tribunaux, saisis d'une contestation d'état dirigée contre l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, ne seraient pas tenus de déclarer celui-ci illégitime, et pourraient, à la rigueur, s'ils le jugeaient à propos, décider qu'il a été conçu pendant le mariage. Il y a un vieil arrêt de cour d'appel en ce sens (Limoges, 18 juin 1840, S. 40.2.509). Cette solution extravagante nous ramènerait à l'époque où l'on put voir (en 1753) le Parlement de Paris déclarer légitime un enfant né dix sept mois après la mort du mari ! (V. Merlin, *Répert.*, V° *Légimité*, sect. 2, § 3). Est-il besoin de dire que la loi ne peut être interprétée de cette façon. Les présomptions relatives à la durée de la gestation sont, nous l'avons vu, des présomptions absolues. Elles ne doivent pas pouvoir être combattues, pas plus lorsqu'on les invoque *contre* la légitimité de l'enfant que lorsqu'on les allègue en faveur de cette légitimité. Quand l'article 315 nous dit que la légitimité de l'enfant pourra être *contestée*, ce mot signifie que l'action dirigée contre sa légitimité n'est pas une action en désaveu, mais une action en contestation de légitimité, ouverte, par conséquent, sans limitation de durée, à toute personne intéressée.

Il y a cependant une hypothèse où nous nous écarterons de la lettre des textes et où nous refuserons de nous en rapporter à la présomption légale. C'est le cas où une femme, ayant accouché d'un premier enfant au lendemain de la dissolution de son mariage, aura mis au monde un second enfant moins de 300 jours après cette dissolution. Comment écarter ici le texte de l'article 312 qui répute cet enfant conçu pendant le mariage? Nous dirons qu'il n'y a de place pour l'application d'une présomption légale ou autre que lorsqu'il y a quelque chose à prouver, quelque chose de douteux à décider. Or, ici il n'y a rien à prouver, rien de douteux. L'évidence de l'illégitimité est plus forte que n'importe quelle preuve ou présomption contraire.

Conflits possibles de paternités. — Il résulte des dispositions ci-dessus qu'il y a parfois des conflits de paternités.

1° On peut supposer qu'une femme s'est, au mépris de l'empêchement prohibitif résultant du délai de viduité, remariée aussitôt après son veuvage. Elle met au monde un enfant moins de 300 jours après la dissolution du premier mariage et plus de 180 jours après la conclusion du second. Il y a, en ce cas, conflit entre deux paternités légitimes. Comment le trancher ?

D'après le Code civil allemand (art. 1600), lequel s'est approprié la solution de l'ancien *Landrecht* prussien, il y a lieu ici à application d'une sous-présomption. Si l'enfant est né moins de 270 jours après la dissolution du premier mariage, il est attribué au premier mari. Il est attribué au second s'il est né plus de 270 jours après la cessation du premier mariage.

Une telle solution est, en soi, assez rationnelle. Mais, notre Code ne la consacrant pas, nous devons décider que, étant donné le conflit de deux at-

tributions légales de paternité qui se neutralisent, il appartient aux juges du fait, en cas de contestation, de départager les intéressés, et de déterminer la filiation paternelle de l'enfant d'après les données résultant des circonstances du procès.

2° On peut supposer un conflit entre une paternité légitime et une paternité naturelle. C'est ce qui se produira, notamment, si, une femme ayant mis un enfant au monde avant le cent quatre-vingtième jour de son mariage, cet enfant a été *reconnu* par un individu autre que le mari. Cette reconnaissance est parfaitement licite et ne tombe nullement sous le coup de la prohibition des reconnaissances adultérines, puisque, certainement, l'enfant a été conçu d'une fille non mariée. Cependant, d'un autre côté, en vertu de l'article 314, cet enfant doit être attribué au mari de sa mère, tant que celui-ci ne l'a pas désavoué. Ici encore, dans le silence de la loi, nous devons décider que le tribunal, saisi du conflit des deux paternités concurrentes, prononcera en faveur de celle qui, en fait, lui apparaîtra comme présentant la plus grande vraisemblance.

3° Un enfant né plus de 180 jours et moins de 300 après la dissolution du mariage par la mort du mari est, d'après l'article 312, réputé issu du défunt. Mais un autre individu le reconnaît comme son enfant naturel conçu, prétend-il, de ses œuvres après le veuvage de la mère. Une décision judiciaire a admis une telle reconnaissance. (Trib. Versailles, 14 août 1889, S. 90.2.95). Plus récemment, la solution contraire a été consacrée (Trib. Marseille, 6 janvier 1914, *La loi* 4 mars 1914). Et nous croyons cette jurisprudence préférable. L'article 315, en disant que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage pourra être déclaré illégitime, décide *a contrario* que l'enfant né avant ce terme est nécessairement légitime sauf dans l'hypothèse où il y aurait désaveu. Et l'esprit évident de ce texte est d'éviter autant que possible les procès scandaleux que des intérêts privés peuvent soulever autour de la naissance d'un enfant.

§ 2. — Exceptions à la règle « Pater is est ». Théorie du Désaveu.

Nous avons vu que la loi française permet au mari, dans certaines hypothèses limitativement déterminées, d'écarter la paternité des enfants de sa femme, au moyen d'une action en *désaveu*.

Etymologiquement, le *désaveu* est la *rétractation d'un aveu antérieur*. L'expression employée par la loi corroborerait donc l'explication de la règle *Pater is est*, que nous avons présentée comme étant la plus rationnelle. L'époux, en se mariant, a d'avance *avoué*, c'est-à-dire *admis* comme étant ses enfants ceux que sa femme mettrait au monde (dans des conditions normales). La loi lui permet de rétracter cette *admission* lorsqu'il peut prouver que la conception de l'enfant a eu lieu dans des conditions inconciliables avec l'idée d'une filiation légitime.

Il y a deux sortes de désaveux : le désaveu *par preuve de non-paternité*, dans les cas où la loi ne permet au mari de désavouer qu'en démontrant certains faits qui rendent impossible toute supposition de cohabitation

entre lui et sa femme ; le désaveu *par simple déclaration*, dans les cas où la loi ne subordonne l'action du mari à aucune démonstration de ce genre. Au fond, les deux situations sont identiques, car, dans les cas de désaveu par simple déclaration (art. 313, 2e al., et 314), il y a d'ores et déjà présomption que les époux n'ont pas cohabité, soit que la conception de l'enfant se place à une époque où le mariage n'existait pas encore (art. 314), soit que les époux fussent dispensés par un jugement de l'obligation du domicile commun (art. 313, al. 2).

D'une façon générale, le désaveu supposant une instance judiciaire, et une instance judiciaire ne pouvant se dérouler qu'à l'encontre d'une personne, qui, en l'espèce, est l'enfant à désavouer, il ne peut y avoir de désaveu lorsque l'enfant n'est pas né viable. Car un enfant de ce genre n'est pas une *personne ;* il n'a ni état ni filiation (V. art. 314, *in fine*).

Il y a deux séries d'hypothèses à distinguer : 1° celles où l'enfant né d'une femme mariée a été conçu *pendant* le mariage ; 2° celles où cet enfant a été conçu *avant* le mariage[1].

I. — Désaveu d'un enfant conçu pendant le mariage. — La loi admet ici trois cas de désaveu, deux par preuve de non-paternité, un par simple déclaration.

1° Désaveu par preuve de non-paternité. — Les cas de désaveu de ce genre sont : A. le cas d'*impossibilité physique de cohabitation* ; B. le cas d'*impossibilité morale de cohabitation.*

A. — *L'impossibilité physique de cohabitation* qui permettra au mari de désavouer l'enfant de sa femme peut résulter soit de son *éloignement*, soit de son *impuissance accidentelle* constatée à l'époque où se place la conception de l'enfant (art. 312, al. 2).

a, Quand le mari allègue l'impossibilité physique de cohabitation résultant de son *éloignement* au moment présumé de la conception, certains auteurs et certaines décisions judiciaires anciennes exigent qu'il y ait eu impossibilité *absolue.* Et, comme la conception de l'enfant se place dans un délai de 121 jours (l'intervalle entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour antérieurs à la naissance), certains auteurs ont admis qu'il n'y avait impossibité de cohabitation par suite d'éloignement que si la distance, qui séparait les époux au moment de la conception, était telle qu'elle ne pût être franchie en 121 jours ! Cette exigence nous paraît insensée. D'abord, pourquoi ne pas exiger une distance franchissable seulement en 242 jours, car, en définitive, on pourrait supposer que les époux éloignés l'un de l'autre ont fait chacun la moitié du chemin ? Autant vaudrait alors écarter

1. Les instances en désaveu de paternité sont fort rares. Voici des chiffres empruntés à une période de vingt-cinq années.

	Instances
1881	68
1888	121
1900	51
1905	161

cette première cause de désaveu, car il n'y a pas aujourd'hui de distance au monde qui ne puisse se franchir en un moindre délai. La Jurisprudence décide donc avec raison que c'est aux tribunaux à apprécier s'il y a eu, ou non, éloignement rendant la cohabitation impossible. Et, par exemple, bien qu'il n'y ait qu'un espace franchissable en peu de jours entre Paris et Alger, le désaveu du mari sera admissible si les époux, au moment de la conception, habitaient l'un Paris, l'autre Alger, et s'il est prouvé, par ailleurs, qu'aucun des deux époux n'a abandonné sa résidence à cette époque, et si leur correspondance contribue à démontrer l'absence de tout rapprochement entre eux (Alger, 12 novembre 1866, D. P. 67.2.126, S. 67.2.152. Cf. Nancy, 14 mai 1913. *Gaz. Pal.* 1er octobre 1913).

De même, il y a *éloignement* entre deux époux même habitant la même ville, si l'un deux se trouve, à l'époque de la conception, interné dans un établissement médical ou pénitentiaire où il ne peut avoir aucune communication avec son conjoint (V. cependant Besançon, 8 mars 1899, D. P. 99.2.268, S. 99.2.174).

b) L'impossibité de cohabitation résultant de l'*impuissance* du mari ne peut être alléguée, nous dit l'article 312, que si elle est l'effet de *quelque accident*. D'autre part, l'article 313 (al. 1er, *in princ.*) ajoute que le mari ne peut désavouer l'enfant en alléguant son *impuissance naturelle*. Quelle est la raison de cette exclusion ? C'est, d'après quelques-uns, que le mari ne peut être admis à se prévaloir d'une tare qu'il a eu, sans doute, le tort de dissimuler à la famille de sa femme en se mariant Cette explication est évidemment erronée. Il n'y a pas toujours eu dissimulation lors du mariage; l'impuissance a pu être ignorée du fiancé lui-même ; elle a pu survenir depuis le mariage, etc... En tout cas, une paternité ne peut être infligée à un homme à titre de peine. La vérité, c'est que le législateur, instruit par l'exemple du passé, et voulant rompre avec la procédure scandaleuse du *congrès*, employée parfois dans l'ancien Droit, a jugé la preuve de l'impuissance naturelle impossible ou trop scabreuse à administrer.

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par l'impuissance accidentelle.

L'opinion la plus extensive entend par *accident*, au sens de l'article 312, toute atteinte morbide aux facultés de génération, qu'elle résulte d'une cause externe, d'un traumatisme, ou d'une maladie interne : ne serait donc considérée comme *naturelle* que l'impuissance résultant de la faiblesse congénitale des organes. Cette opinion est inadmissible. Les motifs de la loi, tels que nous les avons analysés, doivent l'exclure. La preuve à administrer serait ici presque toujours incertaine et parfois scandaleuse. Pour qu'il y ait *accident*, il faut qu'il y ait eu atteinte matérielle aux organes par suite de blessure, de mutilation, d'opération chirurgicale. Mais nous n'exigerons pas, avec une autre opinion, la plus étroite de toutes, que cet accident matériel se soit produit *avant* le mariage. Antérieur ou postérieur au mariage, il donnera toujours au mari le droit de former une action en désaveu pour impossibilité physique de cohabitation.

B. — *L'impossibilité morale de cohabitation*, c'est l'impossibilité de cohabitation *non matérielle*, mais résultant de faits qui, allégués par le mari,

peuvent donner aux juges la *certitude morale* que l'enfant n'est pas de lui. Cette cause de désaveu a été introduite par divers arrêts des XVII[e] et XVIII[e] siècles, car le Droit français plus ancien n'admettait pas de désaveu, en dehors d'une impossibilité matérielle démontrée par le mari. Même la preuve de l'adultère de la femme, commis à une époque coïncidant avec celle de la conception, ne pouvait être d'aucun effet, car l'adultère n'empêche pas toujours le partage et, comme le disait Beaumanoir, en parlant des enfants de la femme infidèle : « Peut-estre qu'ils sont du mari et peut-estre qu'ils ne sont » (V. Merlin, *Répertoire*, V[e] *Légitimité*, sect. II, § 2, n° V). Cependant, il est clair qu'on peut concevoir telle ou telle circonstance qui, jointe à la preuve de l'adultère, rendra certaine l'illégitimité de la conception. Les jurisconsultes romains en avaient déjà signalé une très significative, à savoir les précautions prises par l'épouse pour dissimuler la grossesse et la naissance, la mise au monde de l'enfant en cachette, *vicinis non scientibus* (V. Ulpien, 6, D., *de his qui sui vel alieni*, I, 6). C'est à cette circonstance du *recel* de la naissance que s'est attaché le Code civil. Encore ne suffira-t-elle pas, jointe à celle de l'adultère, pour faire admettre le désaveu; il faudra qu'à ce faisceau de présomptions s'ajoutent encore d'autres circonstances de nature à la confirmer et que la loi laisse dans le vague, en donnant mission au juge de les déterminer et de les apprécier souverainement.

De là la formule employée par l'article 313. Le mari ne pourra désavouer l'enfant même *pour cause d'adultère*, à moins que *la naissance ne lui ait été cachée; « auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.* » Ce texte appelle trois observations :

a) Quoique la loi parle du recel de *la naissance*, la Jurisprudence incline à ne pas prendre ce mot à la lettre. Ainsi, les précautions prises par la mère pour cacher sa *grossesse* au mari pourraient suffire à fonder un désaveu, quand bien même le mari ne rapporterait pas la preuve que la naissance même lui a été dissimulée (Req., 7 janvier 1850, D. P. 50.1.5, S. 50.1.113. — V. cependant, Dijon, 5 février 1902, D. P. 1902.2.72).

b) La loi, avons-nous dit, laisse au juge l'appréciation des circonstances qui, le double fait de l'adultère et du recel étant démontrés, peuvent être considérées comme prouvant la non-paternité du mari. On peut en donner des exemples. Ce sera l'impuissance naturelle du mari, son état valétudinaire, la couleur de la peau de l'enfant, ou encore la mésintelligence avérée et la séparation de fait des époux au moment de la conception (Req., 29 juin 1892, D. P. 1892.1.477). On trouve même telle décision admettant le mari à alléguer, sauf à l'établir par voie d'enquête, la ressemblance de l'enfant avec l'amant de sa femme! (Trib. Brest, 5 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 12 avril 1913).

c) L'article 313 fait résulter le désaveu pour impossibilité morale de cohabitation d'un faisceau de trois présomptions concordantes : l'adultère, le recel de la naissance, les faits spéciaux allégués par le mari. On a parfois prétendu que chacun de ces éléments de conviction devait faire l'objet d'une démonstration propre et distincte et même qu'il y aurait un ordre chronologique à observer entre eux, l'adultère de la femme devant être

établi comme un adminicule préalable avant l'introduction de l'instance en désaveu. Une telle exigence aboutirait à rendre l'application de l'article 313 impossible. Le procès en séparation ou en divorce, ou l'instance correctionnelle qui seraient nécessaires pour établir le fait de l'adultère, empêcheraient le mari d'user du délai très court (deux mois) que la loi, on le verra, lui accorde pour former l'action en désaveu. La Jurisprudence a donc repoussé avec raison le système de l'adminicule préalable. Elle décide même que l'adultère de la femme n'a pas besoin d'être directement établi. Si les autres éléments de conviction, à savoir le recel de la naissance et les faits démonstratifs de la non paternité, ont été, par ailleurs, établis, l'adultère sera considéré comme prouvé du même coup; l'action en désaveu sera recevable (Req., 31 juillet 1866, D. P. 67.1.297, S. 66.1.417).

2° **Désaveu par simple déclaration.** — Le mari peut désavouer par simple déclaration l'enfant conçu pendant le mariage, lorsque, à l'époque de la conception, il était *séparé de corps* avec la mère ou simplement dispensé, en vertu d'une décision judiciaire, de l'obligation d'avoir avec elle un *domicile commun*. C'est ce qui résulte des dispositions insérées dans l'article 313 par la loi du 6 décembre 1850, puis par celle du 18 avril 1886. « En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.... L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

On le voit, la situation respective des parties est, dans le cas visé par le texte, inverse de ce qu'elle est en cas de désaveu par preuve de non-paternité. Le mari n'a rien à démontrer; il lui suffit de désavouer. C'est à l'enfant à faire, s'il le peut, tomber le désaveu péremptoire qui le frappe en prouvant que, nonobstant les circonstances, il y a eu rapprochement de fait entre les époux séparés au moment de la conception.

Cette solution si simple n'était pas fournie par le Code civil primitif. Le fait de la séparation de corps ne constituait pas alors une cause spéciale de désaveu. Il suffisait donc qu'une femme séparée de corps avec son mari ne lui eût pas recélé la naissance de l'enfant qu'elle mettait au monde, pour que cet enfant bénéficiât de la présomption de l'article 312. En fait, on avait vu, paraît-il, des femmes séparées pousser le cynisme jusqu'à notifier leur grossesse à leur mari, assurant ainsi au fruit de leur adultère les avantages d'une légitimité évidemment mensongère. La loi de 1850 a fait cesser cette anomalie, en faisant de la séparation de corps une cause péremptoire de désaveu. Bien plus, elle a fait remonter la période où la conception est présumée illégitime, jusqu'à la décision autorisant la femme (généralement au début de l'instance) à avoir un domicile séparé.

Plus tard, lorsque le divorce a été rétabli, la même règle a été étendue à l'enfant conçu au cours d'une instance en divorce. Mais on remarquera combien le texte a été alors mal rédigé. A le prendre à la lettre, il semble-

rait qu'on doive appliquer à l'hypothèse du divorce exactement les mêmes solutions qu'à celles de la séparation. Or cela n'est possible que si l'époque de la conception présumable se place dans l'intervalle compris entre la décision autorisant le domicile séparé et le jugement. Mais, si la conception se place après le divorce, le mari n'a pas évidemment, comme en cas de séparation, besoin de désavouer l'enfant, puisque celui-ci n'a pas été conçu par une femme mariée. Quand bien même il serait prouvé, en fait, qu'il y a eu rapprochement entre les deux anciens époux, l'enfant serait illégitime. Tout ce que pourraient faire les parents, pour lui assurer un état légitime, serait de le reconnaître et de le légitimer ensuite en contractant ensemble une nouvelle union.

II. — **Désaveu d'un enfant conçu avant le mariage.** — Lorsque l'enfant est né moins de 180 jours après la conclusion du mariage, de telle sorte qu'il a été certainement conçu auparavant, nous avons vu qu'il est néanmoins réputé enfant du mari, en vertu de la légitimation résultant du mariage consécutif à sa reconnaissance implicite, reconnaissance résultant de ce fait que le mari a épousé sciemment la mère en état de grossesse. Il résulte de l'article 314 — et cette solution est parfaitement logique — qu'un désaveu sera possible de la part du mari, du moment que les faits lui permettent d'affirmer que la reconnaissance implicite de l'enfant n'a pas eu lieu en réalité.

Tel est bien le sens de l'article 314 : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants » (il pourra donc être désavoué par simple déclaration dans tous les autres cas) : « 1° s'il a eu (le mari) connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer. » La connaissance de la grossesse de la mère, l'assistance du mari et sa participation à la rédaction de l'acte de naissance sont des aveux de paternité. La Doctrine admet d'ailleurs que l'énumération donnée par la loi des cas de reconnaissance implicite, qui constituent des fins de non-recevoir contre le désaveu, n'est pas limitative. Ainsi, l'assistance du mari au baptême de l'enfant, le fait qu'il s'est reconnu le père dans un acte écrit ou même dans une simple correspondance mettraient obstacle à ce qu'il pût désavouer l'enfant. Mais, dans tous les autres cas, il peut former un désaveu péremptoire par simple déclaration.

L'article 257 du Code civil suisse dispose ici que le mari, qui a reconnu sa paternité expressément ou tacitement, peut écarter la fin de non-recevoir qui en résulte contre l'action en désaveu, s'il établit qu'il a été induit frauduleusement soit à reconnaître l'enfant, soit à ne pas le désavouer. Notre Jurisprudence n'admet pas cette solution cependant si rationnelle. Il a été jugé que, du moment que le mari a connu la grossesse de sa femme avant le mariage, il ne pourra désavouer l'enfant et ne saurait être admis à prouver qu'il a été induit en erreur sur le véritable point de départ de la grossesse. Ainsi, un homme épouse une femme qu'il connaît depuis un

mois et qui lui fait croire qu'il l'a rendue mère La femme accouche quatre ou cinq mois après le mariage. Le désaveu de l'enfant est impossible ! (Req., 28 décembre 1869, D. P. 70.1.145, S. 70.1.253). Cette solution n'est pas seulement inique : elle nous paraît mal fondée en droit. On a vu que, d'après la Cour de cassation, l'enfant né prématurément après le mariage n'est pas légitime, mais légitimé, donc que son état est considéré comme reposant sur une *reconnaissance* de son prétendu père. Or, la reconnaissance d'un enfant naturel peut toujours être contestée par toute personne intéressée, y compris son auteur lui-même (art. 339).

Application de la règle « Pater is est » au cas où la filiation maternelle résulte d'une instance en réclamation d'état. — Nous avons jusqu'ici supposé, dans l'application de la règle *Pater is est*, que la filiation de l'enfant à l'égard de la femme mariée était établie dans des conditions normales, c'est-à-dire au moyen d'un acte de naissance. Rationnellement, il ne semble pas qu'il y ait lieu de s'écarter de la théorie générale lorsque la filiation est établie par un mode exceptionnel. Tout d'abord, si, à défaut d'acte de naissance, l'enfant a invoqué la possession d'état, on se souvient qu'aucune difficulté ne peut exister relativement à sa filiation paternelle, car les faits dont résulte la possession d'état doivent être relevés à l'égard du mari comme à l'égard de la mère (art. 321). Mais, même dans le cas où l'enfant, à défaut de possession d'état, a dû recourir à la preuve testimoniale pour établir sa filiation, en conformité de l'article 323, on ne voit pas pourquoi le mode de preuve, sur lequel repose son état, devrait modifier sa situation légale au regard du mari de sa mère. Si l'enquête ordonnée sur sa demande a établi qu'il est l'enfant de la femme mariée dont il se prétend issu, il doit avoir pour père le mari de cette femme. Et ce mari ne doit pouvoir rejeter la paternité qu'au moyen d'un désaveu.

Malheureusement, l'article 325 emploie ici des expressions équivoques. Dans la partie de ce texte qui vise la situation du mari par rapport à l'instance en réclamation d'état, nous lisons en effet que « la preuve contraire peut se faire *par tous les moyens propres à établir que le réclamant... même la maternité prouvée, n'est pas l'enfant du mari de la mère.* » On a induit de cette phrase qu'ici il y a dérogation aux principes ordinaires en matière de filiation paternelle légitime. La présomption de paternité du mari aurait un degré de force moindre, en ce sens qu'elle pourrait être combattue, repoussée, non par un désaveu, mais par une simple *contestation de légitimité*, comportant l'emploi de tous les modes de preuves possibles, soustraite à toute la réglementation étroite qui concerne l'action en désaveu.

Il nous semble que cette analyse de l'article 325 peut être écartée et qu'il est possible de ramener la contestation opposée par le mari à la réclamation d'état dans le cadre du désaveu. Les motifs qui ont inspiré, dans le cas réglé par l'article 325, la liberté de contre-démonstration accordée, pour sa part, au mari à l'encontre du réclamant, c'est la singularité de la situation, les conditions suspectes dans lesquelles le réclamant est né et a vécu. « L'enfant, disait Bigot-Préameneu, n'a ni possession constante, ni

titre... *il a été inscrit so sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus*, etc... » (Locré, t. VI, p. 202 et s.). Ces faits laissent présumer que l'enfant, quoique né peut-être de la femme mariée qu'il attaque, n'est cependant pas issu du mariage. Les diverses circonstances qui produisent cette présomption peuvent se résumer d'un mot : c'est le *recel de la naissance*, ou, tout au moins, cela y ressemble beaucoup. Et quand ces circonstances se produisent, qu'en résulte-t-il au regard du mari ? C'est qu'il pourra, nous dit l'article 325, alléguer contre la réclamation de l'enfant *tous les moyens propres à établir* que ce réclamant n'est pas son enfant, à lui mari. Rapprochons cette disposition de celle de l'article 313 visant le désaveu pour impossibilité morale de cohabitation. Nous y avons lu que le mari pourra, *lorsque la naissance lui aura été cachée*, être admis à proposer *tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père*. C'est la même idée qui est exprimée ; ce sont les mêmes expressions. La seule différence que nous apercevons, entre les deux hypothèses, c'est que, si l'enfant a été déclaré régulièrement et normalement dans son acte de naissance, le mari, pour le désavouer, doit prouver à la fois et le recel de la naissance et les faits propres à établir sa non-paternité. Au contraire, lorsque l'enfant a été déclaré faussement, frauduleusement, ainsi qu'il le prétend lui-même, le mari n'a pas besoin de prouver le recel de la naissance, *le recel résulte de plano des circonstances* ; le mari n'a donc plus à établir que les faits démonstratifs de sa non-paternité.

On doit donc conclure que la contestation opposée à l'enfant par le mari, dans l'hypothèse de l'article 325, est bien un désaveu, mais un désaveu qui peut être opposé sous forme d'exception, à supposer que le mari ait été mis en cause en même temps que sa femme dans le procès intenté par le réclamant, ou sous forme d'intervention incidente, s'il n'a pas été mis en cause.

Enfin, bien que l'article 325 paraisse viser uniquement le cas où l'enfant intente une action en recherche de la maternité, il convient de l'appliquer également et d'admettre les mêmes modes de preuve dans l'hypothèse où le mari, informé de la naissance de l'enfant inscrit sans l'indication des noms de ses père et mère, croit devoir, sans attendre le moment incertain et peut-être éloigné d'une action en réclamation d'état, et afin d'éviter le dépérissement des preuves, prendra l'initiative d'une action en désaveu (V. Civ. 20 juillet 1921, D. P. 1921.1.233, note de M. Savatier).

CHAPITRE II

DÉTERMINATION DE LA FILIATION NATURELLE[1]

Système général du Code civil. — Les solutions auxquelles aurait dû conduire la logique des principes considérés comme essentiels en matière de filiation par le Code civil sont, nous paraît-il, les suivantes.

Il y aurait eu lieu de distinguer, comme pour les enfants légitimes, entre la preuve de la filiation maternelle et celle de la filiation paternelle.

En ce qui concerne la filiation maternelle illégitime, la preuve devrait pouvoir se faire de la même façon que pour la filiation légitime. Dans les deux cas, en effet, il s'agit de démontrer un fait extérieur matériel, et qui peut donner lieu à une démonstration objective.

En ce qui concerne la filiation paternelle, comme la base sur laquelle elle repose en cas de mariage fait ici défaut, à savoir la double présomption de cohabitation et de fidélité résultant du fait du mariage ou, pour parler, croyons-nous, plus exactement, l'acte de volonté du mari reconnaissant d'avance comme étant de lui les enfants à venir de celle qu'il épouse, le législateur aurait eu à rechercher s'il n'y a pas certains actes, certaines attitudes d'un homme à l'égard d'un enfant naturel, qui donnent à sa paternité une vraisemblance égale à celle du mari, par rapport à l'enfant issu de sa femme et conçu pendant le mariage. Ainsi, l'institution de la *reconnaissance* des enfants naturels se conçoit, en raison pure, comme correspondant exclusivement à la paternité naturelle. Encore, une reconnaissance paternelle ne devrait-elle, en bonne logique, prouver la filiation que sous certaines réserves, car, en avouant sa paternité, l'homme, en définitive, affirme un fait dont il n'est pas absolument sûr.

Tel n'est pas le système du Code civil. Sous l'empire de diverses considérations, il a adopté un régime hybride qui se caractérise par les traits suivants :

1° Il a organisé la *reconnaissance volontaire* de l'enfant naturel comme le mode de preuve par excellence de la filiation des enfants naturels, aussi

1. Baret, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels* ; Ambroise Colin, *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, Rev. trim. de droit civil, 1902 ; L. Crémieu, *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*, thèse Paris, 1907 ; Halewyck *La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, Bruxelles, 1906 ; Galopin, *La filiation illégitime et la vraisemblance de la paternité naturelle* (Liège, 1909). — Cf. les études de MM. Laurent-Bailly et Champcommunal, dans le Bulletin de la Société de législation comparée, 1910, p. 79 et 1911, p. 207.

bien en ce qui concerne la filiation maternelle qu'en ce qui concerne la paternité. Ce qui explique cette adaptation de la reconnaissance à la maternité naturelle, c'est vraisemblablement l'histoire. Un édit d'Henri II de février 1556 prescrivait aux filles-mères, en vue d'éviter des suppressions d'enfants, une déclaration au début de leur grossesse. C'était là une simple mesure de police. Plus tard, ces *déclarations de grossesse*, qui ne sont plus — nous le regrettons ! — obligatoires aujourd'hui, sont devenues des aveux facultatifs constituant une preuve de la maternité.

Ajoutons aussitôt que l'on peut concevoir la reconnaissance d'un enfant naturel de deux façons : ou bien comme la démonstration du fait de la génération, comme un *aveu confessoire*, ou bien comme un *acte de volonté*, générateur d'obligations et consistant à admettre l'enfant dans la famille. Notre Droit voit, en principe, dans la reconnaissance un mode de preuve. Cependant, nous le verrons, il consacre, çà et là, des solutions qui se concilient mal avec l'idée de la *reconnaissance-confession* et se rattacheraient plus logiquement à celle de la *reconnaissance-admission*.

2° En dehors du cas où il y a reconnaissance, la filiation de l'enfant naturel sera-t-elle établie à *l'égard de la mère* de la même manière que s'il s'agissait d'un enfant légitime ? Non. La loi se montre *plus sévère* pour l'enfant naturel. Sous réserve des incertitudes et des flottements que nous signalerons à cet égard dans la Jurisprudence, on peut dire que, des trois modes de preuve admis pour établir la filiation des enfants légitimes, titre, possession d'état, preuve testimoniale, notre loi ne permet d'utiliser que le troisième, la preuve testimoniale, lorsqu'il s'agit d'établir la filiation de l'enfant naturel par rapport à la mère. Ce mode de démonstration résultant d'un procès, dit *en recherche de la maternité*, dans lequel il est recouru à la procédure d'enquête, est souvent désigné par une dénomination singulière et recélant une certaine contradiction dans ses termes, à savoir celle de *reconnaissance judiciaire forcée*.

3° *A l'égard du père*, le Code civil primitif n'admettait que la possibilité d'une reconnaissance volontaire. Il prohibait, sauf dans un seul cas tout exceptionnel, la *recherche de la paternité naturelle* (art. 340). Ce n'est qu'une loi encore récente, celle du 16 novembre 1912, qui, dictée par un mouvement presque unanime d'opinion, et devancée par certaines hardiesses de la Jurisprudence, a très sensiblement élargi les cas où la recherche de la paternité doit être admise devant nos tribunaux.

4° Aussi bien à l'égard de la mère qu'à l'égard du père, toute démonstration directe de la filiation adultérine ou incestueuse est interdite en principe, tant par reconnaissance volontaire que par reconnaissance forcée.

La loi du 7 novembre 1907, qui a permis, dans certains cas, la légitimation des enfants adultérins, a fait cependant une brèche considérable dans ce principe, brèche encore élargie par la loi du 30 décembre 1915 interprétée par celle du 31 janvier 1928.

5° De quelque manière que la filiation de l'enfant naturel simple soit établie, et qu'il s'agisse de la filiation paternelle ou maternelle, sa situation juridique est toujours la même. Ses droits, à l'égard de ses parents, ne varient pas. Ils consistent non seulement dans le droit de réclamer des ali-

ments et l'éducation, mais encore dans celui de leur succéder. De même, ceux que les parents acquièrent sur la personne et sur les biens de l'enfant ne varient pas non plus.

6° Les enfants naturels peuvent être admis à la même situation familiale que les enfants issus du mariage par le moyen de la *légitimation*. Cette légitimation ne peut résulter que d'un procédé unique, le mariage des parents suivant ou accompagnant la reconnaissance de l'enfant.

Des considérations très diverses et parfois assez hétéroclites ont influé sur la formation de ce système. Notre législation, en organisant la preuve de la filiation naturelle, ne s'est pas seulement préoccupée de rechercher, comme elle aurait dû, semble-t-il, le faire, les meilleurs moyens d'arriver à la démonstration de la vérité. Elle a obéi à des préoccupations d'intérêt social, plus ou moins intelligemment comprises. « L'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée ! » Voilà ce que l'on n'a pas craint de dire, lors de la discussion du Code ! (séance du Conseil d'Etat du 26 brumaire an X). Et c'est notamment le souci de la tranquillité des familles, la crainte des scandales qui ont, pendant longtemps, inspiré au législateur les obstacles mis à la recherche de la paternité naturelle.

Une autre remarque générale doit être faite ici. C'est une loi historique que les facilités accordées à la preuve de la filiation naturelle sont toujours en raison inverse des avantages sociaux attribués aux enfants illégitimes. C'est ce qui explique que l'ancien Droit français se soit montré beaucoup plus libéral que le nôtre en cette matière. L'enfant naturel, désigné dans l'ancienne France par le terme outrageant de *bâtard*, ne jouissait, sauf quand il était issu de famille princière, que de droits extrêmement restreints ; mais la loi n'apportait aucune entrave à la démonstration de sa filiation. La Révolution vint améliorer subitement sa situation sociale ; elle l'égala à très peu près à celle des enfants légitimes. C'est de ce moment que datent les entraves mises à la démonstration de la filiation naturelle, démonstration qui, vu les avantages considérables dont elle est la source, apparaît désormais comme pouvant prêter aux spéculations et aux chantages. Le Code civil, ayant conservé aux enfants illégitimes une situation juridique, sinon égale à celle que leur conférait le Droit révolutionnaire, du moins encore très supérieure à la simple créance d'aliments que leur accordait l'ancien Droit, a continué à se montrer extrêmement parcimonieux et restrictif dans son organisation des preuves de la filiation naturelle, et notamment dans celle de la recherche de la paternité.

SECTION I. — Reconnaissance volontaire.

Définition. Généralités. — *La reconnaissance est une déclaration faite par un homme ou par une femme dans certaines formes destinées à en assurer le caractère sérieux et la conservation, et relatant le lien de filiation qui unit l'auteur de la déclaration à un enfant naturel.*

La valeur probatoire de ce document est en somme celle d'un *aveu*. Mais

cet aveu, étant forcément individuel, alors que, cependant, il porte sur un fait accompli à deux, n'apparaît pas, rationnellement, comme aboutissant à une certitude bien complète. Nous avons déjà dit que l'homme ne peut être certain que d'une chose, du fait de la cohabitation. La femme elle-même peut avoir intérêt à faire une fausse déclaration de maternité. La preuve, qui résulte de son aveu, exprimé sous forme de reconnaissance, apparaît en soi comme moins décisive que celles dont ressort la filiation légitime.

Aussi, le rôle de la reconnaissance est-il, dans certaines législations, différent de ce qu'il est chez nous. D'après le Code civil allemand (art. 1718), elle ne peut émaner que du père prétendu. De sa part, elle ne constitue pas à proprement parler une preuve de la filiation ; mais elle implique renonciation à la faculté d'opposer à une action en recherche de la paternité l'exception *plurium constupratorum*, c'est-à-dire la fin de non-recevoir résultant de ce fait qu'un autre que lui a cohabité avec la mère pendant la période de la conception. D'après le Code civil suisse (art. 302 et s.), la reconnaissance ne peut émaner que du père, non de la mère.

Les caractères de la reconnaissance sont chez nous tout autres. Ils peuvent se résumer en ceci que la reconnaissance est un acte du père ou de la mère, *individuel*, *déclaratif*, *soumis à des formes déterminées*. Nous nous occuperons successivement de ces trois caractères généraux, après quoi, nous préciserons quel est au juste l'effet probatoire de la reconnaissance.

I. — La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte individuel. — 1° C'est un acte individuel *à l'égard du père et de la mère*.

Cette règle n'a été consacrée qu'après des hésitations et des corrections nombreuses, lors des travaux préparatoires. On avait d'abord proposé, pour les raisons indiquées plus haut, que la reconnaissance du père n'eût d'effet juridique que moyennant un aveu de la mère, conforme à celui du père prétendu et le corroborant. Cette solution, encore consacrée aujourd'hui par le Code civil hollandais (art. 339), est la plus rationnelle, mais elle donne lieu à des objections. On émit la crainte que, si la mère venait à mourir, à disparaître, ou devenait folle, le père se trouvât ainsi empêché de reconnaître son enfant. On proposa alors une autre solution consistant en ce que la reconnaissance du père seul acquît une valeur provisoire, mais qu'il dépendît de la mère de la faire tomber en la désavouant. Mais on redouta les désaveux capricieux ou malintentionnés, inspirés par la haine aveugle qu'une femme peut ressentir contre un ancien amant. Et on se mit enfin d'accord pour décider que le père et la mère seraient chacun admis à faire une reconnaissance faisant preuve, *exclusivement en ce qui les concerne*, de la filiation de l'enfant. C'est cette idée que l'on voulut exprimer dans l'article 336 actuel ainsi conçu : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, *n'a d'effet qu'à l'égard du père*. » Les derniers mots de ce texte qui, au premier abord, paraît offrir tous les caractères d'un truisme, ont été substitués à ceux du projet, qui portaient que la reconnaissance du père sans l'aveu de la mère n'a pas d'effet même à l'é-

gard du père (Locré, t. IV, p. 30, 126, 137, 148, 163 et s., 181). Nous verrons bientôt que des solutions importantes ont été échafaudées par les tribunaux sur ces expressions.

Qu'elle émane du père ou de la mère, la reconnaissance ne fait donc preuve de la filiation qu'à l'égard de son auteur lui-même. Elle ne doit en principe contenir aucune indication de l'autre auteur de l'enfant ; et, en contînt-elle une, celle-ci n'aurait aucune valeur.

Enfin, l'auteur de la reconnaissance doit la faire *en personne*. Nul ne peut la faire en son nom. Notre loi diffère, en cela, du Code civil suisse, qui admet que la reconnaissance de la filiation paternelle peut être faite par le grand-père, en cas de décès ou de folie du père (art. 302). Chez nous, il n'y a qu'un fondé de procuration spécial qui pourrait être admis à reconnaître l'enfant au nom de l'un de ses auteurs. Et il faudrait que la procuration fût rédigée en la forme authentique (art. 36).

2° La reconnaissance est un acte individuel *à l'égard de l'enfant* reconnu. Celui-ci doit être désigné d'une façon certaine. S'il y a pluralité d'enfants, il faut certainement un acte de reconnaissance pour chacun d'eux.

Pour la rédaction de l'acte de reconnaissance, il faut suivre les prescriptions de l'art. 34 C. civ.,complété par la loi du 28 octobre 1922.

Reconnaissance d'un enfant simplement conçu. — A-t-on la faculté de reconnaître un enfant *avant sa naissance*? De la part de la mère, un acte de ce genre ne prête à aucune objection. Il suffit que l'enfant soit conçu, il n'y a aucun doute dès lors sur son individualité. Et c'est le cas d'énoncer le principe « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.* »

Mais la reconnaissance anticipée de la part du père, bien qu'admise chez nous par une jurisprudence constante (V. not., Req., 2 janvier 1895, D. P. 95.1.367, S. 96.1.115), semble faire échec à l'idée que cet acte doit se rapporter à un individu certainement déterminé. En effet, tant que la naissance de l'enfant, dont sa compagne est enceinte, n'a pas eu lieu, l'homme ne peut pas rattacher cet enfant, avec une certitude suffisante, à ses relations avec la mère. Supposons qu'un blanc reconnaisse l'enfant à naître d'une femme blanche. L'enfant vient au monde : c'est un mulâtre ! Il faudra alors que l'auteur de la reconnaissance vienne non pas la *rétracter* — cela serait impossible — mais l'*attaquer* et la faire déclarer mensongère par le tribunal (art. 339).

On s'explique donc que certaines législations aient prohibé la reconnaissance d'un enfant à naître, au moins de la part du père (V. ancien Code de Neufchâtel, art. 339).

II. — **La reconnaissance est un acte déclaratif.** — La reconnaissance d'un enfant naturel n'est qu'un *mode de démonstration* de la filiation. Ce n'est pas elle qui crée un lien juridique entre son auteur et l'enfant reconnu. Ce lien, résultant de la filiation même, la reconnaissance ne fait que le déclarer, le constater .Ce principe très important domine un grand nombre de solutions de notre Code ou de la Jurisprudence.

1° Caractère unilatéral de la reconnaissance. Reconnaissances posthumes. — La reconnaissance n'a pas besoin d'être *acceptée* par l'enfant. Elle peut être faite à son insu, malgré lui, sous réserve seulement du droit qui lui appartient, comme à tout intéressé, de la contester s'il la prétend mensongère (art. 339).

Cette solution dicte la réponse à faire à la question suivante qui a été fort controversée. Peut-on reconnaître un enfant après sa mort? Il est certain qu'un préjugé très fort s'élève contre la validité des reconnaissances posthumes. Elles sont souvent inspirées par la cupidité de parents qui, ayant négligé de reconnaître l'enfant pendant sa vie, s'empressent de le faire après sa mort, lorsqu'il laisse une succession à recueillir. Un grand nombre de systèmes ont été proposés. L'un des plus plausibles consisterait à transposer en cette matière, où la loi reste muette, la distinction établie par l'article 332 pour la légitimation. Ce texte décide que la légitimation peut avoir lieu en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants, auquel cas elle profite à ces derniers ; d'où il résulte, *a contrario,* que la légitimation posthume ne peut avoir lieu à l'égard d'enfants qui sont décédés sans laisser eux-mêmes de postérité, sans doute, il est vrai, parce qu'elle ne peut, alors, présenter aucun intérêt. Mais l'opinion la plus raisonnable, celle vers laquelle d'ailleurs semble bien incliner la Jurisprudence, ne fait aucune distinction et admet toujours la validité de la reconnaissance posthume avec les effets normaux qui doivent en résulter, aussi bien au profit des parents qu'à l'égard de toute autre personne (Poitiers, 27 décembre 1882, D. P. 83.2.120, S. 83.2.188 ; Rouen, 20 décembre 1899, D. P. 1901.2.71, S. 1900.2.275. — V. en sens contraire, Cass. Florence, Ch. réun., 6 juillet 1886, S. 86.4.22). La raison qui justifie, croyons-nous, notre Jurisprudence, a été très justement indiquée dans un jugement du tribunal de la Seine (24 janvier 1902, *Gaz. Trib.*, 7 mai 1902). C'est que « le droit des parents s'attache à la filiation, au lien de parenté, et non à la reconnaissance qui n'en est que la constatation ».

2° Capacité nécessaire pour la validité d'une reconnaissance. — C'est également le caractère déclaratif de la reconnaissance qui explique que la Jurisprudence n'exige aucune condition de capacité, chez l'auteur de la reconnaissance, autre que l'aptitude naturelle à savoir ce que l'on fait. Le mineur pourra donc reconnaître un enfant naturel sans l'assistance de son tuteur ou curateur, la femme mariée n'aura pas besoin de l'autorisation de son mari, le prodigue de celle du conseil judiciaire ; le fou, interdit ou non, pourra aussi faire une reconnaissance valable, pourvu que ce soit dans un intervalle lucide. Cette règle est consacrée, en ce qui concerne les femmes mariées, par l'article 337 qui, limitant, dans l'intérêt de l'autre époux, l'effet d'une reconnaissance effectuée au cours du mariage, décide implicitement que chacun des époux peut accomplir cet acte, selon les seules suggestions de sa conscience, et sans que l'autre conjoint puisse y mettre obstacle. Mais il faut en dire autant des autres incapables et notamment des mineurs (Rennes, 8 mars 1882, D. P. 84.1.486 ; Caen, 26 avril 1887, S. 87.2.125).

Les arrêts justifient d'ailleurs trop souvent cette solution par de mauvais arguments, faisant par exemple intervenir ici l'idée d'une obligation naturelle, ou celle de la réparation d'un délit, dont l'incapable serait responsable aux termes du droit commun. Envers qui donc le mineur qui a engendré un enfant naturel aurait-il commis un délit? Envers la mère (ou le père)? Mais ce n'est pas celui-ci qui est reconnu. Envers l'enfant? Ce serait là une conception bien pessimiste de la vie ! Et, au surplus, la reconnaissance ne constituerait pas la réparation du délit, s'il y en avait un. La vérité, c'est que la reconnaissance n'est pas un acte de volonté générateur d'obligations, pour l'efficacité duquel une certaine capacité soit requise. C'est la constatation d'un fait. Toute la question est de savoir si l'intelligence d'où émane cette constatation est assez lucide pour que la déclaration ait une valeur probante.

On remarquera que certaines législations établissent un âge fixe, à partir duquel, seulement, une reconnaissance d'enfant naturel est considérée comme probante. Cet âge, d'après l'article 337 du Code civil hollandais, est de dix-neuf ans, au moins pour les hommes. Notre loi ne contient rien de pareil. Une reconnaissance émanant d'un adolescent même plus jeune pourrait être pleinement efficace.

3° **Effet rétroactif de la reconnaissance.** — C'est encore parce que la reconnaisance est un acte déclaratif qu'elle produit un effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle régit les conséquences des faits qui se sont passés antérieurement (Civ., 22 janvier 1884, D. P. 84.1.117, S. 84.1.227). Voici des exemples de cette rétroactivité. L'auteur d'un enfant naturel décédé, qui l'aura reconnu après son décès (nous avons vu que cela est possible), sera en droit de réclamer les biens de sa succession qu'un successible moins proche ou le fisc aurait appréhendés dans l'intervalle. Vainement, les détenteurs des biens successoraux opposeraient-ils au père ou à la mère leurs prétendus droits acquis.

Cependant, on s'accorde à reconnaître que le père ou la mère d'un enfant naturel mineur, qui reconnaîtrait ce dernier après son mariage, ne pourrait demander la nullité dudit mariage, en invoquant qu'il aurait été contracté sans son autorisation. On ne saurait faire grief à l'enfant de s'être marié, étant mineur, sans avoir consulté des parents dont aucun titre légal n'établissait alors les droits. D'ailleurs, l'article 159 assimile, au point de vue du consentement à fournir, l'enfant naturel dont les parents *ne peuvent manifester leur volonté* à celui dont les parents sont décédés ou qui n'a pas été reconnu, et il dispense son mariage de la condition du consentement parental. Le père ou la mère, qui n'avait pas encore reconnu le mineur au moment de son mariage, est bien un parent qui, à l'égard du mariage projeté par l'enfant, ne peut manifester sa volonté.

4° **Irrévocabilité de la reconnaissance. Elle peut cependant être attaquée. Comment?** — La reconnaissance d'un enfant naturel étant l'aveu d'un fait est, comme tout aveu, irrévocable. Elle ne peut être arbi-

trairement retirée, une fois faite (Bordeaux, 25 mai 189?, D. P. 94.2.50).

L'application de cette règle incontestable souffre quelques difficultés lorsque la reconnaissance se trouve, en la forme, jointe à un autre acte principal qui, de sa nature est révocable ou conditionnel, comme un *testament* ou un *contrat de mariage*. Supposons que le testament soit révoqué par le testateur, ou que le mariage, en vue duquel le contrat avait été dressé, n'ait pas lieu. Le testament ou le contrat sont désormais sans valeur. Qu'adviendra-t-il de la reconnaissance qu'ils contenaient ? Nous croyons, en dépit des objections que cette solution a anciennement soulevées, que la reconnaissance doit être considérée comme subsistante. On doit, en d'autres termes, envisager toujours la reconnaissance d'un enfant naturel comme un acte *spécial*, *principal*. Le testament qui la contiendrait n'est pas, en réalité, un acte unique, mais la réunion de deux actes, un testament quant aux dispositions du défunt relatives à son patrimoine, une reconnaissance quant à la disposition relative à l'enfant naturel. Même raisonnement pour le contrat de mariage. Et la conséquence logique de notre doctrine, c'est que l'enfant pourra, dès à présent, se prévaloir de la disposition qui contient une reconnaissance à son égard, sans avoir besoin d'attendre la mort du testateur ou la conclusion du mariage, seuls événements qui, cependant en principe, feront acquérir une valeur définitive à l'acte principal auquel la reconnaissance est accolée.

L'irrévocabilité de la reconnaissance n'empêche pas cependant qu'elle puisse être attaquée. Mais ici, il faut se garder de confusions qui sont souvent commises par la Jurisprudence.

La reconnaissance *peut être attaquée comme mensongère*. C'est ce que nous dit l'article 339 : « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère... pourra être contestée par tous ceux qui y ont intérêt. » Cette solution s'imposait évidemment au législateur. La reconnaissance d'un enfant naturel peut être inspirée par le désir de s'assurer les avantages résultant des droits réciproques attachés par la loi aux rapports de filiation naturelle. Un sentiment de vengeance, un désir de chantage, l'ineptie exploitée, l'intrigue ont souvent déterminé des reconnaissances manifestement contraires à la réalité des faits. La loi a donc sagement, après, il est vrai, certaines hésitations et des changements de rédaction qu'il serait trop long de relater, établi, de la façon la plus large, la faculté pour *tout intéressé* de contester une reconnaissance, à charge de démontrer l'inexactitude de la filiation déclarée, et cela, bien entendu, en employant tous les moyens de preuve possibles.

Tout intéressé : cette expression comprend et l'enfant lui-même, et son véritable père ou sa véritable mère, et les parents de l'auteur de la reconnaissance, et les tiers auxquels la reconnaissance porterait préjudice, comme des donataires ou légataires exposés à une demande en réduction. Et il n'est pas douteux qu'un intérêt moral suffirait pour justifier la contestation. Enfin, l'auteur même de la reconnaissance peut user de la faculté de contestation ouverte par l'article 339. Cela ne porte pas atteinte à l'idée que la reconnaissance est irrévocable. Celui qui conteste une reconnais-

sance émanant de lui-même ne prétend point effacer arbitrairement un aveu qu'il ne peut supprimer, la vérité une fois révélée ne pouvant être rejetée dans l'ombre : il prétend que, précisément, le fait qu'il a avoué n'est pas conforme à la vérité. Un aveu, quoique irrévocable en principe, peut être rétracté pour erreur de fait (art. 1356. V. note de M. Ch. Beudant sous D. P. 70.1.241 ; Paris, 14 mars 1895, D. P. 95.2.231 ; Civ. 2 juillet 1912, D. P. 1913.1.183). Et nous accorderons la même faculté de contestation au ministère public.

Mais, en dehors de la *contestation* d'une reconnaissance, peut-on l'attaquer par la voie d'une *action en nullité ?* Il y a là, croyons-nous, des distinctions à faire.

Nous allons voir que la reconnaissance est soumise à des *formes déterminées*. Si ces formes n'ont pas été observées, la reconnaissance est certainement nulle d'une nullité absolue, qui peut toujours être invoquée ou opposée par tout intéressé.

Mais peut-on admettre, en outre, qu'une reconnaissance soit attaquée à raison d'un *vice du consentement*, à savoir pour dol ou pour violence ? Cette possibilité nous paraît difficile à admettre ; elle ne se concilierait pas avec le caractère purement déclaratif de la reconnaissance. De deux choses l'une : ou la reconnaissance extorquée par dol ou par violence est mensongère ; ou elle est l'expression de la vérité. Si elle est mensongère, elle n'a pas à être annulée, mais à être contestée, conformément à l'article 339. Si elle est exacte, peu importe de quelle manière l'auteur de la filiation en est arrivé à proclamer la vérité. Au fond, une prétendue action en nullité de la reconnaissance pour violence ou pour dol ne sera jamais qu'une contestation de cette reconnaissance. L'individu qui l'exerce alléguera toujours qu'on a employé le dol ou la violence pour lui faire reconnaître un enfant qui n'est pas le sien. On comprendrait difficilement qu'il vînt dire : cet enfant est bien le mien, mais comme je ne l'ai reconnu que sous l'empire de la contrainte, je prétends faire annuler ma reconnaissance et recouvrer le droit de le traiter en étranger. Le plaideur qui, dans ses conclusions, prendrait cette attitude, nous semblerait, d'ailleurs, par là même, reconnaître son enfant, pour peu que son adversaire se fît donner acte de ces conclusions par le tribunal ; et, en effet, la reconnaissance, comme nous allons le voir, peut résulter de toute déclaration en forme authentique

Donc, la prétendue action en nullité, fondée sur le dol ou la violence soi-disant commis à l'encontre de l'auteur de la reconnaissance, nous paraît être une action en contestation d'état. Elle pourra donc être exercée par tout intéressé et non pas seulement par la victime du dol ou de la violence. Et nous croyons qu'elle ne pourra se couvrir ni par la renonciation ni par la prescription.

III. — Caractère formaliste de la reconnaissance. — L'aveu de paternité ou de maternité, que renferme la reconnaissance d'un enfant naturel, n'a de valeur que s'il a été émis dans certaines formes déterminées. La reconnaissance sera faite, nous dit l'article 334, « dans un acte authen-

tique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance ». Cette disposition a pour but tout à la fois d'assurer la sincérité et, par là, la véracité de l'acte, en empêchant qu'il ne soit surpris par des manœuvres dolosives, d'en assurer également la conservation et l'authenticité, enfin de lui conférer une date certaine, ce qui est souvent nécessaire (art. 331, 337).

Ainsi, la reconnaissance de la filiation faite dans un écrit sous seing privé ne serait pas efficace. Nous verrons bientôt cependant qu'elle ne serait pas dépourvue de tout effet juridique. Sans valoir comme reconnaissance, elle pourrait, d'une part, servir de base à une obligation de nourrir et élever l'enfant, et, d'autre part, il résulte de l'article 340 nouveau et de l'article 341 qu'elle pourrait servir de fondement à une action en recherche de la maternité ou de la paternité naturelle.

Pratiquement, la majeure partie des reconnaissances a lieu par une déclaration reçue par un *officier de l'état civil*, soit dans l'acte de naissance même de l'enfant, soit dans un acte propre et distinct, soit dans l'acte de mariage des parents.

Mais la loi a employé des expressions générales. Elle se contente d'exiger que la reconnaissance soit faite *dans un acte authentique*. La reconnaissance pourra donc être reçue par un *notaire*. En donnant aux parties cette faculté, la loi a voulu ménager aux père et mère naturels le moyen de remplir leur devoir, sans révéler au public une filiation qu'ils voudraient tenir secrète. L'acte de reconnaissance dressé par un notaire doit l'être dans les formes ordinaires des actes notariés (L. du 25 ventôse an XI et du 21 juin 1843), et, par conséquent, en minute. Mais il faut bien dire que le caractère occulte de cette variété de reconnaissance (la loi n'exige pas même la transcription sur les registres de l'état civil !) peut donner lieu à bien des inconvénients.

Le notaire n'est pas le seul officier public qui puisse recevoir une reconnaissance d'enfant naturel. On devrait voir un acte de ce genre, dans la déclaration relative à sa paternité ou à sa maternité faite par une partie répondant à un *interrogatoire sur faits et articles*, du moment que cette déclaration aurait été consignée par le juge sur le procès-verbal. Même solution pour la déclaration reçue par un *juge de paix* siégeant *au bureau de conciliation* ; il a en effet, en ce cas, qualité pour recevoir et authentiquer toute déclaration des plaideurs. (Cf. Aix, 28 fév. 1915, *Gaz Trib.*, 31 juil. 1919).

Peut-on faire une reconnaissance d'enfant naturel par un *testament ?* La réponse à cette question résulte des termes mêmes de l'article 334. Elle est affirmative pour le *testament notarié*, qui est un acte authentique, négative pour le *testament olographe*, qui est un acte sous seing privé. Il y a doute pour le *testament mystique*, sorte d'acte participant à la fois du caractère des actes sous seing privé par la rédaction de la disposition même, et du caractère des actes authentiques par la suscription de l'enveloppe qui émane d'un notaire. S'il n'y avait à se préoccuper que de la conservation de l'acte, il faudrait assimiler le testament mystique au testament notarié. Mais nous avons vu que la forme requise par l'article 334 se justifie encore par la nécessité d'assurer la liberté du déclarant. Dès lors, la reconnaissance,

résultant en définitive de l'écrit purement privé contenu sous la suscription authentique, ne doit pas être considérée comme valablement effectuée. Il en serait autrement, bien entendu, si la déclaration de paternité ou de maternité était reproduite dans l'acte de suscription ; mais, alors, ce serait cet acte lui-même qui constituerait la reconnaissance.

IV. — **Effet probatoire de la reconnaissance.** — Il y a ici deux questions à examiner :

1° Que prouve au juste la reconnaissance ?

2° A l'égard de qui fait-elle preuve ?

1° *Que prouve la reconnaissance* ? — La reconnaissance ne prouve qu'une chose : c'est l'aveu de paternité ou de maternité émanant de telle ou telle personne à l'égard d'un enfant déterminé. Mais ce document ne prouve évidemment pas l'*identité* de l'enfant qu'il vise avec telle ou telle personne, celle-ci fût-elle nantie de la grosse de l'acte notarié contenant la reconnaissance. Même dans ce dernier cas, en effet, il pourrait se faire que le principal intéressé, muni de la grosse de l'acte de reconnaissance, l'eût remise à une autre personne, qui s'en servirait maintenant pour s'attribuer un état usurpé.

S'il y a doute sur l'identité, la preuve pourra se faire par tous les moyens possibles, et, croyons-nous, sans qu'il y ait besoin, pour autoriser l'emploi des témoins et des présomptions, d'un commencement de preuve par écrit. Et il en sera ainsi même s'il s'agit d'identifier tel individu déterminé avec un enfant reconnu par son père, et si l'on se trouve dans un des cas où la recherche de paternité est interdite. La règle de l'article 340 n'a en effet ici rien à voir. Pour qu'il y eût recherche de la paternité, il faudrait qu'il n'y eût pas de reconnaissance. Or, nous supposons précisément qu'il y a eu une reconnaissance ; il faut seulement savoir à qui elle a trait.

Nous admettrons la même solution, la même liberté de preuve, s'il y a contestation et procès relativement à l'identité du père, auteur de la reconnaissance. Cependant, la Jurisprudence paraît parfois méconnaître cette solution (V. en dernier lieu, Paris, 11 juillet 1868. S. 70.2.86).

2° *A l'égard de qui la reconnaissance fait-elle preuve* ? — Il n'y a pas de doute lorsqu'il s'agit de reconnaissance volontaire. L'effet probatoire est absolu ; il se produit *erga omnes* ; c'est la règle pour tous les modes de démonstration *non judiciaires*, comme le titre et la possession d'état en matière de filiation légitime.

Supposons que la reconnaissance se trouve résulter d'un acte de l'état civil incorrect ou incomplet, auquel fait défaut, par exemple, la signature de l'officier de l'état civil. Les parties intéressées font rectifier cet acte en conséquence. Nous verrons que les jugements en rectification des actes de l'état civil n'ont, en principe, comme tous les jugements, qu'un *effet relatif* (art. 100). Cependant, il a été décidé que, dans notre hypothèse, la reconnaissance ressortant de ce jugement de rectification aura un effet absolu, qui ne se restreindra point, par conséquent, aux parties engagées dans l'instance (Paris, 10 février 1898, D. P. 1900.2.57).

Hypothèses où la reconnaissance est interdite. — Aux termes de l'article 335, la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants *nés d'un commerce incestueux ou adultérin*. La loi a redouté le scandale qui résulterait de l'aveu public des relations adultérines ou incestueuses. De là, la prohibition de l'article 335. On remarquera qu'il y a un scandale plus grand peut-être dans le fait que des enfants, innocents après tout de la faute de leurs parents, sont privés du bienfait d'une reconnaissance, qui leur donnerait du pain et assurerait leur éducation.

Quoi qu'il en soit, il résulte de l'article 335 que la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est nulle. Elle ne produit en conséquence aucun effet ni *pour* ni *contre* l'enfant. Ni *pour* l'enfant : ainsi, l'enfant incestueux ou adultérin reconnu reste un étranger pour l'auteur de la reconnaissance ; il n'est pas en droit de l'invoquer pour réclamer des aliments (art. 762, 2e al.). Ni *contre* l'enfant : donc, si celui-ci a reçu de l'auteur qui l'a reconnu une donation ou un legs, les tiers intéressés à la réduction de cette libéralité ne pourront se prévaloir de la reconnaissance pour faire réduire la libéralité (art. 908, 3e al.) ; l'enfant sera traité comme un donataire ou légataire étranger.

Il convient d'ajouter que la prohibition de l'article 335 comporte certains tempéraments.

Supposons d'abord qu'un enfant incestueux qu'elle vise soit reconnu par un seul de ses auteurs ou, s'il s'agit d'un enfant adultérin, qu'il soit reconnu par celui de ses parents qui n'est pas engagé dans les liens du mariage. Cet acte de reconnaissance sera valable parce qu'il ne révèle pas le nom de l'autre auteur, et que, dès lors, il ne fait pas apparaître le caractère incestueux ou adultérin de la filiation. Bien plus, si l'enfant était reconnu ensuite par son autre auteur, de telle manière que cette seconde reconnaissance rapprochée de la précédente dévoilât le caractère de la filiation, la dernière reconnaissance serait seule nulle, la première demeurerait valable.

En second lieu, nous verrons bientôt que la loi permet, dans certains cas, de *légitimer* par mariage des enfants adultérins ou incestueux. Dans ces cas, les pères et mères peuvent valablement reconnaître leur enfant en vue de la légitimation.

Hypothèse où la loi restreint les effets de la reconnaissance. — Il y a un cas — et nous reviendrons bientôt sur ce point en étudiant les conséquences de la filiation — où la loi n'interdit pas la reconnaissance de l'enfant naturel, mais en *restreint les effets*. C'est lorsqu'un époux reconnaît, pendant le mariage, un enfant qu'il a eu, avant son mariage, d'un autre que de son conjoint. L'article 337 porte que, dans ce cas, la reconnaissance ne pourra nuire ni à l'époux ni aux enfants nés du mariage. La raison plus ou moins plausible de cette disposition a été donnée par Bigot-Préameneu : c'est qu' « il ne peut pas dépendre de l'un des époux de changer après son mariage le sort de la famille légitime ; ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté ».

SECTION II. — Reconnaissance non volontaire. — Recherche de la maternité et de la paternité.

§ 1. — Filiation maternelle. — Comment elle peut être établie.

Deux systèmes d'interprétation des textes du Code peuvent être suivis en cette matière.

D'après un premier système, il y aurait, entre le mode de démonstration de la filiation légitime et le régime des preuves possibles de la filiation naturelle, une différence complète. Les deux théories seraient séparées par une *cloison étanche*, de telle sorte que l'une ne pourrait rien emprunter à l'autre. A l'appui de cette manière de voir on peut invoquer les rubriques mêmes du Code. Le chapitre consacré à la filiation légitime porte la rubrique suivante : *Des preuves de la filiation des enfants légitimes*. Au contraire, les articles 334 et suivants, relatifs aux enfants naturels, sont précédés de la rubrique : *De la reconnaissance des enfants naturels*. Ainsi, pour ces derniers, le seul fait d'où résulte leur filiation, c'est, en principe, la *reconnaissance*. Une seule exception serait apportée à la règle dans le cas de *recherche* de la maternité ou de la paternité. Encore cette recherche, application de la preuve testimoniale, serait-elle soumise à une réglementation étroite : on la qualifiera donc de *reconnaissance forcée*.

Une autre opinion, observant l'insuffisance manifeste des dispositions du Code civil qui visent la démonstration de la maternité naturelle, se refuse à admettre que cette insuffisance soit imputable à une vue préconçue du législateur. Elle incline donc à étendre à la démonstration de la filiation naturelle les règles du chapitre consacré à la filiation légitime, chaque fois du moins qu'il n'y est pas formellement dérogé.

Nous allons voir que la Jurisprudence, après avoir, pendant la première moitié du XIX^e^ siècle, paru adopter le deuxième système, s'est rejeté vers le premier, avec cependant certains tempéraments.

Nous examinerons successivement :

I. — Les modes de démonstration admis pour la filiation légitime et rejetés lorsqu'il s'agit de la filiation naturelle.

II. — Les modes de démonstration admis par le Code (théorie de la recherche de la maternité).

I. — Modes de démonstration rejetés pour la filiation naturelle. — Ils sont au nombre de deux : 1° l'acte de naissance ; 2° la possession d'état.

1° L'acte de naissance. — Supposons que l'acte de l'état civil, dressé lors de la naissance d'un enfant naturel, sur les indications d'une autre personne que la mère, porte le nom de cette dernière. C'est du reste le cas le plus fréquent en pratique. En résultera-t-il la preuve de la maternité naturelle comme, en pareille circonstance, il en résulterait, *mutatis mutandis*, la preuve de la maternité légitime ?

En raison, nous ne voyons aucun bon argument en faveur d'une différence. Quel motif y a-t-il de présumer que la déclaration concernant la mère est contraire à la vérité ? Quel intérêt aurait un fraudeur à mentir ? On dit souvent : le fait de la naissance légitime est un fait honorable que l'on ne cherche pas à cacher ; l'accouchement d'une fille-mère est, au contraire, un fait que l'on cherche généralement à dissimuler. D'où une suspicion qui doit peser sur les déclarations concernant son nom, lorsqu'elles n'émanent pas d'elle-même de manière à constituer une reconnaissance proprement dite. Cet argument nous paraît excessivement faible. La fraude, consistant à attribuer faussement à un enfant le nom d'une femme mariée, ce qui lui ménagera peut-être dans l'avenir la possibilité de prétendre à sa part dans une succession bourgeoise, nous paraît plus à craindre que la fraude qui consisterait à attribuer à une pauvre fille l'enfant né, en réalité, d'une autre mère. Et on se souvient que, dans tous les cas, la preuve contraire est possible à l'encontre des indications de l'acte de naissance.

La Cour de cassation avait d'abord admis que l'indication dans l'acte de naissance du nom de la mère, étant réputée faite de son aveu, établissait la filiation de l'enfant au moins à l'égard des tiers (Civ., 1er juin 1853, D. P. 53.1.177, S. 53.1.481 ; Civ., 19 novembre 1856, D. P. 56.1.412, S. 57.1.98). Un revirement s'est produit depuis, et la Jurisprudence décide aujourd'hui qu'il ne résulte d'un acte de ce genre, du moment qu'il ne contient pas une reconnaissance formelle faite par la mère ou par un fondé de procuration spéciale, aucune preuve de la filiation maternelle (Req., 13 avril 1864, D. P. 64.1.249, S. 64.1.209 ; Civ., 3 avril 1872, D. P. 72.1.113, S. 72.1.126).

Cependant, la Jurisprudence apporte à sa manière de voir deux tempéraments importants.

A. — Plusieurs décisions, s'appuyant sur le texte de l'article 336 — « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père » — admettent, par un argument *a contrario*, que, si l'acte de naissance a été rédigé *sur la déclaration du père et s'accompagne de la reconnaissance de l'enfant par celui-ci*, ce qui est du reste peu fréquent, l'indication du nom de la mère fait preuve à son égard *lorsqu'elle est corroborée par l'aveu de celle-ci.* Cet aveu pourra même être tacite et s'induira notamment de ce fait que la mère aura soigné et élevé l'enfant comme étant le sien (Civ., 25 juin 1877, D. P. 78.1.262, S. 78.1.217 ; Besançon, 6 juillet 1892, D. P. 93.2.499, S. 94.2.61 ; Paris, 12 novembre 1913, *Gal. Pal.*, 20 janvier 1914).

Dans ce cas, on le voit, la différence qui subsiste entre le système de la Jurisprudence et celui qui consisterait à admettre que le titre fait preuve de la filiation, se réduit à ceci : dans ce dernier système, la femme, pour faire tomber l'effet probatoire attaché à l'indication de son nom dans l'acte de naissance, devrait faire preuve de l'inexactitude de cette indication ; au contraire, dans le système de la Jurisprudence, si l'indication émane d'un père naturel qui affirme sa sincérité en reconnaissant sa propre paternité, la désignation du nom de la mère n'a qu'une valeur précaire ; il suffit que la femme proteste pour l'écarter, sans avoir à en démontrer l'inexactitude.

B. — Quelle que soit la personne qui a indiqué le nom de la mère dans

l'acte de naissance, cette indication, si elle ne prouve pas la filiation tout entière, suffit au moins pour établir un de ses éléments, à savoir *le fait de l'accouchement*. Reste seulement à établir l'identité ; mais cette preuve ne peut se faire, aux termes de l'article 341, que moyennant un commencement de preuve par écrit (Paris, 16 février 1889, S. 1889.2.201, note de M. Lacointa ; Civ , 22 octobre 1902, D. P. 1902.1.539 ; Poitiers, 31 décembre 1913, D. P. 1914.2.45).

Dès lors, la différence qui distingue cette solution de celle qui consisterait à voir dans le titre la preuve de la filiation est la suivante : si l'on admettait l'effet probatoire du titre, l'enfant n'aurait rien à prouver de plus au cas où son identité avec l'enfant désigné par l'acte de naissance ne serait pas contestée ; et si elle était contestée, il pourrait faire preuve de cette identité *de plano* par tous les moyens possibles. Au contraire, d'après la Jurisprudence, la preuve de l'identité, qu'il y ait titre ou non, doit toujours être administrée, et toujours elle est subordonnée à l'adminicule du commencement de preuve par écrit.

En somme, on ne peut pas dire que la Jurisprudence exclut entièrement la preuve de la filiation maternelle des enfants naturels par l'acte de naissance. Elle attache aux indications de cet acte des effets fragmentaires et incomplets[1].

2° La possession d'état. — La possession d'état qui, on s'en souvient, fait preuve de la filiation légitime, établit-elle la filiation naturelle ? A cet égard, différents systèmes ont été suivis.

Pendant la première partie du XIX^e^ siècle, la Jurisprudence admettait volontiers une distinction : la possession d'état aurait fait preuve de la filiation maternelle, mais non de la filiation paternelle, à raison du principe de l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle.

Postérieurement, un système doctrinal plus hardi rejeta cette distinction, et enseigna que la possession d'état prouve la filiation de l'enfant naturel, aussi bien au regard du père qu'au regard de la mère, ou plutôt dispense l'enfant de toute preuve. En effet, disait-on, puisque, par définition, l'enfant *possède* déjà l'état d'enfant naturel, il n'a rien à démontrer.

Aujourd hui la Jurisprudence décide que la possession d'état ne saurait être admise à établir ni la paternité, ni la maternité naturelles (Civ., 3 avril 1872, D. P. 72.1.113, S. 72.1.126). En effet, la loi du 12 brumaire an II excluait, pour les enfants naturels nés postérieurement à sa promulgation, la possession d'état du système de preuves admissibles. Si le Code civil l'avait rétablie, il aurait dû le dire expressément. Or, bien au contraire, l'article 320 spécifie bien qu'à défaut de titre, la possession constante de l'état d'*enfant légitime* suffit.

1. Ajoutons que, d'après plusieurs décisions judiciaires, l'enfant naturel a le droit de porter le nom de la femme indiquée dans son acte de naissance comme étant sa mère, et qu il n'y a pas lieu d'admettre une demande en rectification tendant à supprimer l'indication de ce nom dans cet acte de naissance Limoges, 10 août 1907. D, P. 1908.2.12 ; V. note de M. E Perseau. S. 1900.2.86).

Cette solution, en admettant qu'elle soit celle de la loi positive, est évidemment peu rationnelle. Il est étrange que la loi attribue à la reconnaissance un effet probatoire plus fort qu'à la possession d'état. Car l'aveu de paternité ou de maternité que recèle une reconnaissance est fait une fois pour toutes ; il peut être suspect de complaisance ou de calcul ; tandis que la possession d'état, nous l'avons vu précédemment, équivaut à un aveu répété et permanent, que corroborent les témoignages conformes de la famille et de la société. Et la singularité de la solution paraîtra encore plus grande depuis que la loi du 16 novembre 1912 a permis de faire reposer une action en recherche de la paternité naturelle sur la possession d'état. Ainsi, la preuve de la paternité est devenue plus facile que celle de la maternité !

Ajoutons que la possession d'état n'est pas toujours absolument sans effet en ce qui concerne la preuve de la filiation maternelle. En effet, elle peut constituer un ensemble de présomptions qui seront invoquées à l'appui des témoignagnes, ou à leur défaut, dans un procès en recherche de la maternité, lequel est possible, nous le verrons, en cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit. Nonobstant ce tempérament, notre législation n'en demeure pas moins absurde. N'est-il pas notamment inexplicable que la possession d'état combinée avec l'acte de naissance ne prouve point la filiation naturelle ? Un enfant a été déclaré lors de sa naissance comme né de M^lle^ X. La femme ainsi désignée l'a depuis lors élevé et toujours traité comme son enfant. N'importe ! La preuve de la filiation naturelle reste à faire. Et encore, comme nous allons le voir, faudra-t-il, pour invoquer témoignages ou présomptions que l'enfant puisse produire un commencement de preuve par écrit, ce qui est bien rarement possible pour un enfant qui jamais n'a vécu éloigné de sa mère.

II. — Mode de démonstration admis : Recherche de la maternité naturelle. — Le seul mode de preuve directe de la maternité naturelle, admis en dehors d'une reconnaissance volontaire, c'est la *preuve testimoniale.* L'action tendant à établir la filiation de l'enfant naturel au regard de la mère au moyen de cette preuve porte le nom d'*action en recherche de la maternité naturelle.*

L'article 341 porte : « La recherche de la maternité est admise. — L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver *qu'il est identiquement le même que celui dont elle est accouchée.* — Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit ». A quoi l'article 342 ajoute qu'un enfant ne sera jamais admis à la recherche « dans le cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise » c'est-à-dire lorsqu'elle tendrait à établir une filiation incestueuse ou adultérine.

On remarquera que l'article 341 ne semble soumettre au régime de preuve qu'il institue que la question de l'*identité* de l'enfant. C'est sur cette particularité de rédaction que la Jurisprudence s'est appuyée pour décider, comme nous l'avons signalé plus haut, que le fait de la *naissance*, c'est-à-

dire de l'accouchement de la mère, peut être considéré comme établi, lorsqu'il a été dressé un *acte de naissance* relatant le nom de la mère.

L'adminicule préalable requis pour qu'on puisse recourir ici à la preuve testimoniale diffère de celui que le Code exige pour autoriser l'emploi de la même preuve en matière de filiation légitime. Cette différence, résultant de la comparaison des articles 323, 324 et 341, porte sur les points suivants :

1° En matière de filiation légitime, il y a deux adminicules possibles. le commencement de preuve par écrit, ou les présomptions et indices graves et dès lors constants (art. 323). En matière de filiation naturelle, la loi ne nous parle que du *commencement de preuve par écrit* ; elle écarte donc comme adminicule, à la différence du Code civil italien (art. 190), les indices graves et constants. Peut-être est-ce à tort, car des indices de ce genre peuvent avoir une autre valeur probante qu'un commencement de preuve par écrit, par exemple, qu'une lettre missive qui peut être supposée, surprise ou fabriquée, et qui, nous le répétons, fera précisément défaut le plus souvent dans les cas où la maternité paraît le plus vraisemblable, c'est-à-dire lorsque l'enfant aura toujours vécu avec la femme qu'il prétend être sa mère.

2° L'article 324 donne du commencement de preuve par écrit en matière de filiation légitime une définition plus large que celle du droit commum (art. 1347), notamment en ce qu'il n'exige pas que l'écrit émane de la partie même contre laquelle le procès est engagé. L'article 341, au contraire, en matière de filiation naturelle, se contente d'exiger un commencement de preuve par écrit, sans plus. Certains arrêts en ont conclu que l'article 341 renvoie à l'article 1347 et que, dès lors, l'écrit exigé ne peut émaner que de la fille-mère défenderesse au procès en recherche. Mais, heureusement, la Jurisprudence la plus récente paraît s'engager dans une autre voie et admettre ici une référence à l'article 324 (Nîmes, 4 mai 1904, D. P. 1906.2.129 ; Req., 4 janv. 1910, D. P. 1910.1.128 ; 26 février 1912, D. P. 1913.1.470) — Cf. note de M. Ripert et concl. de M. l'avocat général Feuilloley, D. P. 1908.1.161.). Cela est raisonnable, car exiger un écrit de la main de la mère qui, dans les classes pauvres, écrit peu ou ne sait écrire, c'est exagérer inutilement la difficulté de la preuve à exiger de l'enfant naturel.

On s'est demandé si l'acte de naissance qui, on l'a vu, ne fait pas preuve de la filiation naturelle, peut au moins être considéré comme un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la recherche de la maternité. Il n'y a pas moyen d'admettre cette solution. L'acte de naissance ne correspond ni à la définition du commencement de preuve par écrit que donne l'article 324, ni à celle que donne l'article 1347.

§ 2 — Filiation paternelle de l'enfant naturel. La recherche de la paternité[1].

Le système du Code civil. L'interdiction de la recherche. Historique du principe. — Pendant plus d'un siècle, la législation française, en cette matière, a trouvé sa formule dans le célèbre article 340: « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant. » Ainsi, la filiation de l'enfant naturel du côté du père ne pouvait résulter que de la reconnaissance volontaire. Dans un seul cas, celui de l'enlèvement coïncidant avec la date présumable de la conception, la preuve de la paternité naturelle pouvait se faire (et cela certainement *de plano*, par tous les moyens possibles, y compris les témoins et les présomptions). Cette hypothèse exceptionnelle de l'enlèvement devait s'entendre restrictivement. Toute tentative doctrinale ou même législative d'élargir la notion de l'enlèvement, en y faisant entrer les cas de rapt, de séduction ou même de viol (le viol étant cependant, en somme, un enlèvement momentané), avait échoué.

L'interdiction de la recherche de la paternité naturelle était une innovation révolutionnaire. C'est la Convention qui, par la loi du 12 brumaire an II, avait écarté toute preuve de la paternité naturelle, autre que celle qui résulte de la reconnaissance volontaire du père exprimée dans un acte authentique. L'Ancien Droit admettait une règle diamétralement opposée[2].

1. Cons. Pouzol, *La recherche de la paternité*, 1902 ; Wahl, *La recherche de la paternité naturelle d'après la loi du 16 novembre 1912*, Rev. trim. de dr. civ., 1913, p. 5; Henry Lhospied, *Etude sur la recherche de la paternité en droit comparé*, thèse, Paris, 1914; R. Savatier, *La recherche de la paternité*, Paris, Dalloz, 1927.

2. L'ancien Droit n'apportait aucune restriction à la recherche de la paternité, ce qui, encore une fois, se comprend, car l'enfant naturel n'avait aucun droit de succession à exercer ; il ne pouvait réclamer à son père que des aliments. Sur ce dernier point, on se montrait fort sévère pour le père présumé. Tout d'abord, la femme, sur le point d'accoucher, pouvait demander au juge de condamner au paiement des frais de gésine et de premier entretien de l'enfant, l'homme qu'elle affirmait être l'auteur de sa grossesse. C'était le fameux adage : *creditur virgini parturienti asserenti se prægnantem esse ex aliquo.* On s'en tenait à la simple déclaration de la mère, parce que, disait-on, les frais de gésine ne souffrent pas de retardement (Fournel, *Traité de la séduction considérée dans l'ordre judiciaire*, 1781, p. 98 et s.). Il est certain que l'application de cette maxime devait donner lieu à de singuliers abus.

Mais cette affirmation de la fille ne suffisait pas à établir la paternité du défendeur ; pour prouver celle-ci, il fallait que la mère ou l'enfant intentât une action spéciale et fournit tous les modes de preuve susceptibles d'établir l'exactitude de son allégation. Il suffisait du reste au défendeur, pour la faire rejeter, de démontrer l'inconduite de la mère, en opposant l'*exceptio plurium concubitorum*.

Fort probablement, les législateurs de la Révolution se sont trompés sur les véritables conséquences juridiques de la maxime *Creditur virgini...*, et ont cru que la simple affirmation de la fille suffisait à prouver la paternité de l'homme qu'elle dénonçait. De là, les réclamations contre les abus intolérables, les procès scandaleux auxquels donnaient lieu, prétendait-on, les actions en recherche de la paternité,

Le principe nouveau, si peu d'accord, semble-t-il, avec les tendances révolutionnaires, très favorables aux enfants naturels, s'explique d'abord, nous y avons déjà fait allusion, par l'exagération même des idées égalitaires. C'est parce que le droit nouveau avait accordé à l'enfant naturel des droits successoraux et une situation de famille considérables, qu'il crut devoir se montrer sévère pour la démonstration de sa filiation. D'autre part, on prétendait que la recherche de la paternité, dans l'Ancien Droit, avait donné lieu à des scandales. Servan, avocat général à Grenoble, les avait flétris dans un réquisitoire retentissant de 1770. Et, bien que les cahiers de 1789 ne contiennent rien à ce sujet, la réforme de l'état de choses ancien paraissait désirée par beaucoup d'esprits éclairés. Peut-être est-il permis d'estimer que cet état de choses, provenant en somme des principes du Droit canonique, participait de l'impopularité qui, à la fin du XVIII[e] siècle, s'attachait à tout l'établissement clérical. Le Droit canon ne considérait pas le mariage, la filiation, à un point de vue aussi formel que le nôtre. Il était, osons-nous dire, plus près de la nature. Le simple commerce charnel qui pouvait, s'il suivait des fiançailles, entraîner le mariage, ouvrait à la fille séduite une action contre le séducteur pour le contraindre à l'épouser ou à la doter, l'action *Duc aut dota*. Ces principes, qui devaient faciliter la recherche de la paternité, ne pouvaient rester en faveur auprès d'un législateur enclin à extirper de la loi tout vestige confessionnel et toute institution se rattachant, de près ou de loin, aux conceptions fondamentales de la société religieuse.

Il faut ajouter que, si la loi de l'an II écartait la recherche de la paternité, au point de vue de la revendication des droits successoraux et des droits de famille, elle ne réglait la question que d'une façon provisoire, laissant aux rédacteurs du futur Code civil le soin de légiférer d'une manière définitive. De plus, les interprètes antérieurs à 1804 admettaient que la loi n'excluait pas la recherche de la paternité fondée sur certaines preuves particulièrement dignes de faveur, la possession d'état, les écrits émanant du père, lorsque cette recherche devait venir à l'appui d'une simple demande d'aliments. Le projet primitif de Code civil reproduisait cette distinction qu'on eut le tort d'écarter comme illogique. D'où la disposition de l'ancien article 340.

Critique de la règle de l'ancien article 340. Son abolition. — Les raisons que l'on invoquait en faveur du principe de l'article 340 étaient les suivantes :

1° La crainte des scandales et des chantages auxquels pouvaient donner lieu les procès en recherche de la paternité naturelle ;

2° La difficulté, voire même l'impossibilité d'arriver à faire, avec certitude, la preuve de la paternité, du moment qu'on se trouve en dehors des

« Un cri général, disent les rédacteurs du Code, s'était élevé dans l'ancien Droit contre la recherche de la paternité. » Or, on ne trouve nulle trace de ces protestations ni chez Fournel, ni chez les autres écrivains du XVIII[e] siècle (Cons. Giraud, *op. cit.*, Revue critique de législ. et de Jurispr, 1884, p. 600 à 603 ; Ponzol, *op. cit.*).

présomptions légales de cohabitation et de fidélité qui établissent la paternité dans le mariage.

Le premier de ces arguments se réfute sans peine. La loi tolère des procès soit civils, soit criminels, divorces, désaveux de paternité, poursuites pour adultère, proxénétisme, outrages aux mœurs, tout aussi pénibles et aussi destructeurs de la tranquillité des familles que peut l'être une instance en recherche de la paternité. Le scandale le plus grave n'était-il pas d'ailleurs dans une législation qui permettait l'abandon des mères et des enfants, avec la démoralisation qu'entraînent de semblables perspectives dans les rapports entre les sexes, surtout au sein des grandes agglomérations ouvrières?

Quant à l'autre raison, elle était certainement exagérée. La preuve que la démonstration de la paternité naturelle n'est pas absolument impossible, c'est que la loi la permettait dans un cas, celui de l'enlèvement. Et il n'est pas difficile de concevoir des hypothèses où la paternité repose sur des vraisemblances, des présomptions aussi fortes que celles qui résultent soit de l'enlèvement, soit de la reconnaissance volontaire par acte authentique. Il en est ainsi notamment en cas de viol, d'aveux écrits de paternité réitérés et formels, de possession d'état. La cohabitation constante de deux concubins, vivant à l'état de faux ménage, n'entraîne-t-elle pas la même présomption de relations sexuelles que celle qui découle du mariage? Et la présomption de fidélité, qui doit corroborer la précédente pour compléter la preuve de la paternité, présomption qui, pour une femme mariée, résulte du fait même du mariage, ne peut-elle être considérée comme suppléée, lorsque la conduite de la fille-mère, en dehors de ses relations avec son concubin, ne prête à aucune incrimination?

Aussi faiblement justifiée en raison, inhumaine et inique dans ses résultats, la règle nouvelle de l'interdiction de la recherche de la paternité ne devait pas faire fortune.

Hors de France, elle ne bénéficia point de la popularité et de la force de rayonnement qui, pendant longtemps, s'attachèrent au Code Napoléon. Les pays germaniques et anglo-saxons restèrent fidèles à la doctrine contraire. La Suisse, où les cantons étaient partagés sur la question, s'est ralliée au principe de la liberté de la recherche dans son Code civil unitaire (art. 307). Une région, qui avait d'abord pratiqué le système français, celle des pays rhénans, a dû admettre la recherche de la paternité, à la suite de la mise en vigueur du Code civil allemand (art. 1716 et 1717), et cette modification législative n'a eu que de bons résultats[1]. De même, la Belgique a admis la recherche de la paternité naturelle par sa loi du 26 avril 1908.

En France, un mouvement de protestation contre la règle de l'article 340 s'est de bonne heure manifesté, sous l'influence de la littérature romanesque et dramatique, naturellement pitoyable à l'enfant naturel. Dans ce mouvement, on a vu marcher côte à côte des publicistes venus des camps

1. Voir aussi l'article 163 du Code civil autrichien de 1811.

les plus opposés, Victor Hugo et Le Play, des jurisconsultes animés de tendances diamétralement contraires, Accollas à côté de MM. Jacquier et Lacointa. Et enfin, après plusieurs tentatives de réforme législative demeurées inutiles, le Parlement, faisant aboutir une proposition de MM. Gustave Rivet et Béranger, remontant à 1905 et qui, depuis, avait subi d'ailleurs de nombreuses vicissitudes et modifications, a fini par voter la loi du 16 novembre 1912 qui, introduite dans l'article 340, supprime le principe de l'interdiction absolue de la recherche de la paternité hors mariage, et le remplace par la règle de la recherche en justice, permise et organisée dans un certain nombre d'hypothèses taxativement limitées.

La jurisprudence antérieure à la loi du 16 novembre 1912. — Le progrès incontestable qu'a réalisé la loi du 16 novembre 1912 avait été d'ailleurs, il n'est que juste de le reconnaître, devancé et préparé par les heureuses hardiesses de la jurisprudence, qui s'était efforcée de tourner la règle de l'article 340 .

1° En premier lieu, les tribunaux avaient admis, non sans soulever certaines résistances, il est vrai, le droit pour la fille-mère victime, de la part d'un homme, d'une séduction dolosive caractérisée par une promesse de mariage, par l'abus de la part de l'homme de son ascendant fondé sur l'âge, sur la situation sociale, sur un rapport de subordination, de réclamer au père prétendu de son enfant la réparation du préjudice résultant pour elle de sa grossesse et de la naissance de l'enfant mis à sa charge (Civ., 26 juillet 1864, D. P. 64.1.347, S. 65.1.33; Req., 23 avril 1901, D. P. 1901. 1.360, 12 novembre 1901, D. P. 1902.1.46, S. 1902.1.237). A l'objection tirée de l'article 340 contre cette solution, on répondait que le texte interdit bien la recherche de la paternité naturelle, en tant qu'elle aboutit à constituer à l'enfant un état déterminé, mais non pas l'examen d'un fait, envisagé comme constitutif d'un délit civil (art. 1382) et, par conséquent, générateur d'une obligation de réparer le préjudice injustement causé. Etant donné que les dommages-intérêts alloués à la mère peuvent être, en ce cas établis sous la forme d'une pension correspondant aux frais d'éducation et de nourriture de l'enfant naturel, la Jurisprudence aboutissait, on le voit, à un résultat sensiblement analogue à celui qu'eût produit une législation autorisant une recherche de la paternité naturelle bornée, dans ses effets, à l'obligation alimentaire. Toutefois, entre les deux systèmes, on peut relever les différences suivantes :

A. — La jurisprudence accordait à l'enfant un droit aux aliments, en se fondant sur l'idée d'un dommage subi *par sa mère*; il en résulte qu'elle ne pouvait arriver à ce résultat, si la procréation de l'enfant s'était produite dans des conditions telles qu'il n'y eût pas de délit à la charge du père, par exemple, si la fille-mère était plus âgée que son séducteur, d'une condition et d'une intelligence telles qu'il n'eût pu y avoir, de la part de ce dernier, abus d'influence ou séduction dolosive. Dans un système législatif admettant la recherche directe, au contraire, l'enfant sera soutenu et alimenté par son père, quand bien même celui-ci n'aurait rien

de fautif à se reprocher dans les relations sexuelles qui auront amené sa naissance.

B. — Le système de l'indemnité fondée sur le préjudice éprouvé par la mère aboutit à calculer la pension de l'enfant proportionnellement à la situation sociale, souvent inférieure, de la victime du délit. Au contraire, un système inspiré par l'idée d'un droit propre à l'enfant lui accordera des subsides et une éducation proportionnels à la situation sociale du père, ce qui semble plus équitable et plus rationnel.

2° En dehors même du cas de séduction dolosive, les tribunaux avaient admis, comme ils l'admettent encore aujourd'hui depuis la loi de 1912, la validité de l'engagement par lequel un homme s'oblige à nourrir et à élever son enfant naturel non reconnu. La *cause* de cet engagement se trouve, disent les tribunaux, dans l'*obligation naturelle* créée par le lien de filiation, laquelle se transforme, par l'exécution ou par la reconnaissance volontaire de la part du débiteur (art. 1235, 2° al. C. civ.), en une obligation civilement obligatoire (Req., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.502, S. 1901.1.259 ; Dijon, 20 juillet 1904, D. P. 1907.2 181). Ajoutons que l'existence de cet engagement peut résulter non seulement d'un *écrit* produit en justice, mais encore d'un *commencement de preuve par écrit* que corroboreraient des présomptions, telles que le *paiement par le père des frais d'accouchement*, ou l'*exécution antérieure de ses promesses*, circonstances analogues à une possession d'état d'enfant naturel (Paris, 18 février 1910, S. 1910.2.220).

La législation actuelle. Loi du 16 novembre 1912. Cas où la recherche est admissible. — Aux termes de l'article 340, remanié par la loi du 16 novembre 1912, la recherche de la paternité n'est plus interdite. Le texte nous dit en effet que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée :

1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ;

2° Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'article 1347 ;

3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité ;

4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant le période légale de la conception ;

5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père. »

En reprenant chacune des cinq hypothèses dans lesquelles la recherche de la paternité est dorénavant permise, on constatera que la loi nouvelle n'a réalisé que des innovations conformes à l'esprit de la Jurisprudence, ou depuis longtemps postulées par la Doctrine et par l'opinion publique, et, en définitive, extrêmement modérées.

1° *Cas d'enlèvement et de viol.* — La loi nouvelle n'a fait qu'assimiler à

l'hypothèse de l'enlèvement celle du viol, assimilation logique et qui avait été maintes fois réclamée.

2° *Cas de séduction.* — Ici, le législateur s'est inspiré de la jurisprudence qui, nous l'avons vu, admettait précédemment l'action en dommages intérêts *de la mère*, au cas où sa grossesse résultait d'un délit commis à son préjudice par le père prétendu. Seulement, le nouvel article 340 substitue le droit de l'enfant à celui de la mère, ce qui produit les conséquences que nous avons précédemment signalées, et entraîne pour l'enfant toutes les prérogatives attachées par la loi à la filiation naturelle, dûment *constatée*, quel que soit d'ailleurs le mode de cette constatation. Trois observations sont ici nécessaires. Il en résultera que, dans une certaine mesure, la loi actuelle a parfois réagi contre la jurisprudence antérieure.

A. — En cas de séduction dolosive, l'action en déclaration de paternité ne fait pas double emploi avec l'action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382, qui peut être exercée par la mère ou en son nom, si elle est mineure (Civ. 4 février 1924, D. P. 1924.1.38).

B. — Pour que la *séduction* puisse donner ouverture à la recherche de la paternité, il faut désormais qu'elle soit *caractérisée*, c'est-à-dire compliquée de *manœuvres dolosives*, *abus d'autorité*, *promesse de mariage* ou *fiançailles*. Autrefois, il suffisait qu'il y eût une *faute quelconque* de la part de l'homme pour que la fille-mère pût réclamer réparation du préjudice résultant de la grossesse.

C. — L'action en réparation de séduction de la part de la mère était-elle jadis subordonnée à l'adminicule préalable d'un commencement de preuve par écrit ? On pouvait en douter. La solution la plus juridique consistait à dire, semblait-il, que, lorsque la demanderesse invoquait l'existence d'un engagement pris à son égard, elle était tenue d'apporter le commencement de preuve par écrit aux termes de l'article 1347, mais qu'elle pouvait en être dispensée, aux termes de l'article 1348, 1er alinéa, lorsqu'elle démontrait qu'elle s'était trouvée dans l'impossibilité morale de se procurer un document de cette nature (Civ., 2 décembre 1907, D. P. 1908.1.201, Req., 10 février 1909, D. P. 1909.1.157, S. 1909.1.553 ; Civ. 3 décembre 1924, D. P. 1925.1.124). Aujourd'hui la loi ne fait aucune distinction, et le commencement de preuve par écrit est exigé dans tous les cas de séduction dolosive.

3° *Aveu écrit de paternité.* — Sur ce point encore, la jurisprudence est simplement étendue, puisqu'elle admettait déjà, nous l'avons dit, qu'une *promesse écrite* d'aliments et d'entretien était civilement obligatoire. On remarquera que le texte nouveau ne peut pas être présenté comme établissant la possibilité d'une reconnaissance par acte sous seing privé. La reconnaissance authentique continue, seule, à consacrer *de plano* la filiation de l'enfant naturel. Un écrit privé ne peut que servir de base à l'*action en justice* tendant à faire déclarer la paternité.

4° *Participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.* — Déjà la juris-

prudence décidait que l'engagement d'alimenter l'enfant pouvait s'induire d'un ensemble de faits démontrant l'existence d'une obligation contractée par le père, tels que le paiement des frais d'accouchement, l'exécution antérieure volontaire de la promesse, etc. (Angers, 30 avril 1873, D. P. 73.2.139, S. 73.2.281). Dorénavant ces faits, constitutifs d'une véritable *possession d'état* d'enfant naturel, rendront admissible l'action en recherche de la paternité. Et rien n'est plus rationnel, la valeur probatoire de la possession d'état étant incontestablement très supérieure à celle d'une reconnaissance, fût-elle faite par acte authentique.

5° *Concubinage notoire des parents.* — Cette hypothèse constitue l'innovation la plus marquante de la loi. Le cas de concubinage (la loi ne parle pas de *cohabitation* et celle-ci n'est donc pas nécessaire (Civ. 7 février 1922, S. 22.1.321, note de M. Cassin) entraîne dorénavant une présomption de relations sexuelles et même, dans une certaine mesure, de fidélité comparable à celle qui s'attache au fait du mariage, en ce sens qu'il rend au moins admissible la recherche de la paternité. Mais cette présomption laisse au juge un pouvoir d'appréciation qu'il n'a pas en matière de filiation légitime.

Fins de non-recevoir contre une action en recherche de la paternité naturelle. — Aux termes des paragraphes 8, 9 et 10 du nouvel article 340, l'action en recherche de la paternité ne sera pas recevable : « 1° s'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu ; 2° si le père prétendu était pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant.

Ces deux fins de non-recevoir procèdent de sources diverses.

Celle qui se fonde sur l'*inconduite de la mère* ou la pluralité de ses amants, reproduit l'exception de *vie dissolue* ou *plurium constupratorum* qu'on trouve dans les législations germaniques, et que celles-ci avaient d'ailleurs empruntée à l'Ancien Droit. On remarquera la formule du paragraphe 8. La loi dit « si la mère *était* d'une inconduite notoire » et non « si elle *est* d'une inconduite notoire », texte proposé à la commission du Sénat. Cette première rédaction eût eu pour résultat de faire écarter *a priori* la demande formée, au nom de l'enfant, par une femme de mauvaise vie. Mais on fit remarquer, non sans raison, que l'inconduite de la mère pouvait être précisément une conséquence de l'abandon. Ce sont donc seulement les mauvaises mœurs de la mère, *au moment de la conception*, qui constitueront une fin de non-recevoir. Et cette solution est conforme au système général de la loi nouvelle, puisque, dorénavant, l'action en recherche est exercée au nom de l'enfant, en vertu d'un droit propre à celui-ci, et non pas comme une sorte d'annexe à l'action en dommages-intérêts de la mère.

Quant à l'exception tirée de l'*impossibilité physique de cohabitation*, elle est une transposition visible du premier cas de désaveu, établi par l'article 312 pour l'hypothèse d'une filiation légitime. Pratiquement, on ne peut guère s'attendre à ce que cette fin de non-recevoir soit soulevée dans d'autres

hypothèses que celle où la recherche de la paternité est rendue possible par l'état de concubinage des prétendus parents, ce qui complète la ressemblance avec le désaveu exercé par le mari.

Reste à savoir quelle est la portée de ces fins de non-recevoir, et, sur ce point, il importe de ne pas commettre de confusion. En effet, on pourrait croire, à première vue, que la loi, lorsque l'on se trouve dans un des cinq cas où elle admet la recherche de la paternité, *limite* les moyens de défense que le prétendu père peut opposer à la réclamation de l'enfant. Il n'en est rien en réalité, et les fins de non-recevoir prévues par la loi ne sont pas des *désaveux retournés*. Il n'est pas douteux que l'homme, défendeur à une instance en recherche, conservera le droit d'opposer à son adversaire *tous les moyens de défense* propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Cela résulte avec évidence des premiers mots du nouvel article 340 : « La paternité hors mariage *peut* être judiciairement déclarée. » Elle ne *doit* donc pas nécessairement être déclarée dans les cas énumérés, et les juges sont souverains appréciateurs (comme ils l'étaient déjà, sous l'empire de l'ancien article 340, en cas de recherche fondée sur l'enlèvement), du point de savoir si l'enfant a apporté des preuves suffisantes de sa prétendue filiation. (Trib. civ. Seine, 6 février 1918, *Gaz. Trib.*, 13 décembre 1918).

Dès lors, à quoi sert-il d'avoir indiqué les deux fins de non-recevoir ci-dessus? Pas à grand'chose évidemment. La faculté d'objecter à l'action en recherche, entre autres moyens de défense, les faits sur lesquels reposent ces fins de non-recevoir, allait sans dire. Le seul intérêt que nous apercevions à la disposition est un intérêt de procédure d'ailleurs assez mince. L'inconduite de la mère ou l'impossibilité physique de procréation pourront être opposées par le défendeur à titre d'*exception*, dès le début de l'instance, de manière à éviter que le procès ne s'engage à fond et qu'il ne puisse aboutir à une enquête, dans laquelle seraient englobées toutes les circonstances de la liaison prétendue entre le défendeur et la mère de l'enfant. Une fois son inconduite démontrée, la mère ne sera pas admise à démontrer ce fait que, parmi ses amants, c'est le défendeur qui l'a rendue mère.

Ajoutons qu'aux deux fins de non-recevoir énumérées par la loi, il convient d'en ajouter une troisième. L'action en recherche de la paternité devra certainement être écartée, lorsqu'elle tendrait à établir une filiation *incestueuse* ou *adultérine*. En effet, l'article 342 étend à la reconnaissance forcée, c'est-à-dire à l'action en recherche de paternité ou de maternité, le principe que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, et ce texte est toujours en vigueur. A ce point de vue encore, la loi nouvelle semble mettre, en quelque mesure, l'enfant naturel dans une situation plus défavorable que celle qui résultait pour lui de la Jurisprudence antérieure. En effet, la demande en pension alimentaire, considérée comme un élément de la réclamation d'une fille-mère séduite, pouvait être formée à l'encontre d'un homme marié, tandis que celui-ci échappe aujourd'hui à une demande fondée sur un droit propre de l'enfant et résultant du nouvel article 340, corrigé par la loi du 16 novembre 1912.

SECTION III. — LÉGITIMATION [1].

Généralités. Historique. — La légitimation peut être définie *un bienfait de la loi en vertu duquel sont considérés comme issus du mariage de leurs père et mère les enfants nés de leur concubinage antérieur au mariage.* On a dit avec raison, que, de tous les moyens qui peuvent être employés pour relever la condition des enfants nés hors mariage, la légitimation est le meilleur. C'est, en effet, le plus efficace, puisqu'il assimile complètement les enfants qui en sont l'objet à des enfants issus d'un mariage régulier. C'est aussi le plus bienfaisant, puisque la perspective des avantages accordés à leur enfant est de nature à pousser les parents à réparer leur faute en régularisant leur situation. Le législateur, doit donc favoriser autant que possible la légitimation.

Telle qu'elle fonctionne dans notre Droit civil, c'est-à-dire comme une suite du mariage des anciens concubins, la légitimation nous vient du Droit canonique. Il y avait bien, en effet, une légitimation dans le Droit romain impérial, mais elle offrait un caractère tout différent. Elle était dominée par des considérations politiques. C'était le plus souvent une légitimation unilatérale qui pouvait résulter d'un *rescrit du prince* ou de *l'oblation à la curie* de l'enfant naturel. Dans le dernier état du Droit romain, on voit apparaître la légitimation par le mariage subséquent des parents, comme une conséquence de cette idée chrétienne que le repentir efface la faute ; mais le bienfait n'en est accordé qu'aux enfants issus du *concubinat* (5, 6, 10, 11 Code, *de natur. liberis,* V. 27 ; Nov. 89, ch. 9). Il faut arriver au XII[e] siècle pour rencontrer la légitimation par mariage subséquent de tous les enfants naturels, à l'exception des enfants incestueux ou adultérins, dans la célèbre Décrétale du Pape Alexandre III : *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* (cap. VI, *ext. qui filii sint legit.*).

Notre ancienne Jurisprudence emprunta au Droit canon la légitimation par mariage subséquent, tout en laissant subsister la légitimation romaine par rescrit. Celle-ci résultait de *lettres patentes du roi*, et il faut reconnaître que, tout en ne produisant d'ailleurs que des effets restreints, elle offrait une utilité manifeste, pour le cas où le mariage était devenu impossible entre les parents, par suite de la mort de la mère. Mais à côté de ces dispositions libérales, la Jurisprudence, depuis le XVII[e] siècle, avait admis des restrictions tenant au souci d'éviter les mésalliances. En effet, elle refusait aux mariages contractés *in extremis* la vertu de légitimer les enfants (Pothier, *Du contrat de mariage*, n[os] 410 et s.).

Lors de la rédaction du Code civil, la légitimation par rescrit disparut

1. V. Francastel, Rapport à la *Soc. d'études législatives*, dans le Bulletin de cette société, 1910, p. 110 et s ; Bressolles, *Examen doctrinal*, Rev. critique, 1867 t. XXX, p. 193, XXXI, p. 208 ; Girault, *De la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur*, Rev. pratique, 1873, t. XXXV, p. 269; Ed. Lévy, Traité pratique de la légitimation, 1919-1926.

et celle par mariage subséquent des parents subsista seule. Il est vrai que l'exclusion des légitimations par mariage *in extremis* fut écartée, bien qu'elle eût été conservée dans le projet de la commission pour cette raison, plus déclamatoire que décisive, qu' « il ne convient pas d'allumer les flambeaux de l'hymen aux torches funéraires » (Locré, t. VI, p. 29, 98).

Nous allons voir que le système du Code civil, en matière de légitimation, a été profondément altéré et que notre Droit civil a reçu un élargissement considérable par l'effet de la loi du 7 novembre 1907, encore accentué par la loi du 30 décembre 1915, interprétée par celle du 31 janvier 1928, et par la loi du 25 avril 1924. [1].

Division. — Nous étudierons dans trois paragraphes : 1° Quels sont les enfants qui peuvent être légitimés ; 2° quelles en sont les conditions requises pour la légitimation ; 3° quels en sont les effets.

§ 1. — Enfants qui peuvent être légitimés

Peuvent être aujourd'hui légitimés : 1° les enfants naturels simples ; 2° les enfants incestueux ; 3° dans certains cas énumérés par la loi, les enfants adultérins.

1° Enfants naturels simples. — L'ancien article 331 était ainsi conçu : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un com-

1. Une loi de guerre humaine et équitable, en date du 7 avril 1917, a créé provisoirement un mode spécial de légitimation *par décision de justice* au profit des enfants naturels nés d'un père mobilisé et décédé depuis le 4 août 1914 des suites de blessures reçues ou de maladies contractées ou aggravées pendant son séjour sous les drapeaux sans avoir pu contracter avec la mère de l'enfant un mariage décidé entre eux. L'article 1er de cette loi dispose que l'enfant pourra être *declaré legitime* par le tribunal civil du lieu d'ouverture de la succession, à la condition qu'il résulte de la correspondance ou de tout autre document certain une évidente volonté de se marier et de légitimer l'enfant commune aux deux parents. Cette condition n'est même pas nécessaire, si tous les parents du défunt qui doivent être mis en cause par la demande, à savoir, ses parents en ligne directe, et, à leur défaut ses frères et sœurs, ou neveux et nièces représentant les frères et sœurs prédécédés, adhèrent à la demande de légitimation. Le demandeur devra prouver : 1° que l'enfant a été l'objet d'une reconnaissance volontaire ou forcée de la mère ; 2° que ses deux auteurs réunissaient, au jour du décès du père, les conditions de capacité requises pour pouvoir contracter mariage.

Toute demande de légitimation judiciaire ainsi prévue devra être formée au plus tard dans le délai de deux ans après les décrets qui, lors de la cessation des hostilités, marqueront la reprise des délais de prescription et autres suspendus pendant la guerre.

Le jugement prouvant la légitimation devra être transcrit *dans son dispositif* sur les registres de l'état-civil du lieu de naissance de l'enfant, avec mention en marge de l'acte de naissance. Il confèrera à l'enfant tous les droits d'un enfant légitime avec effet rétroactif à la veille du décès du père et, s'il y a lieu, de la mère, mais ne sera opposable aux tiers qu'à dater de la transcription.

L'article 2 de la même loi vise une autre hypothèse de légitimation. Il décide, en effet, que, si un mobilisé a fait les démarches nécessaires en vue de faire procéder à son mariage par *procuration*, conformément aux lois du 4 avril et du 15 août 1915 et si le mariage a été célébré *postérieurement à son décès* (resté inconnu des intéressés) ce mariage bien qu'évidemment nul, produit néanmoins tous ses effets « au point de vue de la légitimation des enfants et des droits du conjoint conformément aux dispositions des articles 201 et 202 du Code civil. « Hardie et curieuse extension de la théorie du mariage putatif. »

merce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. »

Il résultait de cet article que seuls les enfants *naturels simples* pouvaient être légitimés, à l'exclusion des enfants *incestueux* et *adultérins*. Cette disposition, il faut le reconnaître, était sévère mais logique, et en parfaite concordance avec l'article 335, qui prohibe la reconnaissance des enfants incestueux et adultérins, et avec l'article 342, qui leur interdit d'exercer une action en recherche de la paternité ou de la maternité.

L'application du principe donnait d'ailleurs lieu à une question délicate concernant les enfants *adultérins*. On se demandait si le vice d'adultérinité devait s'apprécier au moment de leur *naissance* ou à celui de leur *conception*. Un enfant naturel, dont le père ou la mère est marié à l'époque de sa conception, telle qu'elle résulte des présomptions légales, mais qui naît *ex soluto cum soluta*, c'est-à-dire à une époque où son auteur adultérin se trouve dégagé des liens du mariage, doit-il être considéré comme exclu de la reconnaissance et de la légitimation? Ici, nonobstant ce principe bienveillant que la conception doit être assimilée à la naissance seulement lorsqu'il s'agit d'obtenir un résultat favorable à l'enfant (*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur*), la Cour de cassation s'est prononcée dans le sens le plus sévère et a décidé que le vice d'adultérinité s'apprécie à l'époque de la conception (Civ., 25 juin 1877, D. P. 78.1.262, S. 78.1.217). Cette solution a été maintenue même depuis la loi du 7 novembre 1907 que l'on aurait pu cependant être tenté de considérer comme ayant implicitement dû apporter un certain adoucissement aux conceptions d'antan (Civ. 7 juillet 1910, D. P. 1912.1.62, S. 1914.1.273, note de M. Loubers).

2° **Enfants incestueux**. — En ce qui concerne les enfants *incestueux*, on s'était demandé si l'obstacle à leur légitimation subsistait, lorsque leurs parents ont pu se marier par l'effet d'une dispense obtenue du Gouvernement. A cette question, la Doctrine répondait en général par l'affirmative. La disposition de l'article 331, visant les enfants incestueux, faisaient observer les auteurs, serait absolument inutile, si les seuls enfants exclus de la légitimation étaient ceux dont les auteurs sont parents ou alliés à un degré non susceptible de dispense. En effet, en ce cas, l'impossibilité de la légitimation découle suffisamment de ce fait, que le mariage est impossible. Mais ici, la Cour de cassation s'était prononcée dans le sens le plus libéral et elle avait admis la légitimation, la dispense ayant pour effet de faire disparaître l'empêchement même pour le passé (Civ., 22 janvier 1867, D. P. 67.1.5, S. 67.1.49). Il est trop évident que des relations coupables entre parents ou alliés, à un degré permettant le mariage moyennant des dispenses, ne révoltent pas assez la conscience publique pour que la légitimation des enfants doive être exclue. Et l'on aurait quelque peine à comprendre que les parents, mis à même de réhabiliter

leurs relations par un mariage honorable, ne pussent pas faire participer à cette réparation du passé les enfants issus de leur union.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation a reçu une entière consécration législative. Déjà, à trois reprises, en 1838, en 1874, en 1907, on avait proposé d'introduire dans la loi une disposition formelle autorisant la légitimation par l'effet d'un mariage contracté avec des dispenses, et, chaque fois, la proposition avait été écartée comme inutile, la solution qu'elle devait consacrer paraissant incontestable. Depuis, la loi du 7 novembre 1907 a effacé de l'article 331 le membre de phrase exclusif de la légitimation des enfants incestueux.

Il est même permis de penser que cette suppression sans réserve a rendu possible la légitimation des enfants incestueux *dans tous les cas*. Nous voulons dire par là que, si les deux parents au degré prohibé sans dispense possible, contractent néanmoins mariage, il suffit que l'un d'eux soit de bonne foi, c'est-à-dire ignorant du lien de parenté, pour que, conformément aux articles 200 à 201, le mariage bien que nul entraîne, étant putatif, la légitimation (Civ., 19 novembre 1923, D. H. 1924.66).

3° **Enfants adultérins.** — La prohibition de la légitimation demeure la règle, mais elle a été levée dans certains cas par les lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915, cette dernière interprétée par la loi du 31 janvier 1928. Il convient de relater ici l'histoire de la réforme ainsi accomplie.

Loi du 7 novembre 1907. — Le germe de la première modification apportée aux règles anciennes du Code civil remonte à la loi du 15 décembre 1904 qui, nous l'avons vu, a abrogé l'article 298, et permis le mariage entre le conjoint divorcé pour adultère et son complice. Il parut inacceptable que, du moment où les deux complices de l'adultère étaient désormais admis à réparer leur faute par un mariage régulier, les enfants, fruit innocent de leur faute, continuassent à être privés du bénéfice de la légitimation. De là une proposition de loi, abrogeant purement et simplement la prohibition de l'article 331 en ce qui concernait les enfants incestueux et adultérins. Cette proposition fut adoptée par la Chambre. Le Sénat ne crut pas devoir accepter cette réforme radicale. Et, en effet, deux objections non dénuées de fondement avaient été élevées contre la règle nouvelle. D'une part, on visait les enfants issus *d'un père adultère*. Ne serait-il pas scandaleux qu'un homme, ayant à la fois deux ménages, l'un régulier, l'autre illégitime, pût ensuite, une fois devenu libre par divorce ou par veuvage, en épousant sa concubine, imposer à ses enfants légitimes des frères et sœurs également légitimes, et dont cependant la date de naissance peut être simultanée avec celle de la naissance des enfants du mariage, attesterait la filiation irrégulière? Une famille ainsi composée ressemblerait singulièrement à une famille polygamique ! D'autre part, on faisait observer, à propos des enfants issus *d'une mère adultère*, que la faculté accordée à celle-ci, sans restriction, de les légitimer par un mariage avec son complice, pourrait causer une *confusion de part*. L'adultère,

ffet, ne fait pas disparaître en droit la présomption *Pater is est*. En fait, 'abolit pas toutes relations entre la femme coupable et son mari. Que i-ci s'abstînt de désavouer l'enfant (et souvent le désavœu lui serait ne impossible), que ce même enfant fût ensuite légitimé, voilà un in- du auquel la loi eût attribué à la fois deux pères, l'un par la vertu a présomption *Pater is est*, l'autre par l'effet du mariage contracté e la mère et son ancien amant !

our donner satisfaction à ces critiques, la loi du 7 novembre 1907, difiant l'article 331 du Code civil, autorisa la légitimation de deux caté- es d'enfants adultérins seulement :

° Les enfants issus *d'une mère adultère*, mais seulement *s'il y a eu désa- de la part du mari.*

° Les enfants issus *d'un père ou d'une mère adultère*, conçus au cours ne instance en divorce ou en séparation de corps de leur auteur, ou r parler plus précisément, nés plus de trois cents jours après l'ordon- ce du président du tribunal autorisant les époux plaidant l'un contre tre en divorce ou en séparation de corps à avoir une résidence séparée que cette procédure a abouti à la séparation de corps ou de divorce a été interrompue par le décès du conjoint de l'époux adultère. De la te, si c'est la mère qui a commis l'adultère, la confusion de part, pen- -on, n'était pas possible. Et, si c'est le père qui était marié, mais en ins- ce de divorce, il n'y avait plus à craindre le scandale d'enfants issus n même père et réputés également légitimes ou avec des dates de nais- ce simultanées ou à peu près.

elle quelle, la législation nouvelle donna lieu aux critiques les plus ifiées. Voici quelles étaient ses deux plus graves défectuosités.

° Le législateur, si soucieux d'éviter toute *confusion de part*, se trouvait avoir laissé subsister la possibilité. En effet, l'article 331 ne mettait une restriction à la faculté, qu'il accordait à la mère adultère et à son plice, de légitimer un enfant, lorsque celui-ci avait été conçu après donnance du président autorisant sa mère à avoir un domicile séparé. lement, on avait oublié que cette ordonnance ne fait pas cesser la pré- ption de paternité du mari à l'égard des enfants conçus au cours de stance, et que l'article 313 donne simplement au mari la faculté de les *avouer*. Or, de cette faculté, il pouvait ne pas user ; et l'enfant restait rs légitime. Si, par la suite, l'amant de la mère épousait celle-ci et se onnaissait père de l'enfant, ce dernier avait donc à la fois deux pères ! loi était *incohérente*.

° La loi n'était pas seulement incohérente ; elle était, de plus, *uste*. La mère adultère pouvait, sous la seule condition d'un aveu de son mari, légitimer les enfants adultérins qu'elle mettait au nde à une période quelconque de son mariage. Au contraire, si c'était père qui avait commis l'adultère, la légitimation était, en général, possible. Première injustice. Mais remarquons qu'il en était ainsi seu- ent si l'homme marié avait commis l'adultère avec une femme libre. avait eu pour complice une femme mariée, la légitimation eût été pos-

sible, car la partie du texte, qui autorisait la mère adultère à légitimer l'enfant désavoué en épousant son complice, ne faisait pas de distinction, suivant que ce complice avait été lui-même marié ou non. Ainsi, l'adultère double était traité plus favorablement que l'adultère unilatéral ?

L'article 331, mal corrigé en 1907, appelait donc une nouvelle réforme.

Loi du 30 décembre 1915. — Cas où les enfants adultérins peuvent être légitimés. — Cette réforme a été accomplie par la loi du 30 décembre 1915, interprétée par celle du 31 janvier 1928 et qui n'a pas réalisé de sérieux progrès par rapport à la précédente.

Les cas dans lesquels cette loi permet de légitimer les enfants adultérins sont au nombre de trois.

Premier cas. — *Enfants issus d'une mère adultère, lorsqu'ils ont été désavoués par le mari ou ses héritiers* (art. 331, 1°).

Si l'enfant n'a pas été désavoué, il reste légalement l'enfant du mari de sa mère et, par conséquent, il ne peut pas être légitimé par le mariage subséquent de celle-ci avec son complice.

Deuxième cas. — *Enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère et conçus à l'époque où le père ou la mère avait été autorisé par ordonnance de justice à avoir une résidence séparée de celle de son conjoint* (art. 331, 2°). En ce qui concerne ce cas, déjà prévu, nous l'avons dit, par la loi de 1907, la loi de 1915 a apporté trois innovations :

A. — Un alinéa nouveau ajouté à l'article 313 déclare que désormais la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ne s'applique pas — et cela sans qu'il soit besoin du désaveu du mari — à l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme adultère à avoir un domicile séparé, et, dans le cas où le divorce ou la séparation ne serait pas prononcé, moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation, *lorsque l'enfant a été par la suite légitimé par un nouveau mariage de la mère*. Cette solution offre l'avantage d'empêcher que cet enfant, par suite du refus du premier mari de le désavouer, ait une double filiation. Toutefois on remarquera que la présomption de paternité joue *provisoirement* et que, à défaut de désaveu de la part du premier mari, l'enfant est réputé issu de celui-ci, *tant que sa mère n'est pas remariée* avec son complice et que l'un et l'autre ne l'ont pas reconnu.

B. — Le texte nouveau est rédigé de telle façon que les enfants conçus au cours de la séparation d'habitation des époux plaidant l'un contre l'autre peuvent être légitimés, non seulement, comme le décidait la loi de 1907, lorsque la procédure a abouti au divorce ou à la séparation, ou bien a été interrompue par le décès du conjoint, mais même lorsque le tribunal a rejeté la demande, ou lorsque celle-ci a pris fin par l'effet d'un désistement ou d'une réconciliation. Cette innovation a été introduite en faveur d'enfants d'une catégorie évidemment peu nombreuse. On doit suppos

ue la femme plaidant en divorce ou en séparation a conçu un enfant dultérin ; le divorce ou la séparation n'ayant pas été prononcé, le mariage subsisté. Par la suite, il se dissout d'une manière quelconque et la femme pouse le complice de son ancienne faute. Désormais, l'enfant qui en était ssu pourra être légitimé par ses auteurs.

C. — Enfin, le nouvel article 331 permet de légitimer, non plus seulement l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance du président, omme le prescrivait la loi de 1907, mais « tout enfant réputé conçu à ne époque où le père et la mère avaient un domicile distinct en vertu de ordonnance rendue conformément à l'article 878 du Code de procédure ivile. » Cette formule, plus large que l'ancienne, a été introduite, afin 'accorder le bénéfice de la réforme à tous les enfants qui peuvent être onsidérés comme conçus depuis la séparation d'habitation, c'est-à-dire és plus de cent quatre-vingts jours depuis qu'elle a été autorisée et oins de trois cents jours après qu'elle a pris fin par le rejet de la emande, le désistement ou la réconciliation. Toutefois, comme il faut ombiner la solution nouvelle avec le principe de la présomption *Pater is t*, il y a lieu de faire la distinction ci après :

a) On peut supposer d'abord que l'enfant est né des relations adultères un *homme marié* en instance de divorce ou de séparation. Alors, le xte nouveau s'applique sans réserve ; l'enfant sera toujours légitimé par mariage ultérieur de l'homme avec sa complice, du moment que cet enfant pourra être réputé avoir été conçu au cours de la période d'habitation parée.

b) Si, au contraire, c'est d'une *femme mariée* en instance de séparation de divorce qu'est issu l'enfant, il résulte du texte de l'article 313 (modifié par la loi du 30 décembre 1915) que l'enfant ne pourra être légitimé r le mariage ultérieur de la mère avec son complice que s'il est né trois nts jours après l'ordonnance et moins de cent quatre-vingts après le rejet la demande, le désistement ou la réconciliation. Si l'enfant est né moins trois cents jours après l'ordonnance ou plus de cent quatre-vingts rès la cessation de l'habitation séparée, il reste soumis à la présomption *ater is est*, et, à moins de désaveu, il est toujours réputé enfant du premier mari ; il ne pourra donc être rattaché, par une légitimation, au second ariage ultérieur de sa mère.

Il convient d'ajouter que, même si l'enfant est en situation d'être légitimé par le second mariage de sa mère, ni cette légitimation ni, partant, reconnaissance qui en était la condition, ne seront possibles au cas où nfant aurait eu la possession d'état d'enfant légitime, c'est-à-dire d'enant issu du premier mari.

Troisième cas. — *Enfants nés du commerce adultérin d'un homme rié* (art. 331, 3°). La loi de 1915 autorise la légitimation de l'enfant *né du mmerce adultérin d'un homme marié dans tous les cas autres que le précédent*, c'est-à-dire alors même que cet homme ne bénéficiait pas d'une ence de séparation d'habitation, mais sous cette condition qu'*il n'existe*

pas, au moment de la légitimation, d'enfants ou de descendants légitimes du père, issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. Dans le cas où il existe de ces enfants ou descendants, la légitimation de l'adultérin est impossible. C'est une considération de haute moralité, a dit le rapporteur de la loi devant le Sénat, qui a déterminé le législateur à introduire cette restriction. Nous ne pouvons que l'approuver.

§ 2. — Conditions de la légitimation.

Deux conditions sont nécessaires : 1° Il faut que l'enfant ait été reconnu par l'un et l'autre des époux ; 2° Il faut qu'il soit vivant au moment du mariage ou, s'il est décédé, qu'il ait laissé des descendants vivants au même moment.

Première condition. — Reconnaissance de l'enfant. — Le Code civil exigeait que l'enfant naturel eût été reconnu avant le mariage ou le fût dans l'acte même de célébration. En imposant cette règle, les rédacteurs du Code voulaient que la légitimation ne pût être accordée qu'à des enfants dont la filiation à l'égard des deux époux fût absolument certaine. Une légitimation *post nuptias* pourrait être suspectée d'avoir été obtenue par les obsessions d'un époux sur l'autre. Ou bien encore, elle permettrait aux conjoints de se créer une descendance légitime artificielle, frustrant ainsi leur famille, en éludant les conditions assez sévères dont la loi entourait l'adoption. Comme le disait Bigot-Préameneu : « la loi ne peut laisser aux époux la faculté de s'attribuer des enfants par leur consentement mutuel ».

L'expérience a démontré que les craintes qui avaient inspiré cette première condition étaient un peu bien chimériques, que, en tous cas, la précaution prise en 1804 n'y remédiait qu'insuffisamment, et qu'en revanche, elle donnait lieu à de notables et cruels inconvénients.

D'une part, en effet, le législateur n'avait pu empêcher que la légitimation servît, en pratique, à adopter l'enfant d'un autre. En fait, surtout dans la classe populaire, lorsqu'un homme épouse une fille-mère, il arrive fréquemment qu'il reconnaît auparavant (ou dans l'acte même de mariage) l'enfant qu'elle a eu d'un autre, croyant, non sans quelque raison, accomplir là un acte d'humanité et donner à sa femme une grande marque d'amour.

D'un autre côté, la nécessité d'une reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage était, pour bien des ménages, une cause de tristes déceptions. Malgré les précautions prises par beaucoup de municipalités surtout à Paris, pour indiquer aux intéressés ce qu'ils ont à faire en se mariant s'ils veulent légitimer leurs enfants, il arrivait souvent que la loi fût inconnue des concubins décidés à régulariser leur situation. Ils se mariaient donc, croyant légitimer ainsi leurs enfants non reconnus. Et ce n'est souvent que longtemps après qu'ils s'apercevaient de l'erreur commise. Il était alors trop tard pour la réparer. Tout ce qu'ils pouvaient faire

c'était de procurer à leurs enfants la condition socialement inférieure d'enfants naturels, au moyen d'une double reconnaissance, que rien ne leur interdisait de faire durant le mariage.

Reconnaissance post nuptias. — Jugement de légitimation. — Pour ces raisons, la loi du 30 décembre 1915 concernant la légitimation de certains enfants adultérins, a permis de légitimer l'enfant lorsqu'il a été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux *postérieurement au mariage.* Mais, dans ce cas, la légitimation exige une condition de plus. Il faut, en conséquence, distinguer désormais deux hypothèses.

A. — Les père et mère ont-ils reconnu leur enfant avant leur mariage ou au moment de la célébration, la légitimation résulte de plein droit du fait seul du mariage. La solution de l'ancien article 331 subsiste en cette hypothèse, sauf une légère modification. Elle consiste en ce que, si la reconnaissance a lieu au moment même de la célébration, la loi prescrit à l'officier de l'état civil de constater la reconnaissance et la légitimation dans des actes séparés ; excellente mesure destinée à empêcher que l'acte de mariage des parents, dont la production pourra plus tard être nécessaire pour l'enfant, ne révèle par son contexte l'irrégularité initiale de la filiation.

B. — L'enfant n'a-t-il été reconnu par les père et mère ou par l'un d'eux que postérieurement à leur mariage, cette reconnaissance entraînera légitimation ; mais il faudra pour cela un *jugement*, lequel devra constater que l'enfant, depuis le mariage des parents, a joui de la possession d'état d'enfant commun aux deux époux. Cette condition donne pleine satisfaction aux craintes qui avaient préoccupé les rédacteurs du Code Civil. Le jugement permettant la légitimation sera rendu en audience publique, mais l'enquête et le débat qui l'auront précédé auront lieu en Chambre du Conseil. Le jugement (ou plutôt le *dispositif* du jugement) doit être transcrit sur le registre de l'état civil.

Reconnaissance des enfants adultérins. — Pour ces enfants, il y a lieu de signaler une particularité concernant la reconnaissance antérieure au mariage et de faire une observation au sujet de la reconnaissance *post nuptias.*

La reconnaissance de l'enfant adultérin avant le mariage ne peut être valable que si elle émane de celui de ses auteurs qui n'est pas marié au moment de sa conception. La reconnaissance faite par l'auteur marié est nulle en vertu de l'article 335. Par conséquent, cet auteur ne pourra valablement reconnaître l'enfant qu'au moment du mariage.

En ce qui concerne maintenant la reconnaissance *post nuptias*, il convient d'observer qu'elle n'a été permise en faveur des enfants adultérins que par la loi du 25 avril 1924. Par suite d'une inadvertance commise en 1915 dans la nouvelle rédaction de l'article 331, cette reconnaissance ne s'appliquait pas aux enfants adultérins, car l'alinéa qui la permettait avait été placé dans le corps du texte avant les dispositions concernant la reconnaissance des enfants adultérins.

La loi de 1924 a rectifié cet ordre en reportant l'alinéa en question après l'énumération des cas dans lesquels la légitimation des enfants adultérins est licite.

Nous ajouterons enfin que la légitimation *post nuptias* permet ici de légitimer des enfants adultérins qui ne pourraient pas l'être au moment du mariage de leurs auteurs. C'est le cas des enfants nés d'un père adultérin qui avait des enfants ou descendants légitimes au moment de son mariage avec sa complice. Si ces enfants ou descendants légitimes viennent à décéder au cours de ce mariage, rien ne s'opposera plus à la légitimation de l'enfant adultérin.

II. **Deuxième condition** (art. 332). — Pour que le mariage puisse légitimer l'enfant, il faut que celui-ci soit *vivant*, ou que, s'il est décédé, il ait laissé des *descendants encore vivants*. Dans ce dernier cas, dit la loi, la légitimation profite à ces descendants. Le Code ne permet pas la légitimation posthume d'enfants naturels décédés sans postérité, car elle ne présenterait aucune utilité.

Ajoutons enfin, pour terminer, que la légitimation doit être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé (art. 331, dernier alinéa).

§ 3. — Effets de la légitimation.

Nous en traiterons ci-dessous à propos des effets de la parenté légitime.

CHAPITRE III

FILIATION ADOPTIVE[1]

Définition. — L'adoption peut être définie un *acte juridique qui* *, entre deux personnes, des rapports fictifs et purement civils de enté et de filiation.*

Historique de l'institution. L'adoption sous la Révolution. L'adop-n par la Nation. — L'adoption, après avoir joué un très grand rôle à ne, disparut entièrement dans notre ancien Droit, tant dans les pays Droit écrit que dans ceux de Droit coutumier (Nouveau Denizart t. 1er *Adoption* § 3 ; Merlin, *Répertoire*, Vo *Adoption*, § 1).

La Révolution qui, sur bien des points, poussa jusqu'à la manie l'imi-on des mœurs antiques, voulut emprunter l'adoption au Droit romain. a vérité, aucune loi n'intervint sur la matière, mais l'Assemblée légis-ve décréta, le 18 janvier 1792, que « son comité de législation compren-it, dans son plan général des lois civiles, celles relatives à l'adoption. » Sous la Révolution, la Nation elle-même utilisa l'adoption. C'est ainsi amment que la Convention déclara que la Nation adoptait la fille du gicide Lepelletier de Saint-Fargeau. Et l'on crut si bien qu'il y avait là e adoption véritable, que, lorsque, plus tard, la fille adoptive de la Nation t à se marier, il y eut un débat parlementaire sur le point de savoir si u mariage devait être approuvé par la Convention !

On remarquera à cet égard qu'on trouve encore certaines applications l'adoption publique dans des lois postérieures au Code civil (lois du décembre 1830, art. 2, du 13 juin 1850, art. 3, du 26 mars 1871, loi du juillet 1917 instituant les *pupilles de la Nation*, dont l'article 1er est si conçu : « La France *adopte* les orphelins dont le père, la mère ou soutien de famille a péri au cours de la guerre de 1914, victime mili-re ou civile de l'ennemi »). Mais quand on y regarde de plus près, on perçoit que ces prétendues adoptions ne sont, en réalité, que des allo-tions attribuées, en vue de leur éducation et de leur établissement, aux fants de personnes mortes au service de l'Etat (V. Civ., 5 juill. 1920, D. 1920.1.91 et le rapport de M. le conseiller Ambroise Colin).

Lors de la rédaction du Code civil, l'institution de l'adoption qui avait çu beaucoup des espérances sentimentales qu'elle avait suscitées au but, fut vivement attaquée. Mais le Premier Consul la défendit énergi-ement, non sans doute sans certaines arrière-pensées politiques, et il fit conserver (art. 343 à 370 anciens, C. civ.). Toutefois, dans la rédaction finitive, l'adoption, au lieu de constituer comme à Rome et comme urait d'abord voulu le Premier Consul, une *imitation parfaite de la ture*, ne produisit plus que des effets restreints.

Physionomie générale de l'adoption dans le Code civil. La

1. V. Dejob, *Le rétablissement de l'adoption en France*, thèse, Paris, 1912 ; rdenal, thèse, Paris, 1923 ; Rouast, note, D. P. 1923.4.257.

tutelle officieuse et l'adoption rémunératoire. — L'adoption du Code civil ne crée de rapports qu'entre l'adopté et l'adoptant : elle n'entraîne pas de changement de famille, car l'adopté, d'une part, conserve tous ses droits et ses devoirs dans sa famille naturelle, et, d'autre part, il ne contracte aucun lien avec les parents de l'adoptant.

Un trait essentiel de l'organisation de l'adoption par le Code de 1804, c'est qu'il n'autorisait point l'adoption des mineurs (art. 346 ancien : « L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté) ». Au profit des mineurs, il organisait seulement la *tutelle officieuse*, tutelle volontaire par laquelle une personne, en se soumettant aux obligations de la tutelle ordinaire, s'imposait l'obligation de nourrir gratuitement son pupille et de l'élever, le tout en vue de l'adopter plus tard ; à quoi l'article 366 (ancien) ajoutait que, pour le cas où le tuteur officieux viendrait à mourir avant l'époque où l'adoption serait devenue possible par la majorité de l'enfant, il lui était permis d'adopter son pupille mineur dans son testament.

Enfin le Code civil soumettait l'adoption à des conditions très rigoureuses, soit quant au fond, soit quant à la forme. Dans des circonstances exceptionnelles cependant, lorsque l'adopté avait « sauvé la vie à l'adoptant soit dans un combat, soit en le retirant des flammes et des flots », le Code se montrait moins rigoureux. L'adoption qu'il permettait alors sous des conditions sensiblement simplifiées, avait été nommée par le Code l'adoption *rémunératoire*.

En fait, sous ce régime restrictif, l'institution n'était pas entrée dans nos mœurs, et le nombre des adoptions était extrêmement restreint[1].

Réforme opérée par la loi du 19 juin 1923. Loi du 23 juillet 1925. — La triste situation d'un grand nombre d'orphelins de la guerre a déterminé un mouvement d'opinion favorable à l'élargissement des règles de l'adoption telles qu'elles résultaient du Code civil, afin de permettre l'utilisation de ce contrat par les personnes charitables désireuses de rendre à des orphelins une famille et un foyer. A cet effet, la loi du 19 juin 1923, modifiant les articles 343 à 370 du Code civil, reproduction presque textuelle d'un projet élaboré avec soin par la Société d'études législatives (Bulletin, t. XVI, 1920, question 40), a simplifié les formes et les conditions de l'adoption et a permis d'adopter les mineurs.

Cette loi a, en conséquence, supprimé l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire, qui perdaient leur utilité du fait des simplifications apportées au droit commun de l'adoption.

Une loi du 23 juillet 1925 a complété en la forme l'œuvre de la loi de 1923, en substituant à la rubrique ancienne du titre huitième, con-

1. Statistique des adoptions :

De 1876 à 1880	102	(nombre moyen).
En 1900	50	
» 1920	287	
» 1921	303	
» 1922	251	

ervée en 1923 et intitulée : « De l'adoption et de la tutelle officieuse », une ouvelle rubrique plus exacte qui ne parle plus que de l'adoption. En utre, cette loi a supprimé, sans qu'on en voie bien du reste l'utilité, division de ce titre en chapitres et sections. Enfin, elle a modifié le umérotage des articles du Code.

Division. — Les questions à étudier sont les suivantes :
1° Qui peut adopter, qui peut être adopté.
2° Conditions de fond exigées.
3° Conditions de forme.
4° Effets de l'adoption.
5° Causes de révocation et de nullité.

§ 1. — Qui peut adopter. Qui peut être adopté.

1. — Qui peut adopter. — Toute personne peut adopter, les femmes ussi bien que les hommes, les étrangers comme les Français (art. 345). usqu'en 1923, on refusait aux étrangers non admis à domicile le droit 'adopter, parce qu'on considérait ce droit comme ne rentrant pas dans e *jus gentium* (art. 11 C. civ.). Le législateur de 1923 a pensé avec raison u'il n'y avait rien de choquant à ce qu'un étranger adoptât un Français. e droit d'adopter a donc cessé d'être un *droit civil* au sens de l'article 11 u Code Civil.

De l'adoption par des époux. — En principe, on ne peut être dopté par plusieurs personnes en même temps. Mais la loi apporte tout aturellement à cette règle une exception : elle admet deux époux à adop- er simultanément un même enfant. C'est ce que nous dit l'article 346 : « Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. »

D'ailleurs, en fait, souvent un seul des conjoints jouera le rôle d'adop- ant. Le consentement de l'autre est alors nécessaire en principe.

Conditions requises en la personne de l'adoptant. — Trois con- ions sont exigées de toute personne qui veut adopter :

1° L'adoptant doit être âgé de plus de quarante ans (art. 344) (le Code de 804 exigeait l'âge de cinquante ans révolus).

2° L'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que la personne qu'elle se propose d'adopter (art. 344).

3° Il doit n'avoir aucun enfant ou descendant légitime au jour de l'adop- ion (art. 344).

On le voit, seuls les enfants légitimes font obstacle à l'adoption. Aux enfants légitimes, il faut évidemment assimiler les enfants naturels qui seraient déjà légitimés au jour où leur auteur voudrait faire une adoption. Au contraire, l'existence d'un enfant naturel, même reconnu, n'empêche pas son père ou sa mère d'adopter un autre enfant. De même, la présence d'un enfant adoptif n'est pas un obstacle à une seconde adoption.

Si, malgré l'existence d'un enfant légitime ou légitimé, une adoption a eu lieu, elle est nulle d'une nullité absolue ; et il suffit, pour qu'il en soit ainsi, que l'enfant ait été simplement conçu au jour de l'adoption.

II. — **Qui peut être adopté.** — Toute personne peut être adoptée, les femmes aussi bien que les hommes, les étrangers comme les Français. Jusqu'en 1923, au contraire, on considérait l'adoption d'un étranger comme impossible, mais l'article 345 l'a permise en spécifiant qu'elle n'entraînera pas changement de la nationalité de l'adopté.

Les mineurs enfin peuvent être adoptés comme les majeurs. C'est là l'une des innovations les plus importantes de la loi du 19 juin 1923.

Adoption des enfants naturels. — La question de savoir si une personne peut adopter son enfant naturel a été très vivement discutée. Il est certain qu'un acte de ce genre paraît prêter à la critique, en ce sens qu'il permet aux parents de tourner, soit les restrictions apportées par la loi à la capacité des enfants naturels de recueillir leurs biens par succession ou donation, soit les conditions requises pour leur légitimation. Cependant, la jurisprudence s'est prononcée dans le sens le plus libéral et le plus favorable aux enfants naturels (Req. 13 juin 1882, D. P. 82.1. 308, S. 84.1). Et il ne semble pas qu'il faille même exclure les enfants adultérins ou incestueux, le tribunal ayant, comme on le verra, la faculté d'écarter une adoption scandaleuse en considérant qu'elle ne repose pas « sur de justes motifs ». La loi de 1923 ne tranche pas la question, mais le rapporteur à la Chambre a déclaré que la solution était acquise.

§ 2. — Conditions de fond de l'adoption.

1° Approbation judiciaire nécessaire. — Aux termes de l'article 343, « l'adoption ne peut avoir lieu que s il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté. ».

La loi donne ainsi au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les mobiles qui justifient l'adoption. Notons que le texte énonce deux conditions qui sont exigées cumulativement. Une adoption pourrait fort bien, tout en étant avantageuse pour l'adopté, n'être pas inspirée par des motifs dignes d'approbation, par exemple, si elle avait pour seul but de diminuer les droits de succession. Et, dans ce cas, le juge pourrait refuser d'homologuer le contrat d'adoption.

2° Nécessité du consentement familial dans certains cas. — La volonté de l'adoptant ou de l'adopté doit parfois être corroborée par un certain consentement familial.

Lorsque l'adoptant est marié, il doit obtenir, comme nous l'avons dit, le consentement de son conjoint (art. 347). L'article 344 ancien ne faisait aucune distinction ; la jurisprudence exigeait, en conséquence, ce consentement même lorsque les époux étaient séparés de corps. Au contraire, le texte actuel dispense l'adoptant d'obtenir le consentement de son conjoint, lorsque « celui-ci est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou lorsqu'il y a séparation de corps ».

De même, lorsque l'adopté est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint (art. 347).

Enfin, lorsque l'adopté est mineur, les articles 348 à 350 exigent

e consentement de ses père et mère. Le consentement à l'adoption est lonné soit par les parents, soit par le conseil de famille, selon des distinc-ions inspirées de celles qui sont formulées à l'occasion du mariage. Nous envoyons simplement à la lecture de ces articles.

Les majeurs, au contraire, peuvent se donner librement en adoption, ans le consentement de leur famille. Il n'en était pas ainsi avant la loi le 1923. Le consentement des parents était exigé jusqu'à 25 ans, et au delà de cet âge, un acte respectueux était encore nécessaire. Ces exigences ont été écartées en 1923.

§ 3. — Conditions de forme de l'adoption.

Le contrat d'adoption est resté, même depuis la loi de 1923, un contrat olennel; en ce qui concerne soit sa formation, soit son homologation par a justice, soit enfin sa transcription.

I. — **Formation du contrat.** — La loi exige tout d'abord que e contrat d'adoption soit passé dans la forme authentique. Les parties peuvent s'adresser, soit au juge de paix du domicile de l'adoptant, soit à un notaire de leur choix. Elles doivent comparaître en personne ou par fondé de procuration spéciale et authentique. Cependant, si l'adopté a moins de seize ans, l'acte est passé en son nom par son représentant légal (art. 360).

II. — **Homologation.** — En second lieu, comme nous l'avons annoncé déjà, le contrat d'adoption doit être homologué par la justice. D'après le Code de 1804, la procédure d'homologation comportait deux phases successives obligatoires : l'une, devant le tribunal civil du domicile de l'adoptant, l'autre, devant la cour d'appel.

La loi de 1923 (art. 362 à 366 nouveaux) a supprimé l'intervention obligatoire de la cour d'appel. En principe, l'homologation par le tribunal civil suffit ; la cour n'intervient que dans deux cas : 1° si le tribunal a refusé d'homologuer le contrat, les parties ont le droit de faire appel de la décision ; 2° si l'homologation a été accordée par le tribunal malgré l'avis contraire du ministère public, le procureur de la République peut faire appel. D'autre part, le délai d'appel, qui était d'un mois seulement, a été porté à deux mois.

Le pourvoi en cassation n'est recevable qu'en cas de vice de forme et contre un arrêt rejetant une demande d'homologation.

Le tribunal apprécie discrétionnairement, en chambre du conseil, nous le rappelons, non seulement si les conditions d'âge et de consentement exigées par la loi sont remplies, mais encore si l'adoption présente « des avantages pour l'adopté et si elle repose sur de justes motifs ».

III. — **Publicité et transcription** (art. 366 à 368 nouveaux). — Le jugement ou l'arrêt d'homologation doit être inséré dans un journal d'annonces légales du domicile de l'adoptant et affiché à la porte principale du tribunal ou de la cour.

D'autre part, le dispositif du jugement ou de l'arrêt doit être transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, en marge de son acte de naissance.

Le défaut de transcription n'est plus sanctionné par la nullité de l'adoption, mais par l'inopposabilité aux tiers. Il est sans importance dans les rapports des parties entre elles. En ce qui concerne celles-ci, les effets de l'adoption se produisent à dater du jugement d'homologation.

§ 4. — Effets de l'adoption.

La loi de 1923 n'a modifié que sur des points de détail les effets de l'adoption, tels qu'ils avaient été fixés par le Code civil.

1° Transfert de la puissance paternelle. — C'est l'innovation principale, en cette matière, de la loi de 1923. D'après l'article 352 nouveau, l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits. « Néanmoins, l'adoptant est seul investi des droits de la puissance paternelle ainsi que du droit de consentir au mariage de l'adopté ». L'article ajoute : « En cas d'interdiction, de disparition judiciairement constatée ou de décès de l'adoptant, pendant la minorité de l'adopté, la puissance paternelle revient de plein droit aux ascendants de celui-ci. »

2° Addition au nom de l'adopté du nom de l'adoptant. — Aux termes de l'article 351, l'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'*ajoutant* au nom propre de ce dernier. Si l'adoptant et l'adopté ont le même nom patronymique, aucune modification n'est apportée au nom de l'adopté. Si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant peut, 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.

3° Création de quelques empêchements de mariage. — Ces empêchements sont énumérés par l'article 354 dans les termes suivants : « Le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; — entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et, réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; — entre les enfants adoptifs du même individu ; — entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant. »

Cette énumération est essentiellement limitative : le mariage reste donc possible entre toutes autres personnes, par exemple, entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté.

4° Obligation alimentaire réciproque entre l'adoptant et l'adopté. — Aux termes de l'article 356, l'adopté doit des aliments à l'adoptant, s'il est dans le besoin, et réciproquement. L'obligation alimentaire continue, d'ailleurs, d'exister entre l'adopté et ses père et mère. Cependant, ceux-ci

ne sont tenus de fournir des aliments à l'adopté que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant (art. 356).

5° Attribution au profit de l'adopté et de ses enfants légitimes d'un droit sur la succession de l'adoptant. — L'article 357 consacre ce droit dans les termes suivants : « L'adopté et ses descendants légitimes n'acquièrent aucun droit de succession sur les biens des parents de l'adoptant ; mais ils ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient les enfants ou descendants légitimes. »

L'adoptant, au contraire, ne succède pas à l'adopté.

§ 5. — Révocation et nullité de l'adoption.

Modification des règles du Code civil quant à la révocation. — Sous le régime du Code civil l'adoption était irrévocable. La loi nouvelle autorise, au contraire, la révocation de l'adoption « pour motifs très graves » (art. 370), par exemple, l'inconduite avérée de l'adoptant, ou l'inimitié entre l'adoptant et l'adopté. La révocation est prononcée par le tribunal. Il a le choix ou de révoquer l'adoption ou de prononcer seulement la déchéance partielle ou totale de la puissance paternelle contre l'adoptant. Il est à prévoir qu'en fait le juge choisira souvent la seconde alternative, pour éviter de faire perdre à l'adopté, à raison des torts de l'adoptant, le bénéfice du droit de succession et du droit aux aliments qu'il tient de l'adoption.

Nullité de l'adoption. — Les lois nouvelles n'ont pas modifié les caractères de l'adoption ni ceux de la décision judiciaire qui l'homologue. L'adoption est toujours un contrat. Les décisions qui l'homologuent, étant purement gracieuses, ne lui confèrent pas la force de la chose jugée et il n'est pas douteux que, comme tout acte juridique, l'adoption peut être attaquée devant la justice lorsque l'une des conditions requises pour sa formation a fait défaut. On ne peut invoquer contre cette solution la maxime « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » (Req. 14 juin 1869, D. P. 73.1.158, S. 69.1.371).

La nullité invoquée sera absolue ou relative. *Absolue*, si l'on n'a pas observé une condition se rattachant à l'ordre public, par exemple, l'âge requis chez l'adoptant ou chez l'adopté, car les règles légales établies en cette matière, ayant pour but de ne pas détourner les citoyens du mariage, intéressent l'ordre public. Toute personne intéressée pourra donc invoquer la nullité.

Au contraire, la nullité sera *relative*, si elle est fondée sur un vice du consentement chez une des parties ou sur le défaut d'autorisation des parents ou du conjoint dans un cas où cette autorisation est requise. En pareil cas, la nullité ne pourra être invoquée que par les personnes dont le consentement a été vicié ou dont l'autorisation a fait défaut.

CHAPITRE IV

DES ACTIONS EN MATIÈRE DE FILIATION

Terminologie. — Division. — Nous avons vu *dans quels cas* peut être exercée une action relative à la filiation ou *action d'état*. Il faut examiner maintenant *comment* s'exerce une action de ce genre. C'est qu'en effet, à raison de la gravité de ces actions, la loi leur a consacré nombre de règles spéciales et dérogatoires au Droit commun, règles malheureusement abondantes en discordances et en lacunes. Mais, tout d'abord, il importe de préciser la terminologie employée pour les désigner.

Au fond, il n'y a que deux catégories d'actions d'état relatives à la filiation.

Celles, d'abord, par lesquelles une personne prétend établir ses droits à un état autre que celui qui lui appartient en apparence. On les appellera *actions en réclamation d'état*. Mais, pratiquement, cette expression n'est employée que pour désigner l'action par laquelle un enfant veut établir sa filiation *par rapport à une femme mariée* et, par voie de conséquence, à l'égard du mari de celle-ci. Les actions tendant à établir une filiation naturelle s'appellent *actions en recherche* ou *en déclaration de la paternité* ou *de la maternité*.

La catégorie inverse comprend, sous le nom d'*actions en contestation d'état*, celles par lesquelles on prétend établir qu'un enfant n'a pas droit à l'état qu'il possède en apparence. Mais, ici encore, la pratique n'emploie cette expression que pour désigner certaines des actions auxquelles, rationnellement, elle paraît correspondre, à savoir les actions dirigées contre un enfant naturel, par exemple, pour contester sa reconnaissance ou sa légitimation. Si l'enfant possède un état apparent d'enfant légitime, une distinction doit être faite. Ceux qui contestent cet état peuvent prétendre établir que leur adversaire a été conçu dans des conditions telles que la règle de l'article 312 (*pater is est*) ne lui était pas applicable ; en ce cas on dira qu'il y a *action en contestation de légitimité*. Ou bien, l'adversaire de l'enfant, sans contester qu'il réunisse les conditions voulues pour bénéficier de la présomption de l'article 312, prétend établir que cette présomption se trouve en défaut et que l'enfant n'est pas issu du mari ; on sait qu'il y a alors *action en désaveu de paternité*.

Quant à l'action en contestation de filiation adoptive, comme elle tend à l'annulation de l'acte juridique (contrat ou testament d'où résulte l'adoption), on l'appelle *action en nullité* de l'adoption : nous en avons parlé plus haut.

Nous examinerons successivement :

1° Les règles de *compétence* et de *procédure* propres à ces diverses actions

d'état, c'est-à-dire les conditions extérieures ou de forme de ces actions ;

2° Les caractères généraux et distinctifs que présentent ces actions indépendamment de leur forme, en un mot, leurs conditions de fond ;

3° La portée des jugements intervenus à la suite des actions d'état.

SECTION I. — Conditions extérieures des actions relatives a la filiation et a l'état.

§ 1. — Compétence.

Compétence ratione materiæ des tribunaux civils. Concours entre la juridiction civile et la juridiction répressive. — Aux termes de l'article 326, « les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état ». Et il n'est pas douteux que le texte s'applique aussi bien aux actions en contestation qu'aux actions en réclamation d'état.

Ainsi, la loi exclut les tribunaux d'exception, juges de paix, prud'hommes, tribunaux de commerce. Si une question d'état se présentait devant eux, d'une manière principale ou incidente, ils devraient se déclarer incompétents et renvoyer les plaideurs devant les juges du droit commun, devant les tribunaux civils, seuls compétents pour statuer sur des litiges de cette nature.

L'article 327 vise spécialement le concours de la juridiction civile et de la juridiction répressive et nous dit : « L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » Ce texte nécessite des explications particulières[1].

La preuve de la filiation peut, dans un grand nombre de cas, se trouver supprimée par un fait délictueux, rentrant normalement dans la compétence des juridictions répressives et prévu par la loi pénale. Ces hypothèses sont désignées en bloc dans l'article 327 par le terme de *délit de suppression d'état* : mais leur variété est grande. Il a pu y avoir, par exemple, *suppression d'enfant* ou encore *supposition d'enfant* (c'est-à-dire attribution d'un enfant à une femme autre que sa mère véritable) ; un état inexact a pu résulter pour un enfant d'un *faux en écritures publiques*, de la *destruction ou lacération des registres de l'état civil*, d'*une omission de l'officier de l'état civil*, etc... Lorsque l'une de ces infractions a été commise, le ministère public devrait normalement avoir le droit de déférer le coupable au tribunal répressif pour le faire condamner. Mais l'article 327 paralyse ce droit et décide que le ministère public ne pourra intenter l'action criminelle contre le coupable, qu'autant que le tribunal civil aura préalablement, sur la demande de l'enfant, rétabli sa véritable filiation[2].

1. Cons. E. Garçon, *Etude doctrinale de la question préjudicielle de suppression d'état*, Journal des Parquets, 1905, 1re partie, et Code pénal annoté, art. 345, dont les idées se trouvent ici résumées.

2. Certains interprètes du Code civil ont soutenu autrefois que l'application de l'article 327 devait être restreinte au cas où la question d'état aurait été portée devant les tribunaux civils avant que l'action publique fût intentée et jugée ; le ministère

D'où vient cette dérogation aux règles du Droit commun ? Les travaux préparatoires du Code montrent, qu'en l'édictant, les rédacteurs ont voulu empêcher qu'on tournât les règles de preuve par eux établies. Ils se souvenaient de « procès célèbres du XVIII[e] siècle, où des plaideurs, réclamant une prétendue filiation illustre, avaient pris la voie criminelle, dans l'unique bût de faire entendre des témoins qui n'eussent pas été reçus au civil. On avait discuté passionnément si ce détour était légal ; les Parlements avaient quelquefois déjoué de pareilles fraudes, mais leur jurisprudence était loin d'être ferme » (Garçon, *op. cit.*, p. 2). De là, le désir des rédacteurs du Code d'empêcher le retour de pareils abus. Mais, en raisonnant ainsi, le législateur n'a-t-il pas commis une lourde erreur ? En effet, si devant le juge répressif la preuve est libre en général, cela tient à ce qu'il s'agit de démontrer devant lui la matérialité des faits délictueux allégués, démonstration qui, de par sa nature même, échappe au régime de la preuve préconstituée. Mais, lorsqu'elles ont à statuer sur des faits ou des actes dont il a été possible aux intéressés de se ménager d'avance la preuve écrite, les juridictions pénales sont soumises à l'observation des règles du droit commun. Et, par exemple, lorsqu'elles ont à statuer sur une inculpation d'abus de confiance, la preuve du dépôt, élément essentiel de l'infraction, ne peut se faire devant elles que par la production d'un écrit, ou par témoins, mais moyennant l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Si donc les juges répressifs pouvaient être appelés à statuer sur des questions de filiation, ne seraient-ils pas astreints au système spécial de preuve établi pour cette matière par le Code civil ?

Cette critique n'est cependant pas méritée. On oublie, en la faisant, que, dans notre Ancien Droit et même sous le Droit intermédiaire, la règle contraire avait été soutenue. C'est seulement en 1813, à propos de l'abus de confiance, que la fameuse note du président Barris[2] a établi ce principe aujourd'hui certain. Encore l'application de ce principe est-elle loin d'être assurée, lorsque le fait poursuivi relève de la Cour d'assises, car le jury n'est pas lié par le système des preuves du Droit civil.

En outre, une seconde raison a déterminé les rédacteurs du Code à écrire l'article 327. Ils ont pensé « que les questions de filiation intéressaient avant tout l'honneur des familles ». Ils n'ont pas voulu « troubler leur repos, pénétrer leurs secrets, révéler des scandales, par des poursuites criminelles intentées sans l'assentiment et peut-être contre le gré de l'enfant, dont la filiation a été supprimée, et de ses parents. » (Garçon, *op. cit.* p. 3).

Les observations précédentes permettent de rectifier une proposition qui est couramment répétée à propos de notre matière, et d'après laquelle l'article 327 ferait échec au principe énoncé dans l'article 3, C. Instr. crim. : *le criminel tient le civil en état*. En matière de suppression d'état, dit-on, c'est,

public conservant le droit de poursuite quand l'intéressé ne réclame pas son éta (V. Laurent, t. III, n° 473). Mais cette opinion, contraire au texte de l'art. 327, es aujourd'hui abandonnée.

2. Voir Mangin, *Du Traité de l'action publique*, t. I, n° 240.

au contraire, *le civil qui tient le criminel en état*. Mais la corrélation que l'on prétend établir entre ces deux formules n'existe pas. En effet, que signifie la règle : le criminel tient le civil en état ? Elle veut dire tout simplement que, si la victime d'une infraction intente une action civile en dommages-intérêts contre le coupable devant le tribunal civil, et que si le ministère public a déjà exercé ou exerce l'action publique devant la juridiction répressive avant que les juges civils aient statué, ces derniers doivent surseoir et attendre que le tribunal répressif ait rendu sa décision ; l'action civile reste donc en suspens, la procédure entamée demeure dans l'état où elle se trouve, au moment où l'action publique est mise en mouvement. La raison en est que la loi ne veut pas qu'une sentence de nature à affecter la liberté et l'honneur des individus puisse être influencée par la décision d'un juge appelé à statuer sur une simple question de dommages-intérêts.

Or, en notre matière, ce n'est pas d'action en dommages-intérêts qu'il s'agit. Le délit qui entraîne la suppression de l'état de l'enfant engendre en réalité trois actions : 1° d'abord, l'action publique en répression qui sera portée, suivant les cas, devant la cour d'assises ou le tribunal correctionnel ; 2° l'action civile en réparation du dommage causé par le délit à ceux qui ont eu à en souffrir ; 3° l'action en réclamation d'état ou en contestation d'état tendant à restituer à l'enfant sa véritable filiation, dont la preuve a été supprimée par l'infraction commise. Or, ce n'est pas l'action civile en dommages-intérêts qui, dans notre matière, arrête la mise en mouvement de l'action publique, mais bien l'action en réclamation ou en contestation d'état. Une fois que cette dernière action a été jugée par les tribunaux civils, la règle énoncée par l'article 3 C. Instr. crim. reprend son application ; rien n'empêche plus le ministère public de poursuivre le coupable, et, si l'enfant dont le véritable état a été rétabli intente une action en dommages-intérêts devant les juges civils, ceux-ci devront attendre que les juges criminels aient statué. En vérité, l'article 327 du Code civil déroge, non pas à l'article 3 du Code d'instruction criminelle mais bien à l'article 1er de ce Code, d'après lequel le ministère public a toujours l'exercice de l'action publique. Ici, par exception, il est obligé d'attendre que l'intéressé ait fait juger par les tribunaux civils la question de filiation.

La règle des articles 326-327 comporte d'ailleurs un double tempérament.

1° Elle ne s'applique pas à toutes les questions d'état, mais seulement aux questions de suppression de la preuve de la *filiation*. Ainsi, *en matière de mariage*, l'existence d'un mariage, avec toutes les conséquences qui en résultent pour l'état des époux et des enfants, peut, nous l'avons vu, résulter de la décision d'un tribunal répressif (art. 198). Et il en est de même pour les questions de *nationalité* (Crim., 30 mai 1908, D. P. 1909.1.364).

2° De la formule que nous avons donnée, il résulte aussi que, même en matière de filiation, les juges répressifs ne sont pas astreints à surseoir et qu'ils peuvent trancher une question *incidente* relative à un rapport de parenté, lorsqu'il ne s'agit pas d'un crime de suppression d'état. Par exemple, en cas de meurtre qualifié de *parricide* par l'accusation, supposons que l'accusé prétende n'être pas en réalité le fils de sa victime, la

Cour d'assises aura à statuer sur cette exception. Ce faisant, en effet, elle ne tranche pas *directement* une question de filiation. Ajoutons que l'appréciation du juge répressif ne portera pas préjudice au droit que conservera le juge civil de trancher en toute liberté (et peut être dans un sens différent) la question de filiation qui lui serait ensuite soumise. Il y a là une nouvelle dérogation au droit commun, car, en général, les décisions des juridictions répressives ont force de chose jugée, aussi bien au civil qu'au criminel, et nous en avons vu une conséquence sous l'article 198 du Code civil, d'où il résulte qu'une décision de ce genre peut tenir lieu d'acte de mariage.

Compétence ratione personæ. — Parmi les tribunaux civils, c'est conformément au droit commun, celui du domicile du défendeur qui est compétent (art. 59, C. proc. civ.). Cependant cette solution devrait, croyons-nous, recevoir une exception en cas d'action en désaveu, lorsque l'enfant désavoué est mineur. On verra que, dans ce cas, il doit lui être nommé un tuteur *ad hoc* pour plaider en son nom. Il y a des décisions portant, non sans raison, croyons-nous, qu'en ce cas l'action en désaveu doit être portée devant le juge du domicile du tuteur *ad hoc* (V. Req., 6 avril 1898, D. P. 1902.1.232, S. 1902.1.38) ; mais la Chambre civile de la Cour de cassation repousse ce système, par cette raison que la présomption légale de paternité, tant qu'elle n'est pas détruite, doit produire ses effets, et que notamment l'enfant est domicilié chez celui qui demeure son père aux yeux de la loi (Civ., 4 avril 1905, D. P. 1906.1.97, note de M. Appleton, S. 1906. 1.173, note de M. Appert ; 7 avril 1908, D. P. 1908.1.301, S. 1909.1.234).

§ 2. — Procédure.

Particularités de procédure applicables à toutes les actions en matière d'état. — Elles sont au nombre de deux :

1° Les actions de ce genre sont dispensées du préliminaire de conciliation. Cela résulte de ce que les intérêts qu'elles soulèvent ne peuvent en général donner lieu à aucune transaction.

2° Elles sont au nombre des causes qui sont sujettes à communication au ministère public (art. 83, C. proc. civ.).

Avant 1899, les actions en matière d'état comportaient une troisième particularité. Elles devaient, en appel, être jugées en audience solennelle, c'est-à-dire par deux chambres réunies de la cour siégeant en robes rouges. Mais le décret du 26 novembre 1899 a supprimé cette formalité gênante et décidé que les questions d'état seraient dorénavant portées à l'audience ordinaire de la cour.

Particularités propres à certaines actions. — En dehors de ces règles générales, on rencontre des règles de procédure spéciales, applicables à certaines actions en particulier.

1° Action en désaveu. — Il y a ici une particularité à signaler, c'est l'intervention d'un tuteur *ad hoc* qui doit être donné à l'enfant (art. 318), et contre qui l'instance devra être poursuivie par le mari. Cette règle se com-

prend très bien, au moins dans la majorité des cas. Tant que la justice n'a pas statué sur l'action en désaveu, le mari reste, aux yeux de la loi, père de l'enfant et, par conséquent, son administrateur légal on son tuteur chargé de le représenter en justice. Le mari pourrait-il plaider contre lui-même? Pourtant il y a des hypothèses, exceptionnelles à la vérité, où la nécessité d'un tuteur *ad hoc* ne se comprend pas. C'est ce qui arrive lorsque le demandeur a été exclu de la tutelle ou de l'administration légale. Alors, l'enfant a d'ores et déjà un autre représentant. Cependant, la loi ne fait aucune distinction. Pourtant, on doit bien admettre que, si l'action en désaveu est dirigée contre un enfant majeur — ce qui peut parfois arriver — celui-ci pourra se défendre sans avoir besoin d'un tuteur.

Il eût été peut-être préférable de donner mission de représenter l'enfant à la mère, lorsqu'elle est vivante. C'est elle qui est le mieux à même de répondre aux critiques dirigées contre l'état de l'enfant. La loi a préféré un tuteur *ad hoc*. Elle nous dit, il est vrai, que l'action en désaveu doit être poursuivie « en présence de la mère ». Il résulte de cette formule que la mère *doit être mise en cause* par le demandeur. Et la Jurisprudence admet même que l'instance sera dirigée *contre elle*, dans le cas où le désaveu est exercé après la mort de l'enfant (Trib. Angers, 30 mai 1895, S. 97.1.434, note de M. Lyon-Caen).

Reste à savoir comment est nommé le tuteur *ad hoc*. Comme tout tuteur, dira-t-on, c'est-à-dire par le conseil de famille. Cependant, il est facile de voir à quelle objection on va se heurter. Le conseil de famille comprend des parents ou alliés des deux lignes, et, par conséquent, des représentants de la famille du mari, lequel précisément considère l'enfant comme un intrus et cherche à l'expulser de son foyer! Si l'on ajoute que même les parents de la ligne maternelle peuvent être intéressés au succès du désaveu, parce que les enfants adultérins ne succèdent pas, même à leur mère, on inclinera à penser que le tuteur *ad hoc* devrait plutôt être désigné par le tribunal. Mais la Cour de cassation n'a jamais admis que la désignation pût être faite autrement que par un conseil de famille composé suivant les règles du droit commun (Civ., 7 avril 1908, D. P. 1908.1.301, S. 1909.1.234). Elle ajoute, il est vrai, que l'enfant trouve une protection suffisante dans les pouvoirs appartenant au juge de paix de ne pas appeler telle ou telle personne, s'il le juge à propos, la violation des règles relatives à la composition du conseil n'entraînant, on le verra, la nullité de ses délibérations que si les intérêts des mineurs ont subi de ce fait un préjudice.

Remarquons, pour en finir avec le tuteur *ad hoc* de l'enfant désavoué, que le Code aurait dû accorder la même protection à un enfant, qui se trouve dans une situation tout à fait identique, nous voulons parler de l'enfant naturel ou légitimé mineur, contre lequel est dirigée une *instance en contestation de sa reconnaissance*. Pourquoi n'avoir pas déterminé la manière dont il serait représenté et défendu? C'est une véritable lacune de la loi.

2° **Action en recherche de la paternité naturelle.** — Il y a trois particularités à signaler à propos de la procédure de cette action.

A. — Aux termes de l'article 340 (modifié par la loi du 16 novembre 1912), al. 10, « l'action n'appartient qu'à l'enfant. Pendant la minorité de l'enfant, la mère, même mineure, a seule qualité pour l'exercer ». Ainsi, la loi fait ici de la mère le représentant légal de l'enfant mineur, au lieu de confier ses intérêts à un tuteur *ad hoc*. Et la mère, même mineure, aura qualité pour agir. Il n'y a pas besoin de dire pour justifier cette solution qu'ici la maternité équivaut à l'émancipation : en effet, on verra que les incapables sont aptes, en principe, à représenter autrui. La loi n'a pas prévu le cas où la mère serait mariée (à un autre que le père de l'enfant). Nous croyons que, dans ce cas, elle n'aurait pas besoin de l'autorisation de son mari, pour remplir la mission que la loi lui confère.

Il peut arriver que l'enfant n'ait pas légalement de mère, soit qu'il n'ait pas été reconnu par la sienne, soit qu'il l'ait été, mais que sa mère soit décédée. Ou bien encore, la mère peut être dans l'impossibilité de représenter l'enfant, parce qu'elle est « interdite ou absente », comme le suppose expressément la loi, ou internée dans un asile d'aliénés, hypothèse à assimiler, croyons-nous, aux précédentes. Dans ce cas, l'article 340 (nouveau), al. 13, nous dit que « l'action sera intentée conformément aux dispositions de l'article 389 » ; ce qui signifie qu'il y aura lieu, pour exercer l'action, de recourir à l'intervention d'un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal, lequel fait, depuis la loi du 2 juillet 1907, fonction de conseil de famille pour les enfants naturels.

B. — D'après l'article 2 de la loi du 16 novembre 1912, la reproduction par la presse des débats du procès en déclaration de paternité est interdite, comme celle des procès en diffamation et sous les mêmes sanctions. Ce que la loi défend de publier, ce sont *les débats* mais non les jugements et arrêts.

C. — Aux termes de l'article 3 de la loi du 16 novembre 1912, la peine de l'article 400 du Code pénal, punissant le *chantage*, c'est-à-dire un emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 50 à 3.000 francs « pourra être appliquée par le tribunal civil saisi d'une demande en déclaration de paternité au demandeur convaincu de mauvaise foi. L'interdiction de séjour pendant cinq ans au moins et dix ans au plus dans un rayon déterminé pourra, de plus, être prononcée dans ce dernier cas ».

On comprend aisément le motif qui a inspiré au législateur cette singulière disposition. C'est comme une survivance des anciennes préventions qui avaient inspiré la prohibition de la recherche de la paternité. La sanction ordinaire encourue par le plaideur de mauvaise foi, à savoir celle des dommages et intérêts, n'a paru ni suffisante, ni surtout efficace contre des exploiteurs de scandale, que leur insolvabilité mettrait, pratiquement, à l'abri de tout recours. D'où l'institution d'une sanction pénale. Et, comme le tribunal civil, saisi de la demande abusive en déclaration de paternité, se trouve avoir en mains, avec les pièces versées au débat, les premiers éléments d'appréciation, on a pensé qu'il y aurait tout avantage à lui attribuer, de préférence au tribunal correctionnel, la connaissance du délit à réprimer. Mais la disposition adoptée donne lieu à tant de critiques et d'incertitudes qu'elle n'est pas, croyons-nous, de nature à être souvent mise en application.

Tout d'abord, la procédure suivie devant les tribunaux civils ne s'accorde guère avec les moyens d'instruction et de défense en usage devant les tribunaux répressifs. Par exemple, nous ne croyons pas que le tribunal puisse prononcer les pénalités mises à sa disposition, sans que le demandeur, devenu inculpé, ait comparu et ait été interrogé en personne, et sans qu'il ait été mis à même de produire tous les témoins jugés utiles pour sa défense.

De plus, comment le demandeur pourra-t-il être transformé en inculpé? Nous ne croyons pas, quoique le rapporteur de la loi à la Chambre l'ait soutenu (Séance du 27 février 1911), que le tribunal ait le droit de statuer d'office. Nous ne croyons même pas qu'il puisse le faire sur la requête de la partie lésée. Il appartient seulement, croyons-nous, au ministère public, soit spontanément, soit sur la plainte dont il serait saisi, de mettre en mouvement l'action publique.

On remarquera que la loi prévoit l'application de la peine par le *tribunal* seulement. Il est certain, bien qu'on ne l'ait pas ajouté, que cette décision du tribunal sera, comme son jugement sur le fond, soumise à appel. En revanche, le silence de la loi nous paraît entraîner cette conséquence qu'une pénalité ne pourrait être requise pour la première fois devant la Cour d'appel.

Une dernière observation, c'est qu'aux termes de la loi, la peine sera appliquée « au demandeur de mauvaise foi ». Il en résulte, à notre avis, que la disposition de l'article 3 ne pourra recevoir application que dans l'hypothèse, extrêmement rare, où l'action en déclaration de paternité serait exercée après la majorité de l'enfant et par celui-ci. En effet, si l'on suppose l'action exercée durant la minorité, qui est *le demandeur ?* L'enfant lui-même. Or, comme ce n'est pas lui qui plaide en personne, il ne saurait être inculpé de mauvaise foi. La mauvaise foi peut se rencontrer chez la mère que la loi charge de *représenter* l'enfant dans l'instance. Mais, vu la stricte interprétation qu'on doit donner à toute disposition prononçant une pénalité, il ne nous semble pas que la mère puisse, à ce point de vue, être considérée comme demanderesse, et, comme telle, encourir personnellement les sanctions prononcées par la loi. A plus forte raison en serait-il de même du tuteur *ad hoc* qui aurait été désigné par le tribunal.

SECTION II. — CONDITIONS DE FOND DES ACTIONS RELATIVES A LA FILIATION ET A L'ÉTAT DES PERSONNES.

Les actions d'état, plus spécialement, celles qui ont trait à la filiation des personnes, offrent ce trait commun qu'elles tendent à l'établissement d'*un fait* indépendant de la volonté de l'individu, dont l'état est en question. Il semble que toutes les personnes intéressées devraient être admises, au même titre, et à tout moment, à les exercer, dès lors que, du fait à établir, elles prétendent faire découler un droit. Mais des considérations diverses ont conduit à écarter ici la logique pure. D'une part, dans un cer-

tain nombre de cas, le droit d'exercer une action d'état n'appartient pas à toutes les personnes intéressées, mais à certaines seulement. Et, d'autre part, lorsque plusieurs personnes ont concurremment la disposition d'une action relative à l'état, elles ne l'exercent pas toutes au même titre ni dans les mêmes conditions, notamment au point de vue du délai qui leur est imparti pour agir.

Etudions successivement ces deux points :

1° Dans quels cas l'exercice de l'action est-il réservé à certaines personnes?

2° Dans quelles conditions diverses, suivant les cas, l'action est-elle exercée ?

§ 1. — Exclusion de certains intéressés.

Le principe, que tout intéressé est admis à exercer les actions d'où résulte la détermination de la filiation, s'applique à certaines de ces actions, à savoir :

Aux actions en *contestation d'état* (d'enfant légitime) c'est-à-dire à l'action qui est intentée pour contester que l'enfant soit né de la femme mariée indiquée comme sa mère dans son acte de naissance ;

A l'action en *contestation de légitimité*, c'est-à-dire à l'action par laquelle on prétend démontrer que l'enfant, soi-disant né d'un mariage légitime, n'a pas, en réalité, été mis au monde dans les conditions qui donnent lieu à l'application de la présomption *Pater is est ;*

A l'action en *contestation de reconnaissance* d'un enfant naturel.

Dans ces divers cas, tout intéressé peut agir.

En revanche, le principe reçoit exception, et l'exercice de l'action est réservé à certaines personnes, interdit à certaines autres, lorsqu'il s'agit soit d'une action en *réclamation d'état* (d'enfant légitime), soit d'une *action en désaveu*, soit d'une action *en recherche de la maternité ou de la paternité naturelle*. Examinons successivement ces trois hypothèses.

I. — **Action en réclamation d'état. Droit exclusif de l'enfant.** — En principe, l'action en réclamation d'état, c'est-à-dire celle par laquelle un enfant cherche à prouver qu'il est né de telle femme mariée, ne peut être intentée que *par l'enfant lui-même*. Cela résulte des articles 329 et 330 qui ne permettent aux *héritiers* de l'enfant de l'intenter que dans des cas exceptionnels. Bigot-Préameneu a donné de cette particularité la raison suivante : « Le silence du principal intéressé prouve qu'il n'a pas cru avoir de droits ; dès lors les héritiers ne doivent pas être admis à s'introduire dans une famille à laquelle leur auteur s'est cru lui-même étranger... La déchéance est absolue ; elle est établie dans l'intérêt du repos des familles ; la loi met le repos des familles au-dessus de l'intérêt pécuniaire des héritiers, intérêt qui n'existe que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. » (*Exposé des motifs*, n° 26, Locré, t. III, p. 91). C'est toujours la même préoccupation dominante chez les rédacteurs du Code Civil, préoccupation qui leur a fait commettre bien des injustices. Ici, en particulier, pourquoi

carter l'action des héritiers (de *tous les héritiers*) sous prétexte qu'il ne s'agit pour eux que d'un intérêt pécuniaire? Est-ce que les *descendants* de l'enfant n'auraient pas le même intérêt moral que lui-même à se rattacher à leur véritable famille légitime? Mais les termes de la loi sont absolus et excluent les descendants de l'enfant aussi bien que tous ses autres héritiers (Req., 30 décembre 1868, D. P. 69.1.185, S. 69.1.249).

Quant aux deux cas exceptionnels où l'action est ouverte aux héritiers, ils sont les suivants :

1° Les héritiers peuvent suivre l'action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant et qu'il est mort durant l'instance, à moins toutefois qu'il ne s'en fût désisté formellement ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de procédure (art. 330).

2° Les héritiers peuvent intenter l'action lorsque l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années qui ont suivi sa majorité sans l'avoir exercée (art. 329). Dans ce cas, en effet, l'enfant est mort trop jeune pour qu'il puisse être considéré comme ayant renoncé à faire constater son état.

II. — Action en désaveu. Droit exclusif du mari. — Lorsqu'il s'agit d'établir l'illégitimité d'un enfant, issu d'une femme mariée dans les conditions qui donnent lieu à l'application de la présomption *Pater is est*, c'est un principe que *le droit d'agir appartient exclusivement au mari*. Dans un cas exceptionnel, il est vrai, les *héritiers du mari*, c'est-à-dire les continuateurs de sa personne, peuvent désavouer l'enfant : c'est (art. 317) lorsque le mari « est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire », délai d'ailleurs extrêmement bref. En dehors de ce cas, nul autre intéressé ne pourrait établir l'adultérinité de l'enfant. On refusera ce droit, par exemple (et sauf l'exception très rare de l'article 317), à l'héritier que la naissance de l'enfant écarte de la succession du mari défunt, au donataire, qui se trouve privé de sa donation à cause de la survenance d'un enfant au donateur (art. 960), etc... *Tous ces intéressés sont désarmés par l'inaction du mari*. Ils ne pourront expulser l'intrus de la famille, quand bien même ils seraient en situation de prouver les faits dont la loi fait résulter la possibilité du désaveu.

On peut donner de ce principe deux raisons :

1° On peut dire que le mari a la disposition exclusive de l'action en désaveu, parce que, seul, il sait à quoi s'en tenir sur les relations sexuelles qu'il a pu avoir avec la mère. Cette raison est contestable au fond et explique mal certaines solutions de la loi. Lorsque l'adultérinité de l'enfant résulte, par exemple, d'une impossibilité physique de cohabitation, par suite de l'éloignement ou d'une mutilation du mari, comment dire que celui-ci seul possède des éléments d'appréciation voulus pour être fixé sur la faute commise par la mère ? De plus, si cette raison était la bonne, on comprendrait mal comment, lorsque le mari est mort sans avoir désavoué, mais dans les délais utiles, l'exercice de l'action passe à ses héritiers.

2° Plus justement, on peut faire valoir cette considération qu'une action en désaveu, étant destinée à causer un terrible scandale, détruisant un

ménage et un foyer, le mari seul doit être admis à en assumer la cruelle initiative. Mais cette raison, si elle explique à merveille que le mari ait la disposition exclusive de l'action en désaveu, *tant qu'il est vivant*, ne devrait pas la faire refuser aux autres intéressés après sa mort. C'est ce qu'a compris le Code civil allemand, car, dans les hypothèses où l'action en désaveu reste ouverte après le décès du mari, il en accorde l'exercice *à tous les intéressés* (art. 1593). D'après notre Code, au contraire, ce droit n'appartiendra qu'aux *héritiers* du mari. Et il est difficile de donner de bonnes raisons de cette prérogative.

Le droit de disposition exclusif du mari donne lieu à divers problèmes délicats.

Premier problème. — Comment s'exerce l'action en désaveu lorsque le mari est un *incapable* ? Des distinctions sont nécessaires.

Le *mineur émancipé* peut évidemment agir sans l'assistance de son curateur, car l'action en désaveu n'est pas comprise au nombre des actions immobilières, pour l'exercice desquelles cette assistance est requise (art. 482).

Au contraire, l'individu pourvu d'un *conseil judiciaire*, ne pouvant *plaider* sans l'assistance de ce conseil, n'a d'autre ressource, au cas où le conseil lui refuserait son concours, que de s'adresser à la justice pour se faire nommer un conseil *ad hoc*, auquel le tribunal enjoindra de l'assister.

Quand le mari est *interdit judiciaire*, il semblerait, si l'on se référait aux motifs qui ont fait accorder au mari la disposition exclusive de l'action en désaveu, que le tuteur devrait rester étranger à l'exercice de cette action. Cependant, on trouve des decisions en sens contraire (Lyon, 5 décembre 1891, D. *J. G.*, v° *Paternité et nvtation*, 17). Elles se fondent sur cette considération que les délais très brefs impartis pour l'exercice du désaveu ne comportent pas de suspension au profit des incapables, et que, dès lors, le désaveu de l'enfant adultérin de la femme d'un interdit serait presque toujours impossible en fait si le tuteur ne pouvait en prendre l'initiative. La solution admise nous paraît cependant très critiquable. Il en résulte que le tuteur, par sa négligence ou même sa connivence avec la femme coupable, peut faire perdre à l'aliéné et à tous les autres intéressés toute possibilité d'écarter l'enfant intrus de la famille. Et, inversement, il n'est pas sans inconvénient qu'un tuteur trop zélé puisse prendre l'initiative d'un désaveu, sans même avoir eu à consulter le conseil de famille, comme cela serait nécessaire s'il s'agissait d'intenter une instance en séparation de corps (art. 307, al. 2), instance cependant beaucoup moins grave, dans ses résultats, qu'une action en désaveu.

En ce qui concerne l'*interdit légal*, la loi est également muette. On admet donc que, vu le principe de la représentation générale du condamné par son tuteur, c'est celui ci qui aura seul la disposition de l'action en désaveu. Ici encore la solution est critiquable. Elle forme contraste avec l'article 234, al. 3, d'après lequel, le tuteur ne peut demander le divorce que sur la réquisition de l'interdit légal en personne.

Enfin, quand il s'agit des *aliénés non interdits, mais internés*, la loi n'ayant pas prévu le désaveu, il faut décider que, comme dans tous les cas de pro-

cès urgent à intenter, l'administrateur provisoire pourrait solliciter du tribunal la nomination d'un mandataire *ad litem*, chargé d'introduire et de soutenir l'instance en désaveu.

Sur ces différents points, les solutions du Code civil allemand (art. 1595) sont plus raisonnables que les nôtres. Les demi-incapables (faibles d'esprit, alcooliques) peuvent, en Allemagne, désavouer l'enfant personnellement, sans avoir besoin de l'assistance de personne. Quand il s'agit d'un aliéné, c'est son représentant légal qui désavoue l'enfant, mais avec l'approbation du tribunal des tutelles. Enfin, si le représentant de l'incapable a laissé passer sans agir les délais du désaveu, le mari, une fois que son incapacité a cessé, peut exercer l'action personnellement. Il n'est pas forclos par l'expiration du délai accomplie au cours de son incapacité.

Second problème. — Dans certaines hypothèses, on peut se demander si l'action à exercer, pour expulser un enfant d'une famille à laquelle il ne doit pas appartenir, est l'*action en désaveu* ou l'*action en contestation de légitimité*. Et l'intérêt principal de la question c'est que celle-ci est ouverte à toute personne intéressée, tandis que l'action en désaveu est réservée au mari.

La difficulté signalée se rencontre dans quatre hypothèses.

A. — *Enfant né précocement*, c'est-à-dire moins de cent quatre-vingts jours après le mariage (art. 314). Nous avons vu qu'ici la Jurisprudence, sans s'arrêter à l'expression de *désaveu* employée par la loi, accorde à tout intéressé le droit de contester la légitimité de l'enfant sous les conditions requises par le texte. En effet, l'enfant en question n'est pas un enfant légitime mais un enfant légitimé : l'action qui tend à l'écarter de la famille est identique à celle par laquelle tout intéressé est admis à contester la véracité d'une reconnaissance d'enfant naturel (art. 339)

B. — *Enfant né tardivement*, c'est-à-dire plus de trois cents jours après la dissolution du mariage (art. 315). Ici, nous le savons, il n'y a pas de doute possible. L'action dirigée contre l'enfant ne saurait être qualifiée de désaveu ; c'est une action en contestation d'état, ouverte à tout intéressé.

C. — *Enfant né pendant l'absence du mari.* — Il ressort, nous l'avons vu, de la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'action à diriger contre l'enfant est une action en contestation d'état, si l'enfant a été déclaré sous le seul nom de la mère, et une action en désaveu, s'il a été déclaré à la fois sous le nom de la mère et sous celui du mari absent. Nous ne reviendrons pas sur les critiques que nous avons dirigées contre cette jurisprudence.

D. — *Enfant exerçant contre une femme mariée une action en réclamation d'état.* — On se souvient que l'article 325 permet en ce cas au mari de repousser, en ce qui le concerne, la prétention de l'enfant et, à cet effet, de faire valoir tous les moyens propres à démontrer que l'enfant n'est pas issu de sa femme ou que, même la maternité prouvée, ce n'est pas lui qui en est le père. Nous trouvons-nous en présence d'un désaveu ou d'une contestation de légitimité ? La Jurisprudence, dont on ne peut citer ici que des décisions assez anciennes (V. Caen, 17 mars 1847, D. P. 48.2.57, S. 48. 2.93), semble bien considérer que, dans tous les cas, il y a lieu ici à une

contestation de légitimité, ouverte à tous les intéressés. Nous croyons, quant à nous, qu'il faut distinguer.

S'agit-il de démontrer que « le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir », l'intervention du mari dans l'instance offre les caractères d'une simple contestation de légitimité. Donc, le mari n'est pas tenu de déposer ses conclusions dans un délai déterminé, et, s'il était mort, ses héritiers ou tous autres intéressés pourraient opposer la même défense à la réclamation de l'enfant.

S'agit-il, au contraire, de démontrer que le réclamant, « la maternité prouvée, n'est pas l'enfant du mari de la mère », alors nous nous trouvons en présence d'un désaveu, exercé *sous forme d'action*, si le mari non mis en cause a laissé, sans intervenir, le réclamant faire sa preuve contre son épouse, et, *sous forme d'exception*, si le mari, mis en cause ou intervenant, renonce à contester la maternité et se contente d'alléguer qu'il n'est pas le père de l'enfant. Donc, le mari seul pourra agir ; il sera tenu de le faire dans les délais de l'article 316 ; ses héritiers ne seront admis à plaider que s'ils se trouvent dans les conditions de l'article 317.

On s'est demandé si un mari, apprenant que sa femme a mis au monde un enfant adultérin, qui n'a pas été déclaré ou l'a été sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus, aurait le droit de prendre les devants et de démontrer sa non-paternité, sans attendre que l'enfant entame une instance en réclamation d'état. Il semblerait, à première vue, que la négative dût s'imposer, car notre Code de procédure n'admet plus qu'une personne puisse plaider contre une autre, sans avoir un intérêt né et actuel à faire valoir ; il a supprimé les *examens à futur*, procédures pratiquées sous l'ancien Droit pour permettre aux personnes prévoyantes de faire établir d'ores et déjà tel ou tel fait, *en vue d'un litige futur*, et cela afin d'éviter le dépérissement des preuves et de se mettre en garde contre les temporisations calculées d'un adversaire éventuel. Cependant, la Jurisprudence est ici favorable au mari. Elle décide que le mari peut, dès à présent, *désavouer* l'enfant (Req., 9 mai 1864, D. P. 64.1.409, S. 64.1.309 ; Lyon, 21 janvier 1886, D. P. 87.2.1, note de M. Flurer, conclusions de M. l'av. gén. Tallon, S. 88.2.77). Cette solution achève de démontrer que nous avons à bon droit qualifié de désaveu la défense opposée par le mari, pour sa part, à l'action en réclamation d'état d'un enfant contre sa femme. C'est, en effet, parce que le désaveu est la seule ressource du mari, et que cette ressource lui échapperait, s'il laissait passer sans agir deux mois *après la découverte de la fraude* (art. 316, al. 3) que la Jurisprudence a dû autoriser l'action immédiate du mari prévoyant qui, instruit d'une naissance frauduleusement déclarée, entend se prémunir d'avance contre les conséquences d'une action en réclamation d'état.

III. — **Actions en recherche de la filiation naturelle.** — Aucune disposition expresse de notre droit ne limite à certains intéressés seulement la faculté d'exercer l'action d'où résulte la déclaration de la filiation naturelle. Mais la Jurisprudence a introduit ici deux restrictions :

1° L'action en recherche de la filiation naturelle est *intransmissible* et *personnelle*. Ainsi, les héritiers de l'enfant ne pourraient l'intenter s'il est mort sans en avoir pris l'initiative, et nulle autre personne que lui-même ou son représentant légal agissant en son nom, s'il est mineur, ne pourrait exercer cette action de son vivant (Civ., 3 avril 1872, D. P. 72.1.113, S. 72.1.126. En sens contraire : C. cass., Turin, 26 juillet 1883, S. 85.4.7). Cette solution, que la Jurisprudence a consacrée d'abord exclusivement à propos de la recherche de la maternité, conduit à méconnaître des intérêts cependant fort respectables. Par exemple, les enfants légitimes d'un enfant naturel pourraient avoir un intérêt moral et même pécuniaire considérable à faire reconnaître, après le décès de leur auteur, le lien qui l'unissait à sa mère (leur propre grand'mère). Ce n'est pas tout. Du vivant de l'enfant, d'autres personnes que lui pourraient utiliser les droits qui résulteraient de sa filiation. Ainsi, son conjoint aurait avantage à lui faire reconnaître une créance alimentaire, dont il bénéficierait lui-même, à l'encontre d'une mère opulente ou aisée. Pourquoi la loi repousse-t-elle l'action de ces divers intéressés ? La Jurisprudence n'invoque, pour justifier son exclusivisme, que d'assez mauvaises raisons. Ainsi, elle fait valoir le contraste qui existe entre les termes de l'article 341, d'une part, et ceux des articles 328, 329 et 330, de l'autre. Ces derniers, visant l'action en réclamation d'état d'enfant légitime, prévoient que cette action peut être exercée par les héritiers de l'enfant, tandis que l'article 341, consacré à l'action en recherche de la maternité naturelle, n'a pas l'air de supposer qu'elle puisse être suivie par un autre que l'enfant. L'argument est assez faible. Si l'on doit s'en tenir à des raisons de pur texte, la généralité de la phrase par laquelle débute l'article 341 (« la recherche de la maternité est admise »), ne devrait-elle pas nous incliner à ouvrir le droit d'agir à tous les intéressés ?

Quoi qu'il en soit, le système de la Jurisprudence nous paraît avoir reçu une consécration législative dans la loi du 16 novembre 1912, sur la recherche de la paternité naturelle. En effet, l'article 340, al. 10 nous dit en termes formels que « l'action n'appartient qu'à l'enfant », d'où il résulte qu'après son décès, elle ne peut plus être intentée ni continuée par personne. Et la modification apportée au texte est d'autant plus significative que l'ancien article 340, dans l'hypothèse unique où il admettait la recherche de la paternité naturelle, était rédigé dans les termes suivants : « Dans les cas d'enlèvement... le ravisseur pourra être, *sur la demande des parties intéressées*, déclaré père de l'enfant », formule aussi compréhensive que possible et dont la Doctrine tirait cette conséquence que l'action en recherche de la paternité naturelle était à la disposition de toute personne intéressée. La rédaction nouvelle, adoptée en 1912, a eu évidemment pour but de soumettre au même régime les deux actions en recherche de la filiation naturelle, qu'il s'agisse de la paternité ou de la maternité. Et le législateur a considéré comme un point acquis, que l'enfant seul avait le droit de rechercher sa maternité ; d'où le caractère exclusif attribué à l'action nouvellement créée.

2° Une autre limitation du droit des intéressés à faire valoir une filiation

naturelle, limitation qui est d'ailleurs un simple corollaire de la précédente, c'est que la filiation naturelle ne peut être recherchée *contre* l'enfant. Voici une application de cette idée. Supposons qu'un enfant naturel non reconnu ait reçu de son père une donation. Les héritiers du donateur ne pourront demander la réduction de la donation en offrant de démontrer que le donataire est un enfant naturel, d'où il suivrait qu'il doit être soumis à l'incapacité partielle de recevoir des donations, édictée à l'égard des enfants naturels par l'article 908 (V. Paris, 16 février 1889, S. 89.2.201, note de M. Lacointa). Il y a là une solution toute logique. Du moment que le droit d'intenter l'action en recherche est réservé exclusivement à l'enfant, cette recherche ne peut être exercée par aucune autre personne, surtout à l'encontre des intérêts de l'enfant. Toutefois, le principe reçoit deux exceptions ou tempéraments.

D'abord, on admet que le ministère public aurait le droit de faire ressortir une filiation naturelle non reconnue en vue de mettre obstacle à un mariage incestueux (Grenoble, 15 janvier 1889, D. P. 90.2.193, note de M. Flurer).

En second lieu, nous verrons, en traitant de la matière des donations, qu'une personne intéressée à faire annuler la libéralité adressée à un enfant naturel, particulièrement à un enfant adultérin, peut faire valoir que la filiation du donataire a été la *cause* de la donation, à condition de le démontrer par des preuves *intrinsèques*, c'est-à-dire empruntées à l'acte même de donation. Ce qui est prouvé en effet dans ce cas, c'est moins la filiation illégitime que la *cause illicite* de la libéralité.

§ 2. — Diversité des caractères et des conditions de l'action suivant la personne qui l'exerce.

Nous avons dit que, lorsque plusieurs intéressés sont admis concurremment à exercer une action relative à la filiation, ils ne le sont pas au même titre et aux mêmes conditions. Et voici la distinction, féconde en conséquences parfois bizarres et contradictoires, que l'on trouve à cet égard dans la loi ou, pour mieux dire, dans l'interprétation qu'en donne la Jurisprudence.

Parmi les ayant droit, certains sont considérés comme agissant *dans un intérêt moral*, comme ayant en vue, directement et principalement, l'état de l'enfant en soi et abstraction faite de toute autre considération. D'autres au contraire sont regardés comme agissant *dans un intérêt pécuniaire* et comme ne visant à établir l'état véritable de l'enfant qu'en considération des conséquences qui en découleront au profit de leur patrimoine.

Et voici comment s'applique la distinction.

En ce qui concerne l'action en *réclamation d'état*, l'*enfant lui-même*, étant présumé poursuivre d'abord un intérêt moral, a le droit de l'intenter en dehors de toute question d'ordre pécuniaire. Au contraire ses *héritiers*, dans les hypothèses où ils y sont autorisés (art. 329, 330), sont présumés agir dans un intérêt pécuniaire

Pour l'*action en désaveu*, le mari est présumé agir dans un intérêt moral. Au contraire, les *héritiers du mari*, dans les cas d'ailleurs très restreints

où ils sont admis à exercer le désaveu, sont présumés poursuivre un intérêt patrimonial.

S'agit-il d'une action en *contestation d'état*, autre qu'une action en désaveu (action en contestation de légitimité, action en contestation de reconnaissance), la loi n'établit pas de présomption *a priori*. Mais il appartient aux tribunaux, dans chaque hypothèse, de discerner si le demandeur a en vue un intérêt moral ou un intérêt patrimonial.

Enfin, la même distinction a été étendue à l'*action en nullité d'adoption* bien que l'assimilation de cette action à une recherche de filiation puisse être à bon droit contestée. On a soutenu que l'*adoptant et l'adopté* seuls sont, en l'intentant, animés par un intérêt moral, mais que leurs ayants cause sont présumés ne poursuivre qu'un intérêt pécuniaire, d'où il suit qu'ils ne devront pas être admis à demander la nullité de l'adoption du vivant de leur auteur, l'adoptant ou l'adopté (Grenoble, 22 mars 1843, D, *J. G.*, v° *Adoption*, n° 227, S. 43.2.505).

Cette distinction, avons-nous dit, s'est élaborée surtout dans la Jurisprudence. Elle repose sur d'assez nombreux arguments. Le principal est tiré du texte de l'article 317, relatif à l'hypothèse exceptionnelle où les héritiers du mari sont admis à excercer l'action en désaveu, c'est-à-dire au cas où le mari est décédé avant l'expiration des délais impartis à son action. Le délai, accordé aux héritiers pour agir, est aussi bref que celui dans lequel le droit du mari était inclus. Mais le point de départ n'en est pas le même. Pour le mari, c'est la naissance de l'enfant, le retour de l'absent ou la découverte de la fraude si la naissance a été recélée (art. 316). Pour les héritiers du mari au contraire, c'est « l'*époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari* » ou celle « *où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession* ». L'intérêt que l'on présume animer les héritiers est donc exclusivement un intérêt successoral.

Quoi qu'il en soit, des conséquences importantes se rattachent à cette double présomption.

Première conséquence : Droit des créanciers. — Lorsqu'une action d'état est aux mains d'un intéressé que la loi considère comme défendant un intérêt moral, les *créanciers* de cet intéressé ne seraient pas admis, en cas d'inaction de leur débiteur, à se prévaloir de l'article 1166 pour exercer l'action en son lieu et place. Ainsi, le mari vivant, ses créanciers ne pourraient pas intenter, en son nom, l'action en désaveu qu'il négligerait d'utiliser. Au contraire, les créanciers d'un titulaire à intérêt patrimonial présumé pourraient agir en son lieu et place, s'il négligeait de le faire. Ainsi, dans le cas où les héritiers du mari peuvent désavouer l'enfant, leurs créanciers auraient le droit d'agir, au cas où ces héritiers resteraient dans l'inaction, en vertu du principe général de l'article 1166 (D. *J. G.*, *Paternité et filiation*, 361).

Deuxième conséquence : Que faut-il entendre par héritiers ? — Dans les hypothèses où la loi admet les *héritiers* à agir, par exemple, dans

le cas susvisé de l'article 317, que faut-il entendre par ce mot? Etant donné qu'aux mains des héritiers, l'action est présumée offrir, avant tout, un caractère patrimonial, les héritiers, ce seront exclusivement les *successeurs aux biens*, par conséquent, les héritiers *ab intestat*, et, à leur défaut, les légataires ou donataires universels. Ainsi, lorsque le mari d'une mère adultère est décédé dans les conditions de l'article 317, son légataire universel, quoique ce puisse être une personne étrangère à la famille, aura seul la disposition de l'action en désaveu, à l'exclusion des personnes les plus proches par le sang, comme le frère ou la sœur du défunt, que le testament de celui-ci aurait écartés de la succession (Req., 3 mars 1874, D. P. 74.1.317, S. 74.1.201).

Troisième conséquence : Désaveu posthume. — On s'est demandé si l'action en désaveu pouvait être exercée après la mort de l'enfant. Oui, répond la Jurisprudence, au moins lorsque le désaveu émane du prétendu père, parce qu'alors celui-ci est présumé agir dans un intérêt moral qui reste le même après le décès de l'enfant (Civ., 18 mai 1897, D. P. 98.1.97, note de M. Guénée, S. 97.1.433, note de M. Lyon-Caen ; Trib. civ. Nancy, 9 mai 1900, *La Loi*, 9 mai 1901). Les héritiers du mari ne seraient donc pas admis à exercer ce désaveu posthume, du moment que l'enfant, avant sa mort, ne les aurait pas troublés dans la possession de la succession du mari défunt.

Quatrième conséquence : Renonciation à l'action. — Quand il s'agit d'une action relative à l'état envisagé en soi et quant à l'intérêt moral qui s'y attache, cette action est en quelque sorte hors du commerce ; on ne peut y renoncer ; le litige une fois soulevé n'est pas susceptible de transaction ; l'acquiescement du titulaire de l'action à un jugement en premier ressort, qui le débouterait, serait inopérant, et ne lui ferait pas perdre le droit de former appel. (Voir, sur l'acquiescement aux jugements rendus en matière d'état, la note de M. Pilon sous S. 1903.1.273). Ainsi, il a été jugé que celui qui a manifesté expressément ou tacitement son intention de renoncer à contester l'état d'une personne, ne perd pas pour cela le droit de soulever la contestation, du moment qu'il y est déterminé par un intérêt moral (Req., 26 février 1900, D. P. 1900.1.249, S. 1901.1.93). Au contraire, lorsque c'est un intérêt pécuniaire qui est en jeu, par exemple, lorsqu'il s'agit du droit accordé aux héritiers du mari de désavouer l'enfant adultérin, une renonciation, une transaction seraient parfaitement opérantes. En effet, il s'agit ici d'intérêts patrimoniaux, et les actions qui s'y rapportent sont susceptibles de transaction et de renonciation.

On pourrait croire, au premier abord, que les solutions qui précèdent sont contredites par les articles 329 et 330. Il résulte, en effet, de ces textes, que les héritiers d'un enfant ne sont pas admis à exercer une action en réclamation de son état lorsqu'il est décédé plus de cinq ans après avoir atteint sa majorité (art. 329), et ne peuvent davantage suivre une action commencée par l'enfant, lorsque celui s'en est *désisté formellement* ou a laissé

passer trois années sans poursuites depuis le dernier acte de la procédure (art. 330). Ce qui, dans ces deux cas, annihile le droit d'agir des ayants cause de l'enfant, n'est-ce pas une *renonciation* expresse ou tacite de celui-ci à l'action en réclamation d'état ?

Il est facile de résoudre cette apparente contradiction. Il est vrai que le *désistement* formel, par lequel l'enfant a interrompu le procès en réclamation d'état commencé par lui, et l'interruption de tous actes de la procédure pendant trois ans, constituent des renonciations expresses ou tacites à son droit, et qu'il en est de même de l'attitude d'abstention qu'il aurait conservée pendant cinq ans à partir de sa majorité. Mais tout ce qui résulte des articles 329 et 330, c'est que ces renonciations seraient opposables *aux héritiers* de l'enfant. Ces articles ne nous disent pas que ces renonciations soient opposables *à l'enfant lui-même*, de son vivant. Tout au contraire, il est certain que, nonobstant ces renonciations, l'enfant conserverait le droit d'agir en réclamation d'état. Mais la renonciation qu'il aurait faite produirait deux effets. En ce qui le concerne lui-même, l'enfant perdrait le droit de revendiquer les avantages pécuniaires attachés à l'état qu'il réclamerait. En ce qui concerne les héritiers, la renonciation de l'enfant leur serait opposable et leur ferait perdre tout droit à agir, parce que ce droit est, *entre leurs mains*, exclusivement pécuniaire et que, dès lors, ils ne l'ont point recueilli dans le patrimoine de leur auteur, vu la renonciation de ce dernier (V. note 4 sous D. P. 69.2.185).

Cinquième conséquence : Prescriptibilité ou imprescriptibilité de l'action. — Entre les mains d'un titulaire chez qui la loi présume ou le tribunal estime que l'intérêt moral est principalement en jeu, l'action d'état est *imprescriptible*. Elle peut, au contraire, se prescrire, lorsqu'elle appartient à des intéressés qui sont jugés ou présumés n'envisager que les conséquences pécuniaires de l'état à revendiquer ou à contester. Le principe est formulé avec une grande netteté par l'article 328, aux termes duquel « *l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant* », d'où il résulte évidemment qu'elle est prescriptible à l'égard de ses héritiers. Plus généralement, on doit dire qu'une action relative à l'état des personnes n'est susceptible de prescription que lorsqu'elle met en jeu un intérêt seulement pécuniaire. Et cette règle est un corollaire de la précédente. La prescription est une forme de renonciation. Les droits qu'on ne peut aliéner ne peuvent non plus se prescrire.

Etant donné ce principe, l'action en nullité de l'adoption devrait être déclarée imprescriptible au regard de l'adoptant et de l'adopté, et prescriptible seulement entre les mains de leurs ayants cause, qui sont présumés, nous l'avons vu, ne poursuivre qu'un intérêt pécuniaire en provoquant la nullité de l'adoption (V. cep. Trib. sup. Papeete, 17 janvier 1889, D. P. 92.1.329, note de M. Garsonnet).

Cependant, le principe de l'imprescriptibilité au profit des intéressés investis d'un intérêt moral reçoit une double exception. La loi décide que des *délais préfix* (équivalents en fait à des prescriptions et même plus éner-

giques en ce qu'ils ne comportent pas de causes de suspension et peuvent être appliqués d'office par les tribunaux), leur sont impartis dans deux hypothèses, celle d'un *désaveu de paternité* et celle d'une *action en recherche de la paternité naturelle* (Civ. 7 mai 1923, D. P. 23.1.57, note de M. Louis Sarrut).

Délais des actions en désaveu et en recherche de la paternité naturelle. — 1° *Action en désaveu.* — Ici, la loi a considéré qu'il y avait, à raison des scandales que déchaîne l'action en désaveu, nécessité de ne pas laisser trop longtemps en suspens l'état des personnes. De plus, l'attitude d'un mari soi-disant outragé, qui ne pense à agir que longtemps après l'outrage, est suspecte. La loi a donc inclus le droit du mari lui-même dans un délai très bref. Aux termes de l'article 316, « dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, *dans le mois*, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ; — *dans les deux mois* après son retour, si à la même époque il est absent ; — *dans les deux mois* après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant ».

Pour les héritiers du mari décédé avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, le délai, nous l'avons vu, est de *deux mois* à partir du moment où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession (art. 317).

Pour les uns et les autres, le délai peut être prolongé d'un mois au moyen d'un acte extrajudiciaire dans lequel le mari ou l'héritier signifie à l'enfant son intention de former l'action en désaveu (art. 318). Cet acte, dit la loi, sera comme non avenu s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice dirigée contre le tuteur *ad hoc* donné à l'enfant.

2° *Action en recherche de la paternité naturelle.* — La loi du 16 novembre 1912 a également inclus dans un délai assez bref l'exercice de l'action qu'elle organise. Elle a considéré qu'il importe de ne pas laisser le prétendu père sous la menace indéfinie d'un procès. D'ailleurs, les législations étrangères avaient tracé la voie à la nôtre en impartissant un délai assez court à la recherche (Suisse et Angleterre : un an ; Belgique : trois ans ; Hollande et Allemagne : trois ans). Dans le nouvel article 340 de notre Code, il y a lieu de distinguer deux hypothèses.

A. — S'agit-il de l'exercice de l'action par la mère ou par le représentant légal de l'*enfant mineur*, alors l'action devra être intentée « *dans les deux années* qui suivront l'accouchement » (art. 340, al. 11). Toutefois, dans les cas où la recherche serait rendue admissible par le *concubinage notoire* de la mère et du père prétendu ou par ce fait que le père prétendu *a concouru à l'éducation* et à l'entretien de l'enfant en qualité de père, « l'action pourra être intentée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivront la cessation soit du concubinage, soit de la participation du prétendu père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » (art. 340, al. 12). La raison qui dicte ces deux dispositions est manifeste : lorsque l'action est exercée durant la minorité de l'enfant, la loi présume que ce qui pousse les représentants de celui-ci

à agir, c'est le désir d'assurer son éducation en le préservant du dénuement où le laisse l'abandon de son père.

B. — « Si l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci pourra l'intenter *pendant toute l'année qui suivra sa majorité* » (art. 340, al. 14). Ainsi, l'enfant conserve le droit d'agir personnellement alors même que son éducation est terminée. Mais il faut qu'il agisse vite. Bien entendu, si sa mère ou son représentant avaient exercé l'action pendant sa minorité, mais sans succès, l'enfant n'aurait pas le droit d'agir une fois majeur. En effet, il se heurterait alors à l'autorité de la chosè jugée.

SECTION II. — Portée des jugements rendus en matière de filiation[1].

Effet relatif de ces jugements. — Il résulte de tout ce qui précède, que la détermination de la filiation véritable d'un individu peut intéresser bien d'autres personnes que celles qui ont figuré dans un litige relatif à cette filiation, soit qu'elle ait été réclamée, soit qu'elle ait été contestée. Une question générale se pose donc. C'est de savoir si la décision rendue sur le procès engagé ou soutenu *par un intéressé* est opposable *erga omnes*, c'est-à-dire à tous les autres intéressés ? Ou bien, au contraire, faut-il appliquer en cette matière le principe, consacré par l'article 1351, de la *relativitë de la chose jugée?* Faut-il décider que le jugement intervenu n'a de valeur qu'à l'encontre ou en faveur des parties engagées dans l'instance qu'il termine, et que les autres intéressés conservent, dès lors, la faculté de remettre en question, en ce qui les concerne, la filiation déjà discutée ?

A première vue, la relativité de la chose jugée en matière d'état des personnes paraît difficile à admettre. Elle conduit à des résultats singuliers. Qu'on suppose un enfant exerçant une action en réclamation d'état contre l'un des héritiers de sa mère prétendue, mais négligeant de mettre l'autre en cause. Il réussit dans son instance contre Primus. Le voilà réputé fils légitime de la défunte, à l'égard de ce dernier ; mais à l'égard de Secundus, il reste toujours un étranger et ne pourra lui disputer sa part de succession. Inversement, qu'on suppose une action en désaveu dirigée par un seul des deux héritiers du mari, l'autre ayant refusé de s'y associer. Si la demande est admise, l'enfant désavoué sera réputé enfant adultérin à l'égard du demandeur ; mais il sera toujours l'enfant légitime du défunt en ce qui concerne l'autre héritier !

Cependant, la Jurisprudence est fixée en ce sens qu'il faut appliquer ici le principe essentiel de l'article 1351. Pour qu'il y ait lieu à autorité de la chose jugée, il faut, dit-elle, que la demande soit formée « entre les mêmes parties ». Donc le jugement, qui attribue un état déterminé à un individu, n'a de valeur qu'à l'égard de ceux qui ont été ses adversaires dans l'instance. *Res judicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest.* En

1. Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée dans les questions d'état*, thèse Bordeaux, 1895.

effet, pour déroger à cette règle fondamentale, il faudrait un texte formel et on n'en trouve pas en la matière (V. note sous Req., 3 janvier 1866, D. P. 66.1.417 ; Civ. 23 avril 1925, D. P. 1925.1.201, note de M. Savatier). Bien plus, le Code contient une disposition d'où l'on peut tirer, en faveur du système de la jurisprudence, un sérieux argument d'analogie. C'est l'article 100, concernant l'effet des jugements contenant rectification d'un acte de l'état civil, d'après lequel « le jugement de rectification ne pourra dans aucun temps être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient pas requis, ou qui n'y auraient pas été appelées ». Ainsi, le principe de l'article 1351 est appliqué par la loi aux jugements rectifiant l'état civil des personnes. Or, un jugement de ce genre présente, avec les décisions rendues en matière de filiation, une analogie telle qu'il est difficile parfois de les distinguer. Supposons un *de cujus* mourant et laissant trois enfants légitimes, dont deux seulement ont été déclarés comme tels ; sa succession est partagée entre ces derniers. Le troisième enfant s'aperçoit alors que son acte de naissance a été mal rédigé et ne fait pas ressortir sa filiation. Il agit en rectification, afin de se procurer un titre qui lui permette de venir concourir au partage. Mais supposons que, par hasard, il se trouve n'avoir mis en cause que l'un de ses frères ; c'est à celui-là seul qu'il pourra réclamer sa part de succession ; l'autre sera en droit de le repousser, parce que le jugement de rectification ne lui est pas opposable (art. 100, C. civ.). Dans l'hypothèse que nous venons de supposer, il s'agissait des actes de l'état civil qui sont, en somme, la *preuve*, la *constatation de l'état des personnes*, mais ce que la loi décide en ce cas ne doit-il pas être admis, lorsque c'est l'*état lui-même* qui est contesté ?

Systèmes doctrinaux contraires à la thèse de la relativité des jugements. — On a cependant élevé des objections contre le système de la Jurisprudence. On s'est efforcé de l'écarter dans certains cas. Mais ces tentatives doctrinales n'ont pu prévaloir contre l'autorité d'un texte général aussi fondamental que l'article 1351.

1° *Système de l'indivisibilité de l'état.* — On a allégué d'abord que le principe de la relativité de la chose jugée serait inapplicable aux questions d'état, parce que l'état est en soi indivisible. Et l'on n'a nulle peine à démontrer qu'on ne peut être à la fois l'enfant d'une personne et celui d'une autre. Mais il y a là un pur truisme étranger à la question. Ce qui fait l'indivisibilité d'une demande, ce n'est pas sa *cause*, mais son *objet*. Or, lorsqu'un individu invoque sa filiation pour exercer tels ou tels droits qui en dépendent, l'objet de sa demande est parfaitement divisible ; ce sera, par exemple, une part de succession, une pension alimentaire, etc. Il n'y a donc pas d'impossibilité à ce qu'il obtienne une partie de ces prétentions et non l'autre, suivant qu'il se trouve en face de tous ses adversaires ou d'un seul d'entre eux.

2° *Théorie des contradicteurs légitimes.* — Cette doctrine remonte à un de nos vieux jurisconsultes, d'Argentré (*Avis sur les partages des nobles*, ch. 29), qui l'avait empruntée lui-même à nos anciens romanistes. Elle

consiste à décider que, si, en principe, la règle de la relativité de la chose jugée doit s'appliquer en matière de filiation comme en toute autre, il doit être fait exception lorsque l'instance afférente à la filiation d'un individu a été poursuivie pour ou contre le *contradicteur légitime*, c'est-à-dire contre le principal intéressé, par exemple, le prétendu père ou la prétendue mère, parce que ce dernier est réputé avoir représenté tous les autres intéressés.

Mais cette théorie offre un caractère arbitraire qui ne permet pas de s'y arrêter. Certes, lorsque les personnes intéressées à une question d'état sont les ayants cause, les héritiers d'une autre personne ayant déjà figuré dans une instance relative à cette filiation, il ne leur est plus loisible de soulever la question déjà discutée ; cela tient à ce que le précédent plaideur était leur *auteur,* et non à ce qu'il était *contradicteur légitime*. Mais, en dehors de cette hypothèse, comment parvenir à dégager quel est, parmi tous les intéressés, le premier et principal ayant droit ? Comment admettre que sa négligence ou sa collusion puisse compromettre les droits des autres intéressés ? Comment soutenir qu'il les a représentés malgré eux ? Ajoutons que les textes romains sur lesquels reposait, dans l'ancien Droit, la théorie du *contradicteur légitime* (3, D. *de agnosc. et al. lib.*, XXV, 3 ; 25, D. *de statu hom.*, I, 5) n'ont qu'un rapport vague et incertain avec la question ; si bien que la théorie de d'Argentré était déjà à son déclin dans le dernier état de notre ancien Droit, comme le prouvent le silence de Pothier et les critiques de Merlin (*Rép.*, v° *Question d'état*, § 3, art 1er). Il est donc impossible d'en rien tirer aujourd'hui qui puisse faire échec au principe de l'article 1351.

Tempéraments à la règle de la relativité. — Il ne faut pas d'ailleurs exagérer les inconvénients de la relativité des jugements en matière de questions d'état. D'abord, en fait, il est évident que, lorsque la question a été jugée entre l'enfant et une personne déterminée, un nouveau procès engagé avec un autre contradicteur aurait bien peu de chances de recevoir une solution différente ; les juges, toujours enclins à se fier aux précédents, seraient souvent les mêmes, ou bien ils auraient les mêmes raisons que leurs devanciers pour statuer pour ou contre l'enfant. De plus, il y a des hypothèses diverses où, en droit, d'après la Jurisprudence, il n'y a plus moyen de débattre à nouveau une question relative à l'état, qui a déjà été tranchée par une décision judiciaire. Le résultat est donc le même que si ces jugements étaient considérés comme ayant une valeur absolue. Ces hypothèses sont les suivantes :

1° Dans tous les cas où la loi réserve à certaines personnes seulement la faculté d'exercer une action d'état, il est clair que la décision intervenant à l'égard de ces personnes, soit qu'elles triomphent, soit qu'elles échouent, ne pourra plus être remise en question par les autres intéressés, non point parce qu'elle a acquis à leur égard l'autorité de la chose jugée, mais parce que ces autres intéressés n'ont pas le droit d'agir. C'est ce qui se produira notamment à propos de l'*action en désaveu*. Si le mari l'a exercée et a réussi dans son instance, nul autre n'ayant la disposition de cette action, l'enfant désavoué par lui sera réputé illégitime au regard de tous, et cha-

cun aura le droit de se prévaloir du jugement rendu à son encontre; au contraire, si le mari a échoué, l'enfant sera réputé légitime au regard de tous. C'est pour cette même raison qu'un jugement en *nullité de mariage* prononcée pour cause de violence ne peut être mis en question par l'enfant issu de ce mariage, encore qu'il n'ait pas été partie à l'instance ; c'est qu'en effet le mariage ne peut être annulé, pour cause de violence, que sur la demande de l'époux violenté (article 180) ; l'enfant est donc sans droit pour figurer dans une instance où la nullité du mariage entaché de violence se trouve en jeu (Agen, 14 juin 1890, D. P. 91.2.153, note de M. Loynes, S. 93.2.4).

Nous croyons qu'on devrait faire le même raisonnement pour un jugement relatif à la *déclaration de paternité naturelle*. L'enfant seul ayant, aux termes de l'article 340 (nouveau), la disposition de l'action, le jugement intervenu en sa faveur ou à son encontre dans une instance de ce genre devra s'imposer à tous. Et nous en dirons autant du jugement terminant un procès *en recherche de la maternité naturelle*, puisque, d'après la Jurisprudence, l'enfant, ici encore, a seul la disposition de l'action.

2° La Cour de cassation a pareillement décidé qu'un jugement, rejetant une demande en réclamation d'état d'enfant légitime formée contre le mari seul, peut être invoqué par la femme ou par les enfants issus du mariage contre une nouvelle réclamation. En effet, après le jugement qui a décidé que le réclamant n'est pas l'enfant du mari, toute recherche dirigée contre la femme de ce dernier tendrait, en réalité, à faire la démonstration d'une filiation adultérine, ce qui est prohibé par la loi (Req., 3 janvier 1866, D. P. 66.1.417, S. 66.1.89).

3° Des décisions assez anciennes (V. not., Metz, 29 avril 1847, D. P. 47.2.108) admettent qu'en matière de *nom de famille* (et le nom est une des conséquences de la filiation), les jugements, autorisant une personne à porter tel ou tel nom ou lui en intimant la défense, ont une portée absolue. Ils sont opposables à tous les membres de la famille, n'eussent-ils pas été représentés à l'instance, ou peuvent être invoqués par eux. Cette solution est motivée par l'*indivisibilité* du nom.

4° Enfin, un arrêt de la Cour de Paris, en date du 10 février 1898 (D. P. 1900.2.57) décide qu'un jugement annulant la reconnaissance d'un enfant naturel, en l'espèce pour défaut de signature de l'officier de l'état civil, peut être invoqué contre l'enfant, par toute personne intéressée, n'eût-elle pas figuré dans l'instance en annulation. Le motif invoqué, c'est que la reconnaissance d'un enfant naturel est un acte *constitutif* d'état et qu'on doit en dire autant, par conséquent, du jugement qui le rectifie. Or, la règle de la relativité de la chose jugée ne s'applique qu'aux jugements *déclaratifs* de droits et non aux jugements constitutifs, tels que les jugements en interdiction, en séparation de corps ou de biens, en dation de conseil judiciaire, etc... Est-il besoin de faire remarquer combien ce raisonnement est contestable? La reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas un acte constitutif d'état ; c'est la simple constatation de la filiation dont cet enfant tire son état ; c'est donc un acte déclaratif. La décision que nous venons de relever offre donc le caractère d'une protestation contre la Jurisprudence

acquise en matière de relativité des jugements sur les questions d'état et aussi contre la règle de l'article 100 du Code civil.

Essai d'une théorie transactionnelle. — Au fond, il y aurait moyen, croyons-nous, d'écarter ici l'application de la règle de la relativité des jugements, mais par une autre méthode de discussion que celle qui a été employée jusqu'à présent. Nous croyons qu'en vérité l'article 1351 ne devrait pas être appliqué, *parce que les motifs qui en justifient la disposition ne se rencontrent pas en notre matière.*

On invoque, pour expliquer en thèse générale l'effet simplement relatif des jugements, deux raisons, l'une juridique et l'autre d'équité.

La raison juridique, c'est qu'un jugement est souvent l'équivalent d'un *contrat* entre les parties ; et, en effet, généralement, il est la reconnaissance, la constatation d'un rapport de droit résultant d'un acte volontaire, d'un contrat, lequel n'a d'effet qu'*entre les parties contractantes*. L'effet relatif des jugements (art. 1351) est rigoureusement calqué sur l'effet relatif des actes juridiques (art. 1165). Ainsi, un jugement rendu contre une personne en matière de droits réels, bien que non opposable à tout autre qu'à cette personne, pourra être opposé à son ayant cause même à titre particulier, s'il est antérieur à la transmission du droit qui en a fait un ayant cause. Or, il est clair que cette première raison ne s'applique pas, lorsque le jugement est rendu en matière de filiation. La filiation, en effet, n'est pas un acte juridique, c'est-à-dire le produit de la volonté des parties ; c'est un *fait* naturel, produisant des effets *erga omnes*, et auquel le principe de relativité formulé en l'article 1165 est absolument étranger. L'*instrument* qui constate ce fait naturel, bien qu'émanant en général de la déclaration d'une seule personne, fait preuve cependant au profit et à l'encontre de tous. C'est le cas pour l'*acte de naissance* et pour l'*acte de reconnaissance*, qui, cependant, sont dressés à la simple requête du seul déclarant. Pourquoi un *jugement*, autre mode de démonstration de la filiation, offrant en réalité beaucoup plus de garanties, n'aurait-il pas le même effet absolu ?

C'est ici qu'intervient la seconde raison que l'on invoque pour justifier la règle de la relativité des jugements, raison de simple équité. Il serait injuste, dit-on, qu'une personne, à qui un jugement peut nuire, se trouvât atteinte sans avoir pu se défendre. Peut-être la cause, au succès de laquelle elle est intéressée, a-t-elle été mal soutenue par autrui ? Comment faire dépendre son sort de cette mauvaise défense, peut-être frauduleusement concertée entre des tiers ?

On répondra à cette considération, qui a certainement inspiré au législateur, en matière de rectification des actes de l'état civil, la règle de l'article 100, qu'ici les intérêts éventuels des tiers sont assez garantis, et les dangers de fraude suffisamment conjurés, par la communication nécessaire de la cause au ministère public, et par le droit qui appartient à tout tiers intéressé d'attaquer, par la voie de la tierce opposition, les jugements qui lui font tort, en cas de fraude ou de dol (art. 474 et s., C. proc. civ.). Certes il y aurait eu mieux encore à faire, et il est regrettable que le législateur

n'ait pas étendu aux actions relatives à l'état des personnes une disposition qu'il a prise en matière de rectification d'actes de l'état civil. Nous voulons parler de celle de l'article 856 du Code de procédure civile, d'après laquelle « les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées soient appelées et que le conseil de famille soit préalablement convoqué ». Une telle procédure, imaginée pour conjurer les inconvénients résultant de l'effet simplement relatif attribué au jugement à rendre en matière de rectification d'état civil, serait tout aussi efficace pour empêcher qu'une décision, rendue en matière d'état des personnes et à laquelle serait attaché un effet absolu, pût injustement nuire à autrui.

Reste à préciser le système que nous substituerions à celui de la Jurisprudence. Ce que nous voudrions, ce serait qu'on attribuât aux jugements rendus en notre matière la même force, la même autorité qu'aux autres instruments probatoires de la filiation admis par la loi, tels que l'acte de naissance ou la reconnaissance, ni plus ni moins. Nous ne prétendons donc point que la filiation établie par un jugement soit désormais indiscutable. Aucun mode de constitution de la filiation n'a cette vertu. Tous peuvent être discutés. Il n'en est différemment, on s'en souvient, que lorsque l'enfant (art. 322) réunit en sa personne *deux* preuves de filiation à la fois, l'acte de naissance et, de plus, la possession d'état. Mais lorsqu'il ne s'appuie que sur une seule preuve, les intéressés peuvent lui opposer la preuve contraire. Seulement, l'acte de naissance, la reconnaissance, la possession d'état font foi provisoirement et jusqu'à nouvel ordre. C'est à celui qui les conteste à en détruire l'autorité, s'il le peut, en apportant des preuves plus convaincantes en sens contraire ; mais il ne suffira pas à l'adversaire de méconnaître la preuve acquise pour contraindre l'enfant à recommencer à son encontre une nouvelle démonstration. Pourquoi n'en serait-il pas de même des jugements rendus en matière d'état? Dans notre système, ils n'auraient pas, à l'égard des tiers, l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il ne suffirait pas de les invoquer pour fermer la bouche aux parties, non représentées dans l'instance, qui voudraient en contester les résultats ; mais ils feraient foi provisoire, et celui qui les aurait obtenus pourrait les utiliser à d'autres fins que celles qui étaient primitivement en jeu, sans avoir l'obligation de faire chaque fois un nouveau procès.

On remarquera que la solution préconisée par nous est précisément celle qu'admet la Jurisprudence, lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet des jugements rendus en matière de droit de propriété, droit absolu lui aussi et, par là, comparable à celui qui résulte de l'état des personnes. Le jugement qui, dans une instance engagée entre Primus et Secundus, déclare Primus propriétaire, est opposable à toutes personnes autres que Secundus, mais sous réserve du droit qui appartient à ces tiers d'en détruire l'effet en justifiant, s'ils le peuvent, à l'encontre de Primus, d'un droit meilleur ou plus probable (V. en dernier lieu, Req., 20 février 1900, D. P. 1900.1.250). C'est justement ce régime qui, à notre avis, devrait, rationnellement, gouverner les effets des jugements rendus en matière de filiation.

CHAPITRE V

DES EFFETS DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE

Ce chapitre sera divisé en trois sections

Dans une première section, nous nous contenterons de tracer un tableau 'ensemble des différents effets de la parenté ou de l'alliance, sans entrer ans leur étude détaillée, soit parce que nous en avons déjà traité à propos 'autres matières, soit parce que nous devons les réserver pour une étude ltérieure.

Dans les deux autres sections, nous nous occuperons spécialement de eux effets de la parenté et de l'alliance qui, nécessitant une étude spéciale, faisant, par ailleurs, l'objet d'une théorie propre, trouvent ici leur place gique, à savoir le *Droit au nom* et l'*Obligation alimentaire*.

SECTION I. — Tableau d'ensemble des effets de la parenté et de l'alliance.

Ces effets diffèrent suivant qu'il s'agit de parenté légitime, de parenté doptive, de parenté naturelle ordinaire, de parenté adultérine ou inces-ueuse.

§ 1. — Effets de la parenté et de l'alliance légitimes.

Les effets de la *parenté légitime*, et plus particulièrement de la parenté n ligne directe, sont nombreux et variés. Nous nous contenterons d'en ter quelques-uns.

1° La parenté fait naître entre parents à un certain degré l'obligation imentaire réciproque (art. 205 et s., C. civ.).

2° Elle impose certains *devoirs et engendre aussi certains droits* de famille roit de former opposition au mariage, de former une demande en nullité e mariage, de provoquer l'interdiction d'un parent, etc..., obligation exercer la tutelle ou de faire partie d'un conseil de famille, etc...).

3° Elle crée certains *empêchements au mariage*.

4° Elle entraîne *certaines incapacités*, comme celle d'être témoin dans un te notarié ou un testament concernant un parent (art. 975, C. civ. ; *adde* : t. 66, C. proc. civ. ; art. 10, l. 25 ventôse an XI. V. aussi art. 268, 283, proc. civ.), celle de faire partie d'un même tribunal, d'une même cour, un même conseil municipal, etc... ; de même elle fait, dans certains cas, résumer une interposition de personnes, quand une donation ou un legs t adressé au proche d'un incapable (art. 911, al. 2, C. civ.).

5° Particulièrement, la parenté légitime en ligne directe donne lieu à la *puissance paternelle.*

6° Elle entraîne le *droit au nom.*

7° La parenté légitime enfin crée des droits de successibilité réciproque jusqu'à un certain degré (art. 755, C. civ.).

Quant à l'*alliance légitime*, elle entraîne *certains empêchements au mariage* et, dans certains cas, une *obligation alimentaire.*

On remarquera que les enfants *légitimés* par le mariage de leurs parents sont, quant aux effets attachés à leur filiation, entièrement assimilés à des enfants légitimes. Mais cette assimilation ne se produit qu'à partir du mariage qui a entraîné la légitimation. Celle-ci *n'a pas d'effet rétroactif*. Ainsi, l'enfant légitimé n'aura aucun droit à prétendre dans la succession des parents de ses auteurs décédés dans l'intervalle compris entre sa conception et sa légitimation. Par exemple, Primus a eu un enfant naturel de Prima ; puis il a épousé Secunda ; il en a eu un enfant légitime, puis il a perdu sa femme et l'enfant de celle-ci dont il a hérité. Devenu veuf, il épouse Prima, légitimant ainsi l'enfant naturel qu'il avait eu de cette dernière. Celui-ci, bien qu'assimilé à un enfant légitime, n'aura aucun droit à prétendre dans la succession de son frère prédécédé ; cette succession restera tout entière à son père.

§ 2. — Effets de la parenté adoptive.

L'adoption de notre Droit, à la différence de celle du Droit romain, n'entraîne pas pour l'adopté de changement de famille. L'adopté conserve dans sa famille naturelle le même état, les mêmes droits, les mêmes devoirs qu'auparavant (art. 348, al. 1).

L'élément nouveau qu'apporte l'adoption, c'est de *créer, entre l'adoptant et l'adopté, des liens de famille purement civils.*

Deux conséquences découlent de cette formule. D'abord, qu'aucun lien ni rapport de droit n'est créé entre l'adopté et la famille de l'adoptant ; ensuite, que les droits et les obligations résultant de l'adoption sont exclusivement ceux qui résultent d'un texte formel. Mais il s'en faut que la Doctrine et la pratique aient rigoureusement observé ces deux règles.

1° *Transmission du nom.* — La transmission du nom de l'adoptant à l'adopté est l'un des principaux effets de l'adoption (art. 351). Nous le réservons pour en traiter dans notre Théorie du droit au nom.

2° *Etat de famille.* — Nous avons vu que le Code civil fait découler de l'adoption un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté et même, dans une certaine mesure, d'alliance ou affinité, d'où résultent certains *empêchements au mariage* (art. 348). Nous n'avons pas à revenir sur ce point.

Mais à la *parenté artificielle* créée par l'adoption entre l'adoptant et l'adopté, d'autres textes ou la pratique rattachent certains autres effets.

A. — L'article 299 du Code pénal qualifie de *parricide* le meurtre commis par l'enfant adoptif sur l'adoptant, et la même assimilation est faite pour les coups et blessures par l'acticle 312.

B. — On admet communément que le vol entre père et enfant adoptif est affranchi de pénalité, conformément à l'article 380 du Code pénal.

C. — L'article 35 de la loi du 5 avril 1884, qui interdit au beau-père et au gendre de faire partie du même conseil municipal, doit être considéré comme l'interdisant à l'adoptant et au mari de la fille adoptive.

D. — L'enfant adoptif doit être considéré comme compris au nombre des personnes à qui l'article 490 du Code civil permet de provoquer l'interdiction d'un dément.

E. — L'adopté et l'adoptant sont compris au nombre des personnes présumées interposées par l'article 911 du Code civil, en cas de libéralité s'adressant à un incapable.

F. — L'enfant adoptif est compris dans la famille de l'usager, quand il s'agit de déterminer la quantité de fruits qu'il est admis à exiger (art. 630, C. civ.).

3° *Obligation alimentaire.* — L'adoption fait naître entre l'adoptant et l'adopté une obligation alimentaire que nous retrouverons prochainement (art. 356).

Nous nous contentons aussi de renvoyer à nos développements ultérieurs en ce qui concerne le *droit de successibilité* de l'adopté à l'égard de l'adoptant, et le droit de retour légal de l'adoptant sur les biens donnés par lui à l'adopté, au cas où ce dernier prédécède sans postérité (art. 358, 359).

§ 3. — Effets de la parenté naturelle ordinaire.

Deux remarques essentielles doivent être faites tout d'abord :

En premier lieu, quand nous parlons de filiation naturelle, il s'agit d'une filiation légalement constatée au moyen d'une reconnaissance volontaire ou forcée. La filiation naturelle non légalement constatée ne produit, en principe, aucun effet juridique.

En second lieu, même légalement constatée, la filiation naturelle n'établit de lien qu'entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance volontaire ou forcée, mais non avec les parents de celui-ci. Nous avous vu cependant qu'il y a lieu de faire exception à ce principe quant aux empêchements au mariage.

Ceci posé, la filiation naturelle produit des effets analogues à ceux de la filiation légitime, mais moins étendus :

Elle donne lieu à la puissance paternelle, aux empêchements au mariage, à l'obligation alimentaire réciproque. Elle entraîne certains droits de successibilité, moins étendus toutefois que ceux des enfants légitimes, bien que la loi du 25 mars 1896 les ait considérablement élargis (art. 756 et s.).

En revanche, elle crée pour l'enfant une certaine incapacité de recevoir de ses père et mère par donation entre vifs ou par testament (art. 908).

Ajoutons que la présence d'un enfant naturel ne met pas obstacle à l'adoption d'un autre enfant, adoption qui serait impossible en présence d'un enfant légitime (art. 343). De même, la survenance d'un enfant légitime entraîne de plein droit la révocation des donations faites auparavant par

l'auteur de cet enfant (art. 960) ; cet effet ne serait pas produit par la procréation ou par la reconnaissance d'un enfant naturel.

En ce qui concerne l'*alliance naturelle,* nous nous contenterons de renvoyer à ce qui en a déjà été dit en matière d'empêchements au mariage. Cet effet, à supposer qu'on l'admette, est le seul que produise l'alliance naturelle.

Identité des effets de la filiation naturelle, de quelque manière qu'elle ait été établie. — Nous avons déjà mis en lumière et nous avons cru devoir critiquer ce trait caractéristique de la législation française, que les enfants naturels ont des droits identiques, de quelque manière que leur filiation soit établie. Ainsi, l'enfant dont la filiation a été déclarée à la suite d'une instance judiciaire en recherche de la paternité ou de la maternité, aura exactement la même situation de famille, au point de vue, notamment, du droit de succession et du rapport de puissance paternelle, que l'enfant reconnu volontairement. Le préjugé égalitaire, si puissant dans l'esprit français, parce qu'il repose sur un sentiment de justice et d'humanité, n'a pas permis à notre législateur d'adopter l'idée, cependant si rationnelle, nous l'avons vu, d'une paternité *purement alimentaire,* en cas de filiation établie en justice.

Cependant, il est intéressant de constater qu'au point de vue, à tout le moins, des droits réciproques de succession, on a pu soutenir autrefois, avec des arguments non dépourvus de valeur, que le Code civil consacrait cette solution. L'un de nos plus grands jurisconsultes, Merlin (*Répertoire,* v° *Enfants naturels*), avait prétendu que les enfants naturels, dont la filiation n'a pas été volontairement reconnue, ne peuvent prétendre exercer de droit héréditaire dans la succession de leur auteur. En effet, disait-il, l'article 338 porte que les enfants naturels *reconnus* ont des droits inférieurs à ceux des enfants légitimes, droits qui « seront réglés au *Titre des successions* »(art. 756, 763). Or, dans les textes qui précèdent l'article 338, il n'est question que de reconnaissance (au sens étroit du mot, c'est-à-dire de reconnaissance volontaire) et jamais de recherche de filiation. Il faut arriver aux articles 340 et 341 pour qu'il soit question de la détermination de la filiation naturelle, malencontreusement qualifiée par les interprètes de *reconnaissance forcée*. Quoi qu'il en soit, l'opinion de Merlin, bien qu'elle ait été consacrée par un arrêt de la Cour de Liège du 18 janvier 1838, n'a jamais été admise ni sérieusement soutenue chez nous[1].

1. La loi belge du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité a établi, à la différence de notre loi de 1912, la distinction suivante. Elle n'admet la recherche de la paternité naturelle au sens strict du mot, c'est-à-dire en vue de conférer à l'enfant tous les droits attachés à sa filiation, que dans deux hypothèses où la certitude de la paternité est presque complète : 1° celle de possession d'état ; 2° celle d'enlèvement, séquestration ou viol. Dans d'autres hypothèses où la certitude est moindre, elle n'autorise qu'une action alimentaire contre l'homme qui a eu des relations avec la mère à l'époque de la conception. La preuve de ces relations ne peut émaner que : 1° d'un aveu écrit du défendeur ; 2° de la notoriété des relations habituelles ; 3° de l'attentat à la pudeur commis sur une fille de moins de seize ans ; 4° de la séduction par promesse de mariage, fraude, abus d'autorité. Cette distinction donne à la loi

Nous allons cependant rappeler (v. *supra*, p. 291) que, nonobstant ce principe d'une rigoureuse égalité entre tous les enfants naturels, il en est une catégorie exceptionnelle qui ne tirent de leur filiation que des droits restreints et incomplets.

Exception au principe : Enfant reconnu pendant le mariage. — Aux termes de l'article 337, « la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. — Néanmoins, elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants ».

Cette disposition, adoptée sans discussion sérieuse, lors de la rédaction du Code civil, se fonde sur cette idée que l'époux et les enfants légitimes possèdent un *droit acquis* auquel le conjoint ne peut faire échec en reconnaissant, au cours du mariage, un enfant naturel dont l'existence avait été par lui dissimulée au moment où il s'est marié. Mais cette vague justification d'équité n'empêche pas que la règle de l'article 337 ne prête aux plus graves critiques.

D'abord, elle est injuste et peu conforme aux principes qui dominent le Code civil en matière de filiation naturelle. Nous avons vu que la reconnaissance est, en général, considérée dans notre Droit comme un acte purement déclaratif, un simple mode de constatation de la filiation. C'est de celle-ci et non de la reconnaissance que l'enfant naturel tient ses droits à l'encontre de ses auteurs. La date à laquelle intervient la reconnaissance devrait donc être indifférente. Et comment peut-on nous parler ici de *droits acquis* par la famille légitime à l'encontre de l'enfant naturel né avant le mariage ? Si quelqu'un possède des droits acquis, n'est-ce pas plutôt l'enfant naturel puisque, par hypothèse, il était déjà mis au monde avant la création, par le mariage de son auteur, de la famille légitime avec laquelle il se trouve maintenant en conflit ?

De plus, la disposition de l'article 337 n'a pas même le mérite d'être efficace et de protéger complètement le conjoint et les enfants issus du mariage contre les dangers, les fraudes et la surprise dont on a voulu les sauvegarder. D'une part, en effet, pour que la reconnaissance leur soit inopposable, il faut qu'elle soit faite *après le mariage*. Mais un conjoint

belge une apparence plus rationnelle qu'à la nôtre, quoiqu'en saine logique et en équité, il paraisse préférable de ne faire aucune distinction et de ne pas accorder à l'enfant naturel, quel qu'il soit, du moment qu'il a dû forcer la résistance de son père prétendu pour établir sa filiation, des droits à la succession de celui-ci. Sur un autre point, la loi belge nous paraît, sans conteste, supérieure à la nôtre, c'est en ce qui concerne la mère, dont notre loi de 1912 a le tort de passer sous silence les droits personnels. L'article 340 *c* (nouveau) du Code belge dit en effet « ... La mère a droit aux frais d'accouchement, ainsi qu'à son entretien pendant les quatre semaines qui suivent la délivrance, sans préjudice aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus par application de l'article 1382. » Cette allocation à la fille-mère des *frais de gésine* est une tradition, oubliée par nous, de notre Droit coutumier. Ces frais étaient accordés *de plano* sur la déclaration de la mère, du moment qu'elle jouissait, avant sa faute, d'une bonne réputation. Tel était, on l'a vu le sens véritable de l'adage si souvent cité : « *Creditur virgini se ab aliquo prægnantem dicenti.* »

avisé pourra effectuer la reconnaissance *avant le mariage* et *secrètement*, en employant, par exemple, un acte notarié. Révélée seulement après le mariage, cette reconnaissance sera cependant parfaitement opposable au conjoint et aux enfants légitimes ! Et, d'autre part, la loi elle-même réserve le cas d'une reconnaissance faite *après la dissolution du mariage*. Celle-ci produira tous ses effets (Douai, 26 février 1903, D. P. 1904.2.385). La surprise qui en résultera pour la famille légitime ne sera cependant pas moins désagréable et inattendue que celle qu'aurait produite une reconnaissance effectuée *durante matrimonio*.

Ajoutons que la portée de l'article 337 est laissée tout à fait dans le vague et donne lieu à diverses questions délicates et controversées.

Quelle est la portée de l'article 337 ? — Un point qui paraît hors de doute, c'est que la disposition restrictive de l'article 337 n'a trait qu'aux *intérêts pécuniaires* de l'époux et des enfants légitimes. Elle reste étrangère aux effets de la filiation naturelle *quant à la personne de l'enfant*. Ainsi, celui-ci, bien que reconnu pendant le mariage, aura droit au nom de son auteur ; il sera soumis à la puissance paternelle, etc. Mais il ne pourra certainement exercer aucun droit dans la succession de son auteur, à l'encontre des enfants légitimes de ce dernier ni des descendants de ceux-ci. Et, si son auteur ne laisse pas d'enfants ni de descendants légitimes ni de parents au degré successible, le conjoint survivant, appelé à recueillir la succession à défaut de parents légitimes, exclura l'enfant naturel reconnu dans les conditions de l'article 337. Mais divers points restent douteux.

1° D'abord, l'enfant naturel en question sera-t-il privé par l'article 337 du droit d'exercer sa créance d'aliments pendant la durée du mariage ? C'est une question que nous ne tarderons pas à rencontrer, en traitant de l'obligation alimentaire dans son ensemble.

2° Nous réservons de même le point de savoir si l'article 337 permet à l'enfant naturel de recevoir une donation ou un legs de son auteur, et s'il lui laisse le droit de faire réduire à la quotité disponible la donation ou le testament fait par le défunt à son conjoint. Nous retrouverons ces points en traitant des successions.

3° En revanche, nous examinerons ici la question extrêmement controversée de savoir si l'article 337 s'applique au cas où l'enfant naturel a été l'objet, pendant le mariage, d'une reconnaissance non volontaire, mais forcée. Il y a de sérieuses raisons pour ne pas admettre l'assimilation des deux reconnaissances. Des raisons de texte d'abord. L'article 337 nous dit que ce qui ne peut nuire au conjoint ou aux enfants issus du mariage c'est « la reconnaissance *faite* pendant le mariage *par* l'un des époux ». Lorsqu'il y a eu procès en recherche de la maternité ou de la paternité, peut-on dire qu'il y a eu reconnaissance *faite par* l'époux ? Non évidemment. La reconnaissance — si reconnaissance il y a — n'a pas été faite *par* lui, mais *contre* lui. Et, si l'on va au fond des choses, on peut affirmer que le motif, qui justifie tant bien que mal l'article 337, ne se rencontre pas dans l'hypothèse. On ne peut dire que l'époux ait commis le manquement à la foi jurée, la

raude contre laquelle l'article 337 veut, à tort ou à raison, prémunir on conjoint et ses enfants légitimes. C'est à son corps défendant qu'il a été déclaré l'auteur de l'enfant ! Et cependant, la jurisprudence ne emble pas admettre qu'il faille faire une distinction, et elle assimile, au oint de vue de l'application de l'article 337, l'enfant qui a triomphé dans ne instance en recherche de la paternité ou de la maternité à l'enfant econnu volontairement (V. note de M. Capitant), P. F. 95.2.129 ; note de M. Planiol D. P. 1904.2.385 ; note de M. de Gourmont S. 1905.2.145 ; Req. 5 février 1923 D. P. 1924.1.46).

Bien plus, lorsqu'il y a procès en recherche de la paternité ou de la maternité naturelle au cours du mariage du défendeur, la jurisprudence tire de l'article 337 cette conséquence singulière que l'enfant naturel ne peut se servir d'éléments de preuves (lettres, possession d'état, présomptions), *se rattachant à des faits postérieurs au mariage* (Civ., 17 février 1851, D. P. 51.1. 13, S. 51.1.161 ; Metz, 10 août 1864, D. P. 64.2.225, S. 64.2.246) ; autrement, nous dit-on, la reconnaissance de l'enfant naturel nuirait au conjoint et il y aurait violation de l'article 337 ! Etrange manifestation de cette confusion constamment commise par la jurisprudence, par la loi elle-même, et consistant à voir dans la reconnaissance, tantôt un simple instrument probatoire, tantôt un acte volontaire, une sorte d'adoption.

§ 4. — Effets de la filiation adultérine ou incestueuse.

Les effets de la filiation adultérine ou incestueuse sont extrêmement restreints. Ils se bornent, d'après les textes, à une *créance d'aliments* de l'enfant contre son auteur (art. 762).

Ajoutons cependant que la filiation adultérine, légalement établie, donne à l'enfant le *nom* de son auteur, et qu'à notre avis elle produit aussi l'*empêchement au mariage*.

Quand et comment la filiation adultérine et incestueuse est-elle légalement établie ? — Reste à répondre à cette question qui donne lieu à une difficulté classique. En effet, sauf dans le cas où elle sert de support à une légitimation par mariage concomitant des auteurs de l'enfant, la loi prohibe la reconnaissance volontaire (art. 335) ou forcée (art. 342) de la filiation incestueuse ou adultérine. On doit, dès lors, se demander comment la même loi peut accorder à l'enfant certains droits à l'encontre de ses auteurs, étant donné ce principe que celui qui invoque des droits fondés sur une qualité prétendue doit faire la preuve de la qualité qu'il invoque. Or, tout élément de preuve est ici écarté *a priori* par la loi.

Il y a cependant certaines hypothèses où, par suite de diverses circonstances, la filiation incestueuse ou adultérine peut se trouver légalement établie, nonobstant la prohibition de la reconnaissance volontaire ou forcée.

Première hypothèse : Désaveu du mari. — On peut supposer que l'enfant né d'une femme mariée, et déclaré comme enfant légitime par son acte de

naissance, vient à être désavoué par le mari (art. 312 et s.). De la combinaison de l'acte de naissance et du jugement rendu sur l'instance en désaveu il résulte que l'enfant est un enfant adultérin de la femme.

A cette première hypothèse il y a lieu d'assimiler celle où un enfant, dirigeant une action en réclamation d'état contre une femme mariée, aura abouti à obtenir un jugement établissant sa filiation, mais où le mari, usant du droit que lui confère l'article 325, aura pu intervenir dans l'instance et démontrer que l'enfant n'est pas de lui. C'est là, nous l'avons vu, une variété de désaveu.

Seconde hypothèse : Nullité d'un mariage pour inceste. — On peut supposer qu'il y a eu mariage entre deux personnes parentes au degré prohibé par la loi et de mauvaise foi l'une et l'autre. Un enfant en est né et a été déclaré comme enfant légitime. Puis la nullité du mariage est prononcée (art. 161-162) et il n'y a pas même mariage putatif. Ici encore, on dit communément que la filiation incestueuse de l'enfant ressort de la combinaison de son acte de naissance et du jugement de nullité. (V. Paris, 8 décembre 1913, *Gaz. Pal.* 22 février 1913). Nous croyons cette solution très contestable. L'enfant, pourrait-on dire, n'a pas de filiation établie à l'égard du prétendu mari, car qu'est-ce qui prouve qu'il en est issu ? Il faudrait faire intervenir ici la présomption de paternité de l'article 312; mais cette présomption n'existe qu'en cas de mariage, et, par hypothèse, il n'y a pas eu de mariage. Et la filiation de l'enfant ne paraît pas davantage établie, au moins avec son caractère incestueux, à l'égard de la mère. En effet, qu'est-ce qui nous prouve que l'enfant est né des relations de sa mère avec le pseudo-mari, son parent au degré prohibé ? Il faudrait ici admettre une présomption de fidélité qui n'existe pas en dehors du mariage.

Troisième hypothèse : Nullité d'un mariage pour bigamie. — Un mariage a été contracté au mépris d'un mariage antérieur non dissous, dans lequel était engagé l'un des époux. Un enfant est né et a été déclaré comme légitime. La nullité est ensuite prononcée (art. 184) et il n'y a pas mariage putatif, les deux speudo-époux étant de mauvaise foi. Ici encore, on dit communément que la filiation de l'enfant se trouve juridiquement établie avec, cette fois, un caractère adultérin. Mais, pour les raisons qui viennent d'être indiquées à propos de l'hypothèse précédente, certains n'admettront cette solution que dans le cas où c'est la femme qui est coupable de bigamie. Alors évidemment l'enfant est un enfant adultérin. Mais, si c'était le pseudo-mari, qui était bigame, la filiation adultérine de l'enfant ne paraîtrait établie ni à l'égard de l'homme ni à l'égard de la femme, car rien ne fait légalement présumer la fidélité de celle-ci.

Quatrième hypothèse : Jugement constatant la filiation et ayant acquis force de chose jugée — Ce dernier cas a été ajouté aux précédents par une jurisprudence récente (Req., 3 août 1908, D. P. 1909.1.48, S. 1909.1.244). La filiation adultérine ou incestueuse peut être considérée comme légalement établie, lorsqu'elle résulte des constatations contenues dans un jugement qui, de ce chef, aurait pu être attaqué, mais auquel les intéressés ont

laissé acquérir la force de la chose jugée. L'hypothèse tranchée par l'arrêt précité de la Cour de cassation était la suivante. Un homme marié et sa maîtresse avait l'un et l'autre, en 1898, reconnu un enfant comme le leur. Puis un jugement était intervenu, en 1904, pour déterminer la part contributive du père dans les frais d'éducation et de nourriture de l'enfant. Ce jugement, rendu à la requête de la mère, n'ayant pas été attaqué, était passé en force de chose jugée. Postérieurement, en 1905, une autre décision était intervenue, annulant la reconnaissance de 1898, comme faisant ressortir une filiation adultérine. Il a été jugé que cette filiation adultérine n'en était pas moins légalement établie, car elle reposait, non sur les actes de reconnaissance à bon droit frappés de nullité, mais sur le jugement de 1904, dont les constatations relatives à la filiation de l'enfant, bien qu'abusives en principe, avaient néanmoins acquis la force de la chose jugée.

SECTION II. — LE NOM[1]

§ 1. — Définition du nom. Eléments qui le composent.

Le nom est l'appellation servant à la désignation graphique et orale des personnes. Entendu de la manière la plus large, il se compose de divers éléments d'importance très inégale et constituée de manières diverses.

1° Le nom de famille. — Le plus important de ces éléments, c'est le *nom patronymique*, ou *nom de famille*, ou *nom*, au sens strict du mot. Il désigne, dans les sociétés modernes, tous les individus de la même famille, de telle sorte que le *mode d'acquisition normale du nom patronymique, c'est la filiation.*

L'enfant prend le nom du père en cas de filiation légitime et aussi en cas de filiation naturelle, lorsqu'il n'a été reconnu que par le père. Lorsque l'enfant naturel n'a été reconnu que par la mère, il prend le nom de celle-ci, et il en est de même pour l'enfant adultérin, lorsque sa descendance se trouve établie à l'égard de sa mère.

Lorsque la mère n'a pas reconnu l'enfant, mais que son nom est mentionné dans l'acte de naissance, la jurisprudence admet que cet enfant a droit au nom de celle-ci.

Lorsque l'enfant naturel a été reconnu par le père et par la mère, soit simultanément, soit successivement, on admettait sans conteste, avant la loi du 2 juillet 1907, qu'il prenait le nom du père. Depuis que la loi précitée, modifiant l'article 383, attribue, en cas de reconnaissance non simultanée, la puissance paternelle à celui des deux auteurs de l'enfant naturel

1. De Salverte, *Essai historique et philosophique sur les noms d'hommes*, Paris, 1824 ; Lallier, *De la propriété des noms et des titres*. Paris, 1890; Saleilles, *Le Droit au nom individuel dans le Code civil pour l'empire d'Allemagne*. Rev. crit. de législation, 1900, p. 94 ; Sudre, *Le Droit au nom*, thèse Paris, 1903 ; Perreau, *Le Droit au nom en matière civile*. 1910, et les articles du même auteur dans *Rev. crit.*, 1900, p. 548, *Rev. trim. de droit civil*, 1903, p. 515, 1905, p. 65, 1909, p. 501; Ambroise Colin, note D. P. 1904.2.1 ; Marx, *Le nom de famille* ; Edouard Lévy, *Le manuel des prénoms*, Paris, Rousseau, 1922.

qui l'a reconnu le premier, on pourrait soutenir que l'enfant prend le nom de la mère, lorsque c'est elle qui possède la puissance paternelle. Nous pensons cependant que c'est la règle antérieurement admise qui doit encore être appliquée aujourd'hui, et que l'enfant reconnu par le père, dans quelques conditions que ce soit, doit toujours recevoir le nom de ce dernier. C'est, en effet, la solution la plus avantageuse pour l'enfant naturel, et qui s'impose d'autant plus que l'extrait de naissance d'un enfant naturel ne doit contenir aucune mention révélant sa filiation naturelle (art. 57 nouveau, dernier alinéa).

Par exception, le nom patronymique peut s'acquérir autrement que par la filiation. Il en est ainsi :

1° *En cas d'adoption.* — L'adopté *ajoute* à son nom le nom de l'adoptant (art. 351). Si c'est une femme mariée qui a fait l'adoption, l'adopté prend le nom de la famille de la femme, et celui des deux époux, s'il est adopté à la fois par l'un et par l'autre, auquel cas il a, par conséquent, trois noms.

Les solutions qui précèdent reçoivent une exception dans l'hypothèse où l'adopté est un *enfant naturel non reconnu*. Dans ce cas, en effet, aux termes de l'article 351, al. 2, le nom de l'adoptant pourra, par l'acte même d'adoption et du consentement des parties, lui être conféré sans être ajouté à son propre nom. Le motif de cette disposition, c'est que le nom d'un enfant naturel non reconnu, issu d'une désignation administrative, est souvent révélateur de l'origine de l'individu, et celui-ci n'a donc aucun intérêt à le conserver.

2° *En cas de désignation administrative.* — Ce sont les officiers de l'état civil, d'accord avec l'administration de l'hospice où ils sont placés, qui attribuent un nom aux *enfants trouvés* (art. 58, C. civ. ; Circ. minist., 30 janvier 1812). Ce procédé de désignation administrative par l'officier de l'état civil a été, par extension, appliqué aux *enfants naturels non reconnus*. En fait, c'est souvent un prénom qui sera employé pour servir de nom à l'enfant dans ce cas.

3° *En cas de changement de nom.* — Ce changement ne peut se réaliser qu'au moyen d'un décret. C'est la loi du 11 germinal an XI, titre II, qui a établi définitivement le principe de l'immutabilité du nom de famille. Lors donc qu'un individu désire en changer, il doit adresser une demande au Président de la République, qui statue par un décret en forme de règlement d'administration publique. Ce décret n'a d'effet qu'après une année, pendant laquelle tous les intéressés sont admis à se pourvoir devant le Conseil d'état, afin de faire opposition au changement demandé, pour le cas où il serait de nature à leur porter préjudice [1].

2° **Le prénom.** — L'élément secondaire qui s'ajoute généralement au précédent est le *prénom*. Les prénoms servent à différencier les divers porteurs du même nom patronymique. Ils résultent d'une indication portée

1. La loi du 2 juillet 1923 permet aux héritiers d'un homme mort pour la patrie de relever son nom lorsque le défunt était le dernier *descendant* mâle de sa famille. C'est le tribunal civil qui statue (en chambre de conseil) sur la requête ainsi que sur les oppositions qu'elle peut susciter.

sur l'acte de naissance (art. 57, C. civ.) et généralement assez arbitraire, puisqu'elle n'a d'autre source que la volonté du déclarant, lequel est, il est vrai, le plus souvent, le père de l'enfant, ou, tout au moins, l'interprète de la volonté des parents. Le titre Ier de la loi précitée du 11 germinal an XI porte que l'on ne peut donner aux enfants, comme prénoms, que « les noms en usage dans les différents calendriers » ou ceux des personnages de l' « Histoire ancienne ». Cette mesure avait été prise pour faire cesser une pratique assez usuelle à l'époque révolutionnaire, inspirée d'ailleurs par l'exemple de l'Angleterre et de l'Amérique, et consistant à donner comme prénoms aux enfants les noms de personnages contemporains, parfois même encore vivants (Robespierre, Marat, etc.). Mais la loi en question a omis de dire ce qu'il faut entendre par « Histoire ancienne ». L'histoire des tout derniers siècles est-elle *ancienne* ? Certains officiers de l'état civil l'ont pensé, puisqu'on en a vu accepter la désignation de parents qui donnaient à leurs enfants les prénoms de *Voltaire* ou de *Franklin*. Et l'histoire comprend-elle la légende? Pourrait-on donner à une fille les prénoms d'*Urgèle* ou de *Mélusine* ? Une circulaire ministérielle de 1865 contient l'énumération des prénoms qui peuvent être acceptés par les officiers de l'état civil. Mais ceux-ci ne s'en tiennent pas toujours à ces indications. Et l'on peut dire qu'il règne en cette matière une véritable anarchie tempérée par l'arbitraire administratif.

3° Le surnom ou pseudonyme. — C'est là un élément de la désignation des personnes plus rarement rencontré. Le surnom peut servir d'abord à distinguer plusieurs branches de la même famille. Et c'est à ce point de vue qu'il est visé par l'article 2 de la loi du 6 fructidor an II. Cette disposition autorise l'usage des surnoms de ce genre, mais à deux conditions : d'abord, qu'ils ne rappellent point les qualifications féodales et nobiliaires, et, en second lieu, qu'ils remontent à une période antérieure à la promulgation de la loi. Désormais, par conséquent, l'acquisition des *surnoms familiaux* se confond avec un changement ou une addition de nom, et nécessite un décret du chef de l'Etat. Mais il reste, en marge de la loi, les *surnoms personnels* ou *pseudonymes*, ou encore *noms de guerre*, employés surtout dans les milieux artistiques et littéraires. C'est une désignation d'une portée restreinte à la sphère pour laquelle elle est employée, et qui s'acquiert par l'*usage prolongé* et *notoire*.

4° Le nom d'autrui. Nom des époux. — Dans un grand nombre de cas, la personne est désignée enfin *par le nom d'autrui*.

A. — Il en est ainsi *toujours* lorsqu'il s'agit d'une *femme mariée*, parce que celle-ci porte régulièrement et normalement le nom de son mari. Cet usage séculaire, reposant sur des sentiments et des conceptions élémentaires, tels que la communauté étroite des intérêts moraux et matériels des époux, n'a pendant longtemps été consacré par aucun texte positif. Nous avons vu qu'aujourd'hui il en est différemment, et deux articles du Code civil, remaniés par la loi du 6 février 1893, consacrent cet usage. L'un de ces

textes est l'article 299, al. 2 : « Par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom. » L'autre est l'article 311, al. 1 : « Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. » Il résulte de ces deux dispositions diverses conséquences caractéristiques.

a) D'abord, on remarquera que la femme, en prenant le nom de son mari, ne perd pas le sien propre. En effet, la loi nous dit que, lorsqu'elle divorce, elle reprend l'*usage* de son nom. Elle n'avait donc perdu que l'*usage* du sien. Encore, la pratique admet-elle que la femme, lorsqu'elle signe un acte, emploie indifféremment ou son nom patronymique ou celui de son mari.

b) Et, réciproquement, la femme n'acquiert que l'*usage* du nom du mari, usage subordonné à la stabilité de son ménage. Car si, mariée ou veuve, elle continue à le porter, elle n'en a plus le droit au cas de divorce, et peut se le voir interdire en cas de séparation de corps. Ajoutons que cet usage du nom du mari par la femme durant le mariage est obligatoire. En effet, pour qu'elle puisse le quitter, en cas de séparation de corps, il faut une autorisation de justice.

B. — *Quelquefois*, le *mari* peut porter le nom de la femme, ou du moins, l'adjoindre au sien. C'était une coutume autrefois répandue dans certaines provinces (Champagne, Navarre, etc...), et qui s'y est conservée en partie depuis la Révolution. Et le même usage se rencontre ailleurs, au moins dans les relations commerciales. Cet usage est-il légal ? Il y a des arrêts qui l'ont proscrit autrefois. Mais la loi précitée du 6 février 1893 en a reconnu la régularité. En effet, l'article 299, al. 2, nous parle de « *chacun des époux* ». Et l'article 311, al. 1, se termine par cette phrase : « Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également (en cas de séparation de corps) demander qu'il soit interdit au mari de le porter ».

On remarquera ici que l'usage du nom de la femme par le mari, visé par la loi, n'est pas obligatoire ni même ordinaire. La loi s'exprime en termes hypothétiques (*Dans le cas* où, etc...). Et, de plus, l'usage toléré par la loi n'autorise pas à substituer le nom de la femme à celui du mari, mais seulement à l'y adjoindre.

§ 2. — Nature juridique du droit au nom et des actions qui le protègent.

1° Le droit au nom est protégé par certaines *sanctions pénales*.

Tout d'abord, nous citerons l'article 259 du Code pénal, modifié par la loi du 28 mai 1858. Cette disposition prononce la peine de l'amende contre celui qui « sans droit, et *en vue de s'attribuer une distinction honorifique*, aura publiquement changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil ? » Mais la portée de ce texte est très restreinte. D'abord, il ne vise que les altérations ou modifications ayant pour but l'usurpation d'une distinction honorifique, c'est-à-dire nobiliaire. Et, d'autre part, cer-

taines usurpations de ce genre peuvent s'accomplir sans tomber sous le coup de l'article 259. Ainsi, supposons qu'un père, abusant de la complaisance ou de la crédulité d'un maire de campagne, fasse inscrire son enfant sur les registres de l'état civil avec un nom usurpé ou altéré, par exemple, au moyen de l'adjonction d'une particule, en vue de lui attribuer une distinction nobiliaire, ce fait ne tombera point sous le coup de l'article 259 du Code pénal, puisque le bénéficiaire de l'altération ne sera pas celui qui l'aura commis. La seule ressource du Parquet (et encore le point est-il fort discuté) sera de demander la rectification de l'acte de l'état civil, ce qu'il a le droit de faire d'office chaque fois que l'ordre public est intéressé. Seulement, il y a lieu de remarquer en fait que le ministère public laisse, depuis longtemps, dormir ces sanctions diverses sans les faire appliquer. Cette inertie est d'autant plus regrettable que l'article 259 du Code pénal est généralement considéré comme ayant abrogé les dispositions pénales comminées par les articles 3 et suivants de la loi du 6 fructidor an II, contre ceux qui useraient d'autres noms ou prénoms que ceux portés à leur acte de naissance et contre les fonctionnaires publics qui toléreraient cet usage (V., cependant, en sens contraire, Cass. Belgique, 4 mai 1857, D. P. 57.2. 111 ; Angers, 29 juin 1896, D. P. 98. 2.217, S. 99.1.337).

A côté de l'article 259 du Code pénal, il convient encore de signaler la loi du 5 août 1899, sur le casier judiciaire, dont l'article 11, modifié par la loi du 11 juillet 1900, punit de l'emprisonnement et de l'amende le fait de prendre le nom d'une autre personne, dans des circonstances qui entraînent l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire de cette personne. Il faut, pour qu'il y ait lieu à cette sanction, que l'individu, dont le nom est ainsi usurpé, soit vivant au moment de l'usurpation (Limoges, 26 décembre 1901, D. P. 1902.2.242, S. 1902.2.300).

2° Occupons-nous maintenant des *sanctions de droit civil*. A ce point de vue, les actions par lesquelles on fait valoir le droit au nom, rentrent dans l'une ou l'autre des deux catégories suivantes.

Tantôt, on *réclame*, on *revendique* pour soi l'usage de tel nom. L'action est alors, le plus généralement, l'accessoire d'une action en réclamation d'état ou en rectification d'un acte de l'état civil.

Tantôt, on prétend *interdire* à un individu l'usage d'un nom auquel on a droit. Et l'on peut prendre cette attitude dans diverses hypothèses. Ainsi, il se peut que le nom auquel on a droit soit usurpé par un tiers, qui le porte indûment. Ou bien encore, ce tiers, sans user personnellement du nom contesté, s'en est servi pour désigner un personnage imaginaire dans une œuvre littéraire d'imagination, ou pour désigner un produit qu'il met en vente. Ou bien enfin, il est en instance devant le Conseil d'Etat, afin d'obtenir un décret l'autorisant à le porter. Dans cette dernière hypothèse, l'action du protestataire s'exercera, nous l'avons vu, sous, la forme d'une opposition au décret à rendre et revêtira un caractère administratif. Mais, dans tous les autres cas, l'action exercée rentrera dans les cadres du Droit civil. Sur ces diverses hypothèses, notre législation positive reste d'ailleurs complètement muette, à la différence du Code civil allemand qui, dans son

article 12, consacre le droit d'agir des intéressés, mais sans se prononcer d'ailleurs sur la nature du droit au nom. Nous lisons en effet dans cet article 12 : *Si, en ce qui touche le droit à l'usage d'un nom, l'ayant droit est troublé par un autre dans l'exercice de son droit, ou qu'il se trouve lésé dans son intérêt par le fait qu'un autre se sert indûment du même nom, l'ayant droit peut exiger de l'autre la cessation du fait préjudiciable. Si des faits analogues sont à craindre pour l'avenir, il peut en poursuivre l'interdiction.*

Il n'est pas douteux que la même faculté est ouverte par notre Droit aux intéressés. Mais il est nécessaire de déterminer avec précision le caractère des actions qu'il peuvent exercer. Cela dépend de la nature juridique du droit au nom. Et le problème a donné lieu à plusieurs opinions.

Un système à rejeter tout d'abord, en dépit des décisions judiciaires qui semblent le consacrer (V. not., Paris, 16 mai 1900, D. P. 1902.2.174, S. 1902. 2.15), c'est que le nom fait l'objet d'un *droit de propriété*. On ne peut voir dans cette solution qu'une pure métaphore. En effet, le droit qu'un individu possède sur son nom (envisagé en soi) est hors du patrimoine, il est *incessible* et *imprescriptible* (Req., 17 novembre 1891, D. P. 93.1.244, S. 93. 1.25, note de M. Lallier ; Cf. note de M. Labbé, S. 84.2.21). Donc, ce n'est pas un droit de propriété.

Dans une autre opinion, d'ailleurs toute négative, on a prétendu qu'il n'y a pas de *droit au nom* offrant un caractère spécifique. Le nom ne serait qu'une institution de police civile, justifiée par la nécessité d'identifier les individus. Et les actions, que peuvent exercer contre des tiers les ayants droit à un nom déterminé, ne seraient que des applications du principe général de l'article 1382, c'est-à-dire des manifestations du droit appartenant à la partie lésée de demander la réparation d'un préjudice, ne fût-ce que de ce préjudice qui résulterait de la confusion possible entre l'ayant droit et les usurpateurs du nom contesté. Cette opinion cadre avec plusieurs décisions du Conseil d'Etat, d'où il ressort que le droit de faire opposition à un changement de nom sollicité par autrui, ne peut reposer que sur la justification d'un préjudice grave que ce changement causerait à l'opposant (Cons. d'Etat, 24 mai 1901, *Siffait de Moncourt*, D. P. 1902.3.99).

Nous croyons qu'aucun système général et absolu ne peut être professé en cette matière et que la nature du droit de l'individu sur les vocables servant à sa désignation, ainsi que celle des actions qu'il peut mettre en jeu pour faire valoir ce droit, varient suivant les éléments de sa désignation. C'est le seul moyen d'expliquer et de justifier les décisions, en apparence souvent contradictoires, en réalité très conciliables entre elles, de la Jurisprudence.

S'agit-il d'abord du *nom patronymique* et du droit à ce nom, envisagé en soi et comme signe distinctif rattachant l'individu à telle ou telle famille, nous remarquerons que, sauf dans certaines hypothèses tout exceptionnelles d'attribution administrative, le nom s'acquiert toujours par la filiation. Dès lors, les actions relatives au nom mettent toujours en jeu une question de filiation. Il s'agit toujours de démontrer que le demandeur se rattache, par sa filiation ou par celle de ses ancêtres, à un possesseur légitime du nom contesté. Le nom patronymique est donc, en somme, le *signe extérieur*

distinctif de cet élément de l'état des personnes qui résulte de la filiation. Et l'action, par laquelle on revendique contre autrui ou on interdit à autrui l'usage d'un nom de famille, sur lequel on se prétend des droits, n'est pas autre chose qu'une *action d'état*, puisqu'il s'agit d'y réclamer ou d'y défendre son état. Donc, elle sera communicable au ministère public, soustraite au préliminaire de conciliation, etc... Et cette manière de voir explique à merveille les solutions de la Jurisprudence sur l'*incessibilité* et l'*imprescriptibilité* du nom de famille. Elle explique aussi que le droit de défendre l'usage d'un nom contre tous les usurpateurs appartient indistinctement à tous les membres de la famille, sans distinction de sexe, quand bien même ils ne porteraient pas eux-mêmes le nom contesté, comme les filles mariées ou les descendants par les femmes, et quand bien même ils ne pourraient, en conséquence, justifier d'aucun préjudice résultant pour eux de l'usurpation du nom contesté ni d'aucune confusion possible (Req., 20 avril 1868, D. P. 68.1.292. S. 68.1.194 ; Civ., 10 novembre 1902, D. P. 1904.1.85, S. 1903.1.505, note de M. Naquet).

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un autre élément de la désignation des personnes (prénom, pseudonyme, nom du mari ou de la femme), la situation est tout autre. La désignation en question n'est pas le signe distinctif et extérieur de la filiation, de l'état de la personne. L'action qui la protège n'est pas une action d'état. C'est la sanction du droit acquis par l'individu, en vertu souvent d'une simple possession prolongée et notoire, à défendre sa personnalité, désignée par telle ou telle dénomination, contre toute confusion, et cela dans telle ou telle sphère déterminée. C'est un des droits inhérents à la personnalité de l'homme que nous avons qualifiés de *droits de l'homme* ou de *biens innés*.

Ainsi, en ce qui concerne le *prénom*, on devra admettre le droit pour chaque individu de se faire désigner par tel ou tel des prénoms indiqués par son acte de naissance, et même par tel autre prénom qu'il lui plairait de choisir après coup, pourvu qu'il n'en résulte pas de confusion préjudiciable pour les autres porteurs du même nom de famille. Les règles de la loi de germinal an XI relative aux changements de nom ne sauraient en conséquence s'appliquer aux changements de prénoms, pour lesquels la liberté est la règle, sauf la réserve ci-dessus, au moins quand il ne s'agit pas de désignation dans un acte public, car, en ce dernier cas, l'individu doit être désigné avec les prénoms portés à son acte de naissance (Circ. minist., 25 mars 1858).

Pour ce qui est du *surnom* ou *pseudonyme*, nous avons vu qu'il s'acquiert par l'usage prolongé, et en vue de servir à l'exercice d'une certaine activité artistique ou littéraire. C'est aux tribunaux à apprécier en conséquence si, en fait, l'individu peut être considéré comme ayant acquis un droit à ce pseudonyme, auquel cas nulle personne ne pourrait le contester, pas même ceux dont le nom patronymique serait reproduit, avec plus ou moins de déformation, par ce pseudonyme, du moment que ce dernier n'est utilisé que dans la sphère artistique ou littéraire pour laquelle il a été créé (Trib. Seine, 1er août 1903, D. P. 1904.2.4, note A. C., S. 1906.2.217, note de M. Perreau).

De même, le port du nom du mari par la femme ou l'adjonction du nom de la femme au sien propre par le mari sont des usages obligatoire, (le premier) ou facultatif (le second), se ratlachant à la sphère des relations juridiques et mondaines. On expliquera ainsi des décisions comme celle du tribunal de la Seine, en date du 15 décembre 1897 (D. P. 98.2.496), où nous voyons le mari faire interdire à sa femme non divorcée ni séparée de faire usage de son nom pour s'exhiber, comme chanteuse, dans un lieu public, ou comme celle de la Cour de Paris en date du 7 décembre 1889 (*Gaz. Pal.*, 26 décembre 1889), dans laquelle nous voyons un commerçant faire défense à un concurrent d'adjoindre à son nom celui de sa femme, sa parente à lui, demandeur, et portant le même nom que lui. C'est que, dans les deux hypothèses, il s'agissait, pour le conjoint mis en cause, d'utiliser le nom de son conjoint dans une autre sphère que celle des relations sociales pour laquelle cet usage est reconnu et consacré par la loi.

Ajoutons que, s'il s'agit de l'usage d'un nom patronymique, envisagé non pas en soi, mais comme source de profit pécuniaire, comme marque distinctive d'un établissement de commerce ou d'industrie, du *nom commercial* en un mot, c'est là un élément du patrimoine, un bien incorporel qui se trouve par conséquent dans le commerce, et est susceptible de cession, de renonciation, de prescription.

§ 3. — Des qualifications nobiliaires.[1]

La noblesse était, dans l'ancien Droit, un élément de la condition des personnes, impliquant certains privilèges et accompagnée ou non d'un *titre*, c'est-à-dire d'une qualification (duc, comte, vicomte, marquis, etc.) impliquant un rang supérieur dans la hiérarchie féodale. Les privilèges ont disparu à la suite des décrets rendus dans la fameuse nuit du 4 août 1789. Plus tard, les décrets de 19-23 juin 1790 et des 27 septembre-16 octobre 1791 abolirent les titres de noblesse.

La noblesse fut rétablie par Napoléon en 1806 et 1808, ou, pour mieux dire, une nouvelle noblesse fut instituée par lui. Il n'admit en effet d'autres titres que ceux qu'il conférait lui-même. De plus, la collation des titres impériaux était subordonnée à certaines conditions, telles que la constitution par l'impétrant d'un majorat, c'est-à-dire d'un bien immobilier formant la dotation perpétuelle du titre. Les titres impériaux accompagnant d'ordinaire l'exercice de telle ou telle fonction (général, évêque, etc.), furent conférés en assez grand nombre. On vit des nobles de l'Ancien Régime en solliciter et en obtenir, mais l'Empereur affecta généralement de ne leur conférer qu'un titre nobiliaire inférieur à celui qu'ils portaient sous l'ancienne monarchie.

1. Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, 1890; Tournade, *Etude sur le nom de famille et les titres de noblesse*, thèse Paris, 1882; Breuil, *De la particule dite nobiliaire*, thèse Paris, 1903; Henri Beaune, *Les distinctions honorifiques et la particule*; Paulin Paris, *De la particule dite nobiliaire*; Levesque, *Droit nobiliaire français*.

Après la chute de Napoléon, la Charte de 1814 (art. 71) contint cette disposition fondamentale: « L'ancienne noblesse reprendra ses titres, la nouvelle noblesse gardera les siens. » Depuis cette époque, les titres nobiliaires, un instant supprimés par le décret du 29 février 1848, ont été rétablis par le décret du 24 janvier 1852. Le texte positif, qu'on peut considérer comme organique en ce qui les concerne, est toujours l'article 71 de la Charte de 1814, encore en vigueur en tant que loi ordinaire.

Si l'on dégage le sens et la portée de cette disposition essentielle, on aperçoit que la noblesse d'aujourd'hui diffère profondément de celle d'autrefois. La noblesse n'est plus un élément de la condition des personnes. En effet, depuis l'abolition définitive des privilèges, lesquels n'ont jamais été restaurés, il n'y a plus de distinction entre les personnes tenant à leur naissance. La noblesse n'est plus qu'une *distinction honorifique, attachée au nom*. Par là, la noblesse de nos jours présente le caractère de la noblesse créée par Napoléon. Mais elle présente ceux de la noblesse de l'Ancien Régime à un autre point de vue, à savoir quant au mode de transmission des titres. En disant que l'ancienne noblesse *reprend* ses titres, la Charte a entendu dire en effet qu'elle les reprenait avec les règles de transmission établies autrefois, c'est-à-dire transmissibles de mâle en mâle et par voie de primogéniture. Ces règles se sont étendues à la transmission des titres impériaux, qui sont considérés comme s'étant incorporés à la noblesse ancienne depuis la Charte. C'est pourquoi la question de savoir si l'adoption transfère à l'adopté les titres nobiliaires de l'adoptant est vivement controversée et doit, croyons-nous, être résolue par la négative (V. Paris, 18 juillet 1893, D. P. 94.2.7, S. 94.2.85).

On remarquera qu'il n'y a pas lieu de considérer comme étant en vigueur une ordonnance du 25 août 1817, établissant une certaine hiérarchie entre les titres nobiliaires (prince, duc, marquis, comte, vicomte, baron, chevalier), et donnant aux enfants du noble titré le droit de porter, suivant leur ordre de géniture, les titres immédiatement inférieurs aux titres portés par leur père ou par leur aîné. En effet, cette ordonnance n'avait trait qu'aux familles des pairs. La pairie, ayant été supprimée avec la Chambre des pairs en 1848, l'ordonnance de 1817 n'a plus aucune valeur. En conséquence, dans chaque famille titrée, il n'y a qu'une personne ayant droit de porter le titre. Ceux qu'on donne aux enfants ou aux puînés dans le courant de la vie mondaine sont des titres de pure courtoisie.

Une autre institution, que la suppression des *majorats*, définitivement consommée par la loi de finances de 1905, a fait à peu près disparaître, c'est l'*investiture*. On appelait ainsi une décision du chef de l'Etat qui était nécessaire pour la transmission du majorat, qu'accompagnait celle du titre auquel le majorat était attaché. L'investiture, vu la suppression des majorats, est devenue toute facultative, et, comme elle est l'occasion de droits fiscaux assez élevés, la plupart des intéressés négligent de la requérir en cas de transmission du titre nobiliaire. Cependant, certaines personnes titrées sollicitent encore l'investiture, car elles peuvent y trouver quelques avantages. En effet, en cas de contestation entre plusieurs prétendant

droit, celui qui aura obtenu l'investiture de la Chancellerie, étant données les garanties de vérification qu'elle entraîne, aura plus de chances d'avoir gain de cause devant les tribunaux. De plus, certains officiers de l'état civil, à Paris notamment, pour insérer la mention d'un titre nobiliaire dans un acte de l'état civil, exigent la production de l'acte d'investiture.

De tout ce qui précède, il résulte qu'aujourd'hui, à la différence de ce qui était la règle sous l'Ancien Régime, il n'y a pas d'autre noblesse que celle qui résulte de la possession d'nn titre nobiliaire. La *particule,* c'est-à-dire les mots *de*, *du*, *de la*, *des*, précédant le nom patronymique, n'est donc qu'un élément du nom de famille. On ne l'a jamais d'ailleurs considérée, même autrefois, comme une qualification nobiliaire. A la vérité, sous l'Ancien Régime, la presque totalité des nobles, se faisant désigner par des noms de fiefs, portaient la particule ; mais d'innombrables bourgeois en portaient aussi, ayant adjoint des noms de terre à leurs noms patronymiques.

Il n'est pas douteux cependant que, l'opinion commune attachant à la particule une signification nobiliaire, son usurpation, si fréquente de nos jours, devrait attirer sur ceux qui la commettent, si le Parquet ne témoignait en cette matière la plus extrême insouciance, la sanction de l'article 259 du Code pénal, car les personnes qui prennent indûment une particule, le font évidemment *en vue de s'attribuer une distinction honorifique.*

Les litiges relatifs aux distinctions nobiliaires donnent lieu à des règles de compétence particulière.

Les contestations entre deux ou plusieurs personnes relatives à la possession d'un titre, étant donné que c'est là l'accessoire honorifique d'un nom de famille, sont de la compétence des tribunaux civils (Req., 30 décembre 1867, D. P. 68.1.49, S. 68.1.111 ; Trib. Mayenne, 25 nombre 1896, D. P. 97.2.156 ; Trib. Conflits, 17 juin 1899, *Marquis de Dreux-Brézé*, D. P. 99. 3.100, S. 1900.3.17). A plus forte raison, en est-il de même des contestations relatives au port de la particule ou d'un nom de terre adjoint au nom patronymique et s'y étant incorporé en vertu d'une possession antérieure à la Révolution, des questions de ce genre n'ayant rien de nobiliaire.

En revanche, tout ce qui a trait à la collation, à la vérification ou à la confirmation d'un titre de noblesse échappe à la compétence des tribunaux civils. En effet, le droit de faire (et de vérifier) des nobles appartient essentiellement au chef de l'Etat. Un décret du 8 janvier 1859 avait créé, sous le nom de *Conseil du sceau des titres*, un organe spécial, chargé de statuer sur ces questions. Le Conseil du sceau a été supprimé par un décret du 10 janvier 1872. Mais un *bureau* du même nom fonctionne toujours au Ministère de la justice, et les décisions à rendre le sont par le chef de l'Etat, sur la proposition du Conseil d'administration établi à la Chancellerie. Les tribunaux judiciaires excéderaient donc leur pouvoir, en statuant sur les conséquences d'une collation de titre obtenue du chef de l'Etat, ou sur les oppositions formées contre cette collation, les oppositions de ce genre devant être appréciées par la même autorité qui a compétence pour la collation (Civ., 9 avril 1872, D. P. 72.1.299, S. 72.1.117).

SECTION III. — De l'obligation alimentaire.

Définition. — On entend par *aliments* les sommes d'argent qui sont nécessaires pour faire subsister une personne qui se trouve dans le besoin. En général, ces sommes doivent être fournies sous forme de *pension* à arrérages périodiques. De plus, sauf exception pour certains cas, l'obligation de fournir des aliments à une personne déterminée ne se double pas de celle de lui donner des soins personnels. Quant à la créance d'aliments, c'est, en somme, le droit d'exercer une certaine prélibation sur le patrimoine d'autrui, droit créé au profit de certaines personnes par la parenté ou par l'alliance. Ajoutons que *la créance et l'obligation d'aliments sont*, en principe, *réciproques* (V. art. 207).

§ 1. — Entre qui existe l'obligation alimentaire.

L'obligation alimentaire existe : 1° Entre époux ; 2° Entre père et mère et enfants, ascendants et descendants ; 3° Entre alliés en ligne directe.

I. — Obligation alimentaire entre époux. Sa persistance possible après la dissolution du mariage en cas de veuvage ou de divorce. — L'obligation alimentaire entre époux se rattache au devoir réciproque de secours et d'assistance que leur impose l'article 212. Par conséquent, elle dure autant que le mariage. La *séparation de corps* n'y met pas fin, puisqu'elle laisse subsister le lien conjugal. Et, en cas de séparation, l'époux *même coupable* est en droit de réclamer à l'autre des aliments.

Les particularités qui caractérisent l'obligation alimentaire entre époux sont les suivantes :

1° L'obligation se double ici d'un *devoir d'assistance et de secours personnels*. Normalement, c'est de cette manière que les époux s'acquitteront l'un envers l'autre de leur obligation alimentaire. Les hypothèses où son exécution revêtira la forme d'une *pension*, supposant une existence séparée et distincte, seront évidemment exceptionnelles.

2° Un certain lien existe entre l'obligation alimentaire et celle de *cohabitation*, en ce sens que, si l'un des époux se dispense de celle-ci, il ne peut réclamer au conjoint, avec qui il se refuse à demeurer, une pension alimentaire (Dijon, 21 janvier 1891, D. P. 91.2.349, note de M. Planiol). Le conjoint, auquel il s'adresse, pourrait se refuser à lui fournir les aliments réclamés autrement qu'au domicile commun. Il y a là une application de cette idée que, lorsque deux personnes sont tenues à des obligations réciproques remontant à la même cause juridique (dans l'espèce, au mariage), aucune des deux ne peut réclamer de l'autre l'exécution de son obligation, si elle n'est pas prête à exécuter la sienne.

Bien entendu, ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux *séparations de fait*. En cas de séparation de corps, judiciairement prononcée, l'époux, qui se trouve dans le besoin, aura certainement le droit d'obtenir

une pension alimentaire de l'autre époux, soit en vertu du jugement prononçant la séparation, soit en vertu d'un jugement consécutif, sans être tenu pour cela de renoncer au bénéfice de l'habitation séparée.

3° La créance alimentaire de l'époux qui se trouve dans le besoin contre l'autre époux bénéficie de *facilités particulières de recouvrement*. La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage (art. 7 à 10) organise en effet une procédure spéciale, particulièrement simple et expéditive, pour permettre à l'époux créancier d'obtenir les sommes nécessaires à son entretien et à celui de la famille, au moyen d une saisie-arrêt sur les salaires de son conjoint, saisie autorisée par le juge de paix.

4° Quelquefois, l'obligation alimentaire des époux l'un envers l'autre *survit au mariage*. Il en est ainsi dans deux cas :

A. — En cas de *veuvage*, l'article 205 (modifié par la loi du 9 mars 1891) donne à l'époux survivant non divorcé, lorsqu'il est dans le besoin, une créance d'aliments contre la succession de l'époux prédécédé. « Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à son achèvement. » L'attribution de cette créance au conjoint survivant se justifie par cette idée qu'un époux n'a pas seulement le devoir de pourvoir à la subsistance de son conjoint pendant le mariage, mais encore celle d'assurer son sort et de le préserver de la misère, après sa mort. Ajoutons que le droit successoral en usufruit que la loi accorde au conjoint survivant (art. 767) dans l'hérédité du prédécédé n'est pas garanti par une *réserve*. Le conjoint en est donc privé, si le défunt a disposé de la totalité de ses biens au profit d'autres personnes. De plus, l'usufruit attribué au conjoint, à titre de succession, ne portant que sur le quart ou la moitié de la succession, peut se trouver insuffisant pour lui permettre de vivre. Dans ces deux cas, le conjoint fera valoir sa créance contre l'*hérédité*. Et, comme c'est à titre de créancier qu'il se présente, il devra être préféré aux légataires, car on doit payer les dettes du défunt avant d'exécuter les libéralités qu'il a cru devoir faire ; *nemo liberalis nisi liberatus*. C'est ce qu'exprime l'article 205, al. 3, en nous disant : « La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. »

B. — En cas de *divorce*, l'article 301 porte que « si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux *qui a obtenu le divorce*, le tribunal pourra lui accorder sur les biens de l'autre époux une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux ». Ainsi, à la différence de ce qui se passe en cas de séparation de corps, lorsqu il y a eu divorce, l'*époux innocent a seul droit à une pension alimentaire*. L'époux coupable ne pourrait en réclamer une ; et, si le divorce était prononcé aux torts de l'un et de l'autre, aucun des deux n'aurait ce droit.

Mais comment expliquer cette persistance de l'obligation alimentaire après le divorce ? Puisqu'il n'y a plus mariage, comment l'un des anciens

époux peut il réclamer des aliments à une personne qui n'est ni son parent ni son allié ? La réponse traditionnelle à cette question, c'est que le fondement de l'obligation alimentaire visée par l'article 301 se trouve dans le *préjudice* que l'époux coupable a pu, en rendant *par sa faute* le divorce nécessaire, causer à l'autre conjoint, si celui-ci n'a pas les ressources suffisantes pour subsister. La base de l'article 301 doit être cherchée non dans l'article 212, mais dans le principe de l'article 1382 ; c'est une base délictuelle. La pension alimentaire allouée à l'époux sorti vainqueur de l'instance est la réparation d'un préjudice injustement subi (Req. 15 décembre 1909, D. P. 1911.1.25, note de M. de Loynes, S. 1912.1.313, note de M. Eug. Gaudemet ; Civ. 18 octobre 1926, *Gaz. Pal.*, 20 novembre 1926).

Ajoutons que l'idée admise par les interprètes de l'article 301 a réagi même sur la séparation de corps. On admet, en effet, que, lorsque la séparation de corps est prononcée sur la demande de celui des époux qui est dépourvu de ressources personnelles, tout ou partie de la pension alimentaire qui lui est accordée peut être considérée comme représentant l'indemnité du tort que lui a fait l'autre conjoint, en brisant son existence et en supprimant ses ressources.

Plusieurs conséquences découlent de ce principe que la pension alimentaire de l'article 301 est la réparation du préjudice causé par la faute de l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé.

a) Pour que le tribunal puisse, soit par le jugement prononçant le divorce, soit par un jugement spécial, ce qu'il peut faire indifféremment (Nancy, 21 févr. 1903, D. P. 1904.2.452), attribuer une pension alimentaire à l'époux innocent, il faut que la gêne dont celui-ci se prévaut ait existé *dès avant la dissolution du mariage*. C'est seulement dans ce cas, en effet, que le divorce lui cause un préjudice certain. S'il tombe dans le besoin *postérieurement*, la cause de son dénuement n'est plus le divorce, et on ne concevrait pas que son ancien époux fût condamné à lui fournir des aliments (Civ. 18 octobre 1926, *Gaz. Pal.*, 20 novembre 1926. — Cf., notes Wahl, S. 1905.2.57, Valery, D. P. 1902.2.25, et de Loynes, D. P. 1908.2.297).

b) En cas de conversion de la séparation de corps en divorce, la pension alimentaire, allouée antérieurement à l'un ou à l'autre époux par le jugement de séparation ou par toute autre décision, ne subsistera que si elle était fondée, non sur le devoir réciproque de secours et d'assistance, mais sur le préjudice résultant de la faute de l'autre conjoint : il n'y a donc que la pension attribuée à l'époux non coupable qui *pourra* subsister. Encore ne devra-t-elle pas dépasser le tiers des revenus de l'autre époux, et devra-t-elle être ramenée à cette proportion si elle la dépassait antérieurement. Vainement objecterait-on l'alinéa, 3, introduit dans l'article 310 par la loi du 6 juin 1908, aux termes duquel, en cas de conversion, « les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tout cas leur effet ». Ce texte n'a pas eu pour but et pour effet, comme on l'a soutenu, à tort croyons-nous, de régler sur une base nouvelle l'obligation alimentaire

consécutive à la conversion et d'effacer toute distinction entre les effets produits par l'article 212 et ceux de l'article 301 du Code civil. Il signifie seulement qu'en ce qui concerne la pension alimentaire, comme en ce qui concerne les dépens visés par l'alinéa 2, la situation respective des deux époux, telle qu'elle résultait de la séparation, ne se trouve pas modifiée ; mais, depuis la loi de 1908 comme auparavant, il ne peut être question de dette alimentaire entre anciens époux actuellement divorcés, que dans le cas où cette dette découle de la faute et du préjudice imputables à l'un d'eux (Req., 27 décembre 1905, D. P. 1906.1.287, S. 1907.1.461. — V. cependant Trib. Douai, 18 décembre 1908, D. P. 1909.2.152, S. 1909.2.60).

c) Nous verrons bientôt que l'obligation alimentaire, reposant sur une qualité personnelle de celui qui la doit, prend fin ordinairement avec la vie de celui-ci. Il en est autrement de la pension due en vertu de l'article 301. Comme toute obligation de payer des dommages-intérêts en raison d'un préjudice causé à autrui, elle continue à être due au conjoint innocent par les héritiers du conjoint coupable.

d) La loi du 12 juillet 1905, sur la compétence des juges de paix (art. 7, 1°) décide que ces magistrats connaissent, à charge d'appel, des demandes en pension alimentaire *fondées sur les articles* 205 *à* 207, lorsqu'elles n'excèdent pas en totalité 600 francs par an. La demande en pension alimentaire formée par un époux divorcé, reposant sur l'article 1382, ne peut donc être portée devant le juge de paix ; elle est de la compétence exclusive du tribunal d'arrondissement (Trib. paix Trouville, 1er février 1906, D. P. 1906.5.34).

Nous ferons à propos de l'article 301 une dernière observation. On discute la question de savoir si une décision ordonnant le divorce peut, en dehors de la pension alimentaire de l'article 301, attribuer à l'époux innocent des dommages-intérêts *en capital* correspondant au préjudice causé par les agissements de l'époux coupable. La Jurisprudence admet l'affirmative (V. note de M. Lacoste, S. 1901.2.197 ; Trib. Châlons, 14 avril 1905, S. 1906.2.52 Req., 2 juillet 1913, *Gaz Pal.* 9 octobre 1913). En déterminant un mode spécial de réparation d'un certain préjudice causé à autrui, la loi n'a pas entendu exclure les autres procédés, notamment le procédé usuel consistant dans l'allocation d'un capital à la victime du délit.

II. — Obligation alimentaire entre parents en ligne directe. — Aux termes des articles 203 et 205, « les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » (l'expression « enfants » comprenant certainement tous les descendants légitimes) ; et, réciproquement, « les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

On remarquera que, de la part des parents, l'obligation alimentaire se double, ici encore, de celle de fournir des soins personnels à l'enfant et de lui procurer l'*éducation* qui lui est nécessaire.

Le Code civil, dans les articles 203 et 205, ne vise que les enfants légi-

times (auxquels il faut évidemment assimiler les enfants légitimés). C'est la suite du défaut de méthode commis par les rédacteurs du Code, qui ont présenté l'obligation alimentaire comme une conséquence du *mariage*, alors qu'elle est la conséquence de la *parenté* et de l'*alliance*.

Trois catégories d'enfants ont été omises sous les articles 203 et 205, à savoir : 1° les enfants adoptifs, 2° les enfants naturels, 3° les enfants incestueux et adultérins.

1° *Enfants adoptifs*. — L'article 356 porte que l'obligation alimentaire existe entre l'adoptant et l'adopté, sans qu'elle disparaisse entre l'adopté et ses père et mère par le sang. Les *descendants légitimes de l'adopté* ont-ils le même droit et la même obligation à l'égard de l'adoptant ? C'est là une question qui se rattache à un problème plus général, qui est de savoir si l'adoption établit un lien entre l'adoptant et la descendance légitime de l'adopté. La Jurisprudence assimilait dès avant 1923 les descendants légitimes de l'adopté à l'adopté lui-même (V. Req., 10 novembre 1869, D. P. 70.1.209, S. 70.1.18). Cette solution est aujourd'hui expressément consacrée par la loi du 19 juin 1923 (art. 353 nouveau).

2° *Enfants naturels*. — La loi ne dit nulle part qu'il existe entre les enfants naturels (à supposer, bien entendu, que leur filiation soit légalement établie) et leurs parents une obligation alimentaire réciproque, ni que les parents soient tenus envers eux du devoir de leur fournir les soins et l'éducation nécessaires. Mais on n'a jamais pu songer à discuter une solution aussi évidente. A quoi servirait la constatation de la filiation naturelle, que la loi règle et organise, si elle n'entraînait pas la conséquence la plus élémentaire, laplus indiscutable du lien de filiation ? Qui fait l'enfant doit le nourrir », écrivait Loysel. D'ailleurs, le Code accorde des aliments aux enfants *incestueux* et *adultérins*, *dans la succession* de leurs auteurs (art. 762). Un double argument *a fortiori* doit donc nous faire décider que l'enfant naturel simple doit pouvoir en obtenir du vivant même de ses parents (Req., 13 juillet 1886, D. P. 87.1.119, S. 87. 1.65, note de M. Chavegrin). Et, réciproquement, les parents naturels dans le besoin ont droit à réclamer des aliments, car l'obligation alimentaire est essentiellement réciproque (art. 207).

Mais l'obligation alimentaire reposant sur la filiation naturelle donne lieu à diverses exceptions, difficultés et observations, qui nécessitent un examen spécial.

A. — Lorsqu'elle repose sur la filiation naturelle, l'obligation alimentaire ne remonte pas au delà du premier degré dans la ligne ascendante. En d'autres termes, *elle n'existe pas entre l'enfant naturel et ses grands-parents* Cette solution, qui est universellement enseignée, pourrait cependant, croyons-nous, prêter à la critique. Elle est d'abord contraire à l'équité et à l'humanité. Le devoir alimentaire s'explique par les liens du sang. Or les petits-enfants naturels sont, comme les autres, des descendants. La règle traditionnelle est-elle au moins juridique ? Le seul argument qne l'on in-

voque en sa faveur, est la règle en vertu de laquelle les enfants naturels n'ont aucun droit à la succession des parents de leur auteur (art. 757). Mais l'argument est, en somme, assez faible. Car il n'existe pas un parallélisme nécessaire entre le droit aux aliments et les droits successoraux. Il y a des héritiers très proches qui ne sont pas créanciers d'aliments, comme les frères et sœurs. Et, inversement, il y a des créanciers d'aliments qui ne succèdent point, par exemple, les ascendants légitimes, lorsque leur enfant ou petit-enfant a lui-même des descendants, les alliés en ligne directe, etc..

B. — Nous avons dit que l'enfant naturel, pour avoir droit aux aliments, ainsi qu'à l'éducation, doit pouvoir invoquer une filiation légalement établie, laquelle peut résulter, soit d'une reconnaissance volontaire, soit d'un jugement statuant sur une action en recherche de la maternité ou de la paternité. Cependant, cette règle que l'enfant naturel non reconnu n'a aucun droit à faire valoir vis-à-vis de ses auteurs, n'est pas absolue, et il y a lieu de rappeler ici les tempéraments au principe, admis par la Jurisprudence antérieure à la loi du 16 novembre 1912, dans les deux hypothèses de *séduction dolosive* de la mère et de *promesse d'entretien* résultant d'écrits ou de faits constituant une possession d'état d'enfant naturel.

C. — Il y a enfin une catégorie d'enfants naturels reconnus, auxquels on dénie généralement, au moins en partie, une créance d'éducation et d'aliments contre l'auteur de leur reconnaissance. Ce sont les enfants qu'un époux aurait reconnus *pendant son mariage* et qu'il aurait eus d'un autre que de son conjoint. L'article 337, on l'a vu, porte que la reconnaissance ainsi faite *ne peut nuire* ni au conjoint ni aux enfants issus du mariage, et qu'elle ne produira d'effets qu'après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. Il résulte certainement de ce texte que l'enfant naturel visé par l'article 337 ne peut réclamer de droits successoraux à l'encontre de ses frères et sœurs légitimes ni du conjoint de son auteur ; mais est-il privé aussi du droit de réclamer, durant le mariage, des aliments ? En équité et en raison on pourrait en douter. L'enfant tient son droit aux aliments de sa filiation et non de la reconnaissance. Il peut donc invoquer *des droits acquis* antérieurs au mariage. On ne voit pas pourquoi le manque de foi que son auteur a commis à l'encontre du conjoint, en accomplissant, après le mariage, la reconnaissance d'un enfant issu d'une faute de jeunesse, aurait cette sanction inhumaine de priver l'enfant innocent d'éducation et d'aliments. Les enfants adultérins eux-mêmes ont droit aux aliments, nous l'avons dit. Or, la procréation d'un enfant adultérin constitue un manque de foi, à l'égard du conjoint, autrement grave que la reconnaissance d'un enfant, dont on lui avait dissimulé l'existence. Cependant, la Jurisprudence, prenant à la lettre l'article 337, résout la question par la distinction suivante. Elle admet l'enfant naturel à réclamer des aliments à son auteur, mais seulement sur les biens dont celui ci a la libre disposition. En conséquence, si l'auteur de la reconnaissance est le mari, des aliments peuvent lui être réclamés sur ses revenus personnels et sur les biens de la communauté, parce qu'il peut disposer des biens communs. Au

contraire, si c'est l'épouse qui a reconnu un enfant naturel né avant le mariage, l'enfant ne peut lui réclamer d'aliments au cas où elle est mariée sous le régime de la communauté. Il faudrait, pour qu'elle pût être actionnée par l'enfant, qu'elle fût séparée de biens, parce qu'alors elle a la jouissance de ses deniers personnels (Req., 13 juillet 1886, D. P. 87.1.119, S. 87.1.65, note de M. Chavegrin). On devrait, croyons-nous, assimiler à ce cas celui où la mère exercerait une profession distincte de celle de son mari, parce que, dans cette hypothèse, la loi du 13 juillet 1907 lui confère, sous tous les régimes, la libre disposition de ses gains et salaires et des acquisitions faites avec ses salaires : l'enfant pourrait, à notre avis, lui réclamer des aliments sur les biens qui lui sont ainsi réservés par la loi.

3° L'obligation alimentaire à l'égard des enfants *incestueux* ou *adultérins* présente certaines particularités.

A. — Nous avons vu qu'elle n'existe pas seulement pendant la vie du débiteur. L'article 762 prend soin de nous dire qu'elle peut être invoquée par l'enfant *contre la succession* de son auteur. Cela tient à ce que l'enfant incestueux ou adultérin n'est pas, comme l'enfant naturel simple, compté au nombre des héritiers de son auteur. Il serait donc exposé à se trouver sans ressource aucune après la mort de celui-ci.

B. — On admet, en général, que l'obligation alimentaire n'offre pas, en ce qui concerne les enfants incestueux ou adultérins, le caractère de réciprocité qui lui appartient en général. En d'autres termes, ces enfants ne devraient pas d'aliments à leurs père et mère dans le besoin. Le motif invoqué à l'appui de cette solution, c'est qu'une faute aussi grave que l'adultère ou l'inceste ne peut pas créer de droit au profit de celui qui l'a commise (Trib. Lisieux, 14 novembre 1901, D. P. 1902.2.221, S. 1902.2.309). Il nous semble qu'on pourrait contester cette manière de raisonnner. Nous verrons, en effet, que l'inconduite des créanciers d'aliments n'engendre pas une fin de non-recevoir contre leur demande, au profit du débiteur.

III. — **Obligation alimentaire entre alliés.** — L'obligation alimentaire existe encore entre *alliés* en ligne directe, c'est-à-dire (art. 206) entre *gendre* ou *belle fille* et *beau-père* ou *belle-mère*. Le texte même de la loi, indique que les beau-père et belle-mère, visés dans l'article 206, sont le père et la mère du conjoint (*socer*, *socrus*) et non le second mari et la seconde femme de celui qui a un enfant d'un premier lit, en un mot le *parâtre* ou la *marâtre*. Entre ces derniers et leurs beaux enfants, il n'y a pas d'obligation alimentaire (arg. du mot *gendre* dans l'article 206).

Il y a deux hypothèses où prend fin l'obligation alimentaire existant entre alliés en ligne directe :

1° Il en est « ainsi lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés ». En ce cas, en effet, on peut considérer qu'il n'existe plus aucun lien entre l'époux survivant et les parents du prédécédé.

2° La Cour de cassation a assimilé au cas précédent celui de la dissolu-

tion du mariage *par le divorce* (Civ., 13 juillet 1891, D. P. 93.1.353, S. 91.1.311), avec cette aggravation que l'existence d'enfants nés du mariage ainsi dissous n'entraîne pas la persistance de l'obligation alimentaire au regard des beaux-parents comme dans l'hypothèse du veuvage. La raison de cette solution, c'est que l'article 206 ne saurait être invoqué, lorsqu'il s'agit de régler les conséquences des divorces au point de vue alimentaire; ces conséquences sont déterminées exclusivement par l'article 301, et on n'y trouve nulle trace de la persistance, en aucun cas, de l'obligation alimentaire entre un conjoint divorcé et les parents de l'autre conjoint (*Contra*, note de M. Labbé, S. 90.2.1).

D'après le Code civil primitif (art. 206 ancien), il y avait une troisième hypothèse à joindre aux deux précédentes. La belle-mère qui se remariait perdait le droit de réclamer, en cas de besoin, des aliments à son gendre ou à sa bru, tout en conservant bien entendu son droit à l'égard de celui des deux conjoints dont elle était la mère. Trace visible de la défaveur avec laquelle l'ancien Droit, ainsi qu'en témoigne l'*Edit des secondes noces* de 1560, envisageait le remariage des *femmes* veuves.

La loi du 9 août 1919 a effacé cette règle qui n'était plus en harmonie avec l'esprit de la législation actuelle. La loi du 21 février 1906 avait déjà aboli la déchéance du droit de jouissance légale des biens des enfants mineurs prononcée par l'article 386 ancien contre la mère remariée. La loi du 3 avril 1917 avait pareillement abrogé le dernier alinéa de l'article 767 qui, en cas de nouveau mariage, supprimait l'usufruit du conjoint survivant. La loi du 9 août 1919 a complété le cycle de ces lois nouvelles dans lesquelles s'affirme un esprit nouveau nettement favorable aux secondes noces.

Pas d'obligation alimentaire entre alliés en ligne directe au delà du premier degré ni entre frères et sœurs. — L'obligation alimentaire entre parents et alliés, organisée de la manière qu'on vient de voir, appelle les deux observations ci-après :

D'abord, l'obligation alimentaire ne paraît pas s'étendre *entre alliés* au delà du premier degré. La loi ne parle que des gendre et belle fille, des beau père et belle-mère. Dès lors, le gendre ou la bru ne sont pas obligés, croyons-nous, aux aliments envers les ascendants plus éloignés de leur conjoint ni *vice-versa*.

On remarquera en second lieu que le Code civil n'établit pas d'obligation alimentaire entre frères et sœurs. Il a suivi sur ce point la tradition de notre ancien Droit qui n'imposait cette obligation qu'entre parents en ligne directe. Il est permis de ne pas approuver une telle règle. Lorsqu'une personne se trouve dans la misère, la proximité de sang, les souvenirs communs d'enfance commandent à ses frères et sœurs, s'ils vivent dans l'aisance, de lui porter secours dans la mesure de leurs moyens; la loi pourrait sanctionner cette obligation naturelle. C'est ce que fait le Code civil italien de 1866 (art. 141) au moins dans le cas où l'indigence n'est pas imputable à la faute du frère ou de la sœur qui réclame des aliments.

§ 2. — Objet et étendue de l'obligation alimentaire.

Que comprennent les aliments. — Les aliments c'est tout ce qui est nécessaire, indispensable à la vie : nourriture, logement, vêtements, frais de maladie. Les frais de dernière maladie, même les frais funéraires, rentrent dans les *aliments*, car l'obligation de rendre les derniers soins et les derniers devoirs à ses proches est non moins impérieuse que celle de subvenir à leurs besoins. En conséquence, les enfants d'une personne décédée seront tenus de payer les frais funéraires, quand bien même ils auraient renoncé à la succession du défunt.

Lorsqu'il s'agit des enfants ou des descendants mineurs restés à la charge de leurs grands-parents, par suite du décès de leurs auteurs directs, et placés sous leur tutelle, le devoir alimentaire se double, nous l'avons vu, de celui de fournir à l'enfant les soins personnels qui lui sont nécessaires, ainsi que l'éducation et l'instruction qui lui permettront de gagner sa vie et de préparer son établissement. C'est par application de cette idée que la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, article 4, enjoint aux parents ou, plus généralement, à ceux qui ont la garde de l'enfant, de lui fournir, à tout le moins, un minimum d'instruction, en l'envoyant à l'école primaire de six à treize ans.

Mais l'obligation alimentaire ne comporte pas le devoir de *doter* l'enfant ou de l'établir. Aux termes de l'article 204, « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». Cette règle est conforme au droit pratiqué naguère dans nos pays coutumiers où l'on suivait l'adage : « Ne dote qui ne veut » (Pothier, *Tr. de la Communauté*, nos 644 à 646 ; *Tr. des Donations entre vifs*, n° 91 ; Ricard, *Donations entre vifs*, 1re partie, n° 1107). En revanche, la tradition romaine, en vertu de laquelle le préteur pouvait contraindre le père à doter sa fille (19 D. *de ritu nuptarium*, XXIII, 2), avait fait admettre dans nos pays de Droit écrit que l'enfant possédait une action pour se faire doter ou établir (Roussilhe, *Tr. de la Dot*, éd. Sacaze, p. 7 et s.). Et, lors de la rédaction du Code civil, les représentants des pays de Droit écrit ont insisté à plusieurs reprises pour le maintien de cette règle (Fenet, t. IX, p. 59 s., 175 s., 191 s.). C'est pour consacrer leur échec et le triomphe de la solution coutumière « ne dote qui ne veut » que l'article 204 a été écrit. Mais une notable partie de la Doctrine française a toujours admis, tant dans l'ancien Droit (V. Pothier, *Traité de la communauté*, *loc. cit.*), que de nos jours, qu'il existe, à la charge des parents, une obligation naturelle de doter leurs enfants. La rédaction même de l'article 204, qui nous dit que l'enfant *n'a pas d'action* contre ses père et mère, semble bien consacrer cette solution traditionnelle (V. en ce sens : Req. 14 juin 1827, S. Chron ; Cass. Belg. 9 nov. 1855, *Pas belg.* 56.1.65, et note de M. Savatier D. P. 1923.2.121 ; *Contra*, Montpellier, 16 déc. 1901, D. P. 1907.2.241, note de M. Capitant, S. 1905.5.185, note de M. Hémard).

Double variabilité de l'obligation alimentaire. — L'obligation ali-

mentaire n'est pas *fixe*, mais *variable*, et cela à un double point de vue.

1° *Selon les cas et les situations, elle est plus ou moins étendue.* — En effet, l'article 208 porte que les aliments sont accordés « dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ». Il y a d'ailleurs là pour les tribunaux une affaire d'appréciation souveraine. Ils détermineront le *quantum* des aliments en prenant en considération la situation sociale des parties. Ils pourront, par exemple, considérer comme étant dans le besoin une personne possédant encore des biens personnels, dont la vente pourrait lui procurer des ressources, mais ne pourrait s'effectuer que dans des conditions tout à fait désavantageuses. On a pu voir un père condamné à payer une pension alimentaire à sa fille mariée sous le régime dotal, alors que celle ci possédait encore intacte sa dot évaluée à plus de cent mille francs, parce que, d'une part, le revenu de cette dot paraissait insuffisant en égard à la situation sociale de la fille et que, d'autre part, le père jouissait de revenus très considérables (Req., 23 février 1898, D. P. 98.1.303, S. 1902.1.307).

On remarquera que la loi prescrit au juge de tenir compte exclusivement du besoin du créancier d'aliments et des ressources du débiteur. Donc, peu importe la cause de l'indigence alléguée. Quand même elle proviendrait de l'inconduite du demandeur, les aliments n'en seraient pas moins dus. Bien plus, les torts personnels que le demandeur aurait eus envers la personne du défendeur, ces torts eussent-ils été jusqu'à le rendre indigne de recueillir la succession de ce dernier, n'entraîneraient pas l'extinction de la créance d'aliments. Il n'y a qu'une hypothèse où celle-ci se trouverait influencée par la conduite plus ou moins digne de reproches de la personne indigente. C'est lorsque la créance prend sa source dans un préjudice résultant d'une faute du défendeur. C'est ainsi, nous l'avons vu, que s'explique l'article 301 permettant d'attribuer une pension alimentaire, après divorce, au seul époux innocent. Et, pareillement, la pension due par un époux séparé de corps à l'autre époux pourrait se ressentir des écarts de ce dernier, puisqu'elle peut, *parte in qua*, reposer, elle aussi, sur le fondement de l'article 1382.

La règle de double proportion établie par l'article 208 reçoit deux exceptions :

A. — Lorsqu'il s'agit de la pension alimentaire due à l'époux qui a obtenu le divorce, l'article 301 porte qu'elle ne peut, en aucun cas, excéder le tiers des revenus de l'autre conjoint.

B. — Si le créancier des aliments est un enfant incestueux ou adultérin, l'éducation et les aliments, qui lui sont dus, n'ont pas besoin d'être en rapport avec la situation sociale des parents qui en sont débiteurs. En effet, l'article 764 porte, sans faire aucune distinction, que l'enfant adultérin ou incestueux ne pourra réclamer des aliments à la succession de ses père et mère, lorsque l'un d'eux lui en aura assuré de son vivant, ou *lui aura fait apprendre un art mécanique*. Ainsi, les auteurs d'un enfant adultérin ou incestueux sont quittes envers lui en lui donnant l'éducation d'un ouvrier, quelle que soit leur condition sociale. Singulière

dure solution qui permet aux parents coupables de *déclasser* le fruit e leur faute, comme pour se punir eux mêmes en la personne de cet nocent !

2° L'obligation alimentaire est encore variable en ce sens que *sa fixation ar la justice est toujours essentiellement provisoire*. Vienne à changer l'un u l'autre des éléments qui en déterminent le *quantum*, besoins du créan-ier ou ressources du débiteur, une nouvelle fixation peut être réclamée ar les intéressés. L'article 209 exprime l'une des conséquences de ce aractère provisoire en nous disant que, « lorsque celui qui fournit ou celui ui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus n donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la dé-harge ou réduction peut en être demandée ».

Toutefois, la règle comporte une exception notable. Aux termes de article 205, modifié par la loi du 9 mars 1891, les aliments dus par la uccession au conjoint survivant doivent être réglés rapidement et *en une ois*. En effet, d'une part, le délai pour les réclamer est *d'un an* à partir du écès, sauf à se prolonger, lorsque la succession donne lieu à un partage, usqu'à son achèvement. La loi a voulu que le règlement de la situation u conjoint survivant ne pût prêter à des conflits et à des contestations erpétuelles avec les héritiers. Et, de plus, l'article 205 porte (al. 3) que la pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité » ; ce qui signifie qu'elle st réglée d'après les besoins du conjoint survivant au moment de la liqui-ation de la succession et *une fois pour toutes*. Donc, quand bien même les esoins du conjoint survivant viendraient à augmenter par la suite, ou les essources des héritiers à s'accroître, le conjoint ne pourrait prétendre à ne augmentation de sa pension. Mais, en revanche, si ses besoins venaient disparaître, il n'aurait plus droit à rien.

Il en sera de même, croyons-nous, pour l'enfant adultérin ou inces-ueux.

Mode de prestation des aliments. — Les aliments, en principe, ont fournis, à défaut de convention amiable, sous forme de pension, que e tribunal condamne le débiteur à verser à l'intéressé. Mais ne pourrait-n pas remplacer le paiement de cette pension par l'entretien à son domi-ile de la personne indigente, mode d'exécution en général plus facile t moins coûteux ? Le débiteur ne pourrait-il s'acquitter en recevant le réancier d'aliments à son foyer ? La loi fait à cet égard les distinctions uivantes.

Sauf l'époux et les enfants mineurs, qui ont droit à avoir leur place chez e conjoint ou les parents investis de leur garde, le *créancier d'aliments ne eut jamais exiger ce mode de règlement*. Il ne peut pas imposer sa pré-ence au foyer de son débiteur.

En revanche, *celui qui doit les aliments peut toujours offrir* de s'acquitter e cette manière. Mais *le créancier n'est pas tenu d'accepter* l'offre qui lui st faite, sauf dans les deux cas exceptionnels ci-dessous.

1° *D'une façon générale*, « si la personne qui doit fournir des aliments

justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal *pourra*, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments » (art. 210).

2° *Spécialement*, si le débiteur d'aliments est le *père* ou la *mère* (la loi ne dit pas un ascendant), il *devra* être dispensé de payer la pension alimentaire, lorsqu'il offrira de recevoir l'enfant dans sa demeure, de le nourrir et de l'entretenir (art. 211). Toutefois, la loi porte que, dans ce cas encore, le tribunal aura un pouvoir d'appréciation.

Si l'on rapproche les deux articles précités, il semble qu'en définitive les deux situations, qu'ils ont envisagées et paru régler différemment, donnent, au fond, lieu à une solution identique, puisque, en somme, c'est toujours au tribunal qu'il appartient de décider si les aliments seront fournis sous forme d'hospitalité ou d'annuités, en nature ou en argent. Cependant, il y a, croyons-nous, la différence suivante entre les deux hypothèses. Lorsque l'offre d'entretien à domicile émane d'un débiteur d'aliments autre que le père ou la mère (art. 210), c'est à l'auteur de l'offre à faire la démonstration des raisons graves qui peuvent justifier ce mode de libération. Au contraire, si l'offre vient du père ou de la mère, ce serait à l'enfant, désireux de la décliner, qu'il incomberait d'établir les raisons graves de nature à justifier son refus.

§ 3. — Caractères généraux de l'obligation alimentaire.

I. —Sanctions civiles de l'obligation. — L'obligation alimentaire n'est pas seulement morale ; c'est une obligation *civile*, puisqu'elle est inscrite dans la loi. Par conséquent le recouvrement peut en être poursuivi en justice.

Mais une difficulté se présente lorsque le créancier est un enfant mineur. En effet, son représentant légal, celui qui devrait être chargé d'agir pour lui, sera souvent celui-là même contre lequel il serait nécessaire d'exercer l'action ; par exemple, ce sera un père qui se dérobe à ses devoirs. Dans ce cas, il n'est guère douteux que la mère pourra agir en justice contre son mari (situation qui suppose, le plus souvent, des époux séparés au moins de fait), afin de le contraindre à verser la somme représentant sa contribution dans la charge commune de l'entretien et de l'éducation des enfants. En effet, l'article 203, visant cette charge, dit que les époux la « contractent *ensemble* » par le fait de leur mariage. Il en résulte au profit de chaque époux une action *personnelle* et directe contre l'autre (Paris, 7 décembre 1907, D. P. 1908.2.209, S. 1909.2.129, note de M. Wahl). Plus généralement, l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée décide que, « faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher, des salaires ou du produit du travail de son conjoint, une part en proportion de ses besoins ». Ce texte qui, nous l'avons vu, facilite, dans nombre de cas, l'exécution de l'obligation

alimentaire existant *entre époux,* peut également être utilisé pour obtenir les aliments dus aux enfants, qui sont aussi, cela est d'évidence, une « charge du ménage ». On remarquera qu'en dépit de la mauvaise rédaction du texte et de la rubrique de la loi, la disposition de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 est générale. D'une part, elle peut être invoquée par des femmes qui n'exercent aucune profession productive de gains et salaires, alors même qu'elles vivent séparées de fait de leurs maris (Civ., 1er février 1909, D. P. 1909.1.85, S. 1909.1.209, note de M. Tissier). Et, d'autre part, ce n'est pas seulement la femme, mais aussi, le cas échéant, le mari qui pourrait s'en servir pour faire contribuer la femme à l'entretien des enfants, si celle-ci exerce une profession lucrative.

En dehors de cette garantie de paiement, spéciale à l'hypothèse d'un débiteur qui touche des gains ou salaires, les *sûretés* garantissant le paiement de la dette alimentaire ne sont que celles du droit commun. Par conséquent, le jugement attribuant la pension alimentaire emportera hypothèque sur les immeubles du débiteur (art. 2123). De plus, si l'obligation alimentaire, comme cela se produit dans deux cas (art. 205 et 762), à savoir au profit de l'époux survivant ou de l'enfant incestueux ou adultérin, incombe à une succession, le créancier pourra bénéficier, comme tout créancier héréditaire, de la *séparation des patrimoines*, c'est-à-dire d'un privilège sur les immeubles du défunt (art. 2111). Mais on comprend aisément que ces garanties, subordonnées à l'existence de biens immobiliers dans le patrimoine du débiteur, peuvent être fort insuffisantes. Aussi la Jurisprudence admet-elle que, si l'on se trouve en présence d'un débiteur de ressources ou de moralité suspectes, de telle sorte qu'on puisse craindre de le voir soustraire son actif aux poursuites de ses créanciers, le tribunal peut ordonner au débiteur de placer un capital représentatif en valeurs sûres ou de le déposer dans une banque, pour faire face au service de la pension (Req., 2 décembre 1895, D. P. 96.1.198, S. 96.1.321

Sanctions pénales. Délit d'abandon de famille. — Lorsque l'obligation alimentaire (doublée du devoir d'éducation et de soins personnels) s'adresse à des descendants, et en particulier à des *enfants mineurs*, aux sanctions *civiles* que nous venons d'indiquer peuvent s'ajouter trois sanctions *pénales* :

1° La loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire prononce des pénalités qui, en cas de récidive, peuvent atteindre aux condamnations de simple police, et, par conséquent, aller jusqu'à l'emprisonnement (art. 14) contre les parents qui négligent d'envoyer leurs enfants, entre six et treize ans, à l'école primaire, ou d'assurer d'une autre façon leur instruction. Malheureusement, ces sanctions par suite de la mollesse des autorités, ne sont, en fait, jamais appliquées, et il en résulte que le nombre des illettrés reste encore beaucoup trop élevé dans nos pays.

2° La loi punit *l'abandon* d'enfant. En effet, le fait d'exposer ou de délaisser en un lieu solitaire un enfant, hors d'état de se protéger lui-même,

constitue un délit puni par les articles 349 à 353 du Code pénal, modifiés et aggravés par la loi du 19 avril 1898. [1].

3° La loi du 7 février 1924 (art. 1er, modifiée par celle du 3 avril 1928), punit d'emprisonnement et d'amende celui qui, condamné à fournir une pension alimentaire à son conjoint, à ses descendants ou à ses ascendants, sera volontairement resté plus de trois mois sans acquitter les termes de cette pension. La constatation de *l'abandon de famille* est faite par le tribunal dans la circonscription duquel la pension doit être payée ou les subsides fournis, après dépôt du titre de pension et de la plainte entre les mains du Procureur de la République.

II. — **Les aliments correspondent à des besoins présents.** — Plusieurs conséquences se rattachent à cette idée.

1° Les aliments sont *insaisissables* (art. 581, C proc. civ.). Les créanciers de l'indigent ne peuvent donc former opposition entre les mains du débiteur de la pension alimentaire. La loi sacrifie leurs intérêts à la considération d'humanité qui commande d'assurer avant tout la subsistance du débiteur actuellement dans le besoin. Toutefois, il y a une exception à cette insaisissabilité au profit des créanciers qui ont fait à l'indigent des fournitures alimentaires.

2° La pension alimentaire ne peut non plus, pour la même raison, faire l'objet d'une *cession* valable. Incessible est également l'hypothèque garantissant la pension (Civ. 12 décembre 1921, D. P. 22.1.153, note de M. Capitant).

3° La pension alimentaire ne peut pas faire l'objet d'une *compensation* (art. 1293, 3°). La compensation, en effet, équivaut à une saisie-arrêt. Si le créancier d'aliments se trouve être lui-même débiteur du débiteur de la pension, il est clair que l'extinction de sa propre dette (ce qui serait pour lui le seul bénéfice de la compensation) ne lui donnerait pas de quoi vivre.

4° La pension alimentaire *ne s'arrérage pas*, c'est-à-dire que le créancier d'aliments, qui a négligé de les toucher pendant plusieurs années, ne peut pas réclamer les annuités échues. Si ce créancier s'est passé jadis de la pension, c'est que les besoins qu'il avait allégués pour l'obtenir n'existaient pas en réalité (Req., 23 novembre 1920, D. P., 21.1.72, S. 22.1.83). Mais c'est au débiteur à prouver que le créancier a renoncé à son droit en s'abstenant de toucher sa pension (Trib. civ. Seine, 9 février 1923, D. P. 23.2.101). Toutefois, le principe comporte diverses exceptions.

A. — Si le créancier de la pension peut prouver qu'il a dû contracter des dettes pour subsister, il aura le droit de réclamer les arrérages échus. En

1. Toutefois, la loi comporte ici un tempérament notable, inspiré par la crainte de l'avortement et de l'infanticide. Elle admet le *dépôt* des enfants nouveaux-nés dans les établissements hospitaliers. La loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés a définitivement consacré l'admission des enfants à bureau ouvert (art. 8 et 9). Un local ouvert le jour et la nuit, et dans lequel ne se trouve d'autre témoin que la personne préposée au service de l'admission, est installé à cet effet. La préposée déclare simplement à la personne qui présente l'enfant que la mère, si elle consent à le garder, peut recevoir des secours et notamment un secours de premier besoin qui est alloué immédiatement. Elle lui signale, en même temps, les conséquences de l'abandon, consistant en ce que le lieu de placement du pupille reste secret. Il est vrai que la mère et la personne qui ont présenté l'enfant peuvent être renseignées à des époques fixes sur l'existence ou la mort de celui-ci (art. 22). Ajoutons que, si l'enfant paraît âgé de moins de sept mois, la personne qui le présente peut refuser de faire connaître le nom, le lieu et date de la naissance.

effet, le motif de la règle n'existe certainement pas ici : la règle doit donc être écartée.

B. — L'étranger, qui a fourni des aliments à une personne dans le besoin, par exemple, le médecin qui lui a donné ses soins, — les frais et soins médicaux étant compris à titre accessoire dans l'obligation alimentaire, — peut réclamer le paiement de ses notes restées en souffrance, à celui qui était tenu de la dette alimentaire (Trib. Seine, 8 février 1909, D. P. 1909.5.17).

III. — **L'obligation alimentaire est-elle successive ou simultanée ?** — Cette question se pose dans les hypothèses fréquentes où plusieurs personnes, enfants, ascendants, époux, beaux-parents, beaux-enfants, se trouvent être, en même temps, débitrices d'aliments envers un même individu dans le besoin. La Jurisprudence, d'ailleurs assez divisée sur ce point, ainsi que la majorité des auteurs semblent admettre que les débiteurs ne sont pas tenus *simultanément*, mais que l'indigent devra leur réclamer des aliments *dans un certain ordre* qui est le suivant : 1° au conjoint ; 2° aux descendants ; 3° aux ascendants ; 4° aux alliés (Trib. Albi, 15 décembre 1905, D. P. 1906.5.9). Ainsi, l'ordre des obligations civiles correspondra à la force du devoir moral qui astreint plus ou moins étroitement les débiteurs d'aliments. Nul n'est évidemment plus obligé de secourir une personne dans le besoin que son époux. Ensuite viennent les parents du sang. Et, si les descendants doivent être mis à contribution avant les ascendants, c'est parce qu'ils leur sont préférés comme héritiers ;

Quant aux alliés, on ne doit frapper à leur porte qu'à défaut de tous autres. On a d'ailleurs vu que formellement, l'article 356 n'admet l'adopté à réclamer des aliments à ses père et mère que s'il n'en peut obtenir de l'adoptant.

La règle, ainsi construite, comporte d'ailleurs des tempéraments. Il faut se souvenir, en effet, que la dette d'aliments est essentiellement en proportion des ressources respectives du débiteur et du créancier. D'où il résulte, d'abord, que, s'il y a plusieurs débiteurs successifs, le créancier n'aura pas à tenir compte de ceux qui sont insolvables, et pourra, passant par dessus leur tête, s'adresser aussitôt à ceux qui sont solvables, encore que placés à un rang plus éloigné. En effet, celui qui n'a qu'un débiteur insolvable se trouve dans le besoin, tout autant que s'il n'avait pas de débiteur du tout. De plus, croyons-nous, si un débiteur de deuxième ou troisième ligne était dans une situation beaucoup plus aisée qu'un débiteur de première ligne, le tribunal pourrait accueillir des poursuites qui seraient directement intentées contre lui. En d'autres termes, nous n'admettons l'ordre successif dans l'obligation alimentaire qu'en cas d'égalité de situation des divers codébiteurs.

IV. — **L'obligation alimentaire est-elle solidaire ou indivisible ?** — A supposer qu'il y ait plusieurs débiteurs d'aliments, tenus au même

rang, par exemple, plusieurs enfants, l'obligation se divise-t-elle entre eux? Le créancier n'a-t-il, par conséquent, le droit de réclamer à chacun de ses débiteurs que la part de la dette commune qui lui incombe, eu égard au nombre des personnes obligées ?

En faveur de cette solution, on peut faire valoir qu'elle constitue le droit commun des obligations *plurales* (art. 1220). Pour qu'un créancier échappe à la division de sa créance entre ses divers débiteurs, et pour qu'il puisse réclamer la totalité de son dû (*solidum*) à l'un quelconque de ses débiteurs, ce qui lui permettra, pratiquement, de s'adresser seulement au plus solvable, il faut que l'obligation dont il se prévaut soit *indivisible* ou *solidaire*. Or, la créance d'aliments n'est certainement pas *indivisible*. Car les obligations indivisibles sont celles dont l'*objet* n'est pas susceptible d'être divisé. Et l'objet de l'obligation alimentaire (*quod debetur*) étant une allocation pécuniaire est, sans conteste, susceptible de division.

L'obligation alimentaire rentre-t-elle du moins dans la catégorie des obligations solidaires ? Pas davantage, croyons-nous, car *la solidarité ne se présume pas*. A défaut d'une convention qui la prononce, la solidarité n'existe que là où un texte formel l'a établie (art. 1202), et ce texte fait défaut dans la matière. Aussi, la Jurisprudence la plus récente, après, il est vrai, de nombreuses hésitations, incline-t-elle à décider que l'obligation alimentaire ne donne pas plus naissance à une dette solidaire qu'à une dette indivisible (Paris, 18 décembre 1897, D. P. 98.2.197. V. notes de MM. Boucart S. 91 1.81, et de Loynes D. P. 1902.2.193).

Nous croyons toutefois que, s'il n'y a pas solidarité, et si, par conséquent, le créancier d'aliments est tenu de *diviser ses poursuites* contre les divers codébiteurs, ce créancier bénéficiera cependant d'une situation un peu analogue à celle qui résulte de la solidarité, à ce point de vue qu'il n'aura pas à souffrir de l'insolvabilité possible de l'un des codébiteurs conjoints. Supposons, par exemple, qu'une mère qui se trouve dans le besoin ait deux enfants. Si l'un d'eux est absolument hors d'état de lui fournir sa part de la somme qui lui serait nécessaire pour vivre, déciderons-nous que la mère ne pourra néanmoins réclamer que la moitié de cette somme à son autre enfant ? Non. En effet, il ne faut pas oublier ce principe essentiel que la créance d'aliments est proportionnée *aux besoins* du créancier (art. 208). Or, en face de celui de ses enfants qui est solvable, la mère, qui ne peut rien obtenir de l'autre enfant, se présente avec plus de besoins que si ces deux débiteurs étaient également aisés. Et elle pourra actionner l'enfant solvable dans la mesure de ses besoins, c'est-à-dire pour la totalité de la somme qui lui est indispensable pour subsister.

V. — L'obligation alimentaire est intransmissible sauf certaines exceptions. — L'obligation alimentaire, résultant d'un lien de parenté ou d'alliance, qui est tout personnel et disparaît avec la mort des personnes entre lesquelles il existe, est *intransmissible*.

Si donc nous envisageons l'obligation par son côté *actif*, nous déciderons que les héritiers d'une personne créancière d'aliments n'ont pas le droit, à

ce titre, d'en réclamer à ceux qui en étaient débiteurs, à moins bien entendu que ces héritiers ne soient eux-mêmes dans une situation qui leur confère un tel droit ; ce qui arrivera, par exemple, si le débiteur des aliments est l'ascendant de l'héritier. Les héritiers auront-ils, du moins, le droit de réclamer les annuités échues et non encore payées qui étaient dues à leur auteur défunt ? Non, car la dette alimentaire *ne s'arrérage pas*. Ils ne pourraient exercer de réclamation de ce chef qu'en démontrant que leur auteur, privé des annuités en retard, a dû s'endetter pour subsister.

L'intransmissibilité de l'obligation alimentaire, envisagée au point de vue *passif*, a été plus discutée. Dans le cas, au moins, où les besoins du créancier avaient pris naissance avant le décès du débiteur, on a soutenu que l'obligation alimentaire, grevant virtuellement le patrimoine du défunt, s'est transmise comme le reste du passif successoral, aux héritiers de celui-ci. Mais ce raisonnement doit être écarté. Outre le caractère tout personnel des qualités qui fondent la créance et la dette d'aliments, on peut faire valoir qu'elles sont essentiellement réciproques (art. 207). Or, si les aliments pouvaient être réclamés aux héritiers ou légataires universels du débiteur, non pas à raison de leur parenté avec le créancier, mais uniquement en vertu de ce qu'ils succèdent au patrimoine du débiteur, il ne saurait être question de réciprocité dans l'obligation (Civ. 27 novembre 1917, D. P. 1917.1.193).

L'intransmissibilité de l'obligation alimentaire contre les héritiers du débiteur souffre trois exceptions :

1° Nous avons déjà indiqué que les *enfants incestueux et adultérins* peuvent réclamer des aliments non seulement à leur auteur, mais à sa succession (art. 762).

2° Le *conjoint survivant* a pareillement le droit, en cas de besoin, de réclamer des aliments à la succession du conjoint prédécédé (art. 205, 1re al. 2e pie, ajoutée par la loi du 9 mars 1891). L'expression employée par la loi, et d'après laquelle les aliments sont dus *par la succession*, ne doit pas d'ailleurs nous faire illusion La succession n'est pas une entité juridique qui puisse être débitrice. Ceux qui doivent les aliments nécessaires au conjoint survivant, ce sont en réalité, comme pour toutes les autres dettes, les héritiers ou successeurs ou légataires universels ou à titre universel.

Les héritiers seront-ils tenus de la dette en question comme des autres, c'est-à-dire *sur leurs biens personnels*, *ultra vires hereditatis*, à supposer qu'ils aient accepté la succession purement et simplement ? L'affirmative nous paraît s'imposer. La question n'offre d'ailleurs qu'un faible intérêt pratique. Car, pour pouvoir faire limiter son obligation à l'actif net de la succession, l'héritier devrait nécessairement être en mesure d'établir la consistance de cet actif ; il faudrait donc supposer qu'il a fait inventaire, précaution qu'il ne prendra certainement pas s'il se porte héritier pur et simple. Il faudrait donc prévoir le cas d'un héritier ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, mais ayant ensuite encouru la déchéance de ce bénéfice à raison de l'inaccomplissement de quelqu'une des formalités imposées aux héritiers bénéficiaires, pour que la limitation de son obligation à l'actif net héréditaire pût présenter quelque intérêt.

3° Enfin, lorsque la dette alimentaire ne résulte pas d'une *qualité personnelle* du défunt, elle doit -- cela découle naturellement de ce qui précède — se transmettre contre ses héritiers. C'est ce qui a lieu, nous l'avons vu lorsqu'il s'agit d'une pension due, *après divorce*, par le conjoint contre lequel le divorce a été prononcé. Le fondement de l'obligation en effet, c'est ici le *délit* commis par l'époux dont les torts ont amené le divorce, et les créances nées d'un délit peuvent être poursuivies contre les héritiers du délinquant (Lyon, 4 juin 1892, D. P. 93.2.32, S. 93.2.60).

TROISIÈME PARTIE

ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DE L'ÉTAT CIVIL

Généralités. Sens du mot état civil. — Le mot *état* vient du mot latin ***status***, qui désignait les attributs nécessaires pour posséder la personnalité. Ces attributs étaient à Rome au nombre de trois : le *status libertatis*, le *status civitatis*, le ***status familiæ***. Pour jouir de la personnalité juridique, il fallait être libre et non pas esclave, être citoyen et non pas latin ou pérégrin, être chef de famille et non pas *alieni juris* (Girard, *op. cit.*, 5e édit., p. 92 .

Le Droit moderne ne connaît plus ces distinctions. Tous les hommes, quels qu'ils soient, sont des personnes ; mais les mots *état civil* servent toujours à désigner les principaux éléments qui individualisent l'homme. D'abord, sa nationalité ; en second lieu sa filiation, qui le rattache à ses auteurs et par eux à une famille déterminée ; et, enfin, les divers faits qui vont marquer le début, la fin de sa personnalité ou modifier son état (naissance, mariage, divorce, reconnaissance, légitimation, adoption, décès).

Observons ici que l'*état* et la *capacité* sont deux choses distinctes (Voir art. 3, 3e al., C. civ.), et qu'il ne faut pas les confondre. L'état civil comprend les liens qui rattachent l'homme au milieu social, nation et famille, et l'individualisent : la capacité est l'aptitude à jouir des droits civils et à les exercer. Toute personne a un état civil ; au contraire, il y a des individus capables et des individus incapables.

Ceci posé, on comprend aisément quelle importance il y a à conserver par un acte écrit la constatation des faits sus-mentionnés, qui influent sur l'état d'un individu ; c'est pourquoi la loi exige, pour chacun de ces faits, la rédaction d'un acte authentique. Ces actes sont les *actes de l'état civil*. La

1. Mersin, *Traité théorique et pratique des actes de l'état civil*, Paris, 1873; 2e édit., 1892, Supplément 1898. On trouvera des renseignements intéressants sur la tenue des registres dans Edouard Lévy, *Notes sur l'état civil*, thèse, Paris, 1910. Un *formulaire général* des actes de l'état-civil, destiné à servir de guide aux municipalités et aux tribunaux et à établir dans leurs pratiques l'uniformité désirable a été mis en vigueur par une circulaire du Garde des Sceaux du 10 janvier 1913.

loi a, de même, créé pour la conservation de ces actes, en particulier des *naissances*, des *mariages*, et des *décès*, des registres spéciaux, dits *registres de l'état civil*, rédigés par des fonctionnaires appelés *officiers de l'état civil*.

On remarquera que, si les naissances, les mariages, les décès, les divorces, les adoptions doivent être inscrits sur les registres de l'état civil, la *reconnaissance d'un enfant naturel* n'y est constatée qu'autant qu'elle est faite devant un officier de l'état civil (art. 334, C. civ.). Quant à la légitimation de l'enfant naturel, elle résulte de l'acte de mariage de ses père et mère par qui il a été reconnu.

SECTION I. — Règles générales sur les actes de l'état civil.

§ 1. — Historique[1].

Caractère confessionnel des actes de l'état civil dans l'Ancien Droit. — Pendant tout le Moyen Age, il n'y avait pas de registres pour la constatation des naissances, des mariages et des décès. La preuve de ces faits, quand elle devenait nécessaire, se faisait par les modes ordinaires, et, notamment, par témoignages ou par présomptions. Ainsi, quand il s'agissait de connaître l'âge d'un enfant, le parrain et la marraine l'affirmaient, sous la foi du serment prêté sur les évangiles, et le prêtre qui l'avait baptisé confirmait leur déclaration.

C'est le clergé catholique qui a pris l'habitude d'inscrire les faits intéressant l'état des personnes sur des registres spéciaux. Pour les naissances ou plutôt pour les baptêmes, l'usage remonte au début du XV^e^ siècle. « Le plus ancien document connu qui mentionne la tenue d'un registre de baptême est de l'an 1406 ; c'est un statut d'Henri le Barbu, évêque de Nantes, qui prescrit ou peut être rappelle aux curés de son diocèse de consigner les baptêmes sur des registres et d'y mentionner les noms des parrains et marraines[2]. » Ces registres, dit l'évêque, permettront de connaître la filiation des individus et empêcheront que des parents au degré prohibé ne contractent mariage dans l'ignorance de leur parenté. En conséquence, le statut précité décide que les curés devront présenter chaque année à l'évêque de Nantes, lors de sa visite paroissiale, les registres de baptêmes et seront passibles d'une peine s'ils omettent de dresser les actes et si un mariage illicite est conclu par suite de cette négligence.

Les registres des mariages et des décès doivent leur origine à une autre préoccupation. Bien qu'il fût interdit aux curés de rien demander pour,

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3^e^ édit., p. 501 à 506; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 831-834; Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, 2^e^ édit., Paris, 1842.

2. Viollet, *op. cit.*, p. 502.

l'administration des sacrements ou la sépulture des morts, l'usage s'était répandu de leur faire, dans ces occasions, des dons ou aumônes, qui se transformèrent en véritables rétributions, et le clergé prit l'habitude de tenir des registres ou livres de compte sur lesquels il inscrivait les droits qui n'étaient pas immédiatement versés. Les plus anciens de ces registres sont du milieu du XIV^e^ siècle (Brissaud, *op. cit.*, p. 833).

L'utilité de ces divers documents, comme modes de preuve de l'état civil des individus, fut bien vite appréciée, et, dès le XVI^e^ siècle, le pouvoir royal et l'autorité spirituelle se préoccupèrent d'en réglementer la tenue. La première de ces réglementations se rencontre dans l'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539), prescrivant (art. 51) de tenir registre, « en forme de preuve, des baptêmes, qui contiendront le temps et l'heure de la nativité », et ajoutant que « l'extrait de ce registre servira de preuve du temps de la majorité ou minorité et aura pleine foi à cet effet ». Pour éviter toute erreur dans la rédaction, ces registres devaient être visés par un notaire. La même ordonnance prescrivait (art. 50) de dresser acte des décès et sépultures des personnes titulaires d'un bénéfice. La Cour de Rome prétendait avoir droit au revenu des bénéfices *vacants* ; c'est pourquoi il importait particulièrement au roi d'être instruit immédiatement des vacances, afin de procéder le plus tôt possible à une collation nouvelle.

D'autre part, le Concile de Trente (1563) enjoignit aux curés, dans toute la chrétienté, de tenir des registres de baptêmes et de mariages, mais sans imposer encore les registres de décès, lesquels étaient moins nécessaires que les précédents.

En France, l'ordonnance de Blois (mai 1579, art. 181) vint, à son tour, renouveler l'injonction de l'ordonnance de Villers-Cotterets, et, cette fois, pour les baptêmes, les mariages et les décès, défendre aux juges de recevoir d'autres preuves de l'état civil. En outre, pour assurer la conservation des registres, l'ordonnance en prescrivit le dépôt, tous les ans, par les curés et vicaires, aux greffes des justices royales.

Au XVII^e^ siècle, la grande ordonnance d'avril 1667 sur la procédure civile, dite Code Louis ou Ordonnance civile (titre 20), prescrivit de nouvelles formalités pour assurer la régularité des registres et la bonne rédaction des actes. Ces dispositions, qui sans doute n'étaient pas toujours observées, furent rappelées par la déclaration du 9 avril 1736, laquelle ordonna, en outre, la tenue en double exemplaire.

Ainsi, on le voit, le pouvoir royal ne manqua pas de s'ingérer dans cette grave question de la constatation des faits constitutifs de l'état civil, mais il n'enleva pas la tenue des registres au clergé catholique, qui la conserva jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Il en résultait que les personnes appartenant à d'autres cultes ne bénéficiaient pas des avantages de l'institution. Les ministres protestants avaient, il est vrai, pris l'habitude de tenir des registres à l'exemple des prêtres catholiques, mais les ordonnances royales n'avaient pas accordé force probante à ces documents, car elles ne s'en étaient pas occupées. De plus, l'édit portant révocation de l'Edit de Nantes (octobre 1685) abolit cette pratique et, dès lors, les protes-

tants persécutés n'eurent plus aucun moyen de faire constater leur état civil, sauf celui de s'adresser aux prêtres catholiques[1].

Cette situation dura jusqu'en 1787. L'édit de Louis XVI du 28 novembre 1787, qui rendit aux protestants l'exercice de leur culte et de leurs droits civils, chargea les officiers de justice du lieu de constater les naissances, mariages et décès pour ceux qui ne voulaient pas s'adresser aux prêtres catholiques. Ce fut le premier pas dans la voie de la sécularisation.

Sécularisation de l'état civil par la Révolution. — Cette réforme, nécessaire pour assurer à tous les Français sans distinction les bienfaits de l'institution, fut réalisée par l'Assemblée Constituante.

La constitution du 3 septembre 1791 (titre II. art. 7) annonçait la sécularisation en ces termes : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront les actes. »

La réforme ainsi promise fut opérée l'année suivante par le décret des 20-25 septembre 1792, qui confia la fonction de tenir les registres de l'état civil aux municipalités, et réglementa la tenue, le dépôt des registres et la rédaction des actes. Un assez grand nombre de mesures législatives furent édictées ensuite jusqu'au Code civil pour expliquer, étendre ou modifier les dispositions de ce décret

Le Code civil vint enfin consacrer définitivement la sécularisation et codifier les dispositions éparses antérieures, presque toutes empruntées à l'ordonnance de 1667 et au décret de 1792.

On remarquera que le clergé continue à tenir des registres des baptêmes et des mariages, mais ces registres n'ont force probante que devant l'autorité ecclésiastique. Cependant, les registres tenus dans les paroisses peuvent encore aujourd'hui fournir la preuve des actes antérieurs au décret de 1792. De plus, ils ont servi, en vertu de la loi du 12 février 1872, à reconstituer les registres de l'état civil de Paris, détruits pendant la Commune. Et ils pourraient être également employés aujourd'hui devant les tribunaux comme renseignements, au cas très rare où les registres civils n'auraient pas été tenus, ainsi que dans le cas où il y aurait lieu de reconstituer les actes de l'état civil détruits par suite d'événements de guerre (V., à ce sujet, loi du 1er juin 1916).

§ 2 — Des officiers de l'état civil.

Maires, adjoints, conseillers municipaux. — Les fonctions d'officiers de l'état civil ont été confiées par la loi du 28 pluviôse an VIII, concernant la division du territoire de la République et l'administration (art. 13),

1. V. sur la situation, à ce point de vue, des protestants et des juifs dans l'ancien Droit, Viollet, *op. cit.*, p. 371 à 403; Bonifas, *Le mariage des protestants depuis la réforme jusqu'à 1789*, thèse Paris, 1901 ; Portalis, *Consultation sur la validité du mariage des protestants en France*, dans *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, p. 441.

aux *maires et adjoints* des communes. La loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale (art. 92, 3°) ne fait que rappeler cette disposition en déclarant que le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure... « 3° des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois ».

C'est donc essentiellement au maire qu'appartient le rôle d'officier de l'état civil[1], car lui seul est chargé de l'administration (art. 82 de la loi du 5 avril 1884). On dit quelquefois que, en cette qualité, le maire est, non plus un fonctionnaire de l'ordre administratif, mais un *officier de police judiciaire*. L'expression n'est pas exacte, car l'officier de police judiciaire est chargé de constater les contraventions à la loi pénale. Ce qu'il faut dire, c'est que l'officier de l'état civil est *chargé d'un service judiciaire*, et placé à ce titre sous le contrôle de l'autorité judiciaire. En effet, toutes les questions concernant l'état civil des personnes relèvent de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire (V. note de M. Mestre, S. 1909.2.17).

En cas d'absence, de suspension, révocation, ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé par un adjoint, dans l'ordre des nominations, et, à défaut d'adjoint, par un conseiller municipal désigné par le conseil, ou, sinon, pris dans l'ordre du tableau[2] (art. 84 loi du 5 avril 1884).

Le maire peut toujours, du reste, *déléguer* par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints ou à des membres du conseil municipal (art. 83). Aussi, est-il d'usage, dans les villes, que le maire confie l'état civil à l'un de ses adjoints, ou même à un conseiller municipal, qu'il désigne sans être astreint à suivre l'ordre du tableau[3]. Au surplus, cette désignation ne lui enlève pas à lui-même le droit de remplir, à l'occasion, les fonctions d'officier de l'état civil.

Compétence et rôle de l'officier de l'état civil. — L'officier de l'état civil a compétence pour tous les actes qui se passent sur le territoire de sa commune et rien que pour ceux-là.

Son rôle est celui d'un simple greffier[4]; il reçoit des intéressés les déclarations prescrites par la loi, sans avoir à vérifier si elles sont sincères, et les mentionne dans l'acte qu'il rédige. Il ne doit insérer dans les actes que les mentions prescrites par la loi.

1. Aux armées de terre ou de mer, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies, selon les cas, par certains officiers, fonctionnaires de l'intendance, officiers gestionnaires des hôpitaux. (V. art. 93 à 98 Code civil). En France, les actes de l'état civil peuvent également être reçus par ces personnes, en cas de mobilisation ou de siège, mais seulement lorsque le service municipal n'est plus assuré en aucune façon par suite de circonstances provenant de l'état de guerre.

2. Ce tableau est dressé d'après le nombre des voix obtenues par les conseillers élus et suivant qu'ils ont été élus au premier ou au second tour de scrutin.

3. Avant la loi de 1884, on se demandait si le maire n'était pas obligé de suivre l'ordre du tableau. Un arrêt de la Cour de cassation (Civ., 7 août 1833, D. P. 84.1.5, note de M. Ducrocq, S. 84.1.5, note de M. Labbé) avait déclaré, en se fondant sur les lois alors en vigueur qu'une délégation faite sans observation de cet ordre était illégale, mais il avait décidé que cette illégalité n'entraînait pas la nullité des actes reçus, parce qu'aucun texte ne sanctionnait cette obligation. L'article 82 de la loi du 5 avril 1884 n'impose plus au maire l'obligation de se conformer à l'ordre du tableau.

4. Pourtant nous avons vu qu'en ce qui concerne le mariage, il joue un rôle actif; il prononce que les parties sont unies, art. 75, 3e al.).

Les contraventions commises par l'officier de l'état civil aux dispositions des articles 34 à 49 du Code civil, sont poursuivies devant le tribunal de première instance et punies d'une amende, qui ne peut excéder cent francs. Mais, si la faute commise cause un préjudice aux personnes intéressées, elles peuvent réclamer à l'officier des dommages-intérêts, par application de l'article 1382 du Code civil. L'article 52 du Code civil énonce la règle pour les cas d'altération, de faux, ou d'inscription des actes sur une feuille volante, mais ce texte ne saurait avoir aucun caractère restrictif ; en effet (art. 1382), tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer[1].

Il convient d'ajouter que l'incompétence de l'officier n'entraîne pas, à elle seule, la nullité de l'acte de l'état civil, car nulle part la loi ne prononce la nullité pour inobservation des règles de forme de ces actes. Même, en matière de mariage, il résulte, on s'en souvient, de l'article 191, que l'incompétence peut être un élément de la nullité, mais qu'à elle seule, en dehors de toute autre irrégularité, elle n'en est pas une cause suffisante.

Cas où l'acte a été dressé par une autre personne qu'un officier de l'état civil. — Le cas peut se présenter en temps d'émeute, d'insurrection, d'invasion du territoire par une armée ennemie. Les fonctions d'officier de l'état civil peuvent être remplies, dans ces hypothèses, par des individus qui n'ont pas été régulièrement désignés. Les principes conduiraient à prononcer la nullité des actes ainsi dressés, mais une telle conséquence serait déplorable, surtout pour les mariages célébrés dans ces conditions. Aussi, quand des faits de ce genre se produisent, le législateur ne manque-t-il pas d'intervenir pour régulariser la situation. C'est ainsi qu'à la suite de la guerre de 1870 et de la Commune, deux textes législatifs spéciaux furent promulgués. La loi du 19 juillet 1871, applicable à Paris et aux communes de la Seine, et visant la période insurrectionnelle qui suivit le 18 mars 1871, décida que les actes passés pendant cette période par tous autres que les officiers publics compétents seraient bâtonnés. Mais, en même temps, la loi prenait les mesures nécessaires pour que ces actes fussent à nouveau rédigés, et elle déclarait que la nouvelle rédaction des actes de mariage assurerait aux mariages tous leurs effets civils à la date des premiers actes bâtonnés.

La loi du 6 janvier 1872, relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements, n'était pas moins nécessaire, car après la révolution du 4 septembre 1870, nombre de maires et d'adjoints avaient été forcés de cesser leurs fonctions, et celles-ci avaient été remplies soit par des membres des anciens conseils municipaux, soit par les présidents

1. V. Poitiers, 26 février 1908 (S. 1909.2.17), et, sur pourvoi, Req., 15 juin 1909 (D. P. 1911.1.113, S. 1909.1.519), condamnant un officier de l'état civil à des dommages-intérêts pour non inscription d'un arrêt d'adoption sur les registres. Il ne faut pas oublier que l'officier de l'état civil n'est pas un fonctionnaire administratif, mais un officier public responsable dans les mêmes conditions qu'un notaire. Comp. la note de M. Mestre, S. 1909.2.17.

des comités qui s'étaient formés pour succéder à ces conseils, soit enfin par des maires et adjoints provisoires nommés par les habitants. La loi du 6 janvier 1872 a donc décidé que les actes inscrits sur les registres de l'état civil, depuis le 4 septembre 1870 jusqu'à la date de sa promulgation, ne pourraient être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les avaient reçus, pourvu que ces personnes eussent eu, à ce moment, l'*exercice public* des fonctions municipales ou de celles d'officier d'état civil, à quelque titre et sous quelque nom que ce fût.

La loi du 28 février 1922, art. 4, a édicté la même disposition pour les actes dressés ou transcrits sur les registres depuis le 2 août 1914, dans les communes occupées par l'ennemi durant la guerre.

§ 3. — Des registres de l'état civil et des copies.

Règles sur la tenue des registres. — Les actes de l'état civil doivent être inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres *tenus doubles* (art. 40).

C'est là une règle absolue, à laquelle il ne doit être dérogé en aucune circonstance. Le Code pénal la sanctionne sévèrement (art. 192), en punissant d'une peine d'emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et d'une amende de 16 à 200 francs, les officiers de l'état civil qui inscriraient leurs actes sur une simple feuille volante.

Les registres sont sur papier timbré (décret du 20 septembre 1792, art. 2), et la dépense de ce papier est à la charge de la commune (art. 136, n° 4, loi du 5 avril 1884). Afin d'empêcher toute adjonction ou suppression, les registres sont cotés par première et dernière feuille, et paraphés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplace (art. 41, C. civ.).

Suivant l'importance de la commune, il y a un registre unique, sur lequel sont inscrits tous les actes, ou un registre pour les naissances, un pour les mariages, un pour les décès , parfois un pour les naissances et un autre pour les mariages et les décès.

Le registre unique ou les registres sont, avons-nous dit, tenus en double. Cette précaution est prise en vue d'assurer la conservation des actes contre les chances de destruction. A cet effet, à la fin de chaque année, une fois les registres clos et arrêtés par l'officier de l'état civil, l'un des doubles est déposé aux archives de la mairie, et l'autre est envoyé au greffe du tribunal de première instance où il est conservé (art. 43).

Les actes sont inscrits sur les registres, de suite, c'est-à-dire les uns après les autres suivant leur ordre chronologique, sans aucun blanc. Chacun d'eux porte un numéro d'ordre. L'article 1er, dernier alinéa, de l'ordonnance du 26 novembre 1823 fait allusion à ce numérotage.

Pour faciliter les recherches, l'officier de l'état civil rédige, dans le mois

qui suit la clôture du registre, une table annuelle annexée à chacun des registres tenus en double.

En outre, les greffiers des tribunaux de première instance dressent des tables décennales, dans les six premiers mois de la onzième année, en double expédition pour chaque commune; une des expéditions reste au greffe et la seconde est adressée à chaque mairie du ressort du tribunal (V. décrets du 1er mars 1910 et du 27 février 1913) [1]

Vérification des registres. — Pour assurer leur tenue régulière, l'article 53 prescrit au procureur de la République de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe [2]. Le procureur de la République dresse un procès-verbal sommaire de la vérification ; il dénonce les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil et requiert contre eux, s'il y a lieu, la condamnation à l'amende.

L'ordonnance du 26 novembre 1823 a tracé les règles à suivre pour cette vérification. Le procureur de la République adresse aux officiers de l'état civil des instructions sur les contraventions commises dans les actes de l'année précédente et sur les moyens de les éviter (art. 3 de l'ordonn.). Le procureur de la République ne peut pas corriger lui-même les irrégularités qu'il relève. En effet, c'est un principe que les modifications à la rédaction des actes ne peuvent être faites que par un jugement de rectification (art. 99 à 101, C. civ.). Mais, dans la pratique, le procureur de la République fait rectifier les irrégularités d'ordre matériel, absence de signature, défaut d'approbation d'une surcharge, etc...

Publicité des registres. — Les registres de l'état civil sont publics (art. 45). Tout le monde doit pouvoir les consulter, car tout le monde peut avoir intérêt à se renseigner sur l'état de tel ou tel individu. L'institution des actes de l'état civil, sans la publicité, c'est-à-dire sans la possibilité accordée à toutes autres personnes que les individus inscrits eux-mêmes de se faire communiquer les actes portés sur les registres, ne présenterait qu'une utilité restreinte.

A ce point de vue, les actes de l'état civil diffèrent profondément des *actes notariés*, autres actes authentiques. Ceux-là ne sont pas publics. Les personnes qui n'y ont pas été parties n'ont pas le droit de s'en faire délivrer copie. L'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI décide que les notaires ne peuvent, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, à peine de dommages-intérêts et d'une amende de 100 francs.

1. D'après le décret du 20 juillet 1807 abrogé par celui de 1910 (Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, art. 43, nos 11 à 18), les tables décennales étaient dressées en *triple exemplaire* pour être déposées au greffe, à la mairie et à la préfecture. Ces tables décennales commencent en 1802, et vont de 1802 à 1813, de 1813 à 1823 et ainsi de suite.

2. Un arrêt de la Cour de cassation (Civ., 23 février 1847, D. P. 47.1.81, S. 47.1.362) a décidé que la vérification devait se faire sur les deux doubles, et qu'en conséquence les maires sont tenus de faire l'apport au greffe ou au parquet, non seulement du registre destiné au greffe, mais de celui qui doit rester à la mairie.

Cette différence est aisée à comprendre. Celui qui traite avec une personne a intérêt à connaître son état civil, à savoir si elle est majeure ou mineure, mariée ou non, car de ces qualités dépend la capacité de l'individu. De même, les créanciers, les successibles ont le plus grand intérêt à connaître le décès de leur débiteur, de leur parent. Les faits relatés par les actes de l'état civil produisent leurs effets à l'égard de tous ; ils ont une *portée absolue*. Au contraire, les actes reçus par les notaires, à l'exception de quelques-uns, tels que les reconnaissances d'enfants naturels, les contrats de mariage, sont des contrats, ou, plus généralement, des actes juridiques dont *l'effet est relatif* (art. 1165), c'est-à-dire réduit aux personnes qui y ont figuré.

Mais comment les registres seront-ils consultés ? La loi ne pouvait évidemment autoriser que les consultants se fissent remettre les registres pour les compulser eux-mêmes. Elle organise donc la *publicité par copies*. Toute personne peut, en principe, et sauf ce que nous dirons plus loin, concernant l'acte de naissance, se faire délivrer une copie par le détenteur légal des registres (art. 45).

Les copies des actes de naissance, mariage ou décès sont délivrées sur un papier timbré à trois francs, qui doit naturellement être remboursé par le requérant. Celui-ci acquitte en outre un droit, qui est aujourd'hui dans toutes les communes de 1 fr. 25 pour les naissances, les décès et les reconnaissances, et de 2 fr. 50 pour les mariages et les transcriptions de jugements (loi du 18 décembre 1922)[1].

Les copies sont délivrées soit par l'officier de l'état civil, soit par le greffier du tribunal pour les années écoulées.

Elles doivent porter en toutes lettres la date de leur délivrance[2].

Elles doivent être revêtues du sceau et de la signature de l'autorité qui les délivre. Cette signature n'a plus besoin d'être légalisée (art. 45, al. 2, modifié par la loi du 9 août 1919), sauf lorsqu'il y a lieu de produire la copie devant des autorités étrangères[3]. Il en est de même pour l'acte de consentement des ascendants au mariage (V. *supra*, p. 139).

Toute la force probante de la copie ainsi obtenue tient évidemment à sa conformité avec le registre. C'est pourquoi elle doit être *certifiée conforme* au registre par le dépositaire.

Règles particulières quant à la publicité des actes de naissance. — Une loi du 30 novembre 1906 a cependant limité la publicité des actes de naissance. En effet d'après le 2e alinéa, ajouté à l'article 57 par la

1. V. l'art. 45, al. 3, ajouté par la loi du 9 août 1919, disposition destinée à faciliter aux intéressés la constitution des dossiers de pension sur le Trésor public et autres.

2. Cette prescription a été ajoutée par la loi du 7 août 1897, art. 4, qui vise principalement l'acte de naissance pour lequel l'indication de la date est particulièrement utile, car l'acte de naissanee doit mentionner en marge certains faits, reconnaissance de l'enfant naturel, mariage, adoption, qui ont pu modifier l'état de l'individu.

3. Les copies ou expéditions des actes notariés n'ont pas toujours besoin d'être légalisées. Elles ne sont soumises à cette formalité qu'autant qu'il en est fait usage dans un ressort de Cour d'appel ou un département autre que celui où exerce le notaire (Loi du 25 ventôse an XI, art. 28).

dite loi il y a lieu de distinguer la « *copie conforme* » de ces actes, copie dont la délivrance n'est plus accordée à tout venant, et le simple *extrait*, que le dépositaire des registres délivre à tout requérant, mais qui ne contient que certaines des indications portées en général sur les actes de naissance[1].

Cette loi a été inspirée par le désir louable d'éviter les inconvénients que présentait la publicité de l'acte de naissance intégral pour les *enfants naturels*, dont la filiation se trouvait ainsi révélée à la malignité publique. On avait fait observer qu'il y a nombre de circonstances (demandes d'emplois, examens, service militaire, admission dans une association, etc.) dans lesquelles un individu doit produire son acte de naissance, sans qu'il y ait aucun intérêt à ce que l'on soit renseigné sur le caractère de sa filiation. De là, la règle nouvelle, en vertu de laquelle il n'est plus délivré en principe à tout requérant une copie intégrale des actes de naissance, mais un simple *extrait*, mentionnant seulement, « sans autres renseignements, l'année, le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui ont été donnés, les noms, prénoms, professions et domicile des père et mère tels qu'ils résultent des énonciations de l'acte de naissance ou des mentions contenues en marge de cet acte » (art. 57, 5e al.).

Quant à la « *copie conforme* », c'est-à-dire complète de l'acte de naissance, elle ne peut être obtenue que par le procureur de la République, l'intéressé, ses ascendants, ou descendants, son tuteur ou son représentant légal, s'il est mineur ou en état d'incapacité. Enfin, les tiers qui justifieraient avoir besoin d'une copie complète d'un acte de naissance devront adresser une demande écrite d'autorisation au juge de paix du canton où l'acte a été reçu (art. 57, 2e al.).

Ainsi, depuis cette loi, l'extrait délivré librement et à tout requérant n'indique plus si les père et mère de l'enfant sont mariés, ni si l'enfant a été reconnu ou légitimé.

Tel quel, le régime nouveau, bien que d'inspiration excellente, présente de manifestes inconvénients. D'abord, il ne suffit pas toujours à dissimuler, comme l'avaient espéré les auteurs de la loi, l'illégitimité de l'enfant. Bien des enfants naturels, en effet, ne sont reconnus que par leur mère ou ne sont reconnus par aucun de leurs auteurs. Or, le fait seul que l'extrait ne contiendra pas le nom des parents ou n'indiquera que celui de la mère, sera clairement révélateur de la filiation irrégulière de l'enfant. En somme, la loi nouvelle ne profitera qu'aux enfants naturels reconnus *à la fois* par leur père et par leur mère. Or il est permis d'avancer que ces enfants ne sont pas très nombreux. Lorsque le père et la mère reconnaissent leur enfant *l'un et l'autre*, il est rare qu'ils n'aillent pas jusqu'à le légitimer par leur mariage.

Ajoutons que, pour être pleinement efficace, la loi aurait dû interdire la délivrance à tout requérant de l'acte de reconnaissance, quand il est ins-

1. Il est à remarquer que le mot d'*extrait* était employé autrefois dans un autre sens par l'article 45 (ancien). Il désignait les copies *in extenso* des actes de l'état civil, copies extraites non de l'acte, mais du registre. La loi du 30 novembre 1906 a introduit ici une terminologie plus rationnelle.

crit sur les registres, et de l'acte de mariage des père et mère contenant la même reconnaissance en cas de légitimation. Or, c'est ce qu'on a omis de faire. Cet oubli enlève une partie de son utilité à la réforme, laquelle, d'autre part, complique fort la délivrance des expéditions complètes des actes de naissance, puisqu'il faudra désormais que l'intéressé, désireux de se la procurer, fasse preuve de son identité devant le dépositaire légal et puisqu'il en sera de même pour ses ascendants ou descendants[1].

§ 4. — Rédaction des actes de l'état civil.

Personnes participant à la rédaction. — Les personnes qui participent à la rédaction d'un acte de l'état civil sont, d'abord, l'officier de l'état civil, puis, suivant les cas : les parties, le déclarant et les témoins.

L'officier de l'état civil. — En pratique, dans les villes un peu importantes, l'officier de l'état civil ne reçoit que les actes de mariage. Pour les reconnaissances d'enfants naturels, les naissances, les décès, les actes sont dressés par les employés de la mairie, et l'officier de l'état civil y appose sa signature après coup, souvent même assez longtemps après qu'ils ont été rédigés. Cette pratique, imposée par les circonstances, n'est pas conforme au texte de la loi.

Les parties. — Les parties sont les personnes dont l'acte va modifier l'état civil.

La présence des parties n'est obligatoire que dans le mariage (art. 75).

Quant à la reconnaissance d'un enfant naturel, c'est un acte unilatéral auquel l'enfant ne participe pas. Le père ou la mère, auteur de la reconnaissance, n'est pas obligé de comparaître en personne devant l'officier de l'état civil, il peut donner à un tiers mandat de le représenter (art. 36).

Enfin, le jugement de divorce (art. 252) et le jugement d'adoption (art. 367) sont transcrits sur les registres hors de la présence des intéressés.

Le déclarant. — Dans les actes précédents, il n'est pas besoin de déclarant, puisque ce sont les parties elles-mêmes ou leur mandataire qui assistent à l'acte. Mais, pour la constatation des naissances et des décès, il

1. Faut-il remarquer, en outre, la singulière rédaction de la loi du 30 novembre 1906? « Nul », nous dit-elle, « *à l'exception* du procureur de la République, *de l'enfant*, de ses ascendants et descendants, etc... ne pourra obtenir une copie conforme d'un acte de naissance *autre que le sien*, etc. » Grammaticalement, il résulte de la phrase ainsi construite que l'*enfant* a le droit d'obtenir la copie complète d'un acte de naissance autre que le sien. Si l'on prend la loi à la lettre, elle dit donc précisément le contraire de ce qu'elle a voulu décider! La *Société d'Etudes législatives* avait préparé sur cette question, avec beaucoup de soin, un projet certainement très supérieur au texte qui a été voté (V. *Bulletin*, 1904, p. 211, le rapport de M. Ambroise Colin et la discussion).

faut bien recourir à la déclaration d'un tiers, qui demande à l'officier de l'état civil de dresser l'acte de naissance ou de décès.

Pour l'acte de naissance, l'article 56 énumère les personnes qui peuvent servir de déclarant. Ce peut être une personne quelconque ayant assisté à l'accouchement. La loi n'exige aucune condition d'âge ni de capacité.

Pour l'acte de décès, le déclarant peut être un parent du défunt ou une personne possédant sur son état civil des renseignements exacts et complets (art. 78, modifié par la loi du 7 février 1924).

Témoins. — La loi du 7 février 1924 a supprimé la nécessité des témoins pour la rédaction des actes de naissance et de décès (art. 57, 78, 79 nouveaux). Il semble que cette suppression doit aussi être admise dans les actes contenant reconnaissance des enfants naturels. La nécessité de la présence de témoins est également supprimée pour les actes de l'état civil reçus hors de France et notamment aux armées (art 93, al. 2 nouveau). Le seul acte qui doit dorénavant être rédigé devant témoins est l'acte de mariage.

Encore chaque partie n'a-t-elle besoin d'y être assistée que d'un seul témoin (art. 75, 1er al. modifié par la loi du 9 août 1919).

Le rôle des témoins consiste à certifier l'identité des parties et à assurer la conformité de l'acte rédigé avec les déclarations faites. A cet effet, la loi exige que l'officier de l'état civil donne lecture de l'acte aux parties comparantes et aux témoins (art 38), et elle exige que l'accomplissement de cette formalité soit mentionné dans l'acte (art. 38, 2e al.).

En conséquence, la loi veut que les témoins, à la différence du déclarant dans l'acte de naissance, soient âgés de vingt-et-un ans au moins (art. 37). Les femmes majeures comme les hommes peuvent être témoins, les étrangers aussi. L'article 37, al. 2, portait que le mari et la femme ne peuvent pas être témoins ensemble dans le même acte, mais cette restriction a été supprimée par la loi du 27 octobre 1919.

Enfin, ce sont les intéressés qui choisissent les témoins (art. 37).

Formes de rédaction de l'acte. — L'acte doit énoncer l'année, le jour et l'heure où il est reçu, les prénoms, noms, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés de plus, dans certain cas, la date et le lieu de leur naissance quand ils sont connus (art. 34 modifié par la loi du 28 octobre 1922).

L'officier ne mentionne aucune autre déclaration que celles qui sont requises par la loi.

Rien ne doit être écrit par abréviation : aucune date ne sera mise en chiffres (art. 42).

L'acte est rédigé en présence des parties et, s'il y a lieu, des témoins. Après quoi l'officier de l'état civil en donne lecture et fait mention dans l'acte de l'accomplissement de cette formalité (art. 38). L'acte est signé par l'officier, les comparants et les témoins. Si l'un deux ne

sait on ne peut signer, mention est faite de la cause qui l'en empêche (art. 39).

Des mentions en marge — Lorsqu'un acte de l'état civil ou un jugement vient modifier les effets d'un acte antérieur, il importe beaucoup de mentionner le second document en marge du premier, afin de prévenir les tiers auxquels un extrait de celui-ci serait communiqué. Le Code civil avait déjà usé de ce procédé en prescrivant de mentionner la reconnaissance d'un enfant naturel en marge de son acte de naissance (art. 62). Il ordonnait aussi, au cas où un jugement de rectification d'un acte de l'état civil intervient, de le transcrire en marge de l'acte réformé (art. 101).

Les lois récentes ont considérablement et avec raison élargi l'emploi des mentions marginales.

1° Le *jugement de divorce* doit être mentionné en marge de l'acte de mariage (art. 251, 2e al., C. civ., loi du 18 avril 1886).

2° La *réconciliation* des époux séparés de corps doit, pour être opposable aux tiers, être mentionnée en marge de l'acte de mariage (art. 311, loi du 6 février 1893).

3° Le jugement retirant à la femme ses pouvoirs sur les *biens réservés* doit être mentionné en marge de l'acte de mariage (loi du 13 juillet 1907, art. 2).

4° L'*acte de mariage* doit être mentionné en marge de l'acte de naissance (art. 76, dern. al. C. civ , loi du 17 août 1897). Cette mention a pour but d'assurer au mariage une publicité efficace, de nature à mettre obstacle soit à la bigamie, soit aux fraudes qu'une personne mariée peut commettre, en se prétendant célibataire et en trompant sur son état ceux avec qui elle contracte.

5° L'acte de célébration du mariage des père et mère, emportant *légitimation* de l'enfant naturel, doit être mentionné en marge de l'acte de naissance de cet enfant (art. 331, loi du 17 août 1897). Le Code civil n'avait prescrit la mention que pour la reconnaissance et non pour la légitimation. Celle-ci se trouvait bien constatée *ipso facto*, quand la reconnaissance avait lieu dans l'acte de mariage, ce qui est fréquent, mais non plus lorsque l'enfant avait été reconnu antérieurement par ses père et mère. Le nouveau texte comble cette lacune.

6° Le *jugement d'adoption* doit être mentionné en marge de l'acte de naissance (art. 367 nouveau).

On voit qu'actuellement l'acte de naissance contient en marge l'indication des principaux faits (reconnaissance, adoption, légitimation, mariage), susceptibles de modifier l'état de l'individu. La loi ne prescrit pas de mentionner également le décès en marge de l'acte de naissance. C'est une réforme qu'on a souvent demandée. Elle serait fort utile à bien des points de vue. De même nous pourrions citer plusieurs autres difficultés matérielles auxquelles donne souvent lieu l'insuffisance des

marges des registres, marges qui ne peuvent plus contenir toutes les mentions dont on les encombre.

Reste à savoir *comment s'opère la mention en marge ?* Jusqu'à la loi du 17 août 1897, les mentions en marge étaient faites à la requête des parties intéressées. Celles-ci devaient réclamer une expédition de l'acte donnant lieu à mention, la faire enregistrer et la produire ensuite, avec une réquisition, à la Mairie de la commune qui possédait dans ses archives le registre sur lequel la mention devait être inscrite. Or, ces parties négligeaient souvent de remplir ces formalités ; et la mention n'avait pas lieu.

Depuis la loi de 1897, la mention doit être faite d'office (art. 49, 1er al.). L'officier qui a dressé ou transcrit l'acte donnant lieu à mention effectue celle-ci dans les trois jours, s'il détient les registres sur lesquels elle doit se faire (art. 49, 2e al.). Dans le même délai, il adresse un avis au procureur de la République de son arrondissement ; celui-ci veille à ce que la mention soit faite, d'une façon uniforme, sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes, ou dans tous autres dépôts publics (art. 49, 3e al.), c'est-à-dire partout où existe un exemplaire de l'acte de l'état-civil (Circ. du garde des sceaux du 1er octobre 1897).

Irrégularité des actes de l'état civil. — Aucun article de notre titre ne sanctionne par la nullité l'inobservation des formalités requises pour la rédaction des actes de l'état civil. Ce n'est pas un oubli des rédacteurs du Code. Il suffirait pour s'en convaincre, de comparer notre titre et celui du mariage, dans lequel un chapitre entier (art. 180 et suiv.) est consacré aux demandes en nullité du mariage. La discussion au Conseil d'Etat prouve d'ailleurs que le silence du législateur a été volontaire. Il eût été trop grave d'écarter l'instrument constatant l'état civil des personnes, par suite d'irrégularités presque toujours imputables au rédacteur de l'acte. L'omission des formalités requises par nos articles n'emporte donc pas la nullité de l'acte irrégulièrement dressé. Il y a là une règle que la Jurisprudence a maintes fois appliquée. Ainsi, notamment, il ne faut pas hésiter à dire que l'*absence de signature de l'un des comparants* n'est pas une cause d'inefficacité. C'est un simple oubli, une négligence, qui n'enlève pas à l'acte son effet probatoire, du moment que celui-ci constate le fait en vue duquel il a été dressé.

Le *défaut de la signature de l'officier de l'état civil* paraît moins insignifiant, car c'est son intervention qui donne à l'acte l'authenticité, mais, ici, encore, cette omission, le résultat d'un simple oubli, ne doit pas emporter la nullité. C'est un cas qui se produit parfois dans les villes, pour les actes de naissance ou de décès dressés par des scribes et signés après coup par le maire ou l'adjoint à intervalles plus ou moins rapprochés. Il se peut, notamment, que l'officier meure avant d'avoir pu signer tous les actes. On ne saurait en faire porter la peine aux intéressés. Toutefois, un jugement sera nécessaire pour réparer le défaut de signature et valider l'acte incomplet (Trib. civ. Seine, 28 février 1919. *Gaz. Trib.* 6 juillet 1919, note de M. Ed. Lévy).

Le *refus de signer de l'un des comparants* serait plus grave, car il pourrait être considéré comme une rétractation de sa déclaration. Le cas s'est pré-

senté en pratique à l'occasion d'une reconnaissance d'enfant naturel non signée par celui qui en était l'auteur. Un arrêt de la Cour de cassation (Req., 28 novembre 1876, D. P. 77.1.367, S. 77.1.172) a cependant fort bien établi qu'il y avait ici une distinction à faire. On examinera si l'irrégularité est le résultat d'une inadvertance, ou si elle doit être attribuée à un changement de volonté du comparant non signataire, et, dans ce dernier cas seulement, le refus de signature enlèvera toute valeur à l'acte, puisque la volonté de l'auteur fait défaut.

Enfin, la *présence des témoins* n'est pas non plus une formalité substantielle, en vertu de cette idée générale qu'il n'y a pas en notre matière de formalité qui ait ce caractère.

Pourtant, si loin qu'on aille dans cette voie, et quelque intérêt qu'il y ait à maintenir l'acte de l'état civil imparfait, il y a un point où il faut s'arrêter. C'est lorsque l'acte qui a été dressé perd entièrement le caractère d'acte de l'état civil, parce qu'il ne répond plus aux conditions essentielles requises par la loi et à la définition même de ces actes. Il en est ainsi d'après l'opinion générale et suivant la pratique, dans les quatre cas suivants :

1° *Il n'y a pas eu intervention d'un officier public.* — En d'autres termes, il s'agit d'un acte dressé par une personne, qui n'était pas régulièrement investie des fonctions d'officier de l'état civil. Les auteurs sont d'accord pour dire ici qu'il n'y a plus acte de l'état civil, encore que le document ait été inscrit sur les registres de l'état civil. Pourtant, c'est se montrer bien rigoureux. Les particuliers sont bien obligés de s'adresser à celui qui, en fait, remplit les fonctions d'officier de l'état civil, et il est injuste de leur faire supporter les conséquences d'une situation à laquelle ils ne peuvent rien. Aussi, la Jurisprudence s'est-elle montrée ici plus clémente que la Doctrine. Elle a eu à se prononcer à diverses reprises, notamment à l'occasion de mariages célébrés, soit par un maire irrégulièrement nommé, soit par un conseiller municipal irrégulièrement délégué dans les fonctions d'officier de l'état civil, et elle s'est refusée à prononcer l'annulation de ces actes[1].

La question s'est également posée en 1870-1871, et en 1914 à la suite de l'invasion du territoire, pour les communes où le pouvoir municipal s'était trouvé aux mains de personnes qui n'avaient pas été investies, conformément à la loi, des fonctions d'officiers de l'état civil. Nous avons (*supra*, p. 388, 389) cité les lois de circonstances qui ont régularisé la situation

2° Le second cas où il n'y a plus à proprement parler acte de l'état civil est celui où il s'agit d'un *acte rédigé sur une feuille volante.* Il n'y a, en effet, qu'un mode officiel de constatation des actes de l'état civil, c'est leur inscription *sur les registres* à ce destinés. C'est aux seules copies des actes

1. V. not., Civ. précité, 7 août 1883, D. P. 84.1.5, note de M. Ducrocq ; S. 84.1.5, note de M. Labbé. — Il s'agissait, dans cette espèce que nous avons déjà signalée, p. 387, note 3, de la mémorable affaire des mariages célébrés dans la commune de Montrouge par un conseiller municipal irrégulièrement délégué par le maire comme officier de l'état civil. Cet arrêt a invoqué à l'appui de sa thèse, non pas le silence des articles du Code civil sur les actes de l'état civil, mais le silence de la loi municipale alors en vigueur, laquelle ne sanctionnait pas par la nullité les règles auxquelles elle soumettait le pouvoir de délégation du maire.

inscrits sur les registres que la loi attache la force probante (art. 45, 194, 319). Par conséquent, le fait de rédiger un acte sur une feuille volante ne peut avoir aucune valeur aux yeux de la loi. En présence d'une telle irrégularité, les intéressés n'auraient qu'une ressource : prouver devant le tribunal la réalité du fait constaté sur feuille volante ; prouver ensuite la faute commise par l'officier de l'état civil. Le tribunal, comme nous le verrons, rendrait alors un jugement qui serait transcrit sur les registres, et tiendrait lieu d'acte régulier.

3° Il y aurait également nullité de l'acte de l'état civil qui serait reçu dans une commune autre que celle où la déclaration devait être faite d'après la loi.

4° Même solution enfin si l'acte était dressé *ex intervallo*, c'est-à-dire à distance de la déclaration. En effet, les garanties de conformité entre les déclarations des comparants et l'acte de l'état civil feraient défaut dans ce cas.

SECTION II. — Règles spéciales a certains actes.

Nous allons maintenant indiquer les énonciations que doivent contenir les actes de naissance et les actes de décès. Nous avons, en effet, déjà exposé, à propos du mariage, les règles relatives à la rédaction de l'acte de mariage.

§ 1. — Actes de naissance.

L'acte de naissance est le plus important des actes de l'état civil. Il fixe l'âge et, partant, la capacité de l'individu ; il fait connaître sa filiation, du moins quand il s'agit d'un enfant légitime, ou d'un enfant naturel reconnu au moment de sa naissance. Il ne joue pas un rôle moins important dans l'organisation administrative du pays. C'est lui qui permet d'établir les rôles de la conscription militaire et les listes électorales. C'est donc un acte essentiel, tant pour les rapports entre particuliers que pour le Droit public.

Aussi, afin d'en assurer la rédaction, la loi a-t-elle pris les deux précautions suivantes :

1° Elle énumère les personnes qui doivent faire la déclaration de la naissance ;

2° Elle exige que cette déclaration soit faite dans un délai très bref.

1° **Personnes qui doivent faire la déclaration.** — La déclaration de la naissance doit être faite par le *père*. C'est à lui qu'incombe ce devoir.

Lorsque le père est absent, malade, décédé, ou lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel, que le père ne veut pas reconnaître, la naissance est déclarée par les docteurs en médecine, sages-femmes, ou autres personnes qui ont assisté à l accouchement et, lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle est accouchée (art. 56).

Toutes ces personnes sont tenues concurremment de cette obligation, à défaut du père, et l'absence de déclaration les expose toutes aux pénalités

prononcées par la loi (Cass. crim., 12 novembre 1859, D. P. 60.1.50, S. 60.1.186 ; 28 février 1867, D. P. 67.1.190, S. 67.1.267).

Rappelons que la loi du 7 février 1924 a supprimé l'obligation pour le déclarant de se faire assister de deux témoins.

2° Délai de la déclaration. — Les déclarations de naissance doivent être faites dans les trois jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu (art. 55)[1].

Il importe, en effet, que la naissance soit déclarée et l'acte dressé le plus vite possible. Si la loi n'avait pas fixé un délai très court, il y aurait eu à craindre soit des négligences, soit des collusions faites en vue d'attribuer à l'enfant une filiation supposée.

Le Code civil n'avait pas d'abord sanctionné cette obligation de déclarer dans les trois jours, mais l'on s'aperçut bien vite du danger de cette lacune. Comme, depuis 1792, la guerre était à peu près permanente, beaucoup de parents évitaient de déclarer la naissance de leurs enfants, dans l'espoir qu'ils échapperaient plus tard à la conscription. Aussi, lors de la rédaction du Code pénal, dut-on y insérer une pénalité contre les contrevenants (art. 346). Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, ne fait pas la déclaration à elle prescrite et dans les délais fixés, est punie d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize à trois cents francs (V. Garçon, *Code pénal annoté,* art. 346).

Lorsque la déclaration est faite après l'expiration du délai, l'officier ne doit plus la recevoir. La rédaction de l'acte ne pourra avoir lieu qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal civil. Cette solution a été consacrée par la loi du 20 novembre 1919 qui a complété en ce sens l'article 55[2].

3° Rédaction de l'acte de naissance. — Les formalités imposées par la loi visent un triple but :

A. — Constater la naissance.

B. — En fixer la date.

C. — Individualiser l'enfant et établir autant que possible sa filiation.

A. — *Constatation de la naissance.* — L'article 55 exigeait que l'enfant fût présenté à l'officier de l'état civil. Mais cette présentation à la mairie aurait eu des inconvénients pour la santé des nouveaux-nés. Elle ne se faisait donc plus depuis longtemps à Paris et dans quelques grandes villes, où les naissances étaient simplement vérifiées par des médecins délégués par l'administration municipale. Une circulaire du Ministre de l'Intérieur du 9 avril 1870 (D. P. 71.3.41) avait préconisé ce mode de constatation. Dans d'autres villes, le déclarant apportait à l'officier de l'état civil une attestation signée du médecin accoucheur ou de la sage-femme. La loi du 20 novembre 1919 a purement et simplement supprimé la formalité de la présentation à la mairie ou de la vérification médicale (Cf. circul. du Garde des sceaux du 12 décembre 1919).

1. Les déclarations de naissance aux armées doivent être faites dans les dix jours qui suivent l'accouchement (art 93 C. c., modifié par la loi du 17 mai 1900).

B. — *Date.* — L'acte de naissance doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance (art. 57, 1er al.). L'indication de l'heure est importante, car c'est elle qui fixe le moment exact où l'enfant deviendra majeur.

C. — *Individualisation de l'enfant et constatation de sa filiation.* — L'acte doit indiquer le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère (article 57, 1er alinéa).

L'indication des *prénoms* et *noms des parents* va de soi quand il s'agit d'un enfant légitime, et il est d'usage d'indiquer qu'il est né de tel homme et de telle femme, *son épouse*, bien que l'article 57 n'exige pas cette mention.

Quand il s'agit d'un enfant naturel, on ne mentionne pas le nom du père, lorsque celui-ci ne vient pas lui-même faire sa déclaration, cas auquel l'indication de son nom et sa signature valent reconnaissance de la filiation.

Quant au nom de la mère, le plus souvent le déclarant le fait connaître à l'officier de l'état civil, et celui-ci doit alors le mentionner dans l'acte. Cette indication ne vaut pas reconnaissance, bien entendu, mais elle contient pour l'enfant un renseignement qui peut être précieux et auquel la jurisprudence a, nous l'avons vu, attaché même dans certains cas un certain effet probatoire. Mais, d'autre part, l'officier de l'état civil ne peut pas exiger du déclarant le nom de la mère. S'il le faisait, le déclarant aurait le droit de se refuser à répondre, car l'article 57, 1er alinéa, ne vise évidemment que la déclaration de naissance d'un enfant légitime. Il a fallu plusieurs arrêts de la Cour de cassation pour fixer la pratique en ce sens et mettre fin à la résistance de certains officiers de l'état civil, qui refusaient de dresser l'acte de naissance lorsque le nom de la mère n'était pas déclaré (Cass. crim., 16 septembre 1343, D. P. 44.1.137, S. 43.1.915 ; 1er juin 1844. D. P. 44.1.282, S. 44.1.670)[1]. Dans ce cas, depuis la loi du 22 juillet 1922, on n'inscrit plus que l'enfant est né de père et mère inconnus ou non dénommés : aucune mention ne doit être faite.

Enfin, l'acte de naissance doit énoncer le nom du déclarant, s'il n'est pas le père (art. 34).

Hypothèses spéciales. — 1° *Enfants trouvés.* — Aux termes de l'article 58 « toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances de temps

1. La jurisprudence belge, contrairement à la nôtre, a décidé que le déclarant devait toujours faire connaître le non de la mère. Le médecin lui-même ne peut s'y refuser en se retranchant derrière le secret professionnel. Le Code pénal de 1867 a consacré et sanctionné cette obligation (art. 361. V. Nypels, *Le Code pénal belge interprété*, nouv. édit. par Servais. t. II, p. 440 à 442). Les Belges ont estimé que l'intérêt de l'enfant est de connaître sa mère et que cet intérêt doit prévaloir sur celui de la famille et de la mère elle-même.

et de lieu où il aura été trouvé. — Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres. »

Ajoutons que le défaut de déclaration expose celui qui a trouvé l'enfant aux peines édictées par l'article 346 du Code pénal (V art. 347 du même Code).

2° *Enfants morts-nés*. — Le décret du 4 juillet 1806 décide que, lorsque l'enfant meurt avant la déclaration de naissance, l'officier de l'état civil dresse un acte sur le registre des décès, mais sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. Dans cet acte, l'officier constate qu'il a reçu la déclaration que l'enfant n'était pas vivant.

3° *Naissances en mer*. — Les actes 59 à 61, modifiés par les lois des 8 juin 1893 et 7 février 1924, énoncent les formalités à remplir pour constater ces naissances. Nous nous contentons d'y renvoyer.

§ 2. — Actes de décès.

L'officier de l'état civil joue ici un double rôle :

1° Il constate le décès et rédige l'acte ;

2° Il donne le permis d'inhumer.

Un troisième principe domine la matière : c'est que, lorsque la constatation du décès est impossible par suite de la disparition du cadavre (catastrophe dans une mine, naufrage, incendie, noyade, etc.), l'officier de l'état civil doit refuser de rédiger l'acte de l'état civil. C'est la justice qui constatera le décès et le jugement sera transcrit sur les registres de l'état civil.

1° Constatation du décès et rédaction de l'acte. — L'officier de l'état civil[1] doit se transporter auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès (art. 77). En pratique, dans les villes, cette constatation à domicile est faite, non par l officier lui-même, mais par un médecin, soit celui du défunt, soit un médecin assermenté par la mairie. Cette pratique n'est pas illégale, quoi qu'on ait dit, car la loi n'interdit pas à l'officier de charger un tiers, et, notamment, un médecin plus compétent que lui à cet effet, de vérifier le décès (V. circul. du Ministre de l'Intérieur du 24 décembre 1866, D. P. 67.3.48).

La rédaction de l'acte de décès se fait sur la déclaration d'un parent du défunt ou d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible (art. 78 modifié par la loi du 7 février 1924).

1. La loi ne dit pas dans quelle commune l'acte doit être dressé, mais il résulte évidemment de l'article 77 que c'est dans la commune du lieu du décès. Il y a des cas où la loi prescrit à l'officier de l'état civil d'envoyer une expédition à l'officier du domicile de la personne décédée, pour que cette expédition soit transcrite sur les registres (V. art. 82, 2e al., pour les cas de mort violente, art. 80, de décès dans les hôpitaux, établissements publics, prisons ou autres, art. 86, de décès pendant un voyage maritime, art. 94, de décès des militaires et marins dans certains cas spéciaux). Si le dernier domicile de l'individu en question est à Paris ou si son domicile est inconnu, la transcription doit être effectuée à Paris, à la mairie du 1er arrondissement (Loi du

L'officier de l'état civil mentionne dans l'acte les prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile du défunt ; les prénoms et nom de l'autre époux, si le défunt était marié ou veuf (art. 79.).

En outre l'officier indiquera, si possible, les prénoms, noms, professions, domiciles des père et mère du décédé (art. 79). Mentions complémentaires utiles pour établir au besoin la filiation de la personne décédée et faciliter les recherches généalogiques.

L'officier mentionne les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant ; et, s'il y a lieu, son degré de parenté avec la personne décédée (art. 79).

Enfin, lorsque le défunt est décédé ailleurs que dans la commune où il était domicilié, l'officier de l'état civil doit, dans le plus bref délai, adresser à l'officier de la commune du dernier domicile du défunt une expédition de l'acte de décès qui sera immédiatement transcrit sur les registres de cette commune (art. 80 complété par la loi du 20 novembre 1919).

L'article 79 ne prescrivait pas de mentionner dans l'acte le jour et l'heure du décès. Etait-ce un oubli ou une omission volontaire ?

C'est un point qui a été discuté. On a prétendu que les rédacteurs du Code n'avaient pas voulu qu'une aussi grave question, si importante pour la dévolution héréditaire des biens du défunt, fût ainsi tranchée sur la simple affirmation d'un intéressé. Cet argument n'avait pas de valeur. La mention portée à l'acte ne peut servir évidemment de preuve, étant donné que le fait ainsi relaté n'a pas été constaté par l'officier de l'état civil lui-même. Dès lors, si un débat s'élève sur le jour et l'heure du décès, chacun des intéressés devra faire valoir ses moyens de preuve, abstraction faite de l'indication portée sur l'acte ; d'où il résulte que la mention du jour et de l'heure n'a aucun inconvénient.

Aussi, la loi du 7 février 1924 prescrit-elle de mentionner dans l'acte le jour et l'heure du décès (art. 79 nouveau).

Enfin, les circonstances qui ont accompagné la mort ne doivent pas être relevées. L'article 85 l'indique expressément pour les cas les plus importants : « Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention, ou d'exécution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par l'article 79 ».

Notons que, par une dérogation au principe, heureuse dans son inspiration, la loi du 2 juillet 1915 prescrit d'insérer dans l'acte de décès des militaires, marins, ministres du culte, infirmiers ou infirmières, tués à l'ennemi, morts de leurs blessures ou des suites d'une maladie contractée sur le champ de bataille, ainsi que dans celui des civils tués par l'ennemi, la mention « mort pour la patrie ».

10 août 1917). Mais la loi ne prescrit pas d'une façon générale de transcrire l'acte de décès de la personne morte en un lieu autre que celui de son domicile sur les registres de la commune du dit domicile.

On remarquera qu'à la différence de ce qui est ordonné pour les actes de naissance, la loi ne prescrit pas de délai pour la rédaction de l'acte de décès. Elle a jugé inutile de le faire, pensant que l'officier de l'état civil dresserait l'acte au moment où le permis d'inhumer lui serait demandé. C'est ainsi, en effet, que les choses se passent dans la pratique.

Plusieurs lois successives, modifiant les dispositions du Code relatives à certains actes de l'état civil faits soit dans les hôpitaux ou les formations sanitaires (art. 80), soit au cours d'un voyage maritime (art. 86), soit aux armées (art. 93, 94, 95, 96 et 98) ont réglé les formalités à remplir dans ces divers cas (Voir les règles particulières édictées pour les décès survenus hors de France ou aux armées par l'article 93, al. 2 et dernier, modifié par la loi du 11 décembre 1924).

2° **Du permis d'inhumer.** — L'officier de l'état civil, après avoir constaté le décès, délivre un permis d'inhumer sur papier libre et sans frais. Aucune inhumation ne peut être faite sans ce permis (art. 77). Celui ci ne peut être délivré que vingt-quatre heures après le décès (afin d'éviter le danger d'une inhumation précipitée), hors les cas prévus par les règlements de police.

Des dérogations à cette règle sont, il est vrai, prévues par le décret du 27 avril 1889, déterminant les conditions applicables aux divers modes de sépulture. En vertu de l'article 1[er] de ce décret, l'officier de l'état civil peut, s'il y a urgence, notamment en cas de décès survenu à la suite d'une maladie contagieuse ou épidémique, ou en cas de décomposition rapide, prescrire, sur l'avis du médecin commis par lui, la mise en bière immédiate après la constatation officielle du décès, et ordonner la sépulture avant l'expiration du délai de vingt quatre heures.

D'autre part, lorsqu'il y a des indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent lieu de la soupçonner, l'officier de l'état civil ne doit pas délivrer le permis d'inhumer avant qu'un officier de police ait dressé procès-verbal de l'état du cadavre. Cette mesure a pour but de permettre à la justice de faire les constatations nécessaires pour découvrir les causes de la mort (V. art. 81 et 82).

3° **Constatation des décès par jugement.** — Lorsque la disparition du cadavre empêche la constatation matérielle du décès, l'officier de l'état civil ne peut pas rédiger l'acte de décès. Il n'y a plus qu'un moyen pour faire établir officiellement le décès, c'est de s'adresser au tribunal et de prouver les circonstances qui ont entraîné la mort de l'individu. Le tribunal rend alors un jugement constatant le décès, et ce jugement est transcrit sur les registres de l'état civil.

Chose remarquable, il n'y a pas de texte de portée générale autorisant cette constatation judiciaire des décès, pour tous les cas où le cadavre d'un

1. On remarquera que, bien que l'article 77 n'indique pas expressément dans quel délai doit se faire la déclaration du décès, le décret du 15 avril 1915. relatif aux mesures à prendre dans l'intérêt de la salubrité en ce qui concerne les inhumations et exhumations, décide (art. 8) que les déclarations de décès doivent être faites dans les vingt-quatre heures.

individu ne peut être retrouvé. Le législateur a procédé par voie de mesures successives visant les hypothèses les plus intéressantes. Ces mesures sont de deux sortes.

A. — *Les unes ont un caractère permanent.* — C'est d'abord un décret du 3 janvier 1813 contenant des dispositions de police relatives à l'*exploitation des mines.*

L'article 18 prescrit aux maires de se faire représenter les corps des ouvriers qui auraient péri par accident dans une exploitation, et de ne permettre leur inhumation qu'après qu'il a été dressé procès-verbal de l'accident.

L'article 19 du même décret, prévoyant le cas où il y aurait impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des victimes, ordonne de faire constater cette circonstance par le maire, qui en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur de la République, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, cet acte sera annexé aux registres de l'état civil.

Pendant longtemps, il n'y a pas eu d'autre texte que le décret précité. D'où une grande incertitude dans la pratique, surtout en ce qui concernait les marins disparus en mer. Comment fallait-il faire constater leur disparition ? Deux procédés paraissaient possibles. On pouvait d'abord penser à suivre les règles de l'Absence, faire déclarer l'absence des disparus et envoyer leurs héritiers présomptifs en possession de leurs biens (art. 115 et s., C. civ.). Mais cette procédure est longue, et comme l'absence ne rompt pas le mariage (art. 139, C. civ.), la femme ne peut pas se remarier. D'autre part, dans les cas où le décès ne fait pas de doute, mais où le corps ne peut pas être retrouvé, il n'y a pas lieu à déclaration d'absence, car l'absence suppose qu'on ignore si l'individu est vivant ou mort (V. note de M. Planiol sous D. P. 90.2.305). Un second procédé plus simple consistait à demander au tribunal de constater les circonstances permettant d'établir le naufrage et, partant, le décès des marins. C'est à cette seconde extrémité que recouraient le plus souvent les intéressés, mais il n'y avait pas accord dans la Jurisprudence. Certains tribunaux seulement accueillaient ces demandes et rendaient un jugement constatant le décès, lorsque la preuve du naufrage était établie.

La loi du 8 juin 1893, portant modification des dispositions du Code civil relatives à certains actes de l'état civil et aux testaments faits soit aux armées, soit au cours d'un voyage maritime, loi dont nous avons déjà parlé, a comblé cette lacune en complétant les articles 87 à 92 du Code civil. Ces textes visent deux cas : 1° les disparitions en mer ; 2° les décès aux colonies ou lors des expéditions d'outre-mer des marins et militaires quand il n'a pas été dressé d'acte régulier de décès [1].

Ils distinguent deux hypothèses :

a) Il s'agit de personnes inscrites au rôle d'équipage d'un bâtiment ou présentes à bord, tombées à l'eau sans que leur corps puisse être retrouvé. L'autorité compétente du bord dresse alors un procès-verbal de dispa-

1. Ils s'appliquent également en cas de disparition sans nouvelles d'un aéronef (Loi 31 mai 1924, art. 59).

rition, lequel est transcrit sur les registres de l'état civil du dernier domicile (art. 87).

b) Il y a présomption de perte totale d'un bâtiment ou bien disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers sans qu'il ait été possible d'en dresser procès-verbal. Il est alors procédé à une enquête administrative, et le Ministre de la Marine prend une décision déclarant la présomption de perte du navire ou de disparition d'une partie de l'équipage. Le tribunal civil du lieu du décès, ou du port d'attache, est saisi soit par le procureur général, soit par les parties, et rend un jugement collectif constatant les décès (art. 88, 90, 91). Ce jugement est transcrit à sa date sur les registres de l'état civil du port d'armement. Il tient lieu d'acte de l'état civil et il en est délivré des extraits individuels (art. 92). Il résulte de l'article 92 *in fine* que ce jugement a la même force probante qu'un acte de l'état civil. Il est opposable aux tiers. C'est une dérogation à la règle que les décisions rendues en matière gracieuse n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

On suit une procédure analogue pour les militaires ou marins morts aux colonies.

Il est à remarquer que loi de 1893 ne prévoit pas tous les cas où il y a mort sans que l'on puisse retrouver le corps. Mais il n'est pas douteux qu'il faut appliquer par analogie ses dispositions.

B. — *D'autres dispositions ont un caractère transitoire.* — Il en est ainsi de la loi du 13 janvier 1817 relative aux moyens de constater le sort des militaires ou marins disparus pendant les guerres qui ont eu lieu du 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Cette loi autorisait les intéressés à faire la preuve testimoniale du décès, mais seulement s'il était préalablement prouvé qu'il n'y avait pas eu de registres ou qu'ils avaient été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue avait éprouvé des interruptions (art. 5). La loi du 9 août 1871 a remis cette loi en vigueur pour les soldats et marins qui ont disparu depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au 31 mai 1871.

La guerre de 1914 a rendu nécessaires des dispositions transitoires du même genre. La loi du 3 décembre 1915 a donc décidé que les articles 89, 90, 91, 92 du Code civil seront applicables au cas de toute personne décédée victime des opérations de guerre postérieurement au 2 août 1914 quand il n'aura pas été dressé d'acte de décès. Après enquête administrative, le Ministre compétent (selon les cas, le Ministre de la Guerre, celui de la Marine ou celui de l'Intérieur) déclare qu'il y a présomption de décès ; il transmet ensuite cette décision au procureur général dans le ressort duquel se trouve le dernier domicile du défunt, et ce magistrat poursuit devant le tribunal de ce dernier domicile la constatation judiciaire du décès. Le jugement rendu à cet effet est transcrit sur les registres de l'état civil[1].

1. V. Ed. Lévy, *La Guerre et les actes de décès*, extrait des *Lois nouvelles*, 1916. Voir l'instruction du Ministre de la Guerre du 2 juin 1916 concernant la constatation aux armées des disparitions, décès et inhumations (Dalloz, *Guerre de 1914*, documents officiels, 12e vol.).

CHAPITRE II

FORCE PROBANTE DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

Distinction quant aux diverses énonciations de l'acte. — Quand on veut prouver un fait constaté sur les registres de l'état civil, on produit, nous l'avons déjà indiqué, une copie de l'acte, et non le registre lui-même .

Ceci est une dérogation aux règles du droit commun. D'après l'article 1334 du Code civil, en effet, l'acte original seul a force probante, la copie n'a pas de valeur propre, quand bien même elle serait rédigée par un officier public. Ainsi, la partie à laquelle on oppose la grosse d'un acte notarié et qui soutient qu'elle n'est pas conforme à l'original peut exiger la présentation de ce dernier. C'est que des erreurs matérielles peuvent s'être glissées dans la rédaction de la copie, et pour en constater l'existence, il faut la comparer au titre lui-même.

Si la loi fait exception à cette règle pour les actes de l état civil, c'est que le déplacement des registres pourrait entraîner leur dégradation ou leur perte. Il ne serait pas possible, du reste, pour les registres de l'année courante. En outre, les chances d'erreurs dans les copies sont moindres que pour les actes notariés, car la teneur de l'acte de l'état civil est assez courte.

D'ailleurs, la loi prend toute précaution pour empêcher ces errreurs. Les copies doivent être certifiées conformes à l'original par l'officier public (art. 45.). La sincérité de cette certification est garantie par les peines qui sanctionneraient une fausse affirmation. Ajoutons que le contrôle des extraits certifiés conforme est facile. Si une partie prétend que l'extrait n'est pas conforme au registre, elle peut en demander un nouveau, et s'il y a désaccord entre les deux, le tribunal a le droit d'ordonner une vérification directe sur les registres. L'ordonnance du 18 août 1819 règle à cet effet la façon dont se fera le *compulsoire*, c'est-à-dire l'apport au greffe des registres courants pour permettre la vérification.

L'article 45 (2e phrase) du Code civil détermine le degré de force probante des copies des actes de l'état civil. Elles font foi, comme cela est la règle pour les actes authentiques, *jusqu'à inscription de faux*, c'est à dire jusqu'à ce qu'on ait prouvé, soit que la copie émane d'un faussaire (faux matériel), soit que l'officier public a commis le crime de faux en y faisant

des déclarations contraires à la vérité (faux intellectuel . Cette preuve doit se faire au moyen d'une procédure lente et compliquée, dont le Code de procédure civile (art. 214 à 251) décrit les phases successives, et qui expose le demandeur, au cas où il succombe, à une amende de trois cents francs. Ces restrictions au droit de dénégation des intéressés sont rationnelles. On ne saurait entourer de trop de garanties la preuve d'une allégation aussi grave que celle d'un faux en écriture publique puisqu'elle aboutira, si elle réussit, à la constatation d'un crime sévèrement puni par le Code pénal (art. 145 à 148).

Cependant, il faudrait se garder de croire que toutes les énonciations contenues dans l'acte de l'état civil possèdent une force probante aussi absolue. La loi n'attache cette force qu'aux *affirmations* personnelles de l'officier de l'état civil.

Or, à côté des énonciations relatives aux constatations que l'officier de l'état civil a relevées personnellement, *ex propriis sensibus*, il y a celles qui émanent des déclarants et que l'officier de l'état civil s'est contenté de reproduire, sans en pouvoir constater la sincérité : par exemple, l'indication de l'heure de la naissance, celle des noms des père et mère de l'enfant dans un acte de naissance, celle des prénoms et nom du défunt dans un acte de décès, etc. Il n'y a pas de raison pour attacher à ces énonciations, ne faisant que reproduire l'affirmation d'un simple particulier, affirmation dont l'officier de l'état-civil ne peut vérifier la sincérité, une force probante aussi grande qu'à celles de l'officier lui même investi par la loi d'une mission de confiance[1]. Certes il est à présumer que ces affirmations sont exactes. On doit donc les tenir pour telles jusqu'à nouvel ordre ; mais il faut, d'autre part, permettre à ceux qui en attaquent la sincérité de *faire la preuve contraire* dans les termes du droit commun, c'est-à-dire sans inscription de faux.

Par conséquent, quand une personne conteste l'une des indications portées dans la copie de l'acte de l'état civil, il importe de distinguer suivant qu'elle attaque la sincérité du rédacteur de l'acte de l'état civil ou celle des parties qui y ont comparu. C'est dans le premier cas seulement que le contestant est obligé de suivre les formes de l'inscription de faux, minutieusement prescrites par la loi.

Cette distinction n'est pas énoncée dans l'article 45 du Code civil. Elle est cependant aujourd'hui unanimement admise par les auteurs et les arrêts[2] ; mais pendant longtemps la Doctrine s'est refusée à l'admettre. Les

1. Et pourtant, il n'est pas douteux que l'individu qui fait une déclaration mensongère à l'officier de l'état civil commet un crime de faux en écriture publique (V. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. III, n°s 127 à 131). Mais cela ne prouve nullement que sa déclaration fasse foi jusqu'à inscription de faux. Si la loi attache aux affirmations de l'officier public une force probante plus grande qu'à celles d'un particulier, c'est parce qu'il est investi d'une fonction publique et mérite une confiance plus grande qu'un individu, intéressé peut-être à faire une déclaration mensongère.

2. V. Civ., 16 mars 1841, S. 41.1.532, D. *J. G.*, V° *Nom*, n° 19 : « Si aux termes de l'article 45 du Code civil, les extraits des registres de l'état civil font foi jusqu'à inscription de faux, cela ne doit s'entendre que des faits qui se passent devant l'of-

premiers commentateurs du Code attachaient la même force probante aux déclarations des parties qu'aux affirmations de l'officier de l'état civil, parce que, disaient-ils, le mensonge commis par les premiers constitue un faux au même titre que celui de l'officier de l'état civil. Il y avait là une erreur consistant à croire que la loi fait dépendre la force probante d'une déclaration, uniquement de la gravité de la sanction attachée à son inexactitude. Le véritable fondement du degré de force probante, c'est le caractère public ou privé de la déclaration de son auteur.

Des moyens de suppléer aux registres de l'état civil. — Il peut arriver que les registres de l'état civil n'existent pas ou soient perdus par suite d'un sinistre ou d'un accident. C'est, en temps de paix, un cas assez rare, car, depuis le début du XIX[e] siècle, les registres sont en général régulièrement tenus dans toutes les communes, et le dépôt des deux exemplaires dans des lieux différents est une garantie contre la perte ou la destruction. Mais en temps de guerre étrangère ou civile, le fait se produit malheureusement bien souvent. A Paris, dans la nuit du 23 au 24 mai 1871, la dernière nuit de la Commune, le feu a détruit à la fois les deux dépôts, le greffe du Palais de justice et l'hôtel de Ville[1]. Au cours de la guerre de 1914, nombreuses ont été les hypothèses de destructions des registres par suite de bombardement ou d'incendie, ou d'interruption dans leur tenue par suite de l'occupation ennemie. On remarquera que si, en général, la conservation du double registre permet de suppléer à la destruction du registre placé à la mairie, il n'en est pas ainsi pour les registres de l'année en cours. L'un et l'autre se trouvant à la mairie, leur destruction est complète.

Lorsque de pareils événements se produisent, il faut bien permettre aux intéressés de faire la preuve des actes concernant leur état civil ou celui de leurs parents par d'autres procédés.

C'est à ce besoin que pourvoit l'article 46 du Code civil aux termes duquel « lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins ».

ficier de l'état civil et dont la réalité est constatée par lui. » — Cf. Paris, 31 juillet 1890, D. P. 91.2.129, S. 92.2.302 : « Dans un acte de décès, l'identité et l'âge du décédé n'étant établis que par l'attestation des déclarations, la preuve contraire peut être faite en la forme ordinaire. »

1. Il y avait eu un précédent de ce fait. En 1815, tous les registres de l'état civil de la ville et d'une partie de l'arrondissement de Soissons furent perdus ou détruits. Les registres incendiés en 1871 à Paris comprenaient : 1° les anciens registres des paroisses qui remontaient à François I[er] et que la Révolution avait réunis en un dépôt unique ; 2° les registres de l'état civil de 1792 à 1860. Pour les registres postérieurs à 1860, les mairies avaient conservé l'un des doubles, ce qui évita le désastre. De même qu'en 1815 on avait fait une loi pour reconstituer les registres de Soissons (ordonnance du 9 janvier 1815), de même on promulgua, le 12 février 1872, une loi destinée à assurer la reconstitution des actes détruits. Il n'est pas possible en effet, en présence de pareils désastres, de laisser aux particuliers le soin d'agir par la voie judiciaire.

Ainsi, en cas de force majeure, il est fait exception à la règle de la *preuve préconstituée* et la preuve libre est admise. C'est là d'ailleurs une application du Droit commun en matière de preuve (art. 1348, 4°), et de cette simple règle de bon sens : *à l'impossible nul n'est tenu.*

Cependant, l'article 46 ne laisse pas de soulever une question parfois assez délicate, celle de la détermination des cas dans lesquels les parties sont autorisées à recourir à des modes de preuve subsidiaires.

L'article, on l'a vu, cite les deux hypothèses les plus importantes.

1° *Il n'a pas existé de registres.* Cela comprend le cas assez rare où les registres n'ont pas été tenus du tout et aussi, certainement, celui où il y a eu interruption plus ou moins prolongée dans leur rédaction. Cette dernière éventualité s'est produite dans beaucoup de communes pendant l'invasion du territoire en 1870-1871 ou au cours de celle de 1914.

2° Les registres ont été *perdus*. L'expression vise évidemment non seulement le cas de perte, mais celui de destruction matérielle, partielle ou totale par l'effet d'un accident.

Il y a un troisième cas que la loi n'indique pas expressément, mais que le bons sens commande d'ajouter à son texte : c'est l'hypothèse où il y aurait eu *lacération volontaire* des registres et suppression d'un ou de plusieurs feuillets.

Il reste enfin une dernière situation. Les registres sont en apparence régulièrement tenus, aucun indice ne permet de constater qu'il y ait eu des actes non inscrits ; et pourtant il est prétendu qu'un fait concernant l'état civil d'une personne ne s'y trouve pas rapporté, soit qu'il n'ait pas été déclaré à l'officier de l'état civil, soit que celui-ci ait négligé d'inscrire l'acte sur les registres. Faut-il, dans ce cas, permettre aux parties intéressées de recourir aux modes de preuve subsidiaires autorisés par l'article 46 ?

On peut hésiter à répondre par l'affirmative. Une fraude serait plus facile à perpétrer sous le couvert de cette allégation que dans les cas précédents : un aventurier pourrait essayer, en alléguant cette *inexistence relative* des registres, de se procurer un état civil mensonger à l'aide de faux témoins ou de fausses pièces.

Pourtant, la solution négative serait vraiment trop rigoureuse. Le fait allégué peut, en somme, être exact. Comment, s'il en était ainsi, priverait-on une personne de la possibilité de prouver un fait concernant son état civil ou celui de ses parents ? Ce sera donc aux juges à apprécier la sincérité de la demande, et à la repousser si elle ne leur paraît pas bien établie. Il ne faut pas oublier que, chez nous, en principe, les juges ne sont jamais liés par les preuves qu'on leur apporte ; ils ne se décident que d'après leur intime conviction.

Enfin, à l'appui de la solution la plus bienveillante, on peut invoquer deux articles du Code civil, relatifs à la preuve du mariage, que nous avons déjà analysés plus haut : ce sont les articles 194 et 197. Le premier nous dit que les époux ne peuvent prouver leur mariage qu'à la condition de représenter un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. Il est donc interdit aux époux de recourir à un autre mode de preuve, et cela se comprend aisément. S'il y a eu vraiment mariage, il y a eu certai-

nement acte dressé par l'officier civil en présence des parties. Dès lors, les prétendus époux doivent présenter cet acte. S'ils ne le produisent pas, c'est qu'ils cherchent à s'attribuer une qualité qu'ils n'ont pas[1].

Mais cette règle que nous considérons comme exceptionnelle, ne vise que les époux eux mêmes. L'article 197 se relâche de sa rigueur en ce qui concerne les enfants. Lorsque les parents ont vécu publiquement comme mari et femme et sont morts tous les deux, on ne peut contester la légitimité des enfants, sous le seul prétexte qu'ils ne présentent pas l'acte de célébration du mariage, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. Ainsi, en pareil cas, la preuve du mariage des père et mère se trouve suppléée par la double preuve, que les père et mère ont eu la possession d'état d'époux, et que les enfants ont eu celle d'enfants légitimes sans que cette dernière soit contredite par leur acte de naissance. Nous l'avons dit, la raison sur laquelle se fonde cette disposition est évidemment que les enfants peuvent ignorer le lieu où les parents se sont mariés. Cette considération fait ressortir l'esprit du Code civil et nous permet de conclure que, toutes les fois qu'une personne ignore dans quelle commune a été dressé l'acte constatant le fait, relatif à l'état civil dont elle veut faire la preuve, elle doit être autorisée à recourir aux modes de preuve subsidiaires de l'article 46. La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en ce sens ; elle a permis l'administration des modes subsidiaires de preuve par un réclamant alléguant que l'on avait omis d'inscrire l'acte sur les registres (V., en dernier lieu, Bordeaux, 15 février 1888, D. P. 89.2.197, S. 88.2.192).

De même, avant la loi du 8 juin 1893 précitée, qui a prévu le cas des personnes disparues dans un voyage en mer, il était admis que, lorsqu'un navire avait péri corps et biens, le décès des marins ou passagers pouvait être établi par témoins ou présomptions (Bordeaux, 2 juin 1875 et 7 février 1876, D. P. 78.5.11, S 76.2.10 et 77.2.52 ; note de M. Planiol, D. P. 90.2.305).

Ajoutons que les intéressés sont admis à se prévaloir de la disposition de l'article 46 lorsque, un acte de l'état civil ayant été dressé, ils se trouvent empêchés de le produire par un cas de force majeure (Req. 14 novembre 1922, S. 1924.1.71).

Enfin, à la suite des nombreuses destructions ou irrégularités dans la tenue des registres survenues pendant la guerre de 1914, le législateur, en même temps qu'il prenait des mesures pour la reconstitution des registres, (lois des 1er juin 1915 et du 15 décembre 1923), a permis (loi du 20 juin 1920) de suppléer par des actes de notoriété, jusqu'à ce que la reconstitution ou la restitution des registres ait été effectuée, à tous les actes de l'état civil, dont les originaux ont été détruits ou sont disparus par suite de faits de guerre.

1. Encore faudrait-il faire exception, nous semble-il, si les parties intéressées fournissaient la preuve indéniable que l'acte de mariage a été rédigé par l'officier de l'état-civil sur une feuille volante.

Que doit prouver le demandeur en cas d'admission des preuves subsidiaires ? — Le demandeur doit faire une double preuve successive :

1° Il doit prouver les faits d'où résulte l'impossibilité où il se trouve de produire un extrait des registres. Cette preuve se fera par tous les moyens de nature à établir l'exactitude de la circonstance alléguée.

2° Il doit prouver la réalité du fait, naissance, décès, mariage, acte de reconnaissance, etc., qu'il invoque.

Il produira à l'effet d'établir cette seconde preuve, soit les témoignages de personnes qui affirment avoir assisté au fait allégué, soit les registres ou papiers domestiques sur lesquels il se trouverait relaté. L'article 46 paraît limiter l'emploi de ces écrits au cas où ils émanent des père et mère décédés, mais ce serait aller à l'encontre de la pensée du législateur que de l'interpréter ainsi. Là où la preuve par témoins est permise, les autres modes de preuves, registres, papiers domestiques, présomptions même, peuvent être invoqués. Si le législateur a cité spécialement les documents écrits et les registres tenus par les parents aujourd'hui décédés, c'est qu'ils ont plus de poids que tout autre moyen : on est sûr qu'il ne s'agit pas d'écrits fabriqués pour les besoins de la cause.

Résultats du jugement. — Lorsque le tribunal constate le bien fondé de la demande, il n'ordonne pas le rétablissement de l'acte omis ou détruit. Il rend un jugement établissant le fait allégué (le mariage, la naissance, le décès). Il peut ordonner en même temps la transcription de ce jugement sur les registres et sa mention en marge de l'acte le plus rapproché de l'acte omis.

Ce jugement n'a d'effet qu'à l'égard de ceux au profit desquels il a été rendu, conformément au principe de la relativité de la chose jugée.

CHAPITRE III

RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL[1]

Le principe : nécessité d'une décision judiciaire pour la rectification. — C'est un principe fondamental que les erreurs, omissions ou énonciations prohibées qui se glissent dans un acte de l'état civil ne peuvent pas, à moins de présenter un caractère purement matériel, être rectifiées par l'officier de l'état civil, ni même par le procureur de la République chargé de la vérification des registres. Il faut, pour les réparer, une décision judiciaire ordonnant de faire la rectification (art. 99, 1er al.).

Il y a là une règle traditionnelle, qui était déjà admise dans notre Ancien Droit.

Il serait, en effet, fort dangereux de permettre aux maires ou adjoints ou même aux membres du Parquet de modifier les actes une fois rédigés. De tels changements, opérés à la demande d'individus parfois intéressés à un changement frauduleux, et sans que l'officier puisse toujours vérifier le bien fondé de leurs réclamations, seraient susceptibles de jeter le trouble dans les familles en attribuant à un individu un état civil supposé, ou de permettre aux particuliers de modifier leur nom, ou encore de s'attribuer une particule ou un titre nobiliaire auxquels ils n'ont pas droit. De fait, beaucoup de demandes en rectifications sont inspirées par la vanité, par le désir de s'attribuer une particule qui, d'après un préjugé répandu dans le public, passe pour être un signe de noblesse. Il ne faut pas que de tels calculs puissent être servis par la complaisance ou la négligence de tel ou tel fonctionnaire.

Toutefois, en vertu des difficultés considérables et des chances d'erreurs ou de confusion que présentait la constatation du décès des militaires et marins au cours de la guerre de 1914, une règle toute spéciale a été édictée en cette matière, en ce qui concerne les actes de décès dressés par les autorités militaires, d'abord par la loi du 30 septembre 1915, puis par la loi du 18 avril 1918 qui a abrogé la précédente. Cette dernière loi, en vue d'éviter aux familles les lenteurs et les frais d'une instance judiciaire,

1. La rectification des actes de l'état civil est une matière malheureusement très pratique à cause des trop nombreuses irrégularités, erreurs, omissions commises par les officiers de l'état civil. Voici un aperçu statistique des jugements rendus sur des demandes de ratification.

Années	Affaires inscrites au rôle	Affaires non inscrites c est-à-dire jugées sur requête
1880	97	4.285
1900	196	4.255
1905	198	3.790

décide que les actes de décès des militaires, des marins de l'Etat et des personnes employées à la suite des armées, dressés depuis le 2 août 1914 jusqu'à une date qui sera fixée par décret après la cessation des hostilités, peuvent être l'objet d'une *rectification administrative*, lorsqu'ils présentent des lacunes ou des erreurs, sans que le fait du décès, ni l'identité du décédé soient douteux. Cette rectification intervient d'office, ou sur la requête, soit de l'officier de l'état civil qui a dressé ou transcrit l'acte, soit du procureur de la République, soit des parties intéressées. La procédure de rectification administrative instituée par cette loi est applicable aux actes de décès des personnes non militaires, dressés dans les conditions prévues par l'alinéa 3 de l'art. 93 du Code civil.

Une autre dérogation au principe résulte de l'alinéa 5 de l'article 75 modifié par la loi du 9 août 1919, prévoyant le cas où les actes de l'état civil présentés, en vue du mariage par l'un des futurs époux ne concordent point entre eux quant aux prénoms ou l'orthographe des noms. L'article 75 dispense le futur époux de recourir à la rectification judiciaire. L'officier de l'état civil interpelle le futur, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur. S'ils ne sont présents, les ascendants feront cette attestation dans l'acte de leur consentement donné en la forme légale.

Laissant de côté ces hypothèses spéciales, nous examinerons successivement :

1° Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification d'un acte de l'état civil ?

2° Qui peut demander la rectification ?

3° Quelle est la procédure de l'instance en rectification et quels sont les effets du jugement ?

§ 1. — Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification d'un acte de l'état civil ?

La rectification d'un acte peut être demandée toutes les fois qu'il contient des mentions inexactes, ou des énonciations prohibées, ou omet des indications qu'il devrait contenir. En fait, la plupart des actions en rectification ont pour objet soit de faire rectifier l'orthographe du nom de famille mentionné dans l'acte; soit de supprimer une erreur commise dans l'indication des prénoms de l'enfant, des époux, du défunt. Souvent aussi, elles tendent à faire insérer dans l'acte un titre nobiliaire qui ne s'y trouve pas mentionné.

Il y a eu, sur ce dernier point, de longues hésitations dans la Jurisprudence. Certains arrêts de cours d'appel avaient décidé que la demande tendant à faire ajouter une qualification nobiliaire, même légalement établie, n'est pas recevable, sous le prétexte qu'il ne s'agit pas là d'une mention prescrite par la loi (Toulouse, 12 juillet 1862, D. P. 62.2.124, S. 62.2.461 ; Nancy, 7 mai 1864, S. 64.2.102), et que le titre nobiliaire ne modifie pas l'état civil de l'intéressé. D'autres arrêts, au contraire, avaient admis que l'insertion d'un titre de noblesse dans un acte de l'état civil peut faire l'objet d'une demande en rectification, comme celle de toute mention complétive

propre à mieux constater l'identité des personnes dénommées dans l'acte (Colmar, 15 mars 1860, D. P. 60.2.142 ; Agen, 26 juin 1860, D. P. 60.2.141). La Cour de cassation a tranché la question par un arrêt de sa chambre civile du 1er juin 1863 (D. P. 63.1.216, S. 63.1.447. Cf. Req., 26 octobre 1897, D. P. 97.1.584, S. 1900.1.356 ; Paris, 16 mars 1910, D. P. 1912.2.324, S. 1910.2.307). Cet arrêt a décidé que les demandes en rectification, à l'effet de faire mentionner un titre nobiliaire dans un acte de l'état civil, sont recevables, car il s'agit d'une mention destinée à mieux constater l'identité de l'individu. Mais, ajoute l'arrêt, la demande ne doit être accueillie qu'autant que le droit au titre nobiliaire est établi par un titre régulier. Or, comme les tribunaux civils n'ont pas à se faire juges de l'existence ou de la non-existence du titre réclamé, la question de propriété du titre nobiliaire doit être tranchée au préalable, conformément au décret du 8 janvier 1859[1].

Deux observations compléteront ce tableau des cas où doit intervenir une demande en justice.

A. — Il y a lieu à une intervention du tribunal, analogue à une rectification, lorsqu'un acte n'a pas été inscrit *dans les délais légaux* sur les registres de l'état civil. C'est ce qui peut avoir lieu, comme nous l'avons dit, soit lorsqu'un acte de naissance n'a pas été dressé dans les trois jours, soit lorsqu'un jugement de divorce n'a pas été transcrit sur les registres, comme l'exige l'article 252, 2e al., le cinquième jour de la réquisition (Amiens, 29 avril 1890, D. P. 92.2.214, S. 92.2.153. V. art. 55, al. 2, nouveau).

B. — Il arrive souvent que la demande en rectification soulève une *question de fond* relative à l'état de l'intéressé ; par exemple, un enfant prétend que le nom mentionné comme étant celui de son père ou de sa mère est inexact, ou encore que l'on a omis d'indiquer la qualité de gens mariés qui appartenait à ses père et mère, en un mot que l'acte à rectifier lui attribue un état autre que son état véritable. Or, la preuve de la filiation est soumise par le Code civil à des conditions spéciales indiquées au titre de la Filiation. Il ne faut donc pas qu'un individu puisse échapper à ces règles en déguisant sa véritable prétention sous une question de rectification.

Aussi, en pareil cas, la Jurisprudence décide-t-elle que la question d'état est la question principale, et que les règles exigées pour la preuve de l'état doivent êtres suivies, tant au point de vue des conditions de la preuve que de la compétence du tribunal (Req., 8 avril 1910, S. 1912.1.109, motifs ; Req.. 13 novembre 1882, D. P. 84.1.120, S. 83.1.272).

Il n'en serait autrement que s'il était prouvé qu'il s'agit de réparer une simple omission, par exemple, d'insérer la mention, omise dans l'acte de mariage, de la reconnaissance d'un enfant naturel, alors qu'il est établi que cette reconnaissance a eu lieu et doit entraîner dès lors légitimation. En ce cas, ce que l'on prétend établir, c'est un simple oubli de l'officier de l'état civil et l'on se trouve bien en présence d'une instance en rectification (Paris, 10 juin 1886, P. F. 87.2.191).

1. On se souvient que ce décret, portant rétablissement du conseil du sceau des titres, a été modifié par le décret du 10 janvier 1872, transférant les attributions de ce conseil au conseil d'administration du ministère de la Justice.

§ 2 — Qui peut demander la rectification ?

La rectification peut être demandée par toute personne intéressée au redressement de l'acte de l'état civil. Par exemple, les membres de la famille ont intérêt à faire corriger l'orthographe du nom de leurs auteurs. De même, si un acte de naissance constate une filiation adultérine, l'enfant, ses descendants, les parents et leurs descendants peuvent en demander la rectification. Il n'est pas nécessaire d'avoir un intérêt pécuniaire; il suffit d'un intérêt moral, comme celui d'assurer l'unité du nom de la famille et l'homogénéité de l'état civil de ses membres (Paris, 1er juil. 1911, *Gaz. Pal.*, 9 déc. 1911).

Le *ministère public* peut-il agir *d'office* lorsque l'ordre public est intéressé ; par exemple, quand il s'agit d'un acte constatant une filiation adultérine ou incestueuse, ou quand il s'agit de relever le délit d'usurpation de titres de noblesse? C'est une question que la Doctrine a fort discutée. Elle a été résolue affirmativement par deux arrêts de la Cour de cassation (Civ., 22 janvier 1862, D. P. 62.1.5, S. 62.1.258, avec le rapport du conseiller Laborie et les conclusions du procureur général Dupin. Dans le même sens : Civ., 25 octobre 1905, D. P. 1906.1.337, note de M. Planiol, S. 1909.1.27 ; Civ., 24 décembre 1901, 2 arrêts, D. P. 1902.1.361, S. 1902.1.353, note de M. Perreau). Ces arrêts, en consacrant le droit d'agir d'office du ministère public, ont rappelé que ce droit lui était reconnu en matière d'actes de l'état civil par une longue tradition (Ordonn. de 1667, art. 14, titre 20, et par un Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI (3 novembre 1802).

Aujourd'hui la question est tranchée par la loi du 20 novembre 1919, modifiant l'alinéa 1er de l'article 99, et décidant formellement que la requête à fin de rectification peut émaner du Procureur de la République.

§ 3. — Procédure et effets de l'instance en rectification.

Procédure. — La loi du 20 novembre 1919, modifiant l'article 99, a apporté ici d'heureuses simplifications. L'intervention du tribunal n'est plus toujours nécessaire. Le Président saisi d'une requête en rectification peut l'ordonner lui-même ou, s'il juge que l'affaire exige un exposé approfondi, la renvoyer devant le tribunal.

Le Président ou le tribunal compétents pour statuer sont, en principe, ceux de l'arrondissement dans lequel l'acte a été dressé (art. 99, 1er al. nouveau).

Pourtant, lorsque la demande est formée incidemment au cours d'un autre procès, notamment au cours d'une action en réclamation ou en contestation d'état, le tribunal saisi de l'instance principale est compétent pour statuer sur la demande incidente en rectification (Req., 8 avril 1910, S. 1912.1.109).

Lorsque le décès ou la naissance a été constaté par un jugement, la rectification que, dans ce cas, le Président ne peut ordonner seul, est demandée au tribunal qui a rendu le jugement ; toutefois, lorsque le jugement n'émane pas d'un tribunal de la métropole, la rectification en est

1 V. la Circulaire du garde des sceaux relative à l'application de cette loi, *Journ. officiel* du 13 décembre 1919.

demandée au tribunal dans le ressort duquel la déclaration a été transcrite, conformément à l'article 92 (art. 99, 3e al.). La procédure à suivre est tracée par les articles 855 à 858 du Code de procédure civile modifiés par la loi du 20 novembre 1919. Elle s'engage par voie de requête adressée au président du tribunal. Lorsque le président renvoie l'affaire devant le tribunal, celui-ci statue sur rapport et conclusions du ministère public. Il peut, s'il l'estime convenable, décider que les parties intéressées seront appelées et que le conseil de famille sera préalablement convoqué.

Comment se fait la rectification ? — Lorsque le président ou le tribunal reconnaît le bien fondé de la demande, il rend une ordonnance ou un jugement de rectification.

L'article 857 du Code de procédure civile a soin de prescrire qu'aucune modification, aucun changement ne doivent être faits sur l'acte porté sur les registres. On transcrit seulement le dispositif de l'ordonnance ou du jugement à sa date sur les registres, et on le mentionne en marge de l'acte réformé (art. 101, C. civ.[1]).

A l'avenir, l'acte ne sera plus délivré qu'avec mention des rectifications ordonnées (art. 857, *in fine*, C. proc. civ.).

Pourquoi ne corrige-t-on pas l'acte lui-même ? La raison doit en être cherchée dans la disposition de l'article 100, ce qui nous amène à parler de l'effet du jugement.

Autorité relative de l'ordonnance ou du jugement de rectification. — Il résulte de l'article 1351 qu'un jugement ne produit d'effet qu'à l'égard des personnes contre lesquelles il a été rendu. C'est une règle que nous avons déjà expliquée.

L'article 100, auquel nous nous sommes également référés, fait application de ce principe de la relativité de la chose jugée à la décision de rectification d'un acte de l'état civil, et nous dit que celle-ci ne pourra « dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées ».

Cette solution paraît tout d'abord bizarre. Le jugement de rectification n'est pas un jugement comme les autres. Il répare une erreur ou une omission commise dans un acte de l'état civil ; il ne statue pas sur un point litigieux entre deux individus. Il précise l'individualité ou l'état d'une personne, chose une et indivisible. On comprend cependant à la réflexion quel est le danger qu'a voulu éviter le législateur. Supposons, par exemple, qu'une personne ait demandé une modification à son nom pour le faire accompagner d'un titre de noblesse. Or, le demandeur s'est bien gardé de

1. La procédure de rectification administrative instituée par la loi du 18 avril 1918 est applicable aux transcriptions des jugements déclaratifs de décès, pourvu que la rectification ne porte ni sur le fait du décès, ni sur sa date, ni sur l'identité du décédé (art. 8 de la loi). La même loi décide en outre (art. 10 et 11) que, lorsque l'acte de décès d'une des personnes énumérées par elle dans ses articles 1 à 7, a été dressé par erreur et qu'il n'est pas douteux que cette personne est encore vivante, ou quand cet acte contient des énonciations qui ne sont pas conformes aux prescriptions des articles 34 et 79 du Code civil, le tribunal civil est compétent pour rectifier cet acte, sans qu'il soit nécessaire de le transcrire préalablement.

mettre en cause ceux auxquels ce titre appartient. Serait-il admissible qu'il pût se prévaloir, à l'égard de ces derniers, d'un jugement de rectification qu'il aurait obtenu par surprise et sans qu'ils eussent été à même de contester le bien fondé de sa demande et d'éclairer la religion du tribunal ? Supposons encore qu'à la suite du décès d'un individu laissant deux enfants, un tiers intente, contre l'un deux seulement, une action en réclamation d'état à l'effet de prouver qu'il est, lui aussi, fils légitime du défunt, et, qu'ayant réussi dans sa demande, il obtienne un jugement de rectification de son acte de naissance. Il ne serait pas juste qu'il pût opposer ce jugement à l'autre enfant du défunt, puisque ce dernier n'a pas été appelé à contester sa prétention. Telles sont les raisons qui ont déterminé la disposition de l'article 100.

Dans la pratique, heureusement, des conflits de ce genre sont fort rares, car le demandeur ou le tribunal ne manque pas, en conformité de l'article 855, al. 3, du Code de procédure civile, de mettre en cause les intéressés dontl'existence lui est connue (V. Agen, 14juin 1890, D. P. 91.2.153 note de M. de Loynes, S. 93.2.4).

Ajoutons que la règle de l'article 100 ne s'applique qu'aux cas assez rares où la demande en rectification, trouvant un contradicteur, offre un caractère contentieux. Lorsque le jugement de rectification a été rendu à la suite d'une instance engagée *par voie de requête,* c'est-à-dire sans qu'il y eût de contradicteur, il s'agit alors d'une décision purement gracieuse qui n'a pas même l'autorité relative de la chose jugée. La teneur véritable de l'acte de l'état civil peut être remise de nouveau en question par tous les intéressés et par le ministère public (Civ., 24 décembre 1901, 2 arrêts, D. P. 1902.1.361. S. 1902.1.353, note de M. Perreau ; 29 octobre 1905, D. P. 1906.1.337, note de M. Planiol, S. 1909.1.27). Il fauf, en effet, garantir l'exécutiou des lois, dit la Cour suprême, « contre la surprise ou l'erreur d'un jugement rendu en l'absence de tout contradicteur et accordant, sur la simple requête de l'intéressé, une modification qui peut être plus tard reconnue inexacte ».

APPENDICE. — Critique du régime actuel des actes de l'état civil.

Les registres de l'état civil ne rendent pas tous les services qu'on pourrait leur demander.

On leur reproche d'abord d'être incomplets, ils ne mentionnent pas tous les faits qui peuvent modifier l'*état* de l'individu. L'émancipation, la séparation de corps n'y sont pas portées, et la reconnaissance d'un enfant naturel n'y est inscrite qu'autant qu'elle est faite devant l'officier de l'état civil.

Ce n'est pas là, il faut le reconnaître, une lacune bien sérieuse. L'émancipation est, en fait, fort rare ; quant à la reconnaissance, il n'y a que l'enfant qui ait intérêt à la connaître. Enfin, la séparation de corps est aisée à constater pour ceux qui traitent avec la femme.

Quelques auteurs voudraient qu'on mentionnât sur les registres tous les faits modificatifs de la *capacité* des individus, comme le jugement d'interdiction ou de nomination de conseil judiciaire, mais ce serait là transfor-

mer le caractère des registres de l'état civil et en augmenter considérablement les dimensions. Il vaux mieux employer un autre procédé, dont nous parlerons plus loin pour faire connaître ces événements aux tiers qui sont, en effet, intéressés à être renseignés.

Une deuxième critique paraît plus juste que la précédente. Les actes concernant un même individu sont épars ; ils peuvent être constatés sur les registres de différentes communes ; il n'y a pas de lien entre eux qui permette de reconstituer commodément et vite l'état civil complet d'une personne. Pour accomplir cette tâche, il faut connaître les communes où les événements constatés se sont passés ; il faut multiplier des recherches souvent difficiles, parfois même inefficaces.

La lacune de notre Code à cet égard a été en partie comblée par les lois postérieures. Nous avons vu qu'elles ont multiplié l'emploi des mentions marginales, et visé, comme acte devant servir de centre de renseignement, l'acte de naissance. Aujourd'hui, on trouve en marge de cet acte les mentions suivantes :

1° Reconnaissance de l'enfant naturel ;

2° Légitimation ;

3° Jugement d'adoption ;

4° Mariage.

Il y a là une tentative assez heureuse pour centraliser au lieu de la naissance les principaux faits de l'état civil.

On pourrait la pousser plus loin. On a proposé à cet effet de créer, au lieu de la naissance de chaque individu, et, par exemple, au greffe du tribunal, un véritable *casier civil* sur lequel seraient mentionnés, non seulement tous les faits relatifs à l'état civil de l'individu, depuis sa naissance jusqu'à son décès, mais les actes qui viendraient modifier sa capacité, et que les tiers qui traiteront avec lui auraient intérêt à connaître : séparation de biens, séparation de corps, interdiction, nomination d'un conseil judiciaire, changement de nationalité.

L'institution a été ébauchée par une loi du 16 mars 1893, relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire ou qui l'interdit. Un extrait en est inscrit sur un registre spécial, au greffe du tribunal du lieu de naissance de l'intéressé. (V. art. 501, 2e al.). Pour la séparation de biens, on verra que la publicité en est, au contraire, fort mal assurée par des mesures qui n'atteignent pas aussi bien leur but (art. 1445). Enfin, la séparation de corps n'est l'objet d'aucune mesure de publicité.

En somme, il ne resterait qu'assez peu de chose à faire sinon pour réaliser le *casier civil*, au moins pour créer son équivalent[1].

1. V. Sermet, *La question du casier civil* (Lois nouvelles, 1909, 2e partie, p. 27, 55, 69). La création du casier civil a fait l'objet de diverses propositions devant le Parlement (V. le rapport de M. Canivet déposé à la séance du 17 février 1887 de la Chambre des Députés).

TITRE II

DU DOMICILE ET DE L'ABSENCE

La localisation de l'individu, le lien qui le rattache à un certain point de l'étendue, siège ordinaire de son activité, lieu où on le rencontre et le retrouve en général, constitue, après l'état, un élément important et pratique de la situation juridique des personnes. Nous allons nous en occuper en traitant de la matière du *Domicile*.

A cette matière se rattache logiquement celle de l'*Absence*. L'absence, c'est la rupture du lien qui attache l'individu à un lieu déterminé, l'état de choses anormal qui empêche de *situer* l'individu même transitoirement, à ce point que son existence même devient problématique. Le régime des *absents* ne pourra — cela en vertu du programme officiel des Etudes de Droit — être étudié dans son ensemble que dans un autre volume, mais il est indispensable d'en donner dès à présent un aperçu.

CHAPITRE PREMIER

DU DOMICILE[1]

§ 1. — Notions générales.

Définition du domicile. — 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 du *domicile*. Il fixe, pour chaque personne, un lieu, qui est le siège légal de cette personne, siège où elle est supposée être toujours présente, soit qu'elle s'y trouve corporellement, soit qu'elle ne s'y trouve pas. En d'autres termes, le domicile, *c'est la demeure que la personne est censée avoir aux yeux de la loi pour l'exercice de certains droits et l'accomplissement de certains actes*[2].

Il ne faudrait pas croire cependant que les droits civils ne peuvent être exercés qu'au lieu du domicile. Il n'en est rien. L'homme peut prendre part au commerce juridique, acheter, vendre, prêter, emprunter, faire son testament, etc., partout où il se trouve.

Importance pratique du domicile. — Néanmoins, la *détermination au domicile joue un rôle assez important* dans les rapports juridiques des particuliers. En voici les principaux intérêts :

1° Un contrat a été passé entre deux personnes. Ordinairement, le paiement devra être fait au *domicile du débiteur* (art. 1247, 2e al.). Si le créancier refuse de recevoir le paiement, 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 de paiement à la personne du créancier ou à *son domi-*

1. Sur l'ancien droit, cons. Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 90-96 ; Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, nos 5 à 20, éd. Bugnet, t. x, p. 2.

2. Nous ne nous occupons ici du domicile que dans les rapports de particulier à particulier. Il y a, en matière administrative, un domicile spécial, dit *domicile de secours*, qui détermine la commune qui doit assister l'indigent. Ce domicile est fixé actuellement par la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite (art. 6). Sa détermination est établie d'après une règle différente de celle du Code civil. Il s'acquiert pour les majeurs, par une résidence habituelle d'un an dans une commune. De même, nous ne nous occuperons pas du domicile électoral.

cile (art. 1258, 6°). Si, en revanche, 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*. Or, le créancier n'est pas tenu de remettre tous ces actes à la personne même de son débiteur, il serait trop facile à celui-ci 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* (art. 2, 59, C. proc. civ., 112, 492, 513, C. civ.).

3° Il y a *quelques droits civils qui ne peuvent être exercés* que dans la commune où la personne est domiciliée. Ainsi, le mariage est célébré dans la commune où l'un des époux a *son domicile* ou sa résidence (art. 74) ; le contrat d'adoption est conclu devant le juge de paix du domicile de l'adoptant (art. 360) ; l'émancipation s'opère par une déclaration du père ou de la mère reçue par le juge de paix de leur domicile (art. 477).

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, en principe, au lieu où le mineur est domicilié au jour où s'ouvre la tutelle, et c'est en ce lieu que se feront les réunions du conseil de famille ; c'est le tribunal de ce lieu qui homologuera, dans les cas nécessaires, les décisions du conseil (art. 406). *La succession d'une personne s'ouvre au lieu où elle était domiciliée ;* c'est là que sont centralisées les opérations de liquidation et de partage de son hérédité (art. 110). 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 ce lieu[1].

Dans notre ancien droit, la notion de domicile jouait un rôle plus important 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, en effet, 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[2].

1. 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 articles 250 pour le divorce, 501, pour l'interdiction judiciaire et la nomination d'un conseil judiciaire, 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure civile pour la séparation de biens, 67, 69 du Code de commerce pour les époux commerçants.

2. C'était là le principal rôle du domicile. Aussi Pothier ne nous en parle-t-il que dans son introduction générale aux coutumes et à propos de la distinction des sta-

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 à cet égard quelque importance, bien réduite cependant, car, d'après l'article 3 du Code civil, 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*.

§ 2. — Détermination du domicile.

La règle générale. — 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[1].

Mais notre Code civil, suivant la tradition de nos anciens auteurs[2], a cru utile d'édifier une théorie plus savante, plus compliquée du domicile. La résidence ne présente pas, à ses yeux, une stabilité suffisante. L'homme peut changer fréquemment de résidence. En outre, l'homme ne réside pas toujours dans l'endroit où se trouvent ses principaux intérêts.

En conséquence, l'article 102 détermine ainsi le domicile : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.* »

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*, ses *affections de famille*[3].

Le plus souvent, *résidence et domicile ne feront qu'un*, car la plupart des

tuts personnels et des statuts réels (Ed. Bugnet, t. I, p. 2 ; Cf. Lainé, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890, p. 341 et s.).

1. Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht* (1895) § 57, p. 453. Le Code civil allemand dit dans son article 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. Ce système est préférable au nôtre, parce qu'il est plus près de la réalité. Il ne soulève pas les difficultés d'application pratique auxquelles donne lieu la loi française. Il a fallu chez nous que la Jurisprudence aplanisse ces difficultés en élargissant un peu la notion de domicile, et en brisant, là où il était trop gênant, le caractère artificiel que le Code lui a donné.

2. Pothier, éd. Bugnet, t. I, p. 3. On comprend pourquoi nos anciens auteurs avaient éprouvé le besoin de donner au domicile un caractère de fixité, et de distinguer le domicile de la résidence. C'est que, dans notre Ancien Droit, il ne faut pas l'oublier, le domicile servait surtout à déterminer le statut personnel de l'individu, c'est-à-dire les dispositions coutumières qui réglaient son état. Or, c'est à nos anciens auteurs que les rédacteurs du Code civil ont emprunté les règles des articles du titre 3, livre I (102 et suiv.), sans se rendre compte qu'elles avaient été surtout établies en vue d'un intérêt que l'unification de notre législation avait fait disparaître. C'est bien là ce qui fait que les dispositions édictées par eux conviennent si peu aux rapports juridiques modernes.

3. Il n'est pas nécessaire du reste que cet établissement ait un caractère définitif. (V. Civ., 7 mai 1907, S. 1908.1.150).

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 l'homme réside, mais le lieu auquel le 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 ; mais 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 certaines dispositions de notre Code civil (art. 107, 108), un individu a son domicile dans un lieu où il n'a pas encore résidé : mais cela ne se produit qu'exceptionnellement.

En résumé, 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 déterminé, et s'il a le centre de ses intérêts dans un autre, c'est en ce second lieu que la loi fixe son domicile [1].

Les juges du fond décident souverainement la question de savoir où se trouve en fait le domicile d'un individu (Req., 22 octobre 1900, S. 1901. 1.88 ; Req., 15 mars 1909, D. P. 1909.1.395, S. 1909.1.396).

Détermination, par la loi, du domicile de certaines personnes. — Il y a certains groupes de personnes auxquelles la loi *assigne d'office un domicile*, présumant ainsi à l'avance 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. Plus précisément, 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 domicile du mineur est chez le tuteur (art. 108 1er al., 2e phr.). Ce tuteur sera ordinairement le survivant des père et mère, qui sera investi à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle. Mais la tutelle peut être conférée à une autre personne, par exemple, si la mère survivante l'a déclinée (art. 394). Dans ce cas, l'enfant reste sous la puissance paternelle du survivant des père et mère, il habite chez lui, mais il a *son domicile chez son tuteur*. C'est que le tuteur gère les biens du mineur et exerce tous les droits qui lui appartiennent [2].

Le majeur interdit est également domicilié chez son tuteur (art. 108).

La *femme mariée* a pour domicile celui du mari (art. 108). C'est là, d'a-

1. Ainsi un jeune homme qui fait son service militaire, conserve le domicile qu'il avait auparavant ; il n'est pas domicilié, pendant la durée de son service, dans les différentes garnisons où il est envoyé. (V. Bordeaux, 21 novembre 1901, D. P. 1903. 2.499, S. 1904.2.158).

2. Le mineur *émancipé* n'a plus de *domicile légal*, car il est affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle. De même, à dater de la majorité, l'ex-mineur n'a plus de domicile légal. Sans doute, il peut conserver le domicile de ses parents ou du tuteur, s'il ne se crée pas un autre établissement, mais ce n'est qu'un domicile de fait.

près l'opinion générale, 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 (art. 214). 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 (art. 109).

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 (art. 107). Comme fonctionnaires de ce genre, nous citerons les juges des tribunaux civils, les conseillers des cours d'appel, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, les notaires, etc.[1]

Au contraire, les fonctions qui sont soit *temporaires*, soit *révocables*, n'emportent pas, de plein droit, translation du domicile de leur titulaire (art. 106). Celui-ci peut donc, après sa nomination, conserver le domicile qu'il avait auparavant ; il ne le transporte au lieu où il est nommé que quand il s'y fixe lui-même en fait. C'est le cas pour les préfets, les juges de paix, les magistrats du Parquet, etc...

On le voit, *les fonctionnaires inamovibles acquièrent leur nouveau domicile*, au *moment même de leur acceptation*, et avant qu'ils soient arrivés à leur poste. Une telle solution est un véritable abus de logique. Elle prête à de fâcheuses bizarreries. Il est difficile de la justifier rationnellement. En réalité, cette distinction entre les fonctions inamovibles et les amovibles remonte à l'Ancien Droit[2]. Elle pouvait avoir sa raison d'être autrefois, à une époque où beaucoup de personnes pourvues de charges amovibles ne résidaient pas au lieu de leurs charges. Aujourd'hui, elle n'en a plus aucune, elle ne correspond en effet à aucune différence réelle entre les deux sortes de fonctionnaires. Par exemple, pourquoi le premier président d'une cour d'appel est-il domicilié de droit au siège de la cour d'appel, alors que le procureur général ne l'est pas ?

Changement de domicile. — En principe, 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, 108 et 109.

Le changement de domicile s'opère moyennant les deux conditions suivantes (art. 103) :

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.

1. En ce qui concerne les professeurs de l'enseignement supérieur, et particulièrement les professeurs des Facultés de droit, V. Civ., 13 mai 1885 (D. P. 85.1.313, S. 86.1.181). Cf. la note sous cet arrêt, dans la Refonte du Sirey.

2. V. Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 26, éd. Bugnet, t. 1, p. 6,

Ces deux conditions sont nécessaires. L'habitation réelle dans le nouvel endroit choisi est le fait matériel qui porte à la connaissance de tous la translation de domicile. Mais, d'un autre côté, cette habitation nouvelle serait une simple résidence, si la personne n'avait pas la volonté de faire de ce lieu le centre de ses intérêts [1].

Mais comment se manifestera cette intention ?

L'article 104 du Code civil dit que l'intéressé peut annoncer son intention par une double *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 en général de faire connaître ce changement. Il n'a pas d'intérêt immédiat à faire la déclaration prescrite par la loi, et comme le défaut de déclaration n'emporte pas de sanction, il s'abstient d'y procéder. Dans la pratique donc, l'intention se dégagera *d'un ensemble de circonstances* (art. 105, C. civ.), prouvant que la personne a entendu transporter son principal établissement au lieu où elle a fixé son habitation. Ainsi, par exemple, l'intéressé n'a plus aucun point d'attache avec son ancien domicile ; il a transporté son commerce, son industrie, dans sa nouvelle résidence ; il y paye la contribution mobilière, ou l'impôt général sur le revenu, 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. L'intention de changer de domicile ressort en somme de la réunion d'un certain nombre de faits. Ce sont les juges qui, en cas de contestation, apprécieront souverainement la force probante de ces divers faits (Civ. 13 janvier 1919, *Gaz. Pal.*, 2 octobre 1919).

Conséquences de la conception française du domicile. — La conception française du domicile a conduit les auteurs à admettre deux principes qui, au point de vue logique, sont incontestables, mais peu défendables sur le terrain des faits :

Première conséquence : Un seul domicile pour une personne. — Un individu ne peut avoir qu'un domicile, quand bien même il possèderait divers établissements situés en des lieux différents. Il est impossible qu'une personne possède plusieurs domiciles. Que telle ait été la pensée des auteurs du code, c'est ce qui ne peut être mis en doute. La discussion qui s'est élevée à ce sujet lors des travaux préparatoires, et les textes mêmes du Code ne laissent pas place à la discussion. Malleville avait demandé en effet qu'on admît la possibilité pour une personne d'avoir plusieurs domi-

1. La question de savoir si un individu a entendu changer de domicile et, notamment, abandonner son domicile d'origine, c'est-à-dire celui où il était domicilié au moment de sa majorité, se pose fréquemment pour les personnes qui ont quitté la commune de ce domicile ; et notamment, elle se présente en matière électorale, quand il y a contestation du droit de rester inscrit sur la liste électorale de la commune où se trouvait le domicile d'origine. La Jurisprudence est bien ferme : l'individu conserve son domicile d'origine, tant qu'on n'a pas établi son intention d'en acquérir un autre (Civ., 10 avril 1906, S., 1907, 1.119?; 24 mars 1908 et 15 mars 1909, S., 1912, 1.470; Req. 3 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 17 janvier 1923).

ciles. Il faisait valoir qu'on l'admettait à titre d'exception dans notre ancien Droit, lorsqu'une personne résidait une moitié de l'année dans un endroit et l'autre moitié dans un autre[1]. Mais sa proposition fut repoussée. Et l'article 102, par la définition même qu'il donne, prouve que, si une personne a plusieurs établissements, elle n'aura pourtant qu'un domicile, car on ne peut avoir deux ou plusieurs établissements dont chacun soit le principal. Enfin, la loi parle du changement de domicile, non de l'adjonction d'un nouveau domicile à un ancien.

Mais le système légal, si certain et si logique qu'il soit, n'a pas laissé de produire des inconvénients.

Supposons qu'un officier, qu'un étudiant soient poursuivis pour contrats conclus au lieu de leur résidence. D'après la règle précédente, ils devraient être actionnés non en ce lieu, mais à celui de leur domicile, qui peut être fort éloigné. Voilà une gêne singulière pour leurs créanciers (logeur, tailleur, restaurateur, etc...). Aussi, les tribunaux ont-ils parfois admis qu'ils peuvent être poursuivis devant le lieu de leur résidence pour les *fournitures courantes* qui leur sont faites (Trib. civ. Bordeaux, 21 février 1894, D. P. 1895.2.33). Il y a là une solution que commandent les nécessités pratiques, mais dont le caractère *prétorien*, c'est-à-dire arbitraire, et, au fond, illégal, est évident.

Mais c'est surtout en ce qui concerne les établissements de crédit, les banques, les compagnies de chemins de fer et de navigation, les sociétés d'assurance et, en général, les grandes sociétés civiles et commerciales que l'application de la règle serait intolérable. Le domicile de ces personnes morales se détermine en effet comme celui des individus. Il est au lieu où est centralisée leur administration, c'est-à-dire à leur siège social. Et, cependant, ces sociétés étendent leurs opérations sur tout le territoire. Les personnes qui ont un procès à leur faire vont-elles donc être obligées de les assigner dans tous les cas devant le tribunal de leur domicile, quelque distant qu'il soit du lieu où s'est passé le fait générateur du litige? Nous verrons, en traitant du domicile des personnes morales, qu'une jurisprudence, non moins prétorienne que la précédente, jurisprudence dite des *sièges secondaires*, a admis la possibilité d'assigner les sociétés de ce genre devant le tribunal du lieu quelconque où elles ont un établissement avec un agent qui ait capacité pour les représenter en justice (Req., 19 juin 1876, D. P. 77.1.134, S. 76.1.383 ; Civ., 30 juin 1891, D. P. 94.1.539, S. 91.1.479 ; Bordeaux, 18 janvier 1904, D. P. 1904.2 267, S. 1904.2.109. Cf. note de M. Tissier sous Caen, 4 novembre 1897, S. 99.2.257 ; Paris 22 novembre 1924, *Gaz. Pal.*, 1925, 1. 465. Comp. pour le cas de pluralité d'établissements industriels ou commerciaux, Req. 28 juillet 1919 et 26 avril 1921, S. 21.1.313, note de M. Paul Esmein).

Nous rappelons que le Droit allemand admet depuis longtemps qu'une personne peut avoir plusieurs domiciles (art. 7, § 2, C. civ. all.).

Au contraire, le Code civil suisse (art. 23, § 2) suit la règle française:

1. Le droit romain admettait parfaitement cette pluralité de domiciles (V. 5 et 6 § 2, D. *ad municipalem*, 50. 1).

« Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. » Mais le 3e alinéa ajoute : « Cette disposition ne s'applique pas à l'établissement industriel ou commercial ».

Deuxième conséquence : Une personne ne peut pas ne pas avoir de domicile. — Logiquement, cela est encore très exact. Car toute personne a nécessairement un *domicile d'origine* qui est celui de ses père et mère ou tuteur. Or, après sa majorité, elle le garde, tant qu'elle ne s'en crée pas un nouveau.

Mais, pratiquement, à quoi bon rattacher ainsi une personne à un lieu avec lequel elle n'a plus aucun lien, aucune attache ? Un individu qui vit en nomade, qui n'exerce aucun métier en un lieu déterminé est un individu sans domicile, et c'est une pure illusion que d'essayer de lui en conserver un qui ne répond plus à la définition légale. Ici d'ailleurs, le législateur lui-même a fait bon marché de la logique pure. En effet, les articles 2 et 59 du Code de procédure civile prévoient le cas où un individu n'a pas de domicile, et décident qu'il pourra être en ce cas assigné devant le tribunal de sa résidence.

Domiciles spéciaux. — A côté du domicile général, il y a des *domiciles spéciaux*, qui peuvent s'acquérir sans faire disparaître le premier, et n'ont trait *qu'à l'exercice de certains droits*. Il en est ainsi dans les cas suivants :

1° *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 (art. 74 et 165, C. civ. modifiés par la loi du 21 juin 1907).

2° *La femme mariée commerçante* acquiert un domicile spécial pour 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° *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. Leur domicile principal reste cependant fixé chez leur tuteur, car ils sont frappés d'interdiction légale.

§ 3. — Election de domicile.

Définition du domicile élu. — Le domicile élu est quelque chose de tout différent du domicile proprement dit et ne constitue même pas un véritable domicile. Bien au contraire, c'est un lieu avec lequel l'individu qui le désigne n'a pas ordinairement d'attache.

Voici en quoi consiste l'élection de domicile. Lorsque deux personnes habitant des villes différentes contractent ensemble, il peut être fort gênant pour celui qui devient créancier et fait par conséquent la loi du contrat d'être contraint, si une difficulté vient à surgir, de poursuivre son adversaire devant le tribunal du domicile de celui-ci, lequel peut être fort éloigné. Le créancier stipulera donc que les litiges qui pourraient naître entre lui et son débiteur, seront portés, contrairement à la règle de l'article 59 du Code

de procédure civile, devant le tribunal de son propre domicile, à lui créancier. Et pour obtenir ce résultat, il demande à l'autre partie de faire *élection de domicile* chez une personne habitant en un lieu situé dans le ressort de ce tribunal.

L'élection de domicile consiste donc pour le débiteur à accepter la compétence du tribunal indiqué.

L'élection de domicile est quelquefois imposée par la loi, mais cela est très rare (V. art. 176 pour la personne qui fait opposition à un mariage, art. 2148-1° pour l'inscription hypothécaire).

Effets de l'élection de domicile (art. 111). — L'élection de domicile produit en général un double effet :

1° Elle donne compétence au tribunal du lieu indiqué pour juger les contestations qui peuvent naître entre les parties. Donc elle dispense le demandeur de poursuivre son adversaire devant le tribunal du domicile de ce dernier. C'est là le grand avantage de l'élection de domicile[1].

Le créancier conserve, du reste, le droit d'assigner son débiteur au domicile réel. Il n'en serait autrement que si l'élection de domicile avait été faite dans l'intérêt des deux parties (Civ., 14 juin 1875, D. P. 75.1.289, S. 76.1.172).

2° La personne chez laquelle l'élection de domicile est faite, est constituée mandataire à l'effet de recevoir tous les actes de procédure que l'intéressé aura à signifier à l'autre partie.

Ce second effet ne se produit pas toujours. En effet, il se peut qu'il y ait élection de domicile sans indication d'une personne déterminée. Cela est très rare ; mais quand cela se produit, il faut que les actes de procédure soient signifiés au domicile réel de l'adversaire.

En revanche, il y a des cas où l'élection de domicile a exclusivement en vue ce second effet. Ainsi, le créancier hypothécaire doit, dans l'acte d'inscription de son hypothèque, faire élection de domicile dans un lieu de l'arrondissement du bureau de la conservation des hypothèques (art. 2148-1°). Cette élection sert pour les diverses notifications que les intéressés pourront avoir à adresser au créancier, soit pour purger ou saisir l'immeuble, soit pour faire réduire ou rayer l'inscription. Or, il est intéressant de constater que cette élection doit être faite *même si le créancier a son véritable domicile dans l'arrondissement*. En effet, le domicile réel pourrait être déplacé, et l'élection de domicile protège les intéressés contre cet inconvénient. La précaution prise ainsi par la loi, dans une hy-

1. Les compagnies d'assurances qui font des opérations sur tout le territoire avaient pris l'habitude d'insérer dans toutes leurs polices une clause d'élection de domicile au siège social de la société. Les assurés étaient donc obligés, quel que fût le lieu où le contrat avait été conclu, de poursuivre la compagnie devant le tribunal du siège social, c'est-à-dire, pour la plupart des sociétés, devant le tribunal civil de la Seine. Il a fallu une loi pour mettre un terme à cet abus : c'est la loi du 2 janvier 1902, qui a donné compétence au tribunal du domicile de l'assuré, d'une façon générale, et, exceptionnellement, au tribunal du lieu de la situation des immeubles et des meubles pour l'assurance contre les risques les concernant, enfin au tribunal du lieu de l'accident pour l'assurance contre les accidents.

pothèse spéciale, s'est imposée aux gens d'affaires, et à propos de nombre d'autres opérations qu'une inscription d'hypothèque. Il est donc fréquent, en pratique, de trouver dans les contrats une élection de domicile faite au lieu même où se trouve le domicile des deux intéressés. C'est un moyen pour le créancier de se garantir contre le risque du changement du domicile réel de son débiteur qui pourrait se produire avant l'exécution de l'obligation.

3° L'élection de domicile ne vaut que pour l'acte en vue duquel elle a eu lieu. Mais elle dure tant que subsistent les obligations engendrées par cet acte. La mort du débiteur ne la fait pas disparaître. Les héritiers du débiteur sont obligés de la respecter, car elle fait partie intégrante de la convention conclue par leur auteur.

Tels sont les effets de l'élection de domicile. Il n'y en a pas d'autres. A elle seule, l'élection de domicile ne modifie donc pas les règles ordinaires concernant le lieu d'exécution volontaire de l'obligation. Par conséquent, s'il n'a rien été dit dans le contrat, le paiement se fera conformément à l'article 1247 du Code civil, c'est-à-dire, selon les cas, tantôt au lieu indiqué par la convention, tantôt au domicile du débiteur. Cela se comprend sans peine : l'élection de domicile est faite, sauf indication contraire, en vue seulement du cas où le créancier sera obligé de poursuivre le débiteur devant les tribunaux.

En résumé, on voit que la matière de l'élection de domicile n'a que le nom de commun avec celle du domicile proprement dit. L'élection de domicile est, en somme, un moyen de modifier la compétence ordinaire des tribunaux appelés à statuer sur un litige éventuel, et, en général, une espèce particulière de mandat.

CHAPITRE II

L'ABSENCE

Définition. Généralités. — Dans le langage usuel, l'absence est le fait de ne pas être présent en un lieu dans lequel on est ordinairement, ou dans lequel on devait se trouver à un moment déterminé. Ainsi, on dit qu'une personne est absente quand elle est sortie de chez elle ou qu'elle est en voyage. Plus spécialement, on dira qu'elle est absente à telle réunion, pour indiquer qu'elle n'y est pas venue ; un soldat sera porté absent à l'appel, s'il n'y répond pas.

En matière juridique, ce mot prend un sens technique plus étroit que le précédent. Ce qui caractérise l'absence d'un individu, ce n'est plus seulement la non-présence à son domicile, mais c'est, en outre, le fait d'avoir disparu sans donner de ses nouvelles. On ne sait pas ce que cet individu est devenu, *on ignore s'il est vivant ou s'il est mort.*

En combinant les articles 115 et 135 du Code civil, on peut dire que l'absent est *l'individu qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence et dont l'existence n'est pas reconnue.*

Le Code a longuement traité cette matière (art 112 à 143), que les législations anciennes négligeaient presque complètement. C'est qu'elle présentait un grand intérêt en 1804, parce que, à la suite des guerres incessantes qui duraient depuis 1792, le nombre des absents était devenu considérable. L'absence est à l'heure actuelle un fait relativement rare, et cela s'explique par la facilité des communications, qui permet d'être renseigné sur les décès des nationaux survenus à l'étranger, et aussi par les mesures prises pour constater les décès des militaires ou marins décédés aux armées. Néanmoins, le nombre des personnes qui disparaissent chaque année, sans qu'on sache ce qu'elles deviennent, est plus grand qu'on ne le croit généralement. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les listes des jugements déclaratifs d'absences publiées au *Journal officiel.* Le *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale* pendant l'année 1905 constate que, dans le cours de cette année, il a été rendu 852 jugements nommant des administrateurs de biens d'absents et 683 jugements de déclaration d'absence. Il n'est pas douteux que la dernière guerre a amené un accroissement considérable des cas d'absence.

Comme nous l'avons annoncé, nous nous contentons de donner quelques notions générales sur le mode de réglementation de l'absence établi par le Code civil, sans entrer dans l'étude détaillée des articles **112 et suivants.**

Notions d'ensemble sur le système de réglementation des droits de l'absent. — L'absence met en péril de nombreux intérêts : ceux du conjoint de l'absent, ceux de ses enfants mineurs, ceux des personnes (créanciers, associés, etc.) qui ont traité avec lui, ceux enfin de l'absent lui-même dont les biens sont menacés de dépérissement. Le péril augmente à mesure que l'état d'absence se prolonge. Tous ces intérêts réclament impérieusement l'intervention du législateur.

Mais en quoi doivent consister les mesures de protection à édicter ?

La difficulté du sujet tient à l'incertitude où l'on se trouve sur le sort du disparu. On ne sait s'il est vivant ou mort.

Pendant les premières années qui suivent la disparition, il faut évidemment se contenter de prendre des mesures provisoires d'administration de ses biens, car il y a lieu d'espérer que l'absent est encore vivant et qu'il reparaîtra.

Mais, à mesure que l'état d'absence se prolonge, les chances de réapparition diminuent et deux systèmes peuvent alors se concevoir.

Ou bien tenir l'absent pour mort, et ouvrir sa succession.

Ou bien, au contraire, se contenter de consolider les mesures provisoires prises durant la première période, afin de réserver les choses en vue du retour toujours possible de l'absent.

Le second système est plus respectueux des droits de l'absent que le premier. Théoriquement, il se défend peut-être mieux ; mais pratiquement, il est certainement inférieur. 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.

Cela était peut-être, il est vrai, moins exact au temps où le Code civil a été rédigé. Beaucoup de soldats, demeurés en captivité à l'étranger pendant les guerres de la Révolution ou du premier Empire, ont pu revenir de longues années après. Il en était de même pour beaucoup des émigrés et proscrits politiques qui avaient fui devant la Révolution. C'est ce qui explique le système législatif, moins pratique aujourd'hui, mais alors très défendable et, du reste, traditionnel en France (V. sur notre Ancien Droit, Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 619-620), qui a été adopté par les rédacteurs du Code civil.

L'idée directrice qui inspire les dispositions du Code 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 qu'on n'en a pas la certitude. En conséquence, la loi ne dissout pas son mariage ; elle n'ouvre pas sa succession. Elle se contente de mesures provisoires qui deviendront définitives si l'absent ne reparaît pas.

Le Droit germanique a depuis longtemps, au contraire, adopté le système opposé : ainsi le Code civil allemand décide que l'on peut faire décla-

rer le décès d'un individu disparu, lorsque, depuis dix ans, il n'est parvenu aucune nouvelle de son existence. Il n'est pas permis de prononcer cette déclaration avant l'expiration de l'année dans laquelle le disparu aurait dû accomplir sa trente et unième année. En revanche, si le disparu est en âge d'avoir accompli sa soixante-dixième année, il peut être déclaré décédé au bout de cinq années (art. 14, 1er et 2e al.). La déclaration de décès a pour effet de faire présumer que le disparu est décédé au moment fixé par le jugement de déclaration (art. 18, al. 1). Mais si l'absent revient, il peut se faire restituer ses biens (art. 2031).

Mesures provisoires relatives à l'absence. — Voyons maintenant en quoi consistent les mesures provisoires instituées par le Code civil français, en vue de protéger les divers intérêts menacés par l'absence.

Il importe, à cet effet, de distinguer entre les droits de famille et les droits du patrimoine.

Droits de famille. — L'absence ne dissout pas le mariage ; celui-ci subsiste quel que soit le temps écoulé depuis la disparition de l'absent. Le conjoint présent ne peut pas contracter un nouveau mariage, tant qu'il ne prouve pas le décès de son conjoint.

S'il y a des enfants mineurs issus du mariage, l'absence de l'un des époux n'ouvre pas non plus la tutelle. Le conjoint de l'absent exerce les droits attachés à la puissance paternelle (art. 141).

Droits du patrimoine. — Il y a ici deux catégories de droits à distinguer : 1° Ceux qui composaient le patrimoine de l'absent au moment de sa disparition ; 2° Les droits de succession testamentaire ou *ab intestat* qui se sont ouverts à son profit postérieurement à sa disparition.

Parlons d'abord de ces derniers. Un droit ne peut se fixer sur la tête d'une personne que si on prouve qu'elle vit encore au jour où il a pris naissance. Or, on ne peut pas prouver que l'absent vit au moment où s'ouvre la succession à laquelle il est appelé. En conséquence, la succession sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels l'absent aurait été appelé à concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut (art. 135-136).

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 se fondant sur cette idée déjà signalée, qu'on ne sait pas si l'absent est vivant ou mort, mais qu'à mesure que l'absence se prolonge, la présomption de mort s'affirme, grandit, sans jamais toutefois devenir absolue.

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 (art. 112 à 114). 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. C'est ce qu'on fera en nommant, en ce cas, un administrateur des biens.

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 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 (art. 115 à 128).

3° Cette seconde période dure elle-même *trente ans*, après quoi s'ouvre la *troisième*, celle de l'*envoi en possession définitif* (art. 129 et s.). Le décès de l'absent 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 décédé.

Règles relatives à la disparition pendant la guerre de 1914 de militaires, marins ou civils assimilés. — La loi du 25 juin 1919, par dérogation aux règles édictées eu matière d'absence, permet d'obtenir du tribunal, en cas de disparition pendant la guerre des personnes susénoncées, un jugement déclaratif de décès lorsqu'il s'est écoulé deux années depuis la dite disparition et six mois depuis la promulgation de la loi fixant la date de la fin des hostilités.

TITRE III

DES INCAPABLE S

Nous ne reviendrons pas sur la notion générale de l'incapacité que nous avons fournie dans notre Introduction.

Parmi les diverses espèces d'incapacités, nous laisserons de côté les *incapacités de jouissance* et ne parlerons ici que des incapacités dites *d'exercice.*

Nous rappelons que les incapables de cette catégorie sont des personnes qui possèdent, en principe, les avantages, les bénéfices de tous les droits privés, mais qui n'en ont pas l'exercice, en ce sens qu'elles n'accomplissent pas elles-mêmes ou n'accomplissent pas seules les actes qui sont nécesaires pour leur procurer la *jouissance* de ces droits.

Tantôt, en effet, ces actes sont accomplis, exercés par un représentant légal de l'incapable ; tantôt c'est l'incapable lui même qui les exerce mais il a besoin, à cet effet, d'une assistance ou d'une autorisation.

Les incapables dont nous nous occuperons sont : les mineurs, les aliénés, les femmes mariées.

PREMIÈRE PARTIE

LES MINEURS

Généralités.

La nature elle-même divise la vie en plusieurs périodes suivant le degré de développement physique et intellectuel de la personne humaine. Se plaçant au point de vue de l'aptitude purement juridique, c'est-à-dire d'un niveau d'intelligence et de volonté suffisant pour permettre à l'individu d'accomplir les actes nécessaires à l'exercice de ses droits, notre législation partage la vie de l'homme en deux périodes, la *majorité* et la *minorité*. La *minorité*, qui cesse à vingt et un ans accomplis (art. 388, C. civ.), est la situation de l'individu qui est présumé n'avoir pas atteint un degré de formation intellectuelle suffisant pour qu'il puisse se gouverner lui-même. L'individu mineur est, en principe, totalement incapable. Le moment où l'individu devient « capable de tous les actes de la vie civile » (art. 488, C. civ.) est celui de la *majorité*.

Formation et appréciation du système français sur l'âge de la majorité[1]. — Le Droit romain suivait un système plus complexe que le nôtre. Dans son dernier état, il fixait à vingt-cinq ans seulement la *perfecta ætas*, l'âge de la pleine majorité. Auparavant, il n'y avait pas moins de trois périodes à distinguer. Pendant la durée de l'*infantia*, c'est-à dire jusqu'à sept ans accomplis, l'enfant, n'ayant pas atteint l'âge de raison, était entièrement et absolument incapable. Une seconde période allait de l'*infantia* à la *puberté*. L'impubère n'était pas complètement incapable, car il pouvait valablement accomplir les actes qui rendaient sa condition meilleure, c'est-à-dire qui augmentaient son patrimoine. Pour *rendre sa condition pire*, c'est-à-dire aliéner ou s'obliger, il avait besoin de l'assistance ou *auctoritas* de son tuteur. Enfin, depuis l'âge de la puberté jusqu'à vingt-cinq ans, le pubère, du moins lorsqu'il n'avait pas de curateur, était capable en principe, mais ceux de ses actes qui lui causaient une lésion, ou préjudice, pouvaient, par la suite, être attaqués au moyen de la *restitutio in integrum*.

Au Moyen-Age, on a, pendant quelque temps, fixé l'âge de la majorité à l'époque de la puberté (douze ou quatorze ans). C'est le système très simple des législations primitives. Les majorités précoces n'y offrent pas d'in-

1. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, 3e éd., p. 553 et s.; Brissaud, *Manuel d'histoire du Droit privé*, 1907, p. 188 et s.

convénients, parce que les jeunes gens sont protégés contre leur imprudence par la cohésion de la vie familiale ; mais, à l'exemple du Droit romain, l'état de minorité ne tarda pas à se prolonger ; au XVII[e] siècle, la règle communément admise est que l'enfant n'acquiert la pleine capacité civile qu'à vingt-cinq ans[1]. Cependant, il y a des exceptions : ainsi, en Normandie, la majorité commence à l'âge de vingt ans accomplis.

La législation révolutionnaire a définitivement introduit dans notre Droit l'âge de 21 ans (loi du 20 septembre 1792, tit. 4, art. 2), qui a été maintenu par les rédacteurs du Code civil (art. 388 et 488). Cette limite paraîtra heureusement choisie, si l'on considère que c'est celle qui est la plus généralement adoptée par les législations étrangères[2].

Cependant, on pourrait peut-être estimer que le système des législations modernes, moins compliqué que celui du Droit romain, est en même temps moins pratique à certains égards. Il fait passer, sans transition, l'individu d'une incapacité complète ou presque complète à une capacité absolue. Nous verrons que le procédé de protection juridique employé par notre Droit à l'égard du mineur est celui de la *représentation*. Ses intérêts son confiés à un mandataire légal qui parle et agit en son nom. Sa volonté, sa personnalité sont donc complètement effacées, éliminées en quelque sorte pendant toute la première partie de son existence. Puis, brusquement, un jour donné, il recevra, sans préparation aucune, la libre disposition de sa personne et de sa fortune. Pour les orphelins de famille aisée, notamment, ce système ne va pas sans inconvénients. Mais ajoutons qu'il pourrait être amélioré par un emploi judicieux de l'*émancipation*. On appelle ainsi l'acte qui confère au mineur, à partir d'un certain âge, quinze ou dix-huit ans, le gouvernement de sa personne et une sorte de demi-capacité consistant dans l'aptitude à accomplir seul les actes les moins dangereux de la vie juridique ; de plus, le mineur émancipé figure en personne dans tous les actes quelconques ; c'est lui qui agit avec le concours d'un curateur qui n'a pas la fonction de le *représenter* comme un tuteur, mais celle de l'*assister*. On comprend donc aussitôt que l'émancipation semble appelée à constituer une transition utile entre la minorité et la majorité

Exceptions à l'incapacité du mineur. — L'incapacité du mineur reposant, en somme, sur une présomption légale d'inaptitude naturelle qui, comme toutes les présomptions, peut se trouver contraire à la réalité des faits, on conçoit aisément que cette incapacité comporte certaines exceptions, à titre de tempéraments nécessaires. Nous l'avons dit : le système de notre Droit français est à la fois un système de protection et de représentation légale. Le mineur a la jouissance de tous les droits privés ; il n'en a

1. Louis Amiable, *Essai historique et critique sur l'âge de la majorité* (Revue historique du droit francais et étranger, 1861, p. 205 s.).

2. Cependant, le Code civil suisse fixe la majorité à vingt ans révolus (art. 14). L'âge de la majorité est de vingt-deux ans dans la République Argentine, de vingt-trois ans aux Pays-Bas et en Espagne, de vingt-quatre ans en Autriche et en Hongrie, de vingt-cinq ans au Danemark et au Chili.

pas l'exercice, mais cet exercice est assuré par son mandataire légal qui est tantôt son père, tantôt son tuteur. Dès lors, s'il s'agit de droits dont il est impossible de concevoir l'exercice par voie de représentation, comme le droit de se marier, de faire son testament, le mineur, du moment qu'il possède en fait une *capacité naturelle* suffisante, c'est-à-dire la pleine conscience de ses actes, devra posséder, en même temps, la capacité juridique d'exercer les droits en question. Sans quoi, son incapacité, qui est toute d'exercice, deviendrait une incapacité de jouissance : on ne le protégerait plus, on le frapperait, en le privant de ces droits. De plus, même parmi les actes qui admettent la représentation, il en est que le mineur peut accomplir lui-même à cause du caractère tout personnel qu'ils présentent : par exemple, la reconnaissance d'enfant naturel et le contrat de mariage. Enfin, le mineur est autorisé par la loi à faire lui-même les actes qui ne peuvent avoir pour lui aucun effet préjudiciable. Telles sont les idées générales qui dominent la matière. En voici maintenant les applications :

1° Dans le groupe des *droits concernant l'état de la personne*, le mineur possède une certaine capacité :

A. — En matière de *mariage*, à partir de l'âge de la puberté, dix-huit ou quinze ans, selon le sexe, il peut se marier avec le consentement de ses protecteurs légaux ;

B. — Lorsqu'il s'agit de *reconnaître un enfant naturel*, le mineur peut valablement le faire, sans avoir besoin d'autorisation, du moment qu'il a pleine conscience de ses actes, et sans avoir besoin de l'assistance de son représentant.

C. — Quand il s'agit d'exercer une action en *recherche de la paternité naturelle*, l'article 340, al. 10, modifié par la loi du 16 novembre 1912, nous dit que « pendant la minorité de l'enfant, la mère, *même mineure*, a seule qualité pour l'exercer ». Et il nous paraît certain que, par l'effet de cette disposition, la fille-mère mineure, désireuse d'intenter au nom de son enfant, et contre le père prétendu de celui-ci, une instance en recherche de la paternité, est dispensée de toute autorisation pour intenter et poursuivre le procès.

D. — A partir de vingt ans, le mineur peut *contracter un engagement militaire* sans l'autorisation de ses parents (L. 1er avril 1923, art. 61).

E. — Le mineur, même au-dessous de 16 ans, peut faire partie d'une société de secours mutuels sans l'assistance de son représentant légal (L. 1er avril 1898, art. 3).

F. — Le mineur âgé de plus de 16 ans peut également adhérer à un syndicat professionnel (V. L. 21 mars 1884, modifiée par la loi du 12 mars 1920).

2° Dans le groupe des *droits patrimoniaux*, la même idée s'applique à plusieurs actes importants :

A. — *Le contrat de mariage.* Du moment qu'on permet à certains mineurs de se marier, il faut leur permettre de débattre et de signer l'acte qui réglera les conséquences pécuniaires de l'union projetée. De là, les articles 1309 et 1398 du Code civil qui confèrent aux mineurs pubères, en

la réglementant, la capacité nécessaire pour passer valablement leurs conventions matrimoniales.

B. — *Les actes à titre gratuit* ne peuvent pas se faire par représentation. Le mineur va-t-il pouvoir les consentir? Ici, la loi fait une distinction. Elle ne relève pas le mineur de son incapacité en ce qui concerne les *donations*, sauf pour celles qui seraient contenues dans un contrat de mariage (art. 1398. C. civ.); au contraire, l'article 904 du Code civil permet au mineur, à partir de seize ans, de disposer *par testament* de la moitié de la quotité disponible. Cette différence entre les donations et les testaments tient à deux raisons :

a) Le testament est moins dangereux que la donation entre vifs, parce qu'il peut être révoqué ;

b) Il n'est jamais indispensable de pouvoir faire une donation (sauf par contrat de mariage). Au contraire, un mineur, qui se sent menacé de mort prochaine, peut se trouver dans l'obligation morale de faire certaines dispositions testamentaires.

C. — *Responsabilité des délits ou quasi-délits civils.* — Le mineur qui a commis une faute préjudiciable à autrui engage par là son patrimoine, dans la mesure de la réparation due à la victime de ce délit ou de ce quasi-délit (art. 1310, C. civ.). Il suffit, conformément au droit commun, que l'on puisse relever à la charge du mineur une *faute* qui lui soit imputable, c'est-à-dire qu'il apparaisse, en fait, qu'il a eu, lorsqu'il les a accomplis, conscience des actes qui engagent sa responsabilité.

3° Enfin, l'incapacité du mineur est écartée dans diverses catégories d'actes, qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'entraîner pour lui des suites préjudiciables. Ce sont :

A. — *Les actes conservatoires.* — On appelle ainsi les actes qui ont pour objet d'éviter au patrimoine une perte imminente. Ces actes ne peuvent donc être qu'utiles et, d'autre part, ils n'engagent aucune dépense (exemples : inscrire une hypothèque, interrompre une prescription). Dès lors, tout le monde peut les faire ; on pourrait même les accomplir valablement au profit du patrimoine d'autrui. A plus forte raison, un mineur aura donc le droit de les faire à son propre bénéfice.

B. — *Certains actes autorisés par des lois postérieures au Code : a*) Les mineurs sont admis à se faire ouvrir des livrets dans les caisses d'épargne, sans l'intervention de leur représentant légal. Ils peuvent même, à partir de seize ans accomplis, opérer, seuls, des retraits de fonds, à moins d'opposition de leur père ou tuteur (L. 9 avril 1881, art. 6, 4e al. ; 20 uillet 1895, art. 16, 3e al.). Ils sont également admis, à partir de l'âge de seize ans révolus, à faire, sans autorisation, des versements à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse (L. 20 juillet 1886, art. 13, 2e al.).

b) Diverses lois ont autorisé les mineurs à plaider, seuls, ou avec l'autorisation du juge, dans les litiges concernant l'exercice de leur profession (L. 24 décembre 1896, sur l'inscription maritime, art. 51 ; L. 12 juillet 1905 sur les justices de paix, art. 5 et 16, al. 2 comb. ; L. 27 mars 1907 sur les conseils de prud'hommes, art. 37. Cf note sous Civ , 25 juin 1884, à la Refonte du Sirey).

C. — *Les actes d'administration non lésionnaires.* — Nous verrons, plus loin, en étudiant les conséquences de l'incapacité, que les actes concernant l'entretien du mineur ou l'administration de ses biens demeurent valables, quoiqu'ils aient été faits sans autorisation, s'ils ne lui causent pas de lésion, c'est-à-dire si le tiers qui a traité avec lui n'a pas abusé de son inexpérience pour lui faire subir un préjudice.

D. — *Les actes de représentation.* — Un mineur, et généralement tout incapable peuvent, du moment qu'ils ont, en fait, une volonté consciente, agir valablement comme mandataires d'autrui, en ce sens que, sans encourir de responsabilité au regard de celui auquel il a plu de les choisir comme mandataires, ils le représenteront d'une manière efficace, au regard des tiers. C'est affaire au mandant de choisir qui lui plaît pour parler en son nom. Du moment que l'incapable ne peut être comptable des suites de son mandat et que, dès lors, il ne court aucun risque, il pourra être mandataire comme une personne capable. L'article 1990, qui consacre cette solution, semble ne l'admettre que pour le mineur émancipé, mais comme il n'y a aucune raison pour ne pas la généraliser, on décide qu'elle s'applique également au mineur non émancipé (Rouen, 27 février 1855, D. P. 56.2.275, S. 56.2.22).

Par les solutions qu'il consacre pour les actes de ces dernières catégories, notre Droit, on le voit, prend, relativement à l'incapacité du mineur, une physionomie moins tranchée, moins rigide que celle qu'on pourrait lui prêter d'après l'exposé des principes. Il se rapproche, dans une certaine mesure, des conceptions des Romains, d'après lesquelles l'impubère n'est pas un incapable du moment qu'il ne s'agit pas pour lui de rendre sa condition pire, mais, au contraire, d'augmenter son patrimoine.

Comment est-il pourvu à la protection du mineur ? — Pour comprendre le système assez compliqué de la loi française en cette matière, il importe de distinguer la protection de la *personne* et celle du *patrimoine*.

En ce qui concerne sa *personne*, le mineur a pour protecteurs naturels ses père et mère que la loi investit, à cet effet, d'une autorité désignée par l'expression de *puissance paternelle*. Si le mineur n'a plus ni père ni mère, ou s'il n'a ni père ni mère légalement connus (ce qui peut arriver pour les enfants naturels), le soin et la protection de sa personne sont confiés à un *tuteur*.

En ce qui concerne le *patrimoine*, il y a lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Tant que dure le mariage des parents de l'enfant légitime, c'est le père qui administre les biens qui peuvent échoir au mineur en qualité d'administrateur légal. Dans tous les autres cas, cette mission est confiée à un tuteur.

Quant à l'enfant naturel, l'administration de ses intérêts pécuniaires appartient toujours à un tuteur.

On le voit, la puissance paternelle et la tutelle sont des institutions parallèles qui parfois s'enchevêtrent. Ces deux sortes d'autorités coexistent quelquefois. Elles peuvent alors être réunies dans la même main, mais le

contraire peut se produire. En tout cas, ce qui caractérise essentiellement la tutelle, lorsqu'elle existe, c'est qu'elle s'exerce sous le contrôle d'un *conseil de famille*, dont le tuteur peut être considéré comme l'agent et qu'il doit consulter dans les circonstances importantes.

Les solutions qui viennent d'être indiquées ne s'appliquent d'ailleurs qu'au mineur ordinaire, c'est-à-dire non émancipé. Le mineur émancipé, affranchi de la puissance paternelle, et doté d'une indépendance presque complète quant au gouvernement de sa personne, jouit en ce qui touche son patrimoine, d'une demi-capacité, complétée par l'assistance d'un *curateur*, placé lui-même, à certains égards, sous le contrôle du conseil de famille.

Enfin — et à ce point de vue, notre Droit a suivi la tradition de l'Ancien Régime — l'autorité judiciaire exerce, dans l'intérêt du mineur, relativement à la direction de sa personne et à la gestion de ses intérêts, une certaine mission de contrôle et de haute surveillance, plus ou moins définie et organisée suivant les hypothèses. La tendance actuelle de notre Jurisprudence et de notre législation est d'élargir encore ce champ d'action et, plus généralement, de multiplier et de favoriser les interventions des pouvoirs d'Etat en vue de la protection de l'enfance, mal assurée trop souvent par les autorités familiales.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Définition. Caractères actuels de la puissance paternelle. — La puissance paternelle peut être définie l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tant qu'ils sont mineurs et non émancipés, pour faciliter l'accomplissement des devoirs d'entretien et d'éducation dont ils sont tenus.

Quatre conséquences se dégagent de cette définition :

1° La puissance paternelle appartient au père et à la mère, mais non aux ascendants. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que ceux-ci ne jouissent, même du vivant des père et mère, de certaines prérogatives. Ainsi, il a été jugé que les parents n'auraient pas, à moins de justes motifs, le droit de s'opposer à ce que l'ascendant voie l'enfant et entretienne avec lui une correspondance (Req., 12 février 1894, avec concl. de M. Cruppi, D. P. 94. 1.218, S. 94.1.240. Cf. note de M. de Loynes, D. P. 93.2.81). Après le décès des parents, ce sont les ascendants qui sont appelés à consentir au mariage du mineur ; ils font partie de droit du conseil de famille et la tutelle leur est déférée par la loi (V. encore art. 935, 3e al. C. civ.). Mais ces diverses prérogatives ne leur donnent aucun droit d'immixtion et de contrôle dans l'exercice de la puissance paternelle par les parents de l'enfant.

2° La puissance paternelle, en dépit de son nom, appartient *à la fois au père et à la mère* ; après la mort du père et, dans d'autres cas encore, elle est exercée par la mère. Aussi propose-t-on parfois de la dénommer *autorité parentale*, vocable nouveau qui la désignerait plus exactement que l'expression traditionnelle.

3° La puissance paternelle prend fin à la majorité de l'enfant ou même auparavant, s'il est émancipé. Il est vrai qu'aux termes de l'article 371 du Code civil, l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère, mais c'est là un *précepte de morale* plutôt qu'une règle légale. Les rapports juridiques que crée la puissance paternelle entre les père et mère et l'enfant s'éteignent avec la minorité.

4° La puissance paternelle constitue un *pouvoir de protection*, et les pré-

1. V. Taudière, *Traité de la puissance paternelle.* Paris, 1898 ; Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites.* Paris, 1895 ; Leloir, *Code de la puissance paternelle,* 2 vol., 1892 ; Du Plessis de Grénédan, *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien droit français,* thèse Paris, 1900. — V. la liste des articles de revues et ouvrages publiés en France sur la puissance paternelle dans *Bulletin de la Société de législation comparée,* session extraordinaire de 1889, rapport de M. Fuzier-Hermann, p. 107, note 1.

rogatives qu'elle confère au père et à la mère sur la personne et les biens de leur enfant ne sont que la contre-partie des devoirs et de la responsabilité que leur impose le fait de la procréation. Ce n'est pas sans intention que les rédacteurs du Code emploient l'expression d'*autorité* (V. art. 372, 373 par préférence à celle de *puissance*, qui n'a trouvé place que dans la rubrique du Titre consacré à l'institution.

SECTION I. — Histoire de la puissance paternelle

Le Droit romain. — La physionomie si tranchée et si rigoureuse de la puissance paternelle est un des points les plus connus du Droit romain ancien. Le *pater*, c'est-à-dire le mâle, chef de la famille, exerce sa vie durant sur tous ses descendants, quel que soit leur âge, un pouvoir presque aussi absolu que sur les esclaves de la *familia*, et allant jusqu'au *jus vitæ necisque*. La personnalité juridique de ses enfants s'absorbe entièrement dans la sienne, au point qu'ils n'ont pas de patrimoine propre et que tout ce qu'ils peuvent acquérir vient grossir les biens du *paterfamilias*.

Cette constitution primitive de la famille n'a pas tardé à s'altérer ; elle ne pouvait convenir à un Etat puissant, chez lequel grandissait l'esprit d'initiative et s'élargissait la personnalité de l'homme. Aussi, dès la fin de la République, la puissance paternelle s'atténue déjà : sous l'Empire, elle est plus considérablement restreinte encore et réduite à peu près à un droit de correction. Quant au patrimoine, après avoir reconnu à l'enfant le droit de posséder un pécule castrense ou quasi-castrense, on a admis que toutes les acquisitions faites par lui, soit par voie de succession ou de donation, soit par son industrie, ayant, en un mot, une autre source que des valeurs confiées par le père, demeuraient sa propriété exclusive, sous le nom de *biens adventices*. Toutefois, ces biens adventices restaient soumis à l'administration et à l'usufruit du père de famille.

Enfin, si l'on veut se faire une idée exacte de la puissance paternelle à l'époque classique du Droit romain, il ne faut pas oublier que le père a toujours conservé le droit d'exhéréder ses enfants pour cause légitime, faculté qui fortifiait et rehaussait singulièrement son autorité.

L'ancien Droit français[1]. — La puissance paternelle survit, avec les mêmes caractéristiques qu'en Droit romain, dans les pays de Droit écrit et même dans le ressort de certaines coutumes (Poitou, Bretagne, Reims, etc.). Quelques atténuations peuvent cependant être signalées ; ainsi, la puissance paternelle ne s'étend pas quant à la personne au delà de la majorité de l'enfant (sauf en Poitou pour le fils non marié). L'enfant échappe à la puissance

1. Claude Henrys, *Œuvres*, avec les observations de Bretonnier, 6e éd., t. II question 127, p. 712 et s. ; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 40 ; Loysel, *Institutes coutumières*, n° 55 ; Argou, *Institution au Droit français*, 1730, t. I, Liv. 1, chap. 4, p. 18 et s. ; Pothier, *Des personnes*, éd. Bugnet, t. IX, p. 50 et s. ; Laferrière, *Histoire du Droit français*, p. 331 et s. ; Viollet, *Histoire du Droit civil français*, 3e éd., p. 537 à 553, 570 à 575, voir la bibliographie citée par lui, p. 575 ; Brissaud, *Manuel*, p. 103, et s.

paternelle quant à ses biens, par la mort du père, par l'émancipation expresse, par l'émancipation tacite résultant du mariage, de l'habitation séparée pendant dix ans, de son élévation à de hautes dignités.

Dans les régions de Droit coutumier, au contraire, règne la maxime: « En France, puissance paternelle n'a lieu. » Il ne faut pas la prendre à la lettre. Voici ce qu'elle signifie :

1° La puissance paternelle appartient non seulement au père, mais à la mère ;

2° Elle ne dure qu'autant que l'enfant est incapable et prend fin à l'époque de sa majorité, au cas où il est émancipé, soit expressément, soit tacitement par l'effet de son mariage. Même, à la mort du père ou de la mère, la tutelle s'ouvre au profit du survivant des deux époux, ce qui se traduit, pratiquement, par une diminution de ses droits de puissance paternelle;

3° La puissance paternelle ne s'étend que sur la personne et non sur le patrimoine de l'enfant. Non seulement ce patrimoine lui reste propre, mais le père qui l'administre n'en a pas la jouissance légale ;

4° La justice exerce (aussi bien d'ailleurs dans les pays de Droit écrit que dans ceux de Droit coutumier) un contrôle sur les parents. Elle peut contraindre le père à émanciper les enfants, s'il les maltraite, les engage au mal, ou leur refuse des aliments.

Dans son ensemble, la puissance paternelle du Droit coutumier nous apparaîtrait donc comme très dissemblable de celle du Droit romain ; elle ne constituerait guère, comme celle de notre Droit moderne, qu'une autorité de protection, ne conférant tout juste aux parents que les droits nécessaires pour leur permettre de protéger l'enfant mineur et de remplir, à son égard, leur devoir d'éducation, si, dans une matière qui relève plus encore des mœurs que du Droit positif, il n'y avait au tableau certaines ombres qu'on ne saurait négliger, sous peine de tomber dans l'illusion.

D'abord, les mœurs étaient rudes en somme. Le droit de correction s'exerçait avec une rigueur qui révolterait notre sensibilité moderne. Le père qui croit avoir de graves sujets de mécontentement contre ses enfants, ne se fait pas scrupule de solliciter une *lettre de cachet*, que le Gouvernement lui octroie facilement et qui lui permettra d'incarcérer le coupable, parfois indéfiniment, dans une prison d'Etat ou dans un couvent. Certains personnages (tel Mirabeau), ont été victimes de mesures disciplinaires de ce genre même après leur majorité.

En second lieu, la famille était fortement constituée et ses intérêts primaient en général les intérêts et les goûts des enfants. De là diverses règles et pratiques qui renforçaient et prolongeaient en quelque sorte la puissance paternelle. C'est ainsi que l'époque où l'enfant peut se marier sans le consentement de ses parents arrive plus tard que celle de la majorité légale (à trente ans pour les garçons), et que, même après qu'ils ont atteint cet âge, la nécessité d'un acte respectueux s'impose encore aux enfants qui veulent, en se mariant, passer outre à l'opposition des parents. Le droit d'exhérédation subsiste au profit des parents, même dans la France coutumière, pour tous les cas visés dans la Novelle 115 de Justinien. Les pro-

fessions religieuses, plus ou moins imposées aux cadets dans les familles nobles, viennent renforcer le droit d'exhérédation.

Le Droit intermédiaire et le Code civil. — S'inspirant, en cette matière comme en beaucoup d'autres, de la philosophie du XVIII[e] siècle émancipatrice de l'individu, la législation révolutionnaire ne pouvait que restreindre encore la puissance paternelle. La formule du décret du 28 août 1792 : « Les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle, elle ne s'étendra que sur lès personnes des mineurs » n'est guère que la généralisation, pour toute la France, du système du Droit coutumier. Mais d'autres réformes de détail offrent une portée plus significative. Le consentement des parents au mariage de leurs enfants ne sera requis que jusqu'à l'âge de la majorité civile ordinaire fixé à vingt et un ans (Décr., 20 septembre 1792, t. IV, sect. I, art. 3). Les parents se voient enlever le droit d'exhérédation (Décr., 9 fructidor an II, quest. 23). Le droit de faire incarcérer l'enfant par mesure de correction paternelle ne peut plus s'exercer qu'avec l'approbation d'un tribunal de famille et celle du président du tribunal du district, qui doit homologuer la détention prononcée (Décr., 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, tit. X, art. 15 et 16).

Le Code civil, tout en consolidant, en somme, la conception moderne de la puissance paternelle, espèce de tutelle organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant lui-même, constituera cependant, à certains égards, une œuvre de réaction, un retour aux errements du Droit coutumier. C'est ainsi qu'il restituera aux parents le droit de consentir ou de donner leur conseil pour le mariage de leurs enfants même majeurs. Sur un point même il remontera très en deçà des idées de l'ancienne France, jusqu'à la *patria potestas* romaine, en accordant aux parents un droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants mineurs, avantage que le Droit coutumier ne leur avait jamais attribué.

Telle quelle, l'institution de la puissance paternelle s'est trouvée, promptement après le Code civil, en désaccord avec la tendance et les besoins économiques de la Société française. La désagrégation de la vie de famille, causée par la facilité croissante des communications et la désertion des campagnes, surtout par l'industrialisme et le développement du travail juvénile et infantile, les progrès de l'immoralité, issus de la cherté des vivres et de la promiscuité des grandes agglomérations prolétariennes, ont affaibli l'autorité des parents et, dans bien des cas, l'ont même rendue plus nuisible qu'utile. La Jurisprudence d'abord, le législateur ensuite ont dû pourvoir aux lacunes et parer aux abus de la puissance paternelle, organiser le moyen de l'écarter en cas de besoin, et de la remplacer par des institutions de protection de caractère plus ou moins étatiste. C'est toute une évolution d'une importance sociale autant que juridique dont nous ne tarderons pas à retracer les diverses phases et qui, vraisemblablement, ne manquera pas de s'accentuer encore dans le sens d'une restriction de plus en plus grande du pouvoir des parents, envisagé comme puissance autonome et arbitraire, et d'un contrôle de plus en plus attentif des autorités publiques.

SECTION II. — Contenu de la puissance paternelle.

Deux observations préalables sont ici nécessaires :

1° La *puissance paternelle* ne comporte pas seulement les droits dont il est traité sous cette rubrique (art. 371 à 387, C. civ.), c'est-à-dire le droit de *garde* et le droit de *correction*, ainsi que l'*usufruit légal* des parents, mais encore tout un faisceau de droits épars dans d'autres parties de notre Code, par exemple, le droit de consentir au mariage de l'enfant (art. 148 et s., C. civ.). de l'émanciper (art. 477), de consentir à son adoption par une autre personne (art. 348), le droit d'administrer son patrimoine (art. 389). L'expression de *puissance paternelle* a donc deux sens, l'un large et l'autre étroit, ce qui, on le verra, est parfois, même pour le législateur, une source de confusion. On se restreindra ici au sens étroit, c'est-à-dire à l'étude des droits établis et réglés par les articles 371 à 387 du Code civil, les autres attributs de la puissance paternelle devant être envisagés ou l'ayant déjà été à propos des matières auxquelles ils se rattachent.

2° Les droits appartenant aux parents ont pour contrepartie des charges et obligations. Ainsi, aux droits de garde et de correction sur la personne de l'enfant correspondent les devoirs d'entretien et d'éducation. Le droit de jouissance légale a pour contre-partie l'obligation d'administrer. Ces avantages et ces charges, ces droits et ces devoirs devraient, semble-t-il, en bonne logique, être étudiés concurremment. Cependant, nous nous contenterons de parler ici des droits des parents et non de leurs devoirs. L'obligation d'entretien et d'éducation a déjà été étudiée en même temps que l'obligation alimentaire, comme un effet de la *parenté* plutôt que comme un corollaire de la puissance paternelle, à laquelle cette obligation n'est d'ailleurs pas étroitement liée, puisqu'elle survit, en cas de déchéance de cette puissance prononcée contre le père (V. Loi 24 juillet 1889, art. 12). Et, quant à l'administration légale, il semble préférable de n'en parler qu'après la tutelle, à cause de la comparaison qu'il importe d'établir entre ces deux institutions.

§ 1. — Droits des parents sur la personne de l'enfant.

Ils sont au nombre de deux : le droit *de garde et de direction*, d'une part, et, comme conséquence et sanction de cet attribut primordial, le *droit de correction*.

Droit de garde et de direction. — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (art. 374). A cette règle essentielle, le texte n'apporte qu'une exception inspirée par un motif d'intérêt national, en permettant à l'enfant de s'enrôler dans l'armée sans autorisation à partir de l'âge de dix-huit ans révolus. Cette latitude a été, depuis, restreinte. L'âge auquel l'enfant peut contracter un engagement volontaire sans l'autorisation de ses parents est aujourd'hui de vingt ans révolus, soit pour l'armée de mer (L. 8 août 1913, art. 3, 5°), soit pour l'armée de terre

(Loi du 31 mars 1928, sur le recrutement de l'armée, art. 61).

Le droit de garde emporte, comme conséquence nécessaire, la direction de la personne de l'enfant, le droit de surveiller sa correspondance, ses relations, de lui interdire tous rapports que les parents jugeraient dangereux ou inopportuns, de veiller à son instruction, d'en déterminer le caractère et l'étendue, de choisir sa religion, etc... La sanction de la force publique devrait certainement, en cas de besoin, être mise à la disposition du père, sur sa demande, pour assurer, sur tous ces points, l'exercice de son autorité. Ainsi, l'enfant qui refuserait de réintégrer le domicile de son père pourrait y être contraint *manu militari*.

Des sanctions de caractère pénal corroborent également le *devoir* de garde et d'éducation, contre-partie du droit des parents.

L'abandon d'enfant est, sous certaines conditions, considéré comme un délit punissable par notre Code pénal (art. 349 et s., modifiés par la loi du 19 avril 1898[1]).

De même, la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire fait aux parents une obligation légale d'assurer l'instruction de l'enfant entre six et treize ans. Cette loi comporte même des sanctions pénales qui, par suite de la faiblesse des administrations compétentes, ne sont malheureusement jamais appliquées[2].

1. Cette règle reçoit de larges atténuations inspirées par des considérations d'humanité et d'intérêt social faciles à comprendre, étant donné surtout la grande quantité des filles-mères, les difficultés qu'elles peuvent avoir à subvenir aux besoins de leurs enfants, et le danger qu'une législation trop rigoureuse ne pousse beaucoup de malheureuses mères à l'avortement ou à l'infanticide. La loi du 27 juin 1904, sur le service des enfants assistés (art. 8 et 9) permet donc de déposer les enfants dans des établissements hospitaliers désignés par le préfet du département, où ils sont reçus dans un local ouvert de jour et de nuit, sans autre témoin que la personne préposée au service de l'admission, et moyennant des déclarations extrêmement succinctes. Si l'enfant paraît âgé de moins de sept mois, la personne qui le présente peut même se refuser à toute déclaration quelconque. D'autre part, la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, loi sur laquelle nous reviendrons plus loin, permet aux père et mère de confier l'enfant à l'administration de l'assistance publique, à des associations de bienfaisance régulièrement autorisées ou même à des particuliers jouissant de leurs droits civils.

2. L'article 4 de la loi du 28 mars 1882 astreint le père ou celui qui a la garde de l'enfant à faire savoir au maire de la commune, quinze jours avant la rentrée des classes, s'il entend faire donner l'instruction à l'enfant dans sa famille ou dans une école publique ou privée. Si l'enfant s'absente de l'école quatre fois dans le mois, au moins pendant une demi-journée, sans justification, le père est appelé devant la commission scolaire, qui lui rappelle le texte de la loi et lui explique son devoir (art. 12). En cas de récidive dans les douze mois, la commission ordonne l'inscription pendant quinze jours ou un mois, à la porte de la mairie, des nom, prénoms de la personne responsable (art. 13). Enfin, en cas d'une nouvelle récidive, l'infraction est considérée comme une contravention (art. 14) et peut, dès lors, entrainer une condamnation aux peines de simple police. (V. Crim., 14 et 15 décembre 1883 D. P. 84.1.213 et 214 ; S. 84.1.401, note de M. Villey). — Nous avons dit que ces sanctions sont, en fait, rarement appliquées. Il en résulte que le nombre des illettrés est encore assez élevé. Si l'on se réfère, non aux enquêtes préfectorales qui, accomplies sur les déclarations des intéressés, sont forcément inexactes, mais aux résultats des examens que les autorités militaires font subir aux jeunes soldats à leur arrivée au corps, il y a, en moyenne, sur un contingent annuel de 250.000 hommes, environ près de quinze mille conscrits ne sachant ni lire ni écrire (V. *Le Temps*, 25 juillet 1910).

Droit de correction. — Il ne faut pas entendre par là le droit qui, dans toute société, appartient aux parents de châtier, au besoin corporellement, l'enfant indiscipliné ou vicieux. Envisagé sous cet aspect, le droit de correction paternelle est une affaire de milieu et de mœurs. Notre Droit ne s'en préoccupe que pour en réprimer les abus. C'est ainsi que la loi du 24 juillet 1889, art. 2, 6°, permet aux tribunaux de prononcer la déchéance de la puissance paternelle pour mauvais traitements ayant compromis la santé de l'enfant. De même, la loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, aggrave encore les dispositions de l'article 312 du Code pénal qui atteignent les parents coupables de faits de ce genre, sans préjudice de la faculté pour les magistrats de leur enlever la garde de l'enfant.

Ce que les articles 375 et suivants du Code civil entendent par *droit de correction*, au sens technique du mot, c'est la faculté qui appartient aux parents, sous certaines conditions et modalités, de faire *incarcérer* l'enfant vicieux ou rebelle, afin de briser sa résistance ou de redresser ses mauvais penchants. C'est là un vestige manifeste de l'Ancien Droit, une *survivance* des anciennes mœurs et de la rudesse de la puissance paternelle d'autrefois. Sous l'Ancien Régime, on avait longtemps admis, en effet, que le père pouvait faire emprisonner l'enfant, à tout âge, sans ordonnance de justice. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris, en date du 9 mars 1673, nous apprend qu'à cette date « les prisons de Paris renfermaient des majeurs de trente ans et même des prêtres détenus par voie de correction paternelle[1]. ». Cet arrêt vint apporter en cette matière une réglementation qui, dans ses grandes lignes, a été conservée par le Code civil. Dorénavant, le père ne peut plus user de son droit de faire détenir l'enfant que jusqu'à sa majorité (il est vrai qu'au delà, il lui restait, on s'en souvient, la ressource des lettres de cachet). Le père remarié ou la mère ont besoin, pour l'emprisonnement de l'enfant, d'une autorisation de justice.

Si l'on néglige la phase du Droit intermédiaire et la loi des 16-24 août 1790, avec son essai avorté de tribunaux de famille, le Code civil, comme l'Ancien Droit, voit dans l'incarcération par voie de correction paternelle, **non** pas une peine publique, mais une simple *mesure disciplinaire*. C'est pour cela que nulle formalité judiciaire ni écriture ne l'accompagnent (art. 378, 1er al.). L'ordre d'arrestation n'est pas même motivé. Il faut qu'il ne reste de la mesure prise contre l'enfant aucune trace qui pourrait être gênante et influer fâcheusement sur son avenir. Les frais d'entretien de l'enfant sont à la charge de sa famille qui doit s'engager à les supporter (art. 378, 2e al.). Mais, bien entendu, il faut un ordre d'arrestation émanant du président du tribunal, car il n'appartient pas à un particulier de donner des ordres aux agents de la force publique qui doivent procéder à l'arrestation et à l'incarcération de l'enfant.

D'après les dispositions du Code civil, le droit de correction paternelle fonctionne d'ailleurs différemment, suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

1. Viollet, *op. cit.*, p. 551.

1° *Le père* agit tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition.

A. — Il agit *par voie d'autorité* (c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu, théoriquement au moins, de fournir les motifs de l'incarcération et que le président du tribunal est obligé d'obtempérer à son désir, en délivrant l'ordre d'arrestation), lorsque les quatre conditions suivantes sont réunies : *a*) L'enfant a moins de seize ans ; *b*) Il n'a pas de biens personnels ; *c*) Il n'exerce pas de profession ; *d*) Le père n'est pas remarié. La détention par voie d'autorité peut avoir une durée maxima d'*un mois* (V. art. 376, 380, 382).

B. — Faute de l'une quelconque des quatre conditions ci-dessus, c'est-à-dire si l'enfant a plus de seize ans, s'il possède des biens personnels, ou exerce un état, enfin si le père est remarié, la détention ne peut avoir lieu que *par voie de réquisition*. Cela signifie que le père doit exposer sa plainte au président du tribunal, qui en appréciera le bien fondé, après en avoir conféré avec le procureur de la République, et refusera ou délivrera l'ordre d'arrestation, avec faculté, dans ce dernier cas, d'abréger le temps de la détention requis par le père (art. 377). Le maximum de durée de l'incarcération pourra atteindre six mois. Il est vrai que le Code accorde à l'enfant ainsi détenu la faculté d'adresser, par l'intermédiaire du procureur général, un mémoire au premier président de la cour d'appel, lequel, peut, après un examen de cette réclamation et après avoir recueilli les informations nécessaires, révoquer l'ordre du président du tribunal. Et, bien que, d'après sa place (art. 382, al. 2), cette disposition ne semble viser que l'hypothèse où l'enfant possède des biens personnels ou exerce un état, on est d'accord pour l'appliquer toutes les fois que la détention a été ordonnée par voie de réquisition.

Il convient d'ajouter immédiatement qu'au moins dans le ressort du tribunal de la Seine et de plusieurs autres tribunaux, la différence que nous venons de relever entre la voie d'autorité et la voie de réquisition, est singulièrement amoindrie. En effet, le président du tribunal s'arroge le droit d'examiner et d'apprécier la demande d'incarcération formulée par le père, même lorsque celui-ci invoque devant lui l'article 374 et procède, par conséquent, par voie d'autorité. Cette pratique prétorienne se fonde sur une heureuse redondance de la loi. L'article 375, texte assez inutile en soi, car il est simplement indicatif des dispositions qui suivent, porte, en effet, d'une manière générale, que le père use du droit de correction « lorsqu'il a des sujets de mécontentements *très graves* ». Les présidents en ont inféré qu'ils auraient toujours le droit d'ouvrir une enquête et de refuser l'ordre d'arrestation, si le père ne justifiait pas de sujets de mécontentement suffisamment graves à leurs yeux.

2° Lorsqu'il est *exercé par la mère*, le droit de correction présente les particularités suivantes :

A. — Il n'est jamais exercé que par voie de réquisition. De plus, la mère, pour solliciter du président l'ordre d'arrestation, a besoin du concours des deux plus proches parents du côté paternel (art. 381). Si l'enfant n'a pas de parents de ce côté, la mère devra solliciter le concours de deux alliés ou amis du père.

B. — La mère remariée perd complètement le droit de correction (art. 381), tandis que le convol du père n'a pour effet que de lui fermer l'exercice de ce droit par voie d'autorité. Il est vrai que la mère remariée, lorsqu'elle est tutrice, peut exercer, à ce titre, le droit de correction que l'article 468 confère, nous le verrons, au tuteur.

C. — On ajoute quelquefois une troisième différence entre le père et la mère. L'article 379 décide que le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise, sauf à faire reprendre le cours de la punition si l'enfant retombe dans de nouveaux écarts. Suivant certains auteurs (Leloir, *op. cit.*, t. I, n° 153), la mère ne pourrait exercer cette sorte de droit de grâce sans le concours des deux plus proches parents, alliés ou amis, dont parle l'article 381. Nous croyons cette opinion erronée et nous attribuons à la mère le même droit de grâce qu'au père. En principe, les mêmes droits appartiennent au père et à la mère, que ce soit l'un ou l'autre qui exerce la puissance paternelle. Il faut un texte exprès pour introduire entre eux des différences. C'est ce que fait l'article 381. Mais, en ce qui concerne le droit de grâce, aucun texte restrictif des droits de la mère ne peut être signalé. Dès lors, il faut lui appliquer purement et simplement le bénéfice de l'article 379.

Critique du système du Code [1]. — Le procédé de correction établi par le Code est, en fait, assez fréquemment employé. Il résulte des statistiques du Ministère de la Justice qu'il y a chaque année, un assez grand nombre d'incarcérations d'enfants à la demande de leurs parents[2], nombre actuellement d'ailleurs en décroissance. Encore toutes les ordonnances ne sont-elles pas exécutées, les parents se contentant souvent d'avoir en main un moyen d'intimidation pour briser la résistance de l'enfant récalcitrant. L'institution que nous venons de décrire fonctionne donc pratiquement. On doit se demander quelle en est la valeur.

Sur ce point, l'avis des hommes compétents est unanime. Le système du Code est extrêmement défectueux pour les trois raisons suivantes :

1° Il peut prêter à des actes d'arbitraire et d'injustice odieux. Ce sont parfois des parents remariés ou soumis à une influence hostile à l'enfant qui demandent son incarcération. On a vu des pères indignes essayer

1. Sur ce point, aux ouvrages généraux sur la puissance paternelle cités plus haut, *adde* Cuche, *Traité de science et de législation pénitentiaire*, p. 68 et s. ; Berthélémy. *Revue philanthropique*, 1899, p. 424 ; Samaran, *Les pupilles de l'assistance publique*, thèse Paris, 1907.

2. Voici les chiffres moyens annuels de 1901 à 1910.

	Garçons	Filles
1901 à 1905	463	297
1906 à 1910	444	302

et les chiffres annuels pour

1910	368	232
1920	149	131
1921	149	130
1922	115	83
1923	124	101

d'employer ce moyen pour punir leur fille qui refusait de se livrer à la prostitution à leur profit !

2° Les mesures prises contre l'enfant sont inefficaces. Ce n'est pas une détention de quelques mois, six au maximum, qui peut amener l'amendement d'une nature profondément viciée. Ce résultat ne pourrait être atteint que par un séjour prolongé dans un établissement consacré, non à la détention, mais à l'éducation et au redressement moral de l'enfance.

3° Il est extrêmement malaisé, en incarcérant un enfant vicieux, mais qui n'a, en somme, commis encore aucun délit punissable, d'éviter qu'il soit exposé au contact des condamnés proprement dits et à la contamination morale qui en résulte presque forcément. Ce n'est pas que le législateur ne se soit efforcé de parer à cet inconvénient, mais ses efforts n'ont atteint qu'un faible succès. Le projet du Code civil portait que l'enfant serait enfermé dans une maison de correction, mais Lebrun fit supprimer cette disposition, en invoquant le danger de contamination (Fenet, t. X, p. 509). Les rédacteurs du Code voulaient donc que la détention fut subie dans des locaux spéciaux. Malheureusement, il n'en existait pas. Quelques établissements furent autorisés à recevoir les enfants, mais c'était un remède insuffisant. En pratique, les enfants étaient le plus souvent internés dans la prison départementale, avec les condamnés de tout âge ! La loi du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus voulut mettre fin, au moins en partie, à ce scandale en décidant que, dans ces prisons, un quartier spécial devrait être affecté aux jeunes détenus de toute catégorie (art. 2). En outre, elle prescrivit d'enfermer les filles détenues par voie de correction paternelle dans des maisons pénitentiaires spéciales (art. 15 et 16). Enfin, le décret du 11 novembre 1885 (art. 30) a ordonné de placer les mineurs enfermés par voie de correction dans des quartiers spéciaux des maisons d'arrêt, de justice et de correction, et de les maintenir à l'isolement du jour et de la nuit. Ainsi, ce n'est que depuis la fin du XIX^e^ siècle que les enfants détenus par la volonté de leurs parents doivent légalement être séparés des délinquants de leur âge. Et encore la loi n'est-elle arrivée à ce résultat qu'en tombant dans un véritable excès de sévérité, car il est bien dur d'infliger à un enfant, simplement rebelle peut-être, un emprisonnement *cellulaire* qui peut atteindre six mois[1].

Lois récentes visant des cas spéciaux. — Deux lois récentes ont apporté en ce qui concerne les procédés de correction et de redressement de l'enfance, des idées nouvelles qui, si l'expérience en consacre les bons résultats, pourraient servir de base à une réforme du Code, dont elles amélioreront dès à présent les solutions sur certains points.

1. Sur la manière dont la loi est, en pratique, exécutée, voici ce que dit M. Cuche, *op. cit.*, p. 78, n. 1 : « Étant donné que les maisons de courtes peines cellulaires sont encore, en France, en petit nombre, on est réduit, dans la plupart des autres, pour isoler l'enfant et le séparer de la population adulte, à l'enfermer dans une cellule de punition, dans une chambre d'infirmerie, ou même dans une dépendance du logement du gardien chef. Le régime matériel est celui des détenus ; quant à l'instruction et à l'éducation, elles sont représentées par quelques visites du gardien chef. »

1° Loi du 28 juin 1904 sur les pupilles de l'Assistance publique difficiles ou vicieux. — Cette loi établit un double procédé de correction suivant le degré de perversité de l'enfant.

Tout d'abord (art. 1er) la loi permet à l'Assistance publique de placer les enfants difficiles ou vicieux qui ne pourraient pas être confiés à des familles, dans des *écoles professionnelles* agricoles ou industrielles dites *écoles de réforme*. Il n'y a là qu'une mesure d'*éducation sévère*, de caractère simplement administratif.

En second lieu (art. 2), si le pupille de l'Assistance, par des actes d'immoralité, de violence ou de cruauté, donne des sujets de mécontentement *très graves*, le *tribunal civil* peut, sur le rapport de l'inspecteur, à la demande du préfet, remettre l'enfant à l'administration pénitentiaire, qui le placera d'abord dans un quartier d'observation, puis, s'il y a lieu, le maintiendra dans une *colonie correctionnelle ou pénitentiaire*. Ici, nous voyons intervenir une véritable correction, de caractère judiciaire, mais où l'intervention du président est remplacée par celle du tribunal tout entier. Cette correction diffère encore celle du Code civil en ce qu'elle a une durée indéterminée. La loi dispose, en effet, que le Préfet peut, d'après les résultats obtenus et sur la proposition de l'inspecteur des enfants assistés, mettre fin au placement et opérer le retrait du pupille de l'Assistance.

2° Loi du 11 avril 1908. — Cette loi, concernant la *prostitution des mineurs*, a pour but de substituer à la détention, comme moyen de correction, le séjour dans un établissement ou une maison particulière, où le mineur prendra le goût du travail et apprendra un métier le mettant en mesure de gagner honnêtement sa vie. L'article 2, *in fine*, de la loi prend soin de dire qu'elle ne déroge pas aux articles 375 et s. du Code civil. Mais c'est là une erreur. En réalité, la loi de 1908 apporte des modifications importantes au système du Code civil, en ce qui concerne la correction du mineur coupable de faits de débauche. Les sanctions de correction paternelle établies par le Code civil n'ont été conservées que pour la répression des torts d'une autre nature (violence, improbité, indiscipline). Les fautes visées par la loi nouvelle sont de trois sortes : prostitution habituelle, débauchage, racolage.

La *prostitution* fait l'objet de l'article 1er. Tout mineur de moins de dix-huit ans qui s'y livre habituellement est, sur la demande des personnes qui en ont la garde ou du ministère public, traduit devant le tribunal civil, statuant en chambre du conseil. Le tribunal décidera si l'enfant doit être rendu aux parents, ou placé dans un établissement public ou privé, ou enfin confié à un particulier *jusqu'à sa majorité ou son mariage*.

L'article 2 décide que le mineur de dix-huit ans se livrant habituellement à la *débauche* pourra, sur la demande des père, mère ou personne en ayant la garde, être placé dans un quartier spécialement aménagé d'un des

établissements prévus à l'article 1er *pour un temps qui sera fixé par le tribunal.*

Enfin, le fait de *racolage* (ou provocation à la débauche sur la voie publique) peut (art. 3), lorsque procès-verbal en a été dressé, autoriser le procureur de la République à provoquer contre le mineur une des mesures de placement indiquées précédemment.

De ces trois articles et des autres dispositions de la loi de 1908, il ressort des traits nombreux qui différencient le système correctionnel nouveau de celui du Code civil.

1° Le droit de provoquer la correction *peut* appartenir au procureur de la République ; il en est ainsi en cas de *prostitution*. En cas de *racolage*, l'intervention du Parquet est seule prévue.

2° Le père, la mère, ou quiconque possède la garde de l'enfant sont placés exactement sur le même pied au point de vue de l'exercice du droit de correction. La mère n'a pas besoin du concours des parents du côté paternel. Le second mariage du père ou de la mère n'entraîne ni suppression ni restriction de leur droit.

3° C'est jusqu'à dix-huit ans seulement, et non jusqu'à la majorité, que peut s'exercer le droit de correction de la loi de 1908.

4° La durée de la correction est indéterminée. Elle peut même se prolonger jusqu'à la majorité.

5° La correction n'a jamais lieu par voie d'autorité, mais toujours sur réquisition. Ce n'est pas le président, mais le tribunal qui la prononce. La loi organise autour de cette décision une procédure spéciale, avec faculté d'appel pour l'enfant, droit d'intervention pour les parents quelconques, s'ils demandent à présenter des observations, enfin consultation facultative du conseil de famille, si le tribunal le juge à propos.

6° La correction prononcée n'affecte pas les caractères d'une détention, mais plutôt ceux d'une éducation sévère et moralisatrice. La loi prévoit d'ailleurs et autorise des mesures de rémission en faveur de l'enfant qui, par sa bonne conduite, donne des garanties d'amendement.

Ce sont là des progrès législatifs incontestables. Il reste à souhaiter que les pouvoirs publics tiennent la main, mieux qu'ils ne paraissent l'avoir fait jusqu'à présent, à une application sérieuse des lois nouvelles et que le législateur, en cas de succès, en généralise les solutions.

2. — Droits des parents sur le patrimoine de l'enfant.

La puissance paternelle entraîne deux séries de conséquences quant au patrimoine de l'enfant :

1° Le droit et l'obligation d'administrer le patrimoine de l'enfant ;

2° Le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs.

Administration du patrimoine de l'enfant. — Nous avons dit pourquoi nous en traiterions à l'occasion de la tutelle. Contentons-nous de signa-

ler ici les complications du système de notre Code, complications assez peu logiques, mais qui s'expliquent par la tradition de l'Ancien Droit coutumier. Ce n'est pas toujours au même titre que la personne investie de la puissance paternelle administre le patrimoine de l'enfant. Il y a, en effet, lieu tantôt à *administration légale*, tantôt à *tutelle*, et ces deux régimes sont différents. Aux termes de l'articles 389, il n'y a administration légale du père que *du vivant des époux*. Après la mort de l'un des père et mère, l'administration légale disparaît, et c'est *en qualité de tuteur légal* (et, par conséquent, avec des pouvoirs moins étendus) que le survivant administre les biens de l'enfant. Cependant, le père ou la mère reste investi, en ce qui concerne la personne de l'enfant, de la puissance paternelle. La seule explication rationnelle que l'on puisse donner de ce système, c'est, d'une part, que la présence simultanée du père et de la mère constitue, pour les intérêts de l'enfant, une garantie qui n'existe plus lorsque l'un d'eux est décédé, et, d'autre part, que, tant que vivent ses parents, l'enfant qui n'a hérité ni de l'un ni de l'autre, n'a pas, en général, de biens personnels.

Droit de jouissance légale. Son origine historique. — Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance légale des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans (art. 384, 1^er^ al.).

Comment s'explique ce droit accordé aux père et mère sur les biens de leur enfant mineur, cet avantage personnel qui jure manifestement avec les caractères imprimés par le Droit moderne à la puissance paternelle, pouvoir de protection ? La vérité, c'est qu'il y a là une création du Code civil qui, pour des raisons très contestables, a *généralisé*, en les *modifiant*, des institutions analogues mais, en somme, dissemblables et exceptionnelles de l'Ancien Droit.

En pays de Droit écrit, il existait bien un usufruit au profit du père, usufruit portant sur les biens adventices, c'est-à-dire sur les biens acquis à l'enfant par succession ou autrement, et épargnant les pécules castrense et quasi castrense, c'est-à-dire les gains réalisés dans les emplois de la guerre, de l'Eglise, de la magistrature et du barreau, « pour lesquels le fils de famille était censé *pater* » (Brissaud, *op. cit.*, p. 118). Mais cet usufruit différait essentiellement de notre droit de jouissance légale, d'abord en ce qu'il portait sur les biens de l'enfant *même majeur* et, en second lieu, en ce qu'il n'appartenait jamais à la mère.

Dans les pays de Droit coutumier, nous ne rencontrons pas d'usufruit paternel sur les biens de l'enfant, mais, par exception, deux institutions toutes spéciales, la *garde noble* et la *garde bourgeoise*.

La *garde noble*, institution générale du Droit coutumier, était le droit pour les ascendants nobles de jouir, sous certaines charges, des biens recueillis par leurs enfants mineurs dans la succession de leurs parents prédécédés. L'origine de cet avantage remontait au Droit féodal. Le fief

était, en principe, une terre concédée à charge de certains services (notamment services d'*ost* ou de guerre, et de *cour* ou de justice) qu'un mineur ne pouvait accomplir. Il en résultait que l'enfant, recueillant un fief par succession, ne pouvait en jouir pendant sa minorité ; d'où le *bail* qui, durant ce temps, conférait la jouissance du fief, avec l'obligation d'en fournir les services, aux ascendants de l'enfant. Ce droit des ascendants qui, primitivement, ne pouvait porter que sur les *biens nobles*, s'était ensuite étendu, sous le nom de garde noble, à toute la succession des père et mère prédécédés, mais il n'existait que dans les familles nobles. Il prenait fin à quinze ans pour les filles et à vingt ans pour les garçons, cet âge étant celui de la majorité féodale. Enfin, dans certaines coutumes, notamment à Paris, il emportait, pour le gardien, la propriété des meubles et la charge de payer les dettes mobilières.

La *garde bourgeoise*, qui n'existait qu'à Paris, à l'imitation de la garde noble, et comme un privilège spécial pour les habitants de la capitale, ressemblait davantage à notre droit de jouissance légale. Elle appartenait, en effet, non aux ascendants, mais au survivant des père et mère seulement. Mais, d'une part, elle ne consistait que dans l'usufruit des biens recueillis par l'enfant dans la succession du premier mourant de ses père et mère ; il n'y avait pas de garde bourgeoise sur les biens que l'enfant aurait acquis autrement, par exemple, en vertu d'une donation ; pas de garde bourgeoise, par conséquent, pendant le mariage des parents. Et, d'autre part, cette garde prenait fin à l'âge de la puberté, quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles (art. 266-268, Nouv. Cout. de Paris)[1].

Très différent, on le voit, des antécédents qu'on peut lui trouver dans l'ancienne France, l'usufruit légal des père et mère est donc bien, comme nous le disions, une création du Code civil. On la justifie, en général, par une double considération : indemniser les parents des peines, des soins et des dépenses qu'impose l'éducation des enfants ; prévenir la nécessité de comptes de revenus, remontant à une date trop ancienne, entre le père ou la mère et leur enfant. Cependant, l'innovation n'est pas heureuse ; elle est en général peu favorablement appréciée par la Doctrine moderne. Il y a donc lieu de s'étonner que le législateur, au lieu de chercher à restreindre l'usufruit légal, l'ait au contraire (par la loi du 2 juillet 1907, sur la tutelle et la protection des enfants naturels) étendu à des hypothèses où, sous l'empire des textes du Code civil, son application était douteuse et même généralement contestée.

Etendue du droit de jouissance légale. — Le droit des parents porte en principe *sur tous les biens* de l'enfant mineur de dix-huit ans, mais la loi établit trois exceptions. Il y a donc, dans le patrimoine de l'enfant, trois catégories de biens auxquels ne s'étend pas l'usufruit des père et mère.

1° *Biens acquis par l'enfant au moyen d'un travail et d'une industrie sé-*

1. Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, éd. Bugnet, t. VI, p. 499 et s. ; Argou, *Institution au Droit français*, t. I, liv. I, ch. 6.

parés (art. 387) : c'est la vieille idée romaine qui avait fait admettre les pécules castrense et quasi-castrense.

2° *Biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas* (art. 387). — Le Code, on le voit, ne considère pas l'existence de l'usufruit légal comme intéressant l'ordre public. Il estime qu'un tiers peut avoir de bonnes raisons pour enlever aux parents de l'enfant qu'il veut gratifier, le bénéfice des revenus de sa libéralité. Les parents ainsi exclus n'ont aucune réclamation à formuler. On s'est demandé cependant s'il en serait ainsi lorsque la libéralité faite à l'enfant porte sur la *réserve* à laquelle celui-ci a droit. Un père, par exemple, vient à mourir en ne laissant qu'un enfant, lequel, d'après l'article 913 du Code civil, a droit, à titre de réserve, à la moitié de ses biens. Ce père, peut-il, par son testament, léguer sa fortune à son enfant, en stipulant que la mère survivante n'aura la jouissance d'aucune part des biens légués ? La mère ne pourra-t-elle prétendre que, son enfant ne pouvant en aucun cas être privé de sa réserve, elle possédait au moins sur l'usufruit de cette réserve, c'est-à-dire de la moitié des biens délaissés par le père prémourant, un droit acquis dont le testament du défunt n'a pu la frustrer ? Bien qu'il y ait quelques décisions en faveur de cette opinion (V. les renvois sous Rouen, 12 février 1887, D. P. 89.2.181), nous ne voyons aucune bonne raison pour l'admettre. La réserve est instituée dans l'intérêt du réservataire. Or, il ne résulte aucun inconvénient pour l'enfant réservataire, au contraire, de la clause qui supprime l'usufruit de son auteur survivant ; la mère, pour attaquer le testament, ne pourrait donc agir au nom de l'enfant réservataire ; or l'article 921 du Code civil dispose formellement que la réduction des libéralités ne peut être réclamée que « par ceux *au profit* desquels la loi a institué la réserve ».

3° *Successions dont le père ou la mère a été exclu comme indigne.* — Lorsque les enfants recueillent, de leur chef, une succession, par exemple celle d'un ascendant, dont leur père ou leur mère a été écarté pour cause d'indignité, ce dernier ne peut, en aucun cas, réclamer l'usufruit des biens de cette succession (art. 730, C. civ.).

Nature et réglementation du droit de jouissance légale. — Les rédacteurs du Code civil semblent avoir hésité à employer l'expression d'usufruit, pour désigner le droit des parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Si les articles 389 al. 10, 601, 730 nous parlent de l'*usufruit* des parents, les articles 384 al. 1, 385, 386 emploient, comme nous l'avons fait nous-mêmes, l'expression de *jouissance légale*. En réalité, le droit des parents est 1° un usufruit ; 2° un usufruit soumis, à raison de sa destination, à des règles particulières et dérogeant, en partie, au régime normal des usufruits.

1° *Le droit des père et mère est un usufruit.* — Voici les conséquences qui en découlent :

A. — L'acquisition des fruits produits par les biens de l'enfant se fait au profit des parents suivant les règles établies pour les usufruits ordinaires (art 582 et s.).

B. — Les père et mère sont soumis, dans leur jouissance, aux mêmes charges que les usufruitiers ordinaires (art. 385, 1°). Ainsi, à leur entrée en jouissance, ils doivent faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles (art 600). Ils doivent jouir en bon père de famille et en respectant le mode de jouissance établi par le propriétaire antérieur (art. 578, 590, 591, 594, 597, 598) ; ils doivent supporter les réparations d'entretien et, généralement, les charges dites usufructuaires (art. 605, 608, 612, etc.).

C. — Les causes d'extinction de l'usufruit, établies par les articles 617 et 618, s'appliquent certainement, en tant que cette application est possible *secundum subjectam materiam*, au droit de jouissance des père et mère. Ainsi, ce droit disparaît par la *mort de l'usufruitier*, c'est-à-dire du dernier survivant des père et mère ; par la *consolidation*, ou réunion sur la même tête de la qualité d'usufruitier et de propriétaire, fait qui se produit lorsque l'enfant vient à mourir, en laissant pour héritier le père ou la mère investi de la jouissance légale ; par la *perte totale* des biens sur lesquels est établie cette jouissance ; enfin, par la déchéance prononcée à raison de l'*abus de jouissance* que commet l'usufruitier, en faisant des dégradations sur le fonds ou en le laissant dépérir faute d'entretien.

2° L'usufruit des père et mère, étant essentiellement destiné à leur permettre de faire face aux charges qui leur incombent envers l'enfant *est, d'autre part, soumis à des règles particulières* qui sont les suivantes :

A. — Parmi les obligations imposées à l'usufruitier, il y en a dont la loi dispense le bénéficiaire de la jouissance légale. Il en est ainsi de l'*obligation de donner caution* que la loi impose, en général, à l'usufruitier, et qui consiste à fournir un répondant solvable qui prend, envers le propriétaire, l'engagement de le désintéresser, au cas où l'usufruitier ne remplirait pas toutes ses obligations. Les père et mère sont dispensés de cette charge (art. 601, C. civ.). La loi considère que leur affection pour l'enfant est une garantie suffisante. De plus, il ne faudrait pas que la difficulté, parfois très grande, que l'on peut éprouver à trouver une caution de bonne volonté, pût priver les parents d'une ressource qui leur est nécessaire pour l'accomplissement de leurs devoirs. Enfin, il ne faut pas oublier que, si l'un des parents est prédécédé (et c'est, en général dans ce cas seulement que l'enfant peut se trouver propriétaire de certains biens personnels), le parent survivant, en même temps qu'usufruitier, se trouve être tuteur légal de l'enfant. A ce titre, il voit ses immeubles grevés d'une hypothèque légale qui garantit les reprises futures du mineur, son pupille.

B. — L'usufruit ordinaire est, dans le patrimoine de l'usufruitier, un bien *libre* et *disponible*, comme tous les autres. Il peut donc être *cédé* à un tiers (art. 595), *hypothéqué*, quand il porte sur des immeubles (art. 2118-2°), *saisi* par les créanciers de l'usufruitier (art. 2204-2°). Au contraire, le *droit de jouissance légale est indisponible* : il ne peut être ni *cédé*, ni *hypothéqué*, ni *saisi ;* il est, en d'autres termes, insaisissable et inaliénable. La raison de cette dérogation au droit commun, qui n'est écrite nulle part, mais que la Doctrine admet unanimement et que consacre la Jurisprudence (Bordeaux,

21 février 1893, D. P. 93.2.361), c'est encore la destination essentielle de l'usufruit, laquelle s'oppose à ce que le père ou la mère en dispose dans son intérêt personnel, et se mette peut-être, par là, hors d'état de remplir envers l'enfant son devoir d'entretien et d'éducation. Le motif de la règle doit en déterminer et en limiter l'étendue, et on admettra, par conséquent, que le père ou la mère puisse céder valablement et que ses créanciers puissent saisir les revenus des biens du mineur, dans la *mesure de l'excédent* de ces revenus sur les charges (Lyon, 13 novembre 1894, D. P. 96.2.393, S. 95.2.145).

C. — Le père ou la mère, en outre des obligations ordinaires de l'usufruitier, doit supporter comme contre-partie de son droit de jouissance, *certaines charges particulières*. L'article 385-2°-3°-4° les énumère, sans qu'il soit d'ailleurs toujours facile de discerner leur caractère de particularité.

a) L'article 385 indique d'abord que les revenus des biens de l'enfant doivent être employés à sa nourriture, son entretien et son éducation. On peut se demander ce que ce texte ajoute à l'obligation de nourrir et élever l'enfant qui incombe au père et à la mère comme tels (art. 203), qu'ils bénéficient ou non de l'usufruit légal. La réponse à cette question est que le *quantum* de l'obligation des parents, comme parents, c'est-à-dire lorsque l'enfant n'a pas de biens personnels, se calcule suivant les ressources du père et de la mère ; cette obligation est, de plus, supportée concurremment par eux. Au contraire, lorsque l'enfant possède des biens personnels et qu'il y a, dès lors, lieu à l'usufruit légal, l'entretien et l'éducation de l'enfant seront proportionnels à la fortune de celui-ci ; un enfant riche devra recevoir, par conséquent, une éducation très soignée, quand bien même ses parents n'auraient personnellement aucune fortune ; de plus, cette charge incombe à celui-là seul des père et mère qui possède le droit de jouissance légale.

b) La seconde charge particulière de l'usufruitier légal est le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux (art. 385-3°). La loi suppose que le patrimoine échu à l'enfant est grevé de dettes productives d'intérêts ou de l'obligation de payer une rente à une tierce personne. Ces charges doivent être prélevées sur les revenus des biens. Mais, ici encore, il semble qu'on ne se trouve pas en présence d'une particularité de la jouissance légale, puisque tout usufruitier universel doit, en vertu de l'article 612, contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes et supporter les charges annuelles de l'héritage (art. 608). On répondra que l'obligation de l'usufruitier légal est plus étendue que celle de l'usufruitier universel ordinaire ; car elle comprend même les termes échus avant l'entrée en jouissance et qui n'avaient pas encore été payés, tandis que l'usufruitier universel ne doit que les intérêts et les arrérages qui correspondent à la durée de sa jouissance.

c) Enfin, l'article 385-4° impose au père l'obligation de payer « les frais funéraires et ceux de dernière maladie ». Cette formule elliptique ne peut viser que les frais occasionnés par la mort de la personne à laquelle l'en-

fant a succédé. Il ne peut s'agir du cas de décès de l'enfant lui-même, car l'article 385 2° a déjà mis à la charge du père toutes les dépenses qui le concernent. Et d'ailleurs, si l'enfant meurt avant ses parents, ceux-ci sont tenus de payer ses obsèques, non pas comme usufruitiers, mais comme héritiers. On comprend aisément le sens de notre disposition lorsque l'on sait que les rédacteurs du Code l'ont empruntée au Droit coutumier. Plusieurs coutumes chargeaient expressément le gardien noble d'acquitter les frais funéraires du défunt, dont la mort avait rendu l'enfant héritier et donné ainsi ouverture à la garde ; et, dans les coutumes qui ne s'expliquaient pas sur ce point, la même règle avait été adoptée (Rennes, 11 janvier 1904, D. P. 1904.2 351. Cf. Pothier, *Traité de la garde noble*, n° 94).

D. — En dehors des causes d'extinction normales de tout usufruit, le droit de jouissance légale des père et mère est soumis à des *causes d'extinction spéciales*.

a) L'*émancipation* de l'enfant (art. 384, 1^er^ al.) entraîne la cessation de l'usufruit des parents qui n'a plus de raison d'être, puisque l'entretien et le soin de l'enfant ne leur incombent plus désormais.

b) La jouissance légale prend fin *lorsque l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans révolus* (art. 384, 1^er^ al.). Pendant les trois dernières années de la minorité, les père et mère sont donc comptables des revenus des biens de l'enfant ; et, si ces revenus excèdent les dépenses exigées par l'entretien et l'éducation, ils doivent être mis de côté. Cette limite a été établie à la suite d'une observation très juste de Bigot-Préameneu. Il craignait que, si l'usufruit avait dû se prolonger jusqu'au moment de la majorité, les parents d'un enfant possesseur de quelque fortune n'eussent été portés à refuser de l'émanciper ou de le marier, le mariage entraînant l'émancipation. L'usufruit légal qui est un bienfait de la loi, mais sans que celle-ci perde de vue l'intérêt des enfants, aurait donc été détourné de sa destination. Ajoutons que la règle du Code offre cet autre avantage qu'en contraignant les parents à mettre en réserve les revenus des trois dernières annés de la minorité, elle procure à l'enfant parvenu à sa majorité une somme qui pourra servir à ses frais d'établissement ou de mariage, sans qu'il entame son capital.

c) Dans deux cas (trois autrefois) l'extinction de l'usufruit légal prend la couleur d'une *pénalité*, soit que la loi juge le père ou la mère indigne de son bienfait, soit qu'elle estime qu'ils se sont placés dans une situation qui rendrait le maintien de leur usufruit compromettant pour les intérêts de l'enfant. C'est ce qui a lieu dans les hypothèses suivantes.

α) Art. 386. — L'époux *contre lequel le divorce a été prononcé* perd la jouissance légale. Celle-ci s'éteint par conséquent entièrement lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux époux à la fois. On remarquera que la loi ne parle que du divorce et, comme il s'agit d'une sorte de peine civile, il est impossible de l'appliquer à l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps, quoiqu'il y ait identité de motifs entre les deux situations.

β) Art. 1442, al. 2. — En cas de décès du père ou de la mère, les époux ayant été mariés sous le régime de la communauté, l'époux survivant qui

néglige de faire inventaire des biens communs perd la jouissance des biens des enfants mineurs. La loi a voulu, par cette menace, contraindre le survivant à faire l'inventaire, cette formalité étant indispensable pour déterminer la part de communauté qui revient aux enfants comme héritiers de l'époux prédécédé.

γ) Sous l'empire du Code civil primitif (ancien art. 386) il y avait enfin cessation de l'usufruit légal au préjudice de la *mère, lorsque celle-ci se remariait*. Le père remarié gardait, au contraire, son usufruit légal. Il est à remarquer que cette inégalité de traitement renchérissait encore sur les sévérités de l'Ancien Droit à l'égard du convol de la femme veuve ; dans la coutume de Paris, en effet (art. 268), la garde prenait fin lorsque le gardien se remariait, *que ce fut le père ou la mère*. Tout ce que l'on pouvait alléguer pour justifier la différence de traitement établie entre le remariage du veuf et celui de la veuve, c'est que, sous la plupart des régimes matrimoniaux, c'est le mari qui a la disposition des revenus de la femme ; c'est donc surtout lorsque l'usufruit appartient à une femme remariée qu'il y a lieu de craindre que les revenus de l'enfant ne soient détournés de leur destination normale ou appliqués aux besoins du nouveau ménage et des enfants du second lit. Cette considération cependant n'a pas paru au législateur moderne de nature à balancer les inconvénients d'une règle qui consacrait entre les deux sexes une inégalité choquante et propre à détourner les femmes veuves d'un second mariage, parfois avantageux pour l'enfant lui-même. La loi du 21 février 1906 a donc, en supprimant la seconde partie de l'article 386, fait disparaître la déchéance prononcée en cas de convol de la mère.

SECTION III. — Attribution et contrôle de la puissance paternelle.

§ 1. — Qui, du père ou de la mère, exerce la puissance paternelle ?

En principe, la puissance paternelle (ou autorité parentale) appartient à la fois au père et à la mère (art. 372), mais le père seul exerce cette autorité *durant le mariage* (art. 373). En dehors de cette situation que l'on peut considérer comme normale, plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

1° *Absence du père.* — Quand le père a disparu, l'article 141 dispose que la mère aura la surveillance des enfants, et qu'elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. Faut-il comprendre dans les droits attribués ainsi à la mère la *jouisance légale* des biens des enfants mineurs ? Cela nous paraîtrait rationnel. On a vu que la jouissance légale est la contre-partie du devoir d'éducation et de la charge de l'administration du patrimoine de l'enfant. Dès lors, puisque la disparition du mari fait peser sur la mère ces devoirs et cette charge, la mère devrait avoir la jouissance des biens. Comment autrement pourrait-on d'ailleurs affecter les revenus des biens de l'enfant à leur destination et leur faire supporter les dépenses prévues par l'article 385 ? Cependant, c'est une opi-

nion contraire qui prévaut en général. Elle se fonde sur cet argument purement textuel que l'article 141, en transférant nommément à la mère, les droits du père quant à l'*éducation* et à l'*administration*, semble, par son silence, exclure la jouissance légale (V. Alger, 29 mai 1886, sous Req., D. P. 91.1 413, S. 89.1.217). Certains auteurs font d'ailleurs une distinction selon les différentes phases de l'absence du père. Le droit de jouissance légale est par eux refusé à la mère pendant la simple disparition de fait et pendant la période de la *présomption d'absence ;* elle doit alors encaisser les revenus de l'enfant, mais les mettre en réserve pour le moment du retour de son mari. Mais, lorsqu'intervient la *déclaration* d'absence, la jouissance légale serait dévolue à la mère et même avec rétroactivité, ce qui lui permettrait de s'approprier les fruits à partir de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent.

2° *Le père sans être absent peut se trouver empêché, en fait*, d'exercer la puissance paternelle, par exemple, s'il est *éloigné, fou, interdit, emprisonné, mobilisé.* La loi est muette sur ces hypothèses, ce qui donne lieu, dès lors, à des controverses doctrinales. L'opinion la plus raisonnable et la plus généralement admise est celle qui, appliquant l'article 141, par identité de motifs et analogie de situations, délègue à la mère la puissance paternelle (mais non l'usufruit pour les raisons contestables que l'on vient de voir). Il faut cependant reconnaître que cette solution n'a pas paru toujours l'emporter dans l'esprit du législateur. En 1870, le gouvernement de la Défense Nationale a cru devoir, par un décret du 14 décembre, conférer à la mère le droit d'exercer provisoirement la puissance paternelle lorsque le père était, par suite de la guerre, éloigné et empêché de l'exercer lui-même. Un texte paraissait donc nécessaire dans cette hypothèse de force majeure. De même, la loi du 3 juillet 1915 a décidé que la mère exercerait provisoirement la puissance paternelle à défaut du père, empêché par la guerre de 1914.

3° *Mort de l'un des deux parents.* — Alors (art. 384, 1er al.), la puissance paternelle appartient au *survivant* qui l'exerce seul. Que ce soit le père ou la mère, ce survivant ne peut perdre la puissance paternelle ni par son second mariage, ni par son refus ou son exclusion de la tutelle. Il n'y aurait que dans le cas de *déchéance* de la puissance paternelle, cas que nous examinerons plus loin, qu'il s'en verrait dépouillé. Cependant, il faut noter que, si la puissance paternelle est exercée par le survivant *sur la personne* de l'enfant, elle disparaît en ce qui concerne non pas la *jouissance* des biens (le survivant a l'usufruit légal), mais l'*administration.* Ce n'est plus en qualité d'*administrateur*, mais en qualité de *tuteur*, que le survivant administre le patrimoine de l'enfant, si toutefois c'est à lui que la tutelle est déférée, ce qui n'a pas lieu forcément, quand il s'agit de la mère.

4° *Divorce ou séparation de corps.* — En ce cas, les articles 302 et 303, que l'on s'accorde à déclarer applicables à la séparation de corps comme au divorce, décident que les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous

ou quelques uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. Quelle que soit la personne à laquelle l'enfant est confié, le père et la mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation qui lui sont donnés, et ils sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. Le caractère de ces dispositions est très net. Tant que dure le mariage des parents, bien que tous les deux, en principe, possèdent concurremment la puissance paternelle, c'est le père, qui en a seul l'exercice. Après la destruction du foyer familial, la prépondérance du père ne s'impose plus ; on se trouve en présence de droits rivaux : c'est l'autorité judiciaire qui les départagera. Elle le fera en ne tenant compte que de l'intérêt de l'enfant, considération primordiale devant laquelle tout autre intérêt doit s'effacer, étant donné surtout que, les parents s'étant montrés inaptes à assurer à l'enfant un foyer normal et stable, on peut *a priori* les considérer comme n'offrant pas, en tant qu'éducateurs, toutes les garanties désirables. Malheureusement, la loi n'a statué d'une façon expresse que sur le *droit de garde*, attribut essentiel à la vérité, mais non unique de la puissance paternelle et, depuis la loi du 6 avril 1910, sur l'*administration légale*. Elle ne dit rien des autres éléments de la puissance paternelle. Il faut combler cette lacune évidente et, en bonne méthode, distinguer suivant les différents attributs de l'autorité des parents.

A. — La *garde* de l'enfant doit être donnée, en principe, à celui des époux qui *obtient* le divorce (art. 302). Mais c'est là une indication plutôt qu'une prescription absolue. La loi ajoute en effet aussitôt que les juges peuvent en décider autrement, si l'intérêt de l'enfant leur semble appeler une autre attribution. Cette règle est tout à fait sage. Il peut être utile pour les enfants d'être confiés à l'époux *contre qui* le divorce (ou la séparation) a été prononcé. Un mauvais mari n'est pas forcément un mauvais père ; sa direction peut rester nécessaire aux enfants, surtout aux garçons. De même, la défaillance qui a fait prononcer le divorce contre une femme n'en fait pas nécessairement une mauvaise mère ; il peut être préférable que ce soit elle qui se voie attribuer la garde des enfants ou de certains d'entre eux, surtout lorsqu'ils sont encore dans un âge qui rend indispensables les soins d'une femme. Que si les débats du procès ont fait ressortir l'indignité simultanée des deux parents, le tribunal pourra les exclure l'un et l'autre et confier les enfants à une tierce personne, ascendant ou non, ou déterminer la maison d'éducation où ils seront placés. L'époux non attributaire de la garde conserve d'ailleurs, avec l'obligation de contribuer aux frais d'éducation, le droit de visiter l'enfant et celui de surveiller sa conduite et son éducation (art. 303). Le tribunal règle les *visites*.

La loi du 5 décembre 1901, portant adjonction d'un paragraphe à l'article 357 du Code pénal, punit d'une peine d'un mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de seize francs à cinq mille francs le père ou la mère coupable de ne pas représenter l'enfant, ou de l'enlever à celui qui en avait la garde. Cette loi employant d'ailleurs des termes très généraux, car elle vise quiconque *ne représente pas le mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer*, on doit décider que la même sanction s'applique au père, à la

mère ou à toute autre personne attributaire de la garde de l'enfant, qui le dérobe aux visites de l'autre parent ou des grands parents ou au séjour de vacances chez ceux-ci, qu'aurait ordonné le tribunal (Crim., 30 mars 1912, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1912, p. 959. Cf. note de M. G. Le Poittevin, D. P. 1904.2.41).

Quelle que soit la solution adoptée par le tribunal quant au droit de garde, elle est essentiellement *provisoire*. L'époux exclu, ou même toute personne de la famille, parent ou allié, peut toujours demander au tribunal de modifier la décision qu'il avait prise, en alléguant un changement dans les circonstances. Par exemple, un garçon a grandi et il est temps qu'il passe de la direction de sa mère sous celle d'un homme ; ou bien la personne chargée de la garde mène maintenant une conduite peu exemplaire ; elle s'est remariée dans de mauvaises conditions ; elle annonce l'intention de fixer sa résidence à l'étranger, en emmenant l'enfant, ce qui rendrait impossible ou moins facile l'exercice du droit de visite accordé à l'autre ex-conjoint ou aux ascendants, etc... A une demande réclamant une modification, on ne peut donc jamais opposer l'exception de chose jugée.

De même, le père ou la mère non investi de la garde, conservant un droit de surveillance, peut critiquer les mesures d'éducation prises par le gardien. En cas de conflit, c'est le tribunal qui départagera les anciens époux, déterminera, par exemple, s'ils sont en discussion sur le choix d'un établissement d'instruction, quel est celui qui devra être choisi. Bien entendu, si le père et la mère sont d'accord sur cet établissement, le tribunal n'aurait pas le droit, sans commettre un excès de pouvoir, d'en désigner un autre (Civ., 6 février 1865, D. P. 65.1.218, S. 65.1.58).

Ce sera d'ailleurs toujours le même tribunal qui sera compétent pour régler toutes les difficultés que pourra soulever l'éducation des enfants, à savoir, le tribunal qui aura prononcé le divorce ou la séparation, et cela, quel que soit le domicile actuel des père et mère. Si c'est la Cour qui a rendu la décision définitive, on devra s'adresser à elle, sans avoir à provoquer la décision des juges du premier degré (V. cep., Nancy, 26 juillet 1884, D. P. 86.2.83).

B. — La loi n'a pas parlé du *droit de correction*. Bien que ce point soit sujet à controverse, il semble certain que ce droit est le corollaire de la garde des enfants et qu'il doit recevoir la même attribution. Il n'y a de difficulté sérieuse que si la garde de l'enfant est retirée aux deux parents et confiée à une tierce personne. Celle-ci ne peut évidemment prétendre au droit de correction paternelle. Et comme, d'un autre côté, on ne saurait l'attribuer ni au père, ni à la mère qui ont été, en somme, jugés indignes du droit de garde, la solution la meilleure est de décider que le droit de correction ne pourra pas s'exercer, sauf si l'enfant tombe sous le coup des lois du 27 juin 1904 et du 11 avril 1908, dont il a été parlé plus haut.

C. — Le *droit de jouissance légale* est, nous l'avons vu, enlevé à l'époux contre lequel le divorce est prononcé (art. 386). Bien que le texte n'en dise rien, on doit décider qu'il passe à l'autre époux. En cas de séparation,

l'article étant muet, il faut en conclure que le *père* même coupable conserve cet usufruit, à charge bien entendu de le consacrer tout d'abord à l'entretien et à l'éducation des enfants. Mais, en cas de conversion de la séparation de corps en divorce, la jouissance lui sera enlevée pour être transférée à la mère innocente, à la suite de la transcription du jugement de conversion.

D. — C'était surtout en ce qui concerne l'*administration légale* des biens de l'enfant que, sous l'empire du Code civil primitif, les effets du divorce et de la séparation étaient le plus difficiles à déterminer, la loi ayant gardé le silence sur cet attribut de la puissance paternelle. Un seul point était à peu près hors de controverse, à savoir qu'il convenait d'appliquer aux biens le régime de l'administration légale et non celui de la tutelle. En effet, puisque les parents sont encore vivants l'un et l'autre et que, dès lors, les enfants n'ont pas encore, en général, de patrimoine personnel, il n'y a pas besoin des garanties supplémentaires de la tutelle. Mais, sur le point de savoir à qui l'administration légale devait être attribuée, il y avait la plus grande divergence d'opinions. L'administration devait-elle accompagner le droit de garde ou l'usufruit légal, ou devait-elle rester à celui des époux qui l'exerçait avant le divorce ou la séparation ? Tous ces systèmes avaient leurs partisans (V. notes de MM. de Loynes, D. P. 1907.2.313 et Hitier, D. P. 97.2.297). Ces controverses n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. La loi du 6 avril 1910, modifiant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale, a tranché la question d'une manière que nous croyons très heureuse, en déférant, en somme, au tribunal le soin d'attribuer l'administration légale au mieux des intérêts de l'enfant. En effet, le paragraphe 3 de l'article 389 nouveau porte qu' « en cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des deux époux auquel est confiée la garde de l'enfant, *s'il n'en est autrement ordonné* ». Ainsi, en principe, l'administration accompagne le droit de garde. Mais, comme l'avait fait judicieusement observer le rapporteur devant le Sénat, M. Legrand, il se peut que cette attribution soit fâcheuse en fait, car tel époux de conduite irréprochable et auquel on a, dès lors, confié la garde de l'enfant, peut avoir, comme administrateur, une expérience et des qualités inférieures à celles de l'autre conjoint. Parfois même l'attribution est impossible ; c'est ce qui a lieu lorsque l'époux investi de la garde de l'enfant tombe sous le coup d'une des causes de déchéance de l'administration légale prévues par la loi de 1910, par exemple, s'il est pourvu d'un conseil judiciaire. Ce sera donc, dans ces divers cas, le tribunal qui prononcera, comme aussi, croyons-nous, dans l'hypothèse où la garde de l'enfant n'aurait été confiée ni au père ni à la mère, mais à une tierce personne.

L'attribution de l'administration des biens a toujours d'ailleurs un caractère provisoire. Elle peut changer indépendamment même des changements qui seraient apportés à la garde de l'enfant. L'article 389 nouveau dispose en effet (9e al.) que « l'administration peut être retirée, *pour cause grave*, par le tribunal, à la requête de celui des père et mère qui n'en est pas investi, d'un parent ou allié de l'enfant, ou du ministère public ».

§ 2. — Déchéance et transfert de la puissance paternelle.

La puissance paternelle, comme tout pouvoir confié à des mains humaines, peut être exercée abusivement. Nous avons vu pour quelles raisons économiques et morales ces abus ont été fréquents au cours du XIX° siècle et se multiplient encore de nos jours. La Société ne peut rester indifférente devant des faits révoltants ; elle a le devoir d'intervenir. La puissance sur l'enfant doit être enlevée aux parents indignes de la conserver ou inaptes à l'exercer utilement, et confiée soit à d'autres membres de la famille, soit si, comme cela est trop fréquent, la famille est tout entière peu digne de confiance, à des étrangers. L'initiative privée peut ici rendre de grands services, en créant des établissements philanthropiques dirigés par des personnes charitables et désintéressées (elles sont nombreuses dans notre société française). La sollicitude de ces personnes envers les enfants qui leur seront confiés par l'Administration ou par la Justice s'exercera souvent d'une manière plus efficace que celle des fonctionnaires. En tout cas, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient essentiellement de présider au dessaisissement volontaire ou forcé des parents enclins au mal ou impuissants pour le bien. On va voir par quelle longue période de tâtonnements ont passé notre loi et notre Jurisprudence avant de s'adapter, en cette matière, à des besoins sociaux trop évidents, lesquels, à l'heure actuelle, sont loin d'ailleurs de recevoir encore une complète satisfaction.

Nous distinguerons à cet égard plusieurs phases successives.

I. — De 1804 à 1889. — Alors que la tradition séculaire de notre Ancien Droit était de faire du pouvoir judiciaire le protecteur supérieur de tous les incapables et, dès lors, de lui reconnaître un droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle, le Code civil ne semble avoir rien prévu à cet égard. Il n'organise aucun procédé de déchéance contre les *parents* indignes, bien que, par un contraste singulier, il vise plusieurs hypothèses de destitution des *tuteurs*. Ce n'est que dans le cas de divorce ou de séparation de corps, examiné plus haut, que l'action des tribunaux est prévue et réglée, soit pour déterminer l'attribution de la puissance paternelle, soit pour départager les père et mère entre lesquels son exercice donne lieu à des conflits. Il y avait là une lacune évidente. Voyons comment la Jurisprudence et la loi s'efforcèrent de la combler.

1° La *Jurisprudence* ne tarda pas à reprendre, d'une façon peut-être un peu trop hardie, mais avec générosité et humanité, les traditions de l'Ancien Droit français. Au cas où le père fait subir de mauvais traitements à ses enfants, dans le cas aussi où, par sa conduite, il offre un spectacle offensant pour les mœurs, nombreuses sont les décisions judiciaires du siècle dernier dans lesquelles nous voyons nos tribunaux admettre qu'ils peuvent être valablement saisis, soit par la mère, soit par les grands-parents, de demandes tendant à faire retirer au père indigne la garde des enfants. D'une façon générale, les juges se déclarent « chargés de prévenir

et réprimer les excès de la puissance paternelle, toutes les fois que l'intérêt matériel ou moral de l'enfant le réclame ». En pratique, on les voit confier la garde des enfants à la mère séparée de fait d'avec son mari, l'enlever à l'auteur survivant qui se remarie ou encourt la destitution de la tutelle, parfois même, la retirer aux deux époux durant le mariage pour la confier aux grands-parents. En somme, on peut dire que la Jurisprudence avait, de toutes pièces et en dehors d'aucun texte, sans autre justification que la tradition historique et l'utilité sociale, institué une faculté de *déchéance partielle* de la puissance paternelle, portant sur son attribut essentiel et primordial, le droit de garde et d'éducation.

2° Quant à *la loi*, elle avait, pour certains cas, organisé la déchéance de la puissance paternelle. Et, de plus, elle avait, bien imparfaitement d'ailleurs, *ébauché* la possibilité d'une sorte de délégation de cette même puissance.

A. — La *déchéance* est prononcée par des textes de caractère pénal, soit en cas d'infraction commise par l'enfant, soit en cas d'infraction commise par les parents.

a) *En cas d'infraction commise par un enfant* n'ayant pas atteint l'âge de la *majorité pénale*, c'est-à-dire seize ans (dix-huit ans depuis la loi du 12 avril 1906), l'article 66 du Code pénal dispose que le juge doit toujours se poser la question préjudicielle de savoir si l'enfant a ou non agi avec discernement. La réponse à cette question est-elle négative, le tribunal répressif doit acquitter l'enfant, mais il peut ne pas le rendre à sa famille ; il a le droit, s'il le juge, à propos, de l'envoyer en correction pendant une période déterminée par sa décision et qui peut se prolonger jusqu'à sa vingt-et-unième année. Cette mesure n'est pas une peine, c'est en somme la mainmise de l'autorité publique sur l'attribut le plus essentiel de la puissance paternelle, la garde de l'enfant, laquelle, depuis la loi du 5 août 1850, doit être assurée dans des colonies pénitentiaires. Ces colonies étant d'ailleurs en nombre limité, l'habitude s'est répandue, depuis 1850, que l'administration pénitentiaire se dessaisisse de son droit de garde sur l'enfant qui lui a été remis, en faveur d'une société privée de patronage. Tel a été le régime fonctionnant, pour la généralité des enfants délinquants, jusqu'à la loi du 22 juillet 1912, dont il sera parlé plus loin.

b) *En cas d'infraction commise par les parents*, plusieurs textes doivent être signalés.

α) D'abord l'*interdiction légale*, peine accessoire des peines afflictives et infamantes (art. 7 et 29, C. P.), sans faire perdre au condamné la puissance paternelle, en *suspend* l'exercice pendant la durée de sa détention, comme celui de tous les autres droits. Cette suspension porte naturellement sur la totalité de la puissance paternelle.

β) En vertu de l'article 335, alinéa 2, du Code pénal, le père condamné pour *avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant*, est déclaré déchu des droits énumérés au titre de la *Puissance paternelle* sur la personne de cet enfant. Cette disposition présentait une double lacune : d'une part, le père indigne conservait son autorité sur les

autres enfants s'il en avait ; d'autre part, même en ce qui concernait sa victime, il restait investi (les textes de droit pénal devant être interprétés d'une manière étroite) de tous les droits se rattachant à la puissance paternelle sans être énumérés au titre du Code civil désigné par cette rubrique, par exemple, du droit de consentir au mariage de l'enfant mineur.

γ) La loi du 7 décembre 1874 vise les père et mère qui *livrent leur enfant* agé de moins de seize ans *à des individus exerçant les professions d'acrobate, saltimbanque, charlatan, montreur d'animaux ou directeur de cirque* (art. 2), et ceux qui les emploient à la *mendicité habituelle* ou les livrent à des professionnels de la mendicité (art. 3). Ces parents encourent une déchéance de la puissance paternelle qui diffère de celle de l'article 335 du Code pénal à trois points de vue : en ce qu'elle est *facultative* pour le tribunal et non légale, — en ce qu'elle porte sur *tous les attributs*, quels qu'ils soient, de la puissance paternelle, — enfin, en ce qu'elle s'étend à la personne de *tous les enfants*.

B. — A côté de ces *déchéances* prononcées pour des hypothèses, d'ailleurs beaucoup trop fragmentaires, d'indignité des parents, il eût été nécessaire de s'occuper des parents *impuissants* à faire servir leur autorité à l'accomplissement de leurs devoirs envers leurs enfants. La loi et la pratique administrative avaient institué des mesures de protection au profit de deux catégories d'enfants victimes de cet état de choses.

a) La catégorie des enfants dits *assistés* comprenait les enfants *trouvés* et les enfants *abandonnés* ; *trouvés*, c'est-a-dire délaissés par leurs parents au moment de leur naissance ; *abandonnés*, c'est-à-dire délaissés postérieurement, les uns et les autres offrant ce trait commun que leurs parents sont inconnus. La loi du 15 pluviôse an XIII, aujourd'hui abrogée par la loi du 27 juin 1904 sur les enfants assistés, plaçait les *enfants assistés* sous la tutelle des commissions administratives des hospices. A Paris, depuis la création d'un directeur de l'Assistance publique par la loi du 10 janvier 1849, c'est ce directeur qui exerce les fonctions de tuteur des enfants assistés. Il n'y avait pas là, à proprement parler, de déchéance même partielle de la puissance paternelle. Si les parents de l'enfant trouvé ou abandonné venaient à se faire connaître, ils avaient le droit de réclamer leur enfant. Il est vrai que le décret du 19 janvier 1811 semblait apporter un obstacle pratique à cette revendication, en décidant que l'enfant ne serait restitué aux parents qu'après qu'ils auraient remboursé les dépenses faites pour eux par l'Administration. Mais il n'y avait là qu'une restriction illusoire ; il avait été jugé avec raison que, si les parents, quoique hors d'état de payer l'Administration de ses débours, insistaient néanmoins pour réclamer l'enfant, il devait leur être donné satisfaction, la puissance paternelle ne pouvant être entravée dans son exercice par les dispositions d'un simple décret.

b) A côté des enfants assisté, on avait ensuite distingué la catégorie des enfants dits *moralement abandonnés*. On désignait par là les enfants qui sont délaissés par leurs parents, faute par ceux-ci de pouvoir les élever et les nourrir, mais qui ne répondent pas à la définition légale des enfants

abandonnés, parce que leurs parents ne sont pas inconnus. Rentraient dans le même groupe les enfants arrêtés pour mendicité ou vagabondage. Des sociétés de bienfaisance s'occupaient déjà, depuis longtemps, des enfants placés dans ces diverses situations lorsque, en 1881, l'Administration de l'Assistance publique institua, à Paris, un service des *enfants moralement abandonnés*. Ce service pratiquait largement le placement des enfants qu'il recueillait. Mais, naturellement, les parents conservaient toujours le droit de les reprendre à leur gré : on ne pouvait même essayer, faute d'un texte analogue au Décret du 19 janvier 1811, d'opposer à leur revendication cette fin de non-recevoir, fondée sur le défaut de remboursement des frais, qui pouvait parfois faire hésiter, tant qu'ils n'étaient pas éclairés sur l'étendue de leurs droits, les parents des enfants dits *assistés*.

II. — **Loi du 24 juillet 1889 complétée par la loi du 15 novembre 1921**. — La législation que nous venons d'exposer présentait des lacunes frappantes. Les cas de déchéance de la puissance paternelle étaient trop rares ; ils offraient toujours un caractère pénal et supposaient, dès lors, la mise en mouvement de poursuites contre les parents ou contre l'enfant. La loi n'admettait pas la validité des contrats de dessaisissement que les parents, impuissants à élever leurs enfants, auraient pu souscrire en faveur des sociétés de patronage ou des particuliers charitables auxquels ils les auraient confiés. Quand le fait se produisait, les parents ne manquaient pas de réclamer l'enfant à l'âge où ils estimaient qu'il pouvait leur rapporter quelques subsides par son travail ou, trop souvent aussi, par ses vices. Le législateur s'émut enfin de cet état de choses. Il crut remédier à tous les abus par la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, véritable Code de la déchéance paternelle, sur lequel ses rédacteurs fondaient les plus grandes espérances, bien incomplètement réalisées depuis !

Cette loi contient deux titres, le premier sur la *déchéance*, le second sur le *dessaisissement volontaire* de la puissance paternelle.

1° Le premier titre, reprenant toutes les dispositions éparses des lois antérieures, ajoutant de nouveaux cas de déchéance, et donnant, en tous cas, à cette déchéance une portée plus large et plus générale, organise deux séries de déchéances, les unes *obligatoires*, les autres *facultatives*.

La déchéance est *obligatoire*, c'est-à dire découle, de plein droit, de la condamnation pénale prononcée contre les parents, dans un certain nombre d'hypothèses énumérées par l'article 1er de la loi : ce sont, d'une façon générale, les attentats commis contre la personne ou la moralité de l'enfant ; la loi considère avec raison comme rentrant dans cet ordre de prévisions les condamnations prononcées contre les parents comme co-auteurs ou complices de crimes commis par leurs enfants. On remarquera que ces déchéances obligatoires atteignent aussi, le cas échéant, les ascendants, lesquels cependant n'ont jamais la puissance paternelle ; ce dont la loi entend les priver, c'est des droits *analogues* à ceux de la puissance paternelle (consentir au mariage de l'enfant, accepter pour lui une donation) dont nous avons vu qu'ils sont parfois investis.

La déchéance est *facultative*, c'est-à-dire qu'elle est laissée à l'appréciation du tribunal, dans un grand nombre d'hypothèses visées par l'article 2 de la loi. Ce sont les cas de condamnation grave encourue par les parents, pour des infractions à l'égard des tiers ou à l'égard de l'enfant, mais d'une nature telle qu'elle ne les rend pas *a priori* indignes de la puissance paternelle. Ce sont, en outre, aux termes du 6° de l'article 2, les cas d'*inconduite notoire et scandaleuse*, d'*ivrognerie habituelle ou de mauvais traitements*, c'est-à-dire des hypothèses où aucune condamnation pénale n'est prononcée, mais où le père est jugé inapte à s'acquitter convenablement de son devoir.

La déchéance est prononcée tantôt par le tribunal répressif, comme accessoire obligatoire ou facultatif d'une condamnation pénale qu'il édicte contre le père ou contre l'enfant, tantôt par la *Chambre du Conseil* du tribunal civil statuant au principal, à la requête d'un parent quelconque du mineur, jusqu'au degré de cousin germain, ou du ministère public, et sans qu'il y ait, en général, besoin du ministère d'un avoué (V. Civ., 5 mai 1902, avec concl. de M. le procureur général Baudouin, D. P. 1902.1.209, S. 1904. 1.41. — Cf. note de M. de Loynes, D. P. 1902.2.457).

La déchéance est générale à deux points de vue. D'abord, elle porte non seulement sur les droits énumérés au titre de la Puissance paternelle, mais sur tout l'ensemble des droits accessoires éparpillés dans le Code ou dans les lois spéciales et se rattachant à l'autorité parentale, ainsi que sur l'aptitude à être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille. Elle ne laisse subsister que l'obligation de l'article 371, l'obligation alimentaire et le droit de successibilité réciproque, effets d'ailleurs de la filiation et non de la puissance paternelle. En second lieu, la déchéance porte sur *tous les enfants*.

Pour organiser la garde de l'enfant et la défense de ses intérêts, l'article 9 de la loi donne au tribunal un véritable pouvoir discrétionnaire. Il peut attribuer l'enfant à la mère ou à un tuteur, lequel pourra être un autre parent ou un particulier charitable (art. 13). Enfin, si le tribunal le juge préférable, il attribuera la tutelle à l'Administration de l'Assistance publique, laquelle, de son côté, peut confier l'enfant à une société ou à un particulier.

Ajoutons que la déchéance, une fois prononcée, n'est pas irrémédiable (art. 15). Les père et mère qui l'ont encourue à la suite d'une condamnation pénale, peuvent demander que la puissance paternelle leur soit restituée, après qu'ils ont obtenu leur réhabilitation. Dans le cas où ils ont été frappés de déchéance sans avoir subi de condamnation pénale, ils peuvent introduire, dans les formes indiquées à l'article 16, une demande en restitution, trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé leur déchéance est devenu irrévocable.

Cette première partie de la loi a réalisé d'incontestables progrès. Mais, dans l'application, elle a donné lieu à deux critiques :

A) La loi prononce ou permet de prononcer la déchéance des droits attachés à la puissance paternelle, en bloc ou d'une manière indivisible, et sur la personne de tous les enfants. Elle ne parle pas de déchéance partielle. C'est là une lacune, car, le plus souvent, ce qu'il importerait seulement

d'enlever aux parents, c'est le droit de garde. Pour remédier à ces défauts, une nouvelle loi du 15 novembre 1921 a assoupli les règles de la déchéance facultative, sans rien changer à l'article 1er qui vise la déchéance obligatoire, conséquence forcée de certaines condamnations.

Pour la déchéance facultative prévue par l'article 2, elle a réalisé deux importantes innovations :

D'abord, elle autorise le juge à prononcer soit la déchéance totale à l'égard de tous les enfants, ou seulement à l'égard d'un ou de quelques-uns, soit simplement le retrait partiel de certains droits, notamment du droit de garde. Le juge peut donc maintenant proportionner le remède au mal en adoptant les mesures les plus conformes à l'intérêt de l'enfant.

D'autre part, elle a étendu les cas prévus par l'art. 2 et donné au tribunal le droit de prononcer la déchéance, en dehors de toute condamnation, contre les père et mère qui compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, *par un défaut de soins ou un manque de direction nécessaire*, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou de l'un ou de plusieurs de ces derniers. Ces mots défaut de soins, manque de direction nécessaire, élargissent considérablement les pouvoirs du juge.

B) Il est très rare que les membres de la famille, ou même le ministère public, prennent l'initiative de faire prononcer la déchéance par le tribunal civil, sans qu'il y ait lieu à poursuite pénale, dans les hypothèses prévues par l'article 2 6° de la loi, c'est-à-dire là où son application serait peut-être le plus utile. Cela tient à la gravité même des sanctions prononcées par la loi. On hésite à prononcer la déchéance de ses droits de père contre un homme qui est peut-être ivrogne ou violent, mais qui, après tout, n'a commis aucun délit punissable[1].

Le titre II de la loi de 1889, partiellement corrigé par la loi du 5 août 1916 qui en a modifié l'article 20, s'occupe du *placement* du mineur, c'est-à dire du *dessaisissement* de la puissance paternelle et du transfert du droit de garde à d'autres que les parents, lorsque ceux-ci se montrent non indignes, mais hors d'état de l'exercer. Ce dessaisissement ne présente pas un caractère *contractuel* (comme dans certains pays, tels que l'État de New-York, qui admettent la validité des conventions de ce genre), mais un caractère *judiciaire*, car il s'effectue par le ministère du tribunal siégeant en Chambre du Conseil, lequel délègue, sur leur requête, les droits de puissance paternelle abandonnée par les parents à l'Assistance publique, représentée, à Paris, par son directeur, en province, par les inspecteurs des enfants assis-

1. Statistique des jugements prononçant la déchéance facultative de la puissance paternelle.

Années	
1895	1181
1900	747
1910	684
1913	827
1920	804
1921	795
1922	796
1923	784

tés (art. 17,24). Ceux-ci peuvent, à leur tour, remettre l'exercice de la puissance paternelle à des particuliers jouissant de leurs droits civils ou à des établissements autorisés à cet effet, lesquels sont placés sous le contrôle des préfets, et peuvent se voir dessaisis à leur requête, si l'intérêt de l'enfant l'exige (art. 22, 23). L'abandon de leurs droits par les parents peut être *exprès* ou *tacite*; dans ce dernier cas, il résulte du silence gardé pendant trois mois par les parents de l'enfant abandonné qui a été recueilli (art. 20). Bien plus (art. 20, 3e alinéa, ajouté par la loi du 5 août 1916), la personne qui a recueilli l'enfant peut, si les parents le réclament avant l'expiration du délai de trois mois, se faire maintenir la garde par le tribunal, sauf à régler le droit de visite des parents, en établissant que ceux-ci se sont depuis longtemps complètement désintéressés de l'enfant. En dehors de ce cas, la loi permet la reprise de l'enfant par les parents (art. 21), mais cette reprise est soumise à des conditions rigoureuses et doit être autorisée par le tribunal qui peut la refuser, ou même, le cas échéant, prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Quant aux droits délégués sur l'enfant, ils consistent (art. 17 et 20) dans la *totalité* ou dans *une partie* de la puissance paternelle.

Cette seconde partie de la loi de 1889 peut être considérée comme encore moins bien venue que la première. Il semble qu'elle ait été très peu utilisée en fait et qu'elle ne soit pas entrée dans nos mœurs. La faute en est peut-être au caractère judiciaire du dessaisissement et aux formalités qui l'accompagnent. Cette intervention de la justice effraie les parents, parce qu'elle donne une couleur fâcheuse au transport de leurs droits sur la personne de l'enfant.

III. — **Autres lois**. — Antérieurement à la réforme du 15 novembre 1921 qui a assoupli le régime de la déchéance de la puissance paternelle, plusieurs lois en avaient déjà corrigé la rigueur *en vue de situations particulières*.

Ces lois, qui n'ont pas été abrogées par celle du 15 novembre 1921, sont les suivantes :

1° **Loi du 19 avril 1898, sur la répression des attentats commis envers les enfants.** — Cette loi corrige et absorbe en partie, sans cependant l'abroger, la loi de 1889. Elle permet au juge d'instruction ou aux tribunaux de transférer la garde de l'enfant dans des cas qui, lorsqu'ils ne supposent pas une condamnation des parents, dénotent, de leur part, une négligence dans l'accomplissement de leurs devoirs, qui les rend indignes de leur autorité. Il en est ainsi :

A) En cas de crime ou de délits commis *contre* l'enfant, soit par ses parents, soit même par un tiers.

B) En cas de crime ou de délits commis *par* l'enfant.

L'attribution peut se faire provisoirement, en vertu de l'article 4, par les soins du juge d'instruction : sauf au tribunal ou à la cour saisi du crime ou du délit poursuivi, à statuer définitivement ensuite (art 5). Cette attribution est faite au profit d'un parent, d'une personne ou d'une institution charitable, ou enfin, de l'Assistance publique.

Le système de cette loi est, en somme, analogue à celui de l'article 66 du Code pénal, avec cette différence que l'enfant, que le tribunal répressif n'estime pas pouvoir être restitué à ses parents, au lieu d'être envoyé en correction, est remis en garde à une personne ou à un établissement. La comparaison de ce système avec celui de la loi 1889 fait ressortir les différences suivantes :

A. — Les cas où le transfert peut être prononcé ne sont pas les mêmes. Il y a des hypothèses où les deux lois se rencontrent, par exemple, lorsqu'il s'agit de crimes commis contre l'enfant *par les parents*. Mais, dans bien des hypothèses, où la loi de 1889 ne prononce pas la déchéance (par exemple, crime ou délits commis *contre* l'enfant par un tiers, crimes ou délits commis *par* l'enfant sans que les parents soient complices), la loi de 1898 permet à la justice de leur retirer la garde. En revanche, il y a des cas visés par la loi de 1889, notamment ceux que tranche le tribunal civil saisi par voie d'action principale, en vertu de l'article 2-6°, qui restent en dehors des dispositions de la loi de 1898, consacrées exclusivement aux hypothèses où intervient une juridiction répressive. Il faut donc décider que la loi de 1889 reste en vigueur parallèlement à la loi de 1898 pour toutes les hypothèses que la loi de 1898 n'a pas prévues cumulativement avec elle (Trib. civ. Béziers, 2 août 1902, D. P. 1904.2.185).

B. — Une innovation remarquable de la loi de 1898 consiste dans le pouvoir qu'elle a donné au juge d'instruction de statuer provisoirement sur la garde de l'enfant. Cette règle nouvelle a été la généralisation d'une pratique suivie depuis quelques années par les juges d'instruction de la Seine et qui consistait, de leur part, à envoyer les jeunes prévenus, comparaissant devant eux, dans les quartiers dit d'*observation* de l'hospice de la rue Denfert-Rochereau. Cette pratique était présentée plus ou moins correctement comme une application du droit appartenant aux juges d'instruction d'accorder ou de refuser la mise en liberté provisoire des prévenus. La loi nouvelle l'a régularisée. En fait, il paraît que, depuis 1898, les juges d'instruction ont usé assez peu de la faculté qui leur est accordée, au moins dans le ressort de Paris. Cela tient à ce que les magistrats instructeurs, lorsqu'ils ont à procéder contre un mineur, évitent, autant que possible, de le renvoyer devant le tribunal correctionnel et prononcent le plus souvent un non-lieu. Or, l'effet de cette décision est de faire tomber l'ordonnance antérieure qu'ils auraient rendue pour attribuer la garde de l'enfant, parce que l'article 4 de la loi ne leur donne le droit de prononcer cette attribution que pour l'enfant *auteur d'un délit*. Or celui-ci ne peut plus être considéré comme tel lorsqu'il a fait l'objet d'un non lieu.

C. — L'enfant peut être remis directement par le juge ou le tribunal à un parent, une personne, une société, un établissement charitable public ou privé, tandis qu'en vertu de la loi de 1889, c'est toujours le représentant de l'Assistance publique ou la *personne* désignée comme tuteur de l'enfant qui est investi du droit de garde ; les établissements charitables ne peuvent recevoir que l'*exercice* de ce droit en vertu d'une délégation qui leur est faite par le tuteur.

D. — La déchéance organisée par la loi de 1898 n'est que partielle au lieu d'être totale et indivisible comme celle de la loi de 1889; elle ne porte que sur le droit de garde. C'est ce droit seulement qui est transféré à la personne ou à l'établissement désigné. Il n'est même pas accompagné du droit de correction, sauf, comme on l'a vu plus haut, et en vertu de la loi postérieure du 27 juin 1904, lorsque l'enfant est remis à l'Assistance publique.

2° Loi du 28 juin 1904 sur la protection des pupilles de l'Assistance publique. — Cette loi, de caractère administratif autant que civil modifiée depuis, sur des points de détail, par les lois du 22 avril 1905, art. 44, du 18 décembre 1906, du 13 juillet 1911 et du 19 mars 1917, vise la protection des *pupilles de l'Assistance*. Des catégories nombreuses d'enfants, dont elle fixe la nomenclature, se trouvent confiées à l'Assistance. On peut les diviser en deux groupes : 1° Ceux du premier groupe, enfants *secourus* et *en dépôt*, enfants *en garde*, sont sous la protection de l'administration, mais demeurent sous la puissance paternelle de leurs père et mère; 2° Ceux du second groupe, enfants *trouvés, abandonnés, orphelins pauvres*, enfants *maltraités, délaissés*, ou *moralement abandonnés* sont placés sous la tutelle de l'administration qui exerce sur eux tout ou partie des droits de la puissance paternelle. Ils sont dits *pupilles de l'Assistance.*

Dorénavant, le tuteur des *pupilles* de l'Assistance est, pour les départements, le préfet, qui exerce cette fonction, par son délégué, l'inspecteur des enfants assistés, et, à Paris, le directeur de l'Assistance publique. Le préfet est assisté d'un *conseil de famille*, qu'il vaudrait mieux d'ailleurs appeler *conseil de tutelle*, formé par une commission de sept membres nommés tous les quatre ans par le conseil général. Le tuteur ne s'occupe que de la personne du mineur. Pour ses biens, s'il en a, la gestion est confiée au trésorier-payeur général. L'usufruit des biens, jusqu'à dix-huit ans, appartient au département pour le couvrir de ses dépenses d'entretien (art. 16).

En ce qui concerne les pupilles de l'Assistance, la déchéance ou le dessaisissement de la puissance paternelle, ainsi que le transport des droits qui la composent, sont à peu près complets (V. notamment art. 13), puisqu'ils portent notamment sur le droit de correction, comme on l'a vu plus haut, et sur l'administration légale et le droit de jouissance. La loi organise aussi la remise de l'enfant aux parents qui le demandent. « L'enfant réclamé par ses parents, dit l'article 17, *peut* leur être remis *si le tuteur estime, après l'avis du conseil de famille, que la remise est dans l'intérêt de l'enfant* ». Par une innovation remarquable, la loi autorise le tuteur, sans qu'il y ait remise de la puissance paternelle aux parents, à le confier aux parents eux-mêmes, après avis du conseil de famille. Elle organise même des *remises d'essai*, pendant une durée d'un an, lesquelles peuvent se transformer en remise définitive. La loi du 5 août 1916, insérée dans l'article 20 de la loi

du 24 juillet 1889 (alinéa 3) a décidé que, lorsque par l'intervention du père, de la mère, du tuteur, ou par décision de justice, l'enfant aura été confié à l'Assistance publique (ou encore à une association de bienfaisance ou à un particulier), si la famille réclame l'enfant, le tiers qui en a la garde pourra, en établissant que le réclamant s'est depuis longtemps complètement désintéressé de l'enfant, se faire maintenir la garde, sauf, s'il y a lieu, à déterminer les conditions dans lesquelles le réclamant pourra voir l'enfant.

3° Loi du 11 avril 1908 concernant la prostitution des mineurs. — Cette loi que nous avons déjà eu à signaler, organise, nous l'avons vu, le transport du droit de garde de l'enfant de telle façon que ce transport présente un caractère mixte en ce qu'il constitue un véritable procédé de *correction prolongée*. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

4° Loi du 22 juillet 1912, sur les tribunaux d'enfants. — Déjà si extraordinairement touffue, cette législation a été encore compliquée par la loi dite sur les tribunaux d'enfants, visant les crimes, délits ou contraventions commis *par* les mineurs et, à cette occasion, les mesures à prendre pour remédier aux lacunes de l'éducation reçue par le mineur délinquant. Cette loi, complétée par la loi du 22 février 1921, divise en deux périodes la minorité pénale (au-dessous de dix-huit ans) Pour les mineurs de treize à dix-huit ans, il est décidé que leurs crimes et délits seront, en principe, jugés par le tribunal correctionnel formé en tribunal spécial, dit pour enfants et adolescents (art. 15 à 19). Pour les mineurs de moins de treize ans, lorsqu'il leur est imputé une infraction, qualifiée crime ou délit, ou lorsqu'ils ont commis une simple contravention mais avec récidive art. 1 et 14, ils ne sont pas déférés à une juridiction répressive, mais au tribunal civil statuant en chambre du conseil, et celui-ci ne peut pas leur appliquer de peine, mais seulement prendre à leur égard « des mesures de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance ». Ces mesures emportent déchéance de la puissance paternelle ou de la tutelle *en ce qui concerne le droit de garde et d'éducation*. Elles entraînent des modifications importantes à l'article 66 du Code pénal, à la loi de 1889, à l'article 4 de la loi du 19 avril 1898, qui n'est plus applicable que lorsqu'il s'agit de crimes ou délits commis *sur* des enfants[1].

1. D'après la loi du 22 juillet 1912, il y a lieu de distinguer deux hypothèses :
A. — Le mineur délinquant a *moins de treize ans*. Alors les mesures relatives à sa garde et à son éducation sont prises soit par le juge d'instruction, soit par la chambre du conseil du tribunal civil.
a) Le *juge d'instruction* (désigné spécialement pour les enfants et adolescents) *peut* confier l'enfant provisoirement à une personne digne de confiance, à une institution charitable reconnue d'utilité publique ou désignée par arrêté préfectoral, ou à l'Assistance publique (art. 3).
b) La *chambre du conseil* (art.6), si la prévention est établie, peut choisir entre les trois partis suivants :
α) Remise de l'enfant à sa famille.
β) Placement de l'enfant jusqu'à sa majorité, soit chez une personne digne de con-

5° **Loi des 7 février 1924 et 3 avril 1928 sur le délit d'abandon de famille.** — Le père et la mère, condamnés de ce chef pour s'être abstenus volontairement pendant plus de trois mois de payer les termes de la pension alimentaire qu'ils devaient à leurs enfants, peuvent (art. 1er) être déchus de la puissance paternelle.

Il serait à désirer que les textes sur la protection de l'enfance, dont on a pu juger le nombre et la complexité (nous aurons à en citer encore d'autres en traitant, soit de la tutelle, soit des enfants naturels), soient fondus, codifiés. Leur ensemble risquerait, autrement, de devenir presque inextricable. Déjà des principes généraux se dégagent de cette production législative quelque peu exubérante. L'un des plus manifestes et, croyons-nous, des moins discutables, est le caractère d'organe de haute protection pour les mineurs attribué à la justice, statuant le plus souvent par l'entremise de la chambre du conseil du tribunal. On ne peut qu'applaudir à cette tendance qui est novatrice qu'en apparence, car elle rattache les réformes contemporaines aux traditions les plus indiscutables de notre ancien Droit.

fiance, soit dans un asile ou internat, soit dans un établissement d'anormaux, soit dans une institution charitable.

γ) Remise à l'Assistance publique.

Lorsque l'enfant a été enlevé à sa famille, les parents ou tuteurs ont le droit, au bout d'une année, de demander à la chambre du conseil « que l'enfant leur soit rendu, en justifiant de son amendement et de leur aptitude à l'élever » (art. 10).

B. — Le mineur délinquant a *plus de treize ans et moins de dix-huit*. Dans ce cas :

a) Le juge d'instruction a les mêmes pouvoirs de placement provisoire que dans l'hypothèse précédente (art. 16) ;

b) Le tribunal (tribunal ordinaire ou tribunal d'enfants selon les cas) peut d'abord ordonner provisoirement la mise en *liberté surveillée* de l'enfant sous la garde d'une personne ou d'une institution charitable (art. 20) ; si, ensuite, il acquitte l'enfant comme ayant agi sans discernement, il peut choisir entre trois partis (art. 21):

α) Envoyer l'enfant dans une colonie pénitentiaire, solution de l'ancien article 66 du Code pénal ;

β) Le remettre purement et simplement à ses parents, à une personne ou à un établissement charitable ;

γ) Le placer dans les mêmes conditions, mais sous le régime de la *liberté surveillée*.

Ce régime, création originale de la loi, consiste en ce qu'un particulier, de l'un ou de l'autre sexe, choisi de préférence parmi les membres des sociétés de patronage, des comités de défense des enfants traduits en justice, des institutions charitables (art. 22), est chargé de surveiller l'enfant, de le visiter, de fournir des rapports sur sa conduite au président du tribunal, de manière que les mesures de placement prises puissent être modifiées en cas de besoin (art. 21).

Cette association de particuliers charitables, que la loi intitule *délégués*, à l'œuvre de la justice, est une idée nouvelle dont l'application donnera lieu, croyons-nous, à une très intéressante expérience. Ce n'est pas d'ailleurs seulement pour le fonctionnement du régime de la liberté surveillée que la loi de 1912 fait ainsi appel à des hommes ou à des femmes de bonne volonté. Plusieurs autres articles permettent au juge d'instruction ou à la chambre du conseil de faire appel à des concours du même genre, soit pour faire une enquête, au moment de l'instruction, sur l'enfant et sur la famille (art. 4), soit pour surveiller l'enfant dans le cas où il a été remis à sa famille par la chambre du conseil.

CHAPITRE II

LA TUTELLE

GÉNÉRALITÉS.

Définition et caractères généraux. — La tutelle est le régime de protection établi par la loi au profit des enfants mineurs, à la suite du décès de l'un des père et mère, ainsi qu'au profit des aliénés interdits. Nous n'envisageons ici que la *tutelle des mineurs*.

Elle se caractérise, dans notre Droit, par les traits suivants :

1° La mission du tuteur s'exerce sous la surveillance et le contrôle de diverses autorités qui, dans leur ensemble, sont parfois désignées sous le nom de pouvoirs de haute tutelle. Ces autorités sont :

A. — Un *conseil de famille*, composé de parents, d'alliés ou d'amis, chargé de délibérer sur les questions les plus importantes qui intéressent le mineur, et d'autoriser le tuteur à accomplir les actes les plus graves parmi ceux qui concernent son patrimoine et sa personne.

B. — Le *tribunal civil*, qui homologue la décision du conseil de famille quand il s'agit d'actes particulièrement importants.

C. — Un *subrogé tuteur*, sorte d'adjoint au tuteur, chargé de surveiller sa gestion, parfois de le suppléer.

2° Le tuteur *représente* le mineur. Il agit en son nom, manie et gère son patrimoine. Aussi la loi lui impose-t-elle des comptes et accorde-t-elle au mineur, comme garantie de sa bonne gestion, une hypothèque légale sur ses biens immobiliers.

3° La tutelle n'est pas instituée uniquement *à défaut de la puissance paternelle*, comme le voulait le Droit romain et comme le décident, de nos jours, plusieurs législations étrangères (Code civil italien, art. 241 ; Code civil allemand, art. 1773 ; Code civil suisse, art. 368). Elle *coexiste* parfois avec la puissance paternelle. Il en est ainsi chaque fois que l'un des père et mère vient à décéder. Le survivant, nous l'avons vu, reste investi de la puissance paternelle, mais celle-ci ne s'exerce que relativement à la personne des enfants. Quant à leurs biens, il y a lieu à une tutelle, laquelle, en principe, est d'ailleurs attribuée également au père ou à la mère survivant. La loi a jugé que les intérêts de l'enfant seraient ainsi mieux sauvegardés et que cela était nécessaire, d'abord, parce que la mort de l'un de ses auteurs lui a transmis des biens qu'il ne possédait pas auparavant, ensuite parce que la présence du prédécédé constituait pour l'enfant un supplément de protection qu'il faut remplacer par les garanties de l'organisation tutélaire.

4° Le fait unique qui, en principe, donne lieu à l'ouverture de la tutelle pour les mineurs (au moins lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes), c'est le *décès de l'un des deux parents* (art. 390). Tant qu'ils existent l'un et l'autre, il y a lieu à puissance paternelle pure et simple, c'est-à-dire avec le complément de l'administration légale en ce qui concerne les biens. Il en est ainsi, comme on l'a vu plus haut, même s'il y a divorce, séparation, absence ou infirmité physique de l'un des parents ou de tous les deux. Le seul cas où il peut y avoir tutelle du vivant des père et mère est celui de *déchéance de la puissance paternelle*. Alors, on a vu que, suivant les cas, le tribunal peut prendre des mesures consistant, soit à transmettre la puissance paternelle en tout ou en partie à un autre que le père déclaré déchu, soit à mettre l'enfant en tutelle.

5° La désignation du tuteur est tantôt faite par *la loi*, tantôt par *le testament*, tantôt par *le conseil de famille*. Le père ou la mère survivant possède la *tutelle légale*. L'auteur survivant, tuteur légal, peut désigner un tuteur *testamentaire*. A défaut de cette désignation, la loi, après la mort du survivant des père et mère, appelle à la tutelle de l'enfant un de ses ascendants. Enfin, à défaut de tuteur légal ou testamentaire, le tuteur est désigné par le conseil de famille. On dit alors qu'il y a lieu à *tutelle dative*.

Origines historiques de la tutelle. — La tutelle n'a pas toujours été conçue comme un régime de protection des intérêts des mineurs.

1° *Droit romain.* — Chez les peuples anciens, dans la Rome primitive, chez les peuplades germaniques, la tutelle est une puissance, analogue à la puissance paternelle, établie au profit de l'héritier mâle de l'enfant. Son but principal est de sauvegarder le patrimoine et d'empêcher que l'incapable ne puisse, par son impéritie, dilapider les biens qu'il tient de la succession paternelle et qu'il faut conserver à la famille civile. A cette époque, comme on l'a dit (Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 162), la tutelle est donc un sorte de *présuccession*.

Cette conception originelle devait d'ailleurs s'effacer chez les Romains et faire place à l'idée moderne de protection de l'enfant. Ce changement se traduisit, à un moment donné, par l'établissement, au profit de l'impubère, de garanties contre la mauvaise gestion ou l'infidélité du tuteur : obligation pour ce dernier de fournir une caution et de faire inventaire, limitation de ses pouvoirs d'administrateur, création d'un privilège sur ses biens au profit du pupille. Cependant, la tutelle romaine offrit toujours une physionomie différente de la nôtre par les traits suivants :

A. — Le Droit romain n'a jamais institué d'organe de haute tutelle chargé de surveiller et de contrôler le tuteur.

B. — La tutelle ne s'ouvrait à Rome que lorsque l'enfant devenait *sui juris*, c'est-à-dire était soustrait à la puissance paternelle par la mort du père et de ses ascendants paternels ou par l'émancipation.

C. — La tutelle finissait avec l'impuberté, c'est-à-dire à douze ou quatorze ans. Le Droit impérial, il est vrai, pour parer aux inconvénients de cette capacité trop précoce, vint prolonger la protection des enfants jusqu'à

l'âge de vingt-cinq ans par l'institution de la *curatelle*, sorte de tutelle complémentaire restreinte à la gestion du patrimoine du mineur.

2° *L'ancien Droit.* — Les règles du Droit romain continuèrent à s'appliquer en principe dans les pays de *Droit écrit*. De plus, ce sont ces règles qui servirent de base au régime des garanties de gestion exigées du tuteur dans toute l'étendue du Royaume, et qui aboutirent à la création, par notre ancien Droit, de l'hypothèque légale grevant les biens du tuteur au profit du pupille.

Dans les pays de *Droit coutumier*, en revanche, le régime de la tutelle offre des caractères originaux qui font contraste avec le système romain[1].

A. — La tutelle s'ouvre, à défaut de garde-noble ou bourgeoise, à la mort de l'un des père et mère. Le survivant ne garde donc plus la puissance paternelle que sur la personne de l'enfant. Il y a, dans ce cas, coexistence de la tutelle et de la puissance paternelle.

B. — C'est le juge qui désigne le tuteur, dans tous les cas, même lorsque l'on se trouve en présence du père ou de la mère. D'ou l'adage : *En France toutes tutelles sont datives.* Ce principe, excellent par ses résultats favorables à l'intérêt du mineur, se propage d'ailleurs dans les pays de Droit écrit où l'on admet que la tutelle dative, c'est-à-dire déférée par le juge, est celle du droit commun, sauf une seule exception en faveur de la mère survivante et du plus proche parent du côté paternel.

C. — La tutelle dure, non jusqu'à la fin de l'impuberté, mais jusqu'à la *grande majorité*, c'est-à-dire vingt-cinq ans. Il n'y avait guère là, il est vrai, qu'une différence dans les mots avec le Droit écrit, puisque celui-ci, à l'expiration de l'impuberté, voulait que le tuteur cédât la place à un curateur qui, jusqu'à la majorité, exerçait, sous un autre nom, des fonctions identiques en réalité.

D. — Un subrogé-tuteur est institué près du tuteur, avec mission de veiller à la confection de l'inventaire, de provoquer au besoin la destitution du tuteur, de le suppléer dans la représentation du mineur, lors des conflits d'intérêts qui peuvent s'élever entre l'un et l'autre.

E. — On voit apparaître une *assemblée de parents* qui propose le tuteur au choix du juge, donne son avis quand le tuteur veut faire un acte important tel que le placement des deniers pupillaires, l'aliénation des immeubles. Pour cette dernière opération même, l'avis du juge est nécessaire.

On le voit, abstraction faite des obligations et garanties de gestion imposées au tuteur, idée empruntée au Droit écrit, c'est en résumé le système du Droit coutumier qui a été consacré dans les dispositions du Code civil relatives à la tutelle. On peut reprocher cependant à la loi actuelle deux innovations qui, à première vue, paraissent peu heureuses : l'extension des pouvoirs du conseil de famille, chargé dorénavant de nommer le tuteur, au lieu de le présenter seulement ; la création de la tutelle légale, mode de désignation automatique qui risque de faire passer la tutelle en des mains peu aptes à l'exercer. En revanche, le Code civil n'a pas innové

1. Domat, *Loix Civiles*, éd. Rémy, 1835, t. I, p. 401 et s.

là où il aurait dû le faire. L'ancien Droit ne se préoccupait pas d'organiser la protection de la fortune mobilière des pupilles, ce qui était excusable, d'une part, à cause du faible développement de cette fortune dans notre ancienne société, d'autre part, à cause du caractère d'immeubles fictifs attribué par la législation aux meubles incorporels les plus importants. Le Code de 1804 a suivi les mêmes errements sans avoir les mêmes justifications. Il n'a édicté aucune disposition destinée à assurer la conservation des valeurs mobilières appartenant aux pupilles. Il a fallu, pour que cette lacune fût comblée, attendre la très importante loi du 27 février 1880[1].

SECTION I. — Les organes de la tutelle.

§ 1. — Le tuteur.

Caractères de la fonction tutélaire. — On peut résumer ainsi les caractères de la fonction du tuteur. C'est une charge 1° *obligatoire*, 2° *gratuite*, 3° *personnelle*.

1° *La tutélle est une charge obligatoire.* — Celui qui est désigné comme tuteur soit par la loi, soit par le conseil de famille, ne peut pas refuser cette mission, à moins qu'il n'ait à faire valoir une des causes d'excuse énumérées par loi.

Ces *causes d'excuse* (état militaire, certaines fonctions publiques, grand âge ou infirmités graves, famille déjà nombreuse, etc...), sont énumérées par les articles 427 à 441, auxquels nous nous contentons de renvoyer le lecteur. Ces textes indiquent également la procédure à employer pour faire valoir ces excuses. L'énumération qu'ils contiennent est, croyons-nous, limitative (V. cependant Trib. Senlis, 28 février 1894, D. P. 95.2.227, S. 94.2.218).

En dehors des cas d'excuse, l'obligation d'accepter la tutelle ne comporte que deux exceptions en faveur :

A. — Des femmes (art. 428, modifié par la loi du 20 mars 1917).

B. — Du tuteur désigné par le tribunal après déchéance de la puissance paternelle prononcée contre le père (L. 24 juillet 1889, art. 10, 1er al.).

Le tuteur supplétif ou la femme tutrice qui ne veulent pas accepter la charge de la tutelle sont admis à se récuser. Toutefois, on remarquera que, par exception à l'exception, la mère d'un enfant naturel ne peut pas décliner la tutelle de cet enfant (art. 389, 14e alinéa).

2° *La tutelle est une charge gratuite.* — Le tuteur ne peut réclamer aucune rémunération : il doit administrer gratuitement les biens du pupille. C'est là une tradition de notre Droit, à laquelle le Code civil est resté fidèle, car, nulle part, il ne parle de rémunération, et dans le compte de tutelle, il ne fait pas figurer le salaire du tuteur. On allouera au tuteur, dit l'art. 471,

1. Saleilles, *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs de la fortune d'autrui*, Thèse, Paris, 1883 ; P. Chavegrin, *De la protection de la fortune mobilière des mineurs en droit comparé*, Thèse, Paris, 1907.

2e al., toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile. Du reste l'article 454, 2e al., dit que le conseil de famille peut autoriser le tuteur à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, *salariés* et gérant sous sa responsabilité. L'opposition est bien nette entre ces administrateurs et le tuteur.

La Jurisprudence a, toutefois, un peu dévié de cette tradition. Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 18 avril 1854 (D. P. 54.1.387, S. 55.1.120) et plusieurs décisions postérieures ont admis qu'aucune disposition n'interdit au conseil de famille d'allouer au tuteur une indemnité pour frais de gestion (Douai, 5 avril 1865, S. 66.2.301; Paris, 6 novembre 1896, D. P. 97.2.70, S. 99.2.29). On masque la dérogation apportée ici à la loi en spécifiant que l'indemnité en question ne représente pas un salaire, mais le remboursement des dépenses occasionnées par la tutelle.

3° *La tutelle est une charge personnelle.* — Elle ne passe point aux héritiers du tuteur, si celui-ci vient à mourir en fonctions. Pourtant, si les héritiers sont majeurs, ils sont tenus de continuer la gestion de leur auteur jusqu'à la nomination du nouveau tuteur (art. 449).

Incapacité d'être tuteur. — Certaines personnes sont incapables d'être tuteurs. Ce sont (art. 442) :

A. — Les *mineurs*. Pourtant le père ou la mère, même quand ils sont mineurs, ont la tutelle de leurs enfants ;

B. — Les *interdits* pour cause d'aliénation mentale, et, par extension du texte, tous les aliénés ;

C. — Enfin, *ceux qui ont*, ou dont le père ou la mère ont, avec le mineur, *un procès* dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

D'après le Code civil, il y avait une quatrième catégorie d'incapables, *les femmes*, exception faite pourtant pour la mère et les ascendantes (art. 442, 3° ancien). Cette exclusion des femmes était tout à fait contraire aux intérêts de l'enfant. Une première atteinte fut portée à la règle surannée du Code civil par la loi du 2 juillet 1907 qui admit les femmes à la tutelle des enfants naturels. La loi du 20 mars 1917, loi d'inspiration excellente mais de rédaction très défectueuse[1] et inexactement qualifiée de loi *sur la tutelle des femmes* (!) a, d'une façon générale et pour tous les enfants, supprimé l'incapacité des femmes d'être tutrices. Elle a corrigé, en conséquence, l'article 442 et de nombreuses autres dispositions du titre de la Tutelle. Toutefois, deux restrictions subsistent à la capacité des femmes d'être tutrices. D'une part, la femme mariée ne peut accepter la tutelle qu'avec l'autorisation du mari, et celui-ci, s'il l'autorise, devient, par ce fait même, co-tuteur de la femme (art. 405, 2e al.). D'autre part, quand une femme tutrice se marie ou se remarie elle doit,

1. V. à ce sujet, Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, *Revue politique et parlementaire*, 10 juin 1917, p. 305.

auparavant, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit ou non lui être conservée (art. 395, 3e al.).

Exclusions de la tutelle. — Sont *exclus* de la tutelle (art. 443, 444) :

A. — Les condamnés à une peine afflictive *ou* infamante, c'est-à-dire criminelle, même les condamnés politiques : il faut ajouter que les tribunaux correctionnels peuvent, dans certains cas, enlever au condamné le droit d'être tuteur (art. 42, C. pén.) ;

B. — Les gens d'une inconduite notoire ,

C. — Les personnes dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité ;

D. — Les individus ayant encouru la déchéance de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889, art. 8).

Ces diverses causes d'exclusion, si elles se produisent au cours de la tutelle, emportent *destitution du tuteur*, soit *obligatoirement* (art. 443), soit *facultativement* au gré du conseil de famille (art. 444), qui est l'organe compétent pour statuer sur la destitution du tuteur (art. 446).

Incapacités ou exclusions sont limitativement énumérées. Ainsi, le *prodigue pourvu d'un conseil judiciaire* n'est pas incapable d'être tuteur. Il pourrait seulement être exclu ou destitué si, dans sa gestion, il se montrait incapable ou infidèle. De même, un *étranger* peut être tuteur, au moins des mineurs ses parents ou alliés (V. la note de M. Labbé sous Civ., 16 février 1875, S. 75.1.193 ; Nancy, 29 octobre 1898, D. P. 99.2.209).

Modes de désignation du tuteur. — Nous avons vu que le mode de désignation varie, suivant qu'il s'agit de la tutelle légale du survivant des père et mère ou des ascendants, de la tutelle testamentaire, ou de la tutelle dative.

Tutelle légale des père et mère. Particularités de la tutelle de la mère. — Le survivant des père et mère est investi, de droit, de la tutelle de enfants mineurs et non émancipés (art. 390).

La tutelle, lorsqu'elle se trouve déférée à la mère survivante, présente un certain nombre de particularités qui constituent autant de différences avec la tutelle du père survivant.

Première particularité. — Tandis que le père survivant, hors les cas d'excuse, ne peut refuser la tutelle, la mère au contraire (art. 394), comme d'ailleurs toute tutrice (art. 428, 3e al.), n'est pas tenue d'accepter cette charge, à moins toutefois qu'il ne s'agisse de la tutelle de son enfant naturel (art. 389, 14e al.).

On discute le point de savoir si, une fois acceptante, la mère peut décliner la tutelle. L'affirmative nous semble la solution à la fois la plus raisonnable et la plus conforme aux intérêts de l'enfant. Pourquoi refuser à la femme, qui s'est illusionnée d'abord sur ses forces, et qui reconnaît ensuite son erreur, la faculté de décliner une mission qu'elle ne peut plus remplir utilement pour les intérêts de l'enfant? Il suffira de lui appliquer la règle que l'article 394 *in fine* établit pour la mère qui se récuse avant d'entrer en

fonctions, c'est-à-dire l'obligation de continuer provisoirement à remplir les fonctions du tuteur, jusqu'à ce qu'elle ait pu en faire désigner un autre.

Deuxième particularité. — Si le père craint que la charge de la tutelle ne soit trop lourde pour sa femme, il peut, soit dans son testament, soit par une déclaration faite devant le juge de paix, ou devant un notaire (art. 391 et 392), lui désigner un *conseil spécial*, c'est-à-dire une personne investie de sa confiance, chargée de l'assister dans l'administration tutélaire.

Le *conseil spécial* est tout différent d'un co-tuteur. Il n'administre pas avec la mère ; il lui donne son avis, que la mère est obligée de requérir pour tous les actes de la tutelle concernant l'administration des biens de l'enfant, (ceux qui se rattachent au gouvernement de sa personne dépendant de la puissance paternelle, dont le père prémourant n'a pas le droit de diminuer l'étendue entre ses mains). Il se peut toutefois, et l'article 391, 2e al. le prévoit, que le père ait spécifié les actes en vue desquels il instituait un conseil spécial, auquel cas ce conseil ne doit intervenir que pour les actes indiqués, et la mère est habile à faire les autres sans son assistance.

Le Code a négligé de trancher deux questions qui se posent à propos du conseil de la mère tutrice.

A. — L'intervention du conseil est qualifiée par l'article 391 d'*avis*, d'*assistance*. En faut-il induire que son rôle est purement consultatif? Cela semblerait contraire à la fois aux intentions probables du père et aux termes de la loi. Celle-ci en effet paraît bien, dans les derniers mots de l'article 391, indiquer implicitement que la mère est *inhabile* à accomplir, seule, les actes soumis à la condition d'un avis du conseil spécial, et que, dès lors, les actes passés de la sorte resteraient exposés à être ensuite annulés dans l'intérêt du mineur.

B. — En cas de désaccord entre la mère et son conseil, le différend est-il sans issue, ou peut-il être tranché par l'intervention d'une autorité supérieure ? Il est difficile de ne pas admettre la deuxième solution, la seule qui soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Il n'y a désaccord entre les auteurs que sur le point de savoir quelle sera l'autorité chargée de trancher le conflit. Pour les uns, c'est le conseil de famille, autorité délibérante par excellence, organe essentiel de la haute tutelle. Pour les autres, qui ne reconnaissent au conseil de famille le droit de délibérer que sur les cas où un texte formel lui donne compétence, l'autorité en question ne peut être que celle du droit commun, c'est-à-dire le tribunal.

Tout cela offre d'ailleurs un assez faible intérêt, le conseil spécial étant à peu près inconnu dans la pratique.

Troisième particularité. — D'après l'article 393, si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un *curateur au ventre* par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit subrogé-tuteur.

Cette vieille institution du curateur au ventre qui nous vient du Droit romain, après s'être perpétuée dans notre ancien droit (V. nouveau Denizart, V° *Curatelle*, § 5), s'explique par un double motif :

A. — Protéger les héritiers du mari contre une *supposition de part*, c'est-

à-dire contre une simulation de grossesse et d'accouchement faite en vue de s'emparer de la fortune du défunt.

B. — Protéger l'enfant lui-même contre les entreprises de la mère (ou de sa famille) qui provoquerait une *suppression de part* dans le même but.

Le curateur au ventre devra donc, en attendant la naissance de l'enfant, surveiller la grossesse de la femme et administrer provisoirement la succession du mari.

Il semble bien résulter des motifs de l'institution qu'elle fonctionne seulement dans le cas où il n'y a pas *déjà d'enfants vivants au moment du décès du mari*; c'est uniquement dans cette hypothèse que les dangers signalés se présentent dans toute leur plénitude. La question cependant est controversée.

Hâtons-nous d'ajouter qu'ici encore l'intérêt pratique est assez mince. L'institution du curateur au ventre ne paraît guère convenir à nos mœurs; elle prêterait à rire. Le nombre infime des décisions judiciaires dans lesquelles il en est question démontre que le curateur au ventre, comme le *conseil spécial* de la mère tutrice, ne se rencontre presque jamais dans la pratique.

Quatrième particularité : Convol de la mère tutrice. — Le père tuteur qui se remarie, reste tuteur légal sans aucune modification. Au contraire, lorsque c'est la mère survivante qui se remarie, la loi présumant qu'elle subira l'influence de son second mari et se déchargera sur lui du soin de toutes ses affaires, a édicté, dans l'intérêt des mineurs issus du premier mariage, deux sortes de dispositions protectrices. La première consistait à enlever à la mère qui se remariait son usufruit légal sur les biens de ses enfants mineurs (art. 386 ancien). La loi du 21 février 1906 a, comme nous l'avons déjà dit, supprimé cette déchéance. Quant au second ordre de mesures, il a pour but de protéger les enfants contre une ingérence abusive du second mari dans l'administration de leurs biens. Ces mesures s'appliquent, du reste, depuis la loi du 20 mars 1917, à toute femme qui, exerçant une tutelle, se marie ou se remarie (art. 395, 3e al.). Voici quelles elles sont :

A) La tutrice, *avant son mariage ou son remariage*, doit convoquer le conseil de famille (art. 395, 1er al.).

B) Ce conseil de famille décide si la tutelle doit lui être conservée. Dans le cas de l'affirmative, il lui donne nécessairement pour co-tuteur le mari (art. 396), et celui-ci devient, par conséquent, solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage.

C) Le conseil de famille peut, s'il juge dangereux de laisser la tutelle à la femme, désigner un autre tuteur.

La mère privée de la tutelle conserve la puissance paternelle et l'usufruit légal. Le conseil de famille ne pourrait pas, non plus, lui enlever la garde des enfants. Et nous estimons, que dans l'état actuel de la Jurisprudence, les tribunaux ne le pourraient pas davantage. Les arrêts que l'on peut citer en sens contraire (Voir not., Caen, 19 mai 1854, S. 54.2.713) remontent à une époque où les tribunaux s'arrogeaient, quant à l'attribution

du droit de garde, démembré du surplus de la puissance paternelle, un pouvoir que, nous l'avons indiqué, ils ne se reconnaissent plus aujourd'hui.

Ajoutons, avec l'art. 399, que la mère, à laquelle le conseil de famille a enlevé la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut plus leur choisir un tuteur testamentaire.

. D) Si la tutrice se marie ou se remarie sans convoquer le conseil de famille, elle perd la tutelle de plein droit (art. 395, 2e al.). Le conseil de famille doit donc se réunir d'office et nommer un autre tuteur. En attendant, l'ex-tutrice demeure soumise à toutes les obligations d'un tuteur; et « son mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée ».

Cette dernière disposition donne lieu à plusieurs questions et difficultés:

a) Le conseil de famille qui se réunit, de plein droit, en cas de déchéance de la femme coupable de ne l'avoir pas convoqué elle-même, peut-il la choisir encore en qualité de tutrice? Oui évidemment. Aucun texte ne s'y oppose. Seulement, s'il s'agit de la mère, elle ne sera plus tutrice *légale*. Elle sera tutrice *dative*, ce qui entraîne diverses conséquences. Ainsi, le conseil de famille pourra fixer la somme à laquelle s'élèvera annuellement la dépense à faire pour le mineur (art. 454, 1er al.); il pourra imposer à la mère l'obligation de rendre des comptes périodiques au cours de la tutelle ou *états de situation*, mesure de précaution que l'on n'aurait pas le droit d'imposer au survivant des père et mère, tuteur légal (art. 470).

b) Quelle est au juste l'étendue de la responsabilité imposée au mari, à raison de la *tutelle de fait* exercée par sa femme, alors qu'elle a encouru la révocation? Il y a, à cet égard, hésitation sur deux points à cause de la différence des termes employés par le Code pour régler deux situations analogues en fait.

α) Lorsqu'il s'agit de la femme régulièrement maintenue dans la tutelle, et par conséquent, tutrice *de droit*, l'article 396 dit que la responsabilité de son mari portera sur la gestion *postérieure au mariage*. Au contraire, quand il est question de la *tutelle de fait* de la tutrice déchue, l'article 395 n'emploie plus, en ce qui concerne la responsabilité du mari, la même formule limitative; il dit qu'il sera responsable des suites de la tutelle *indûment conservée*. Cette responsabilité s'étend-elle aux actes accomplis par la tutrice *avant son mariage ou son remariage*, ou ne s'applique-t-elle qu'aux actes accomplis *depuis celui-ci?* Cette seconde solution paraît plus équitable. En effet, c'est seulement depuis le mariage ou le remariage que la tutelle a été *indûment conservée*. De plus, dans les travaux préparatoires, le texte primitif du projet limitait en ce sens la responsabilité du mari; cette limitation formelle a ensuite disparu du texte définitif, mais sans qu'on en ait donné aucune raison (Fenet, t. X, p. 610). C'est cependant l'autre opinion qui prévaut en Jurisprudence (Voir not., Nancy, 27 juin 1891, P. F. 92.2.197) et chez la plupart des auteurs. La solution extensive était celle que consacrait expressément la constitution des empereurs Théodose et Valentinien (6 C, *In quibus causis*, VIII, 15) à laquelle, après l'ancien Droit, le Code a emprunté la règle de l'article 395. Nos vieux auteurs se

prononçaient dans le même sens (Domat, liv. II, *Des tuteurs*, tit. I^er^, sect. III, n° 37). La responsabilité du mari s'étendra donc à la gestion même antérieure au mariage. C'est une espèce de pénalité civile dont la loi le frappe pour n'avoir pas suggéré le geste à accomplir à son épouse, sur laquelle, vraisemblablement, son influence s'est exercée dès avant le moment précis de leur mariage.

β) D'après le texte primitif de l'article 395, 2^e^ alinéa, le mari était *solidairement* responsable avec sa femme des suites de la tutelle de fait indûment conservée. La loi du 20 mars 1917 a rayé du texte le mot *solidairement*. On s'explique mal la raison de cette réforme, car, lorsqu'il s'agit de la tutrice *maintenue* dans la tutelle avec son mari pour co-tuteur, l'article 396, que la loi du 20 mars 1917 n'a pas corrigé sur ce point, continue à décider que le mari sera obligé solidairement avec sa femme. Mais, de plus, on peut se demander si la suppression du mot *solidairement* dans l'article 395 doit changer quelque chose à la solution antérieure. En conservant indûment la tutelle, la tutrice a commis une faute à laquelle le mari, en ne la poussant point à déférer à la loi, a concouru pour sa part. Or il est constant en Jurisprudence que les co-auteurs d'un délit civil sont de plein droit responsables solidairement des conséquences dommageables de leur faute commune.

c) Quel sera le sort des actes accomplis, pour le compte du mineur, par l'ex-tutrice au cours de sa co-tutelle de fait avec son mari ? Il semble que, n'étant plus le représentant légal de l'enfant, depuis qu'elle est destituée de plein droit, l'ex-tutrice, tout en restant responsable à l'égard de l'enfant, n'a plus, à l'égard des tiers, pouvoir d'obliger ce dernier. Elle n'a donc agi que comme *gérant d'affaires*. Le pupille n'est tenu que dans la mesure de l'utilité que les actes lui ont procurée (art. 1375).

d) Les immeubles des tuteurs de fait sont-ils grevés de l'hypothèque légale au profit du mineur ? L'affirmative, autrefois contestée, mais admise déjà par le Droit romain et par nos anciens auteurs, nous paraît s'imposer. Du moment que les deux époux encourent la responsabilité des tuteurs, cette responsabilité doit être environnée des garanties qui l'accompagnent normalement pour la rendre efficace. La Jurisprudence se prononce en ce sens (V. Req., 23 avril 1902, D. P. 1902.1.309, S. 1904.1.506).

Tutelle testamentaire. — La loi, prolongeant en quelque sorte la tutelle légale des père et mère par delà leur décès, permet au survivant d'entre eux de désigner le tuteur, parent ou étranger, qui, après sa mort, lui succédera dans ses fonctions (art. 397). Cette désignation paraît, au législateur, offrir tant de garanties que, non seulement elle ne peut être critiquée par le conseil de famille, mais qu'elle écarte la tutelle légitime des ascendants (art. 402). La personne indiquée par la confiance du père ou de la mère est préférée à celle que désigneraient les liens du sang.

Le choix du tuteur par le dernier mourant des père et mère est soumis à deux conditions, parfois à trois :

1° Une *condition de forme*. — Le choix doit se faire, soit par testament,

soit au moyen d'une déclaration reçue par un juge de paix ou un notaire (art. 398, 392). Mais dans l'un et l'autre cas, le tuteur peut être qualifié de *testamentaire*. En effet, la *déclaration* reçue par l'officier public ne produit ses effets qu'après la mort de son auteur ; et, de plus, elle est révocable jusqu'à ce moment. C'est donc un véritable testament, mais affranchi des règles ordinaires établies par la loi quant à la rédaction des actes de cette catégorie.

2° Une *condition de fond*. — Le droit de désigner le tuteur de l'enfant n'appartient au survivant des père et mère que *s'il a lui-même la tutelle*. C'est du moins ce qui est décidé par la loi, plus ou moins formellement, dans deux hypothèses. La première est celle d'une mère survivante, remariée et non maintenue dans la tutelle ; l'article 399 porte, comme nous l'avons déjà dit, qu'elle ne peut choisir un tuteur à ses enfants du premier lit. La seconde hypothèse est celle du père ou de la mère exclu ou destitué de la tutelle. L'article 445 le prive du droit de faire partie d'un conseil de famille et, par conséquent, de concourir à la nomination d'un tuteur datif ; à plus forte raison doit-il perdre la faculté de nommer un tuteur à lui tout seul.

Pour les autres hypothèses possibles, celle d'une mère qui a refusé la tutelle ou celle d'un père qui s'est fait excuser, la loi reste muette. Si malgré le caractère étroit de toute déchéance, et bien qu'il n'y ait certainement pas lieu de se défier du père ou de la mère dont il vient d'être question, on s'accorde à leur refuser le droit de choisir un tuteur testamentaire, c'est parce que leur excuse ou leur refus a déjà eu ce résultat de faire désigner un tuteur à l'enfant par le conseil de famille, et qu'on ne peut concéder au père ou à la mère le droit de *destituer* ce tuteur en exercice et de le remplacer par un autre, auquel le premier devrait céder la place après la mort du testateur.

3° Une troisième condition est requise pour le choix du tuteur testamentaire, lorsque l'auteur de sa désignation est la mère remariée *et maintenue* dans ses fonctions de tutrice. Il faut alors (art. 400) que son choix soit déféré au conseil de famille et confirmé par cette assemblée. Cette solution donne lieu à deux questions.

A. — On peut se demander quelle différence il y a entre le cas où la mère remariée a été maintenue en tutelle et celui où elle n'a pas été maintenue (art. 399 et 400). Dans le second cas, le conseil de famille doit nommer le tuteur que la mère n'a pas le droit de désigner. Dans le premier, la mère peut choisir le tuteur, mais le conseil de famille peut, à son gré, confirmer ou repousser son choix. N'est-ce pas exactement la même chose? On répondra que le tuteur *confirmé* par le conseil de famille après désignation de la mère maintenue en tutelle n'en est pas moins un tuteur testamentaire ; *il exclura donc les ascendants*. Au contraire, le conseil de famille n'aurait pas le droit de *nommer* un tuteur au mépris du droit des ascendants à la tutelle.

B. — La mère remariée, maintenue en tutelle, puis *devenue veuve* de son second mari, ne peut-elle encore faire qu'un choix subordonné à l'agré-

ment du conseil de famille ? Le texte de l'article 400 ne distingue pas. Mais l'esprit de la loi est évidemment favorable au libre choix de la mère. La restriction qu'apporte à ce choix l'article 400 s'inspire d'une pensée de défiance contre le second mari, laquelle n'a plus de raison d être après la mort de celui-ci.

Tutelle légale des ascendants. — La tutelle légale des ascendants nous reporte, à première vue, aux conceptions du Droit romain. Cette institution avait cependant à peu près disparu, sauf des pays de Droit écrit où il y avait lieu seulement, si nous en croyons l'*Institution au Droit français* d'Argou (Liv. I, ch. 8), à la tutelle légitime en faveur du plus proche parent du côté paternel. Dans les pays de Droit coutumier, le tuteur était toujours *datif* et *judiciaire*. Si le Code civil semble restaurer les conceptions romaines, ce ne peut être que dans des vues toutes différentes de celles du vieux Droit quiritaire. Il appelle les ascendants à la tutelle après la mort des père et mère, parce qu'il lui semble que leur affection pour l'enfant les désigne tout naturellement pour remplacer les parents qui ont été enlevés à celui-ci par une mort prématurée.

Quatre conditions sont nécessaires pour que la tutelle soit déférée par la loi à un ascendant :

1° Que le père et la mère soient décédés tous les deux (art. 405). Si l'un ou l'autre était vivant, mais privé de la tutelle pour une cause quelconque, le tuteur serait désigné par le conseil de famille ;

2° Qu'il n'y ait pas eu de tuteur testamentaire désigné par le survivant des père et mère. L'usage qu'a fait celui-ci de sa prérogative exclut la tutelle légale des ascendants, et cela alors même que, pour une cause quelconque, le tuteur testamentaire n'excercerait par ses fonctions (V. art. 402, *in princ.*) ;

3° Qu'au moment du décès du survivant des père et mère il n'y ait pas déjà de tuteur datif en exercice, par suite de l'exclusion ou du refus du défunt. L'ascendance est une cause de vocation à la tutelle vacante ; ce n'est pas une cause de destitution d'un tuteur déjà en fonctions.

4° Que la vacance de la tutelle ne provienne pas de *l'excuse* ou de la *destitution* de l'ascendant appelé par la loi à la tutelle légale. Cette défaillance de celui qui est désigné dans le groupe des ascendants n'entraîne pas dévolution de la tutelle à un autre membre plus éloigné du même groupe ; elle donne lieu à nomination d'un remplaçant par le conseil de famille. Cette règle est peu logique, car on admet ordinairement que le *décès* de l'ascendant investi de la tutelle la fait passer à un ascendant plus éloigné, mais elle paraît imposée par les termes absolus de l'article 405.

Quant à la détermination de l'ascendant qui reçoit la tutelle, depuis la loi du 20 mars 1917, elle se fait d'après les règles suivantes :

1° « La tutelle appartient à celui des aïeux (il faut lire aïeuls) ou à celle des aïeules qui sont du degré le plus rapproché (art. 402) ».

2° « En cas de concurrence entre des aïeuls ou des aïeules du même degré, le conseil de famille désignera le tuteur ou la tutrice sans tenir

compte de la branche à laquelle ils appartiennent » (art. 403 nouveau) au lieu que ce soit, comme le décidait l'article 403 ancien, la branche paternelle qui doive l'emporter sur la branche maternelle[1].

Tutelle dative. — Lorsque l'enfant mineur reste sans père ni mère ni tuteur élu par les père ou mère, ni ascendants, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des catégories ci-dessus exprimées est exclu ou excusé, c'est le conseil de famille qui pourvoit à la nomination du tuteur (art. 405). Il le choisit comme il veut ; il peut le prendre parmi les parents proches ou éloignés, ascendants, frères, oncles, cousins, ou parmi les étrangers.

On dit qu'il y a alors *tutelle dative*.

Unité ou pluralité de tuteurs. — Généralement il n'y a qu'un seul tuteur. Ainsi, si un père ou une mère laisse, en décédant, plusieurs enfants mineurs, la tutelle légale de chacun des enfants appartient au survivant des père et mère et ensuite à l'ascendant.

Dans certains cas exceptionnels cependant, il y a plusieurs tuteurs.

Le dernier mourant des père et mère qui pourrait désigner un tuteur unique pour tous ses enfans mineurs, a le droit, s'il estime que la charge est trop lourde, d'en désigner plusieurs. Dans ce cas, il pourra régler à l'avance les fonctions de ces tuteurs, confier à l'un l'entretien des enfants, la charge de leur éducation et leur surveillance, à l'autre la gestion des biens.

En cas de tutelle dative, le conseil jouit de la même liberté.

Ces solutions, quand il y a plusieurs enfants mineurs, ne peuvent soulever aucun doute ; il n'y a rien dans la loi qui limite la liberté du père ou de la mère, ni celle du conseil de famille.

Mais, lorsqu'il ne s'agit que d'un enfant, le survivant des père et mère et le conseil de famille peuvent-ils encore désigner plusieurs tuteurs ?

Cela était permis dans l'ancien Droit (V. Argou, *op. cit.*, liv. I, ch. VIII ; Meslé, *Traité des minorités*, 1re partie, chap. VI, p. 96, 97). Au témoignage de Domat (*Loix civiles*, liv. II, tit. I, sect. I, nos 5 et 6 et sect. III, n° 31), la combinaison adoptée consistait parfois à nommer ensemble un tuteur *onéraire*, chargé de la gestion, et un tuteur *honoraire*, dont la fonction était de veiller sur l'administration du précédent et de le conseiller au besoin.

Aujourd'hui, il y a deux hypothèses où la loi ordonne elle-même la pluralité de tuteurs :

1° Lorsque la tutrice qui se marie ou se remarie est maintenue dans la tutelle, elle a alors pour *co-tuteur* son mari (art. 396). Les deux co-tuteurs sont *solidairement* responsables envers le mineur de leur gestion respective.

2° Lorsque le mineur, domicilié en France, possède des biens dans les colonies, ou réciproquement, il y a lieu de nommer, outre le tuteur, un *pro-*

1. On remarquera que la loi de 1917 se trouve avoir abrogé la disposition de l'article 404 bien qu'elle ait omis de prononcer cette abrogation.

tuteur, chargé de gérer les biens situés loin du domicile du mineur (art. 417). Le tuteur et le pro-tuteur sont indépendants et responsables exclusivement, chacun en ce qui le concerne, dans les limites de sa propre gestion.

En dehors de ces deux cas, la plupart des auteurs soutiennent que la tutelle d'un *enfant unique* doit toujours être confiée à un seul tuteur. Ils se fondent d'abord sur le texte du Code qui suppose toujours unité de tuteur, sauf dans les deux cas qu'on vient de citer, et, ensuite, sur le prétendu intérêt de l'enfant, qui exigerait une administration et une responsabilité uniques, de manière à éviter des divergences de vues nuisibles. Ces arguments sont très faibles. Si le Code ne prévoit pas, en général, qu'un seul mineur ait plusieurs tuteurs, c'est qu'il a statué seulement sur l'hypothèse la plus ordinaire. Mais on ne voit pas pourquoi une combinaison différente serait interdite au testament du père ou de la mère, ou au choix du conseil de famille, lorsque l'administration d'intérêts étendus et complexes paraît l'exiger. Que s'il se produit des divergences entre co-tuteurs, le conseil de famille sera là pour les trancher. Aussi, la jurisprudence se prononce-t-elle avec raison pour la possibilité d'une *tutelle plurale* (Req., 14 décembre 1863, D. P. 64.1.63, S. 64.1.21 ; 23 décembre 1924, D. P. 1925. 1.65). Et il faut ajouter que rien ne s'oppose à ce que les deux tuteurs soient spécialement chargés, l'un de la personne, et l'autre de l'administration des biens.

Tuteurs « ad hoc ». — On appelle ainsi un tuteur désigné pour passer un acte déterminé lorsque le tuteur ne peut pas, à l'occasion de cet acte, représenter le pupille.

La nomination d'un tuteur *ad hoc* est exceptionnelle ; en effet, quand le tuteur est empêché par la contrariété de ses intérêts et de ceux du mineur, c'est le subrogé tuteur qui, en principe, doit le remplacer. Aussi n'y a-t-il lieu de nommer un tuteur *ad hoc* que dans les cas où la loi l'exige. On en verra des exemples dans les articles 318 et 838. Ajoutons que la nomination d'un tuteur *ad hoc* s'impose également, en dehors d'un texte, lorsqu'il s'agit d'un acte pour lequel le tuteur et le subrogé tuteur se trouvent l'un et l'autre empêchés de représenter le mineur, parce qu'ils ont, tous les deux, des intérêts opposés aux siens.

§ 2. — Le subrogé tuteur.

Définition et organisation de la subrogée tutelle. — Le subrogé tuteur est un adjoint que notre loi civile, suivant en cela, comme on l'a vu plus haut, la tradition purement coutumière, place à côté du tuteur, pour veiller à ce qu'il accomplisse ses obligations et pour le suppléer dans la représentation du mineur, lorsqu'il s'agit d'actes où le tuteur et le pupille ont des intérêts opposés.

Le subrogé tuteur n'est pas un tuteur suppléant ; ainsi il ne prend pas

la place du tuteur, lorsque celui-ci se trouve empêché de remplir ses fonctions par une autre cause que l'opposition de ses intérêts avec ceux de son pupille. Il doit seulement, dans ce cas, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Cependant, quoiqu'il ne soit pas tuteur, la charge du subrogé tuteur est, comme celle du tuteur, gratuite et obligatoire, et les causes d'excuse et d'exclusion, les incapacités sont les mêmes que lorsqu'il s'agit du tuteur (art. 426, al. 1er). Toutefois, les femmes qui, on l'a vu, peuvent décliner la tutelle, ne pourraient pas refuser d'être subrogées tutrices, la charge de cette fonction étant beaucoup moins lourde que celle de la tutelle.

Le législateur attache manifestement une grande importance à la subrogée tutelle, dont il a voulu faire un organe de contrôle et de surveillance. Il exige qu'il y ait un subrogé tuteur dans toute tutelle. C'est toujours le conseil de famille qui le désigne (art. 420), soit dans la même réunion où il procède à la nomination du tuteur, s'il y a lieu à tutelle dative (art. 422), soit, s'il y a un tuteur légal ou testamentaire, à la requête de celui-ci, qui doit convoquer un conseil de famille pour faire nommer son subrogé tuteur avant d'entrer en fonctions (art. 421, 1er al.). Les fonctions du subrogé tuteur durent autant que la tutelle. *Elles prennent fin avec elle*, nous dit l'article 425, ce qui ne doit d'ailleurs s'entendre que de l'hypothèse normale de la cessation de la tutelle par l'arrivée du pupille à l'âge de la majorité. Si le tuteur cessait auparavant d'exercer ses fonctions, il n'en résulterait pas que le subrogé tuteur dût être remplacé, à moins que le nouveau tuteur n'appartînt à la même ligne que lui.

La nature des fonctions de surveillance qu'il est appelé à remplir produit, en ce qui concerne le choix du subrogé tuteur, deux conséquences.

1° En aucun cas, le tuteur ne peut prendre part aux délibérations du conseil de famille en vue de la nomination ou de la destitution du subrogé tuteur. Il ne peut provoquer sa destitution (art. 423, 426, 2e al.).

2° Le subrogé tuteur doit être choisi, *hors le cas de frères germains*, dit l'article 423, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. Cette disposition évidemment n'empêche pas le conseil de famille de choisir comme subrogé tuteur une personne non parente ni alliée du mineur ; de même, si le tuteur est un étranger de la famille du pupille, le subrogé tuteur peut être indifféremment pris dans une ligne ou dans l'autre.

L'expression *hors le cas de frères germains* prête à quelque équivoque. Elle ne signifie pas, pensons-nous, que deux frères du pupille ne puissent être nommés tuteur et subrogé tuteur que s'ils sont frères germains. Il faut admettre que, si le tuteur est un frère germain *du pupille*, on peut prendre comme subrogé tuteur, non seulement un autre frère germain, mais un consanguin ou un utérin. Cela est logique, car le frère germain appartenant à la fois aux deux lignes, le frère utérin ou consanguin, désigné comme subrogé tuteur, se trouve appartenir à *une autre ligne* que le tuteur. Il n'était donc pas nécessaire que l'article 423 visât cette hypothèse pour que le choix du frère du tuteur, comme subrogé tuteur, fût régulier. L'opinion contraire aboutirait à décider que, si le tuteur est un frère ger-

main, le subrogé tuteur ne peut être qu'un autre frère germain ou un étranger, ce qui semble inadmissible.

Fonctions du subrogé tuteur. — D'après le premier président de Lamoignon (*Arrêtés*, 1re partie, tit. IV, *Tutelles*, Max. 40), le subrogé tuteur (ou curateur), avait seulement pour fonctions d'assister à l'inventaire, de défendre aux actions du tuteur contre le mineur, ou d'exercer celles du mineur contre son tuteur. Le Code civil, nonobstant la formule trop restreinte de l'article 420, donne un caractère beaucoup plus large aux fonctions du subrogé tuteur. Elles sont au nombre de trois.

1° Le subrogé tuteur veille à l'accomplissement des principales formalités imposées au tuteur dans sa gestion. C'est ainsi qu'il assiste à l'inventaire dressé à l'ouverture de la tutelle (art. 451, 1er al.), à la vente aux enchères des meubles et des immeubles du pupille (art. 452, 459, 1er al.) ; qu'il reçoit la signification des jugements pris contre le tuteur (art. 444, C. proc. civ.) ; qu'il doit faire inscrire l'hypothèque légale du mineur (art. 2137) ; qu'il veille à l'accomplissement des formalités exigées pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au pupille (L. 27 février 1880, art. 7).

2° Le subrogé tuteur surveille l'administration du tuteur, afin de s'assurer qu'il s'en acquitte avec fidélité ; il a le droit, lorsqu'il surprend des incorrections, de provoquer la destitution du tuteur en réunissant le conseil de famille à cet effet (art. 446, 1er al.). Malheureusement, la loi ne donne au subrogé tuteur que de faibles moyens pour s'acquitter de sa mission. L'article 470 permet bien au conseil de famille d'imposer au tuteur, s'il le croit utile, l'obligation de remettre au subrogé tuteur des *états de situation* ou comptes périodiques aux époques qu'il juge à propos de fixer et, au maximum, une fois par an. Encore cette faculté n'appartient-elle pas au conseil de famille, lorsque le tuteur est le père ou la mère. Mais, en dehors de ce moyen d'investigation qu'il ne possède, d'ailleurs, en fait, que rarement, on ne voit pas bien comment le subrogé tuteur peut exercer sa surveillance. Si le tuteur entend lui cacher ses actes, il n'a aucun moyen pour le contraindre à les lui faire connaître. Nous verrons notamment bientôt que la loi donne au tuteur le droit de recevoir seul les capitaux à recouvrer pour le compte du pupille et d'en donner quittance. Le subrogé tuteur pourra ignorer ces rentrées, dont il devrait cependant surveiller l'emploi. Trop souvent il ne sera instruit des malversations, s'il s'en produit, qu'après qu'elles seront devenues irréparables.

3° Enfin, le subrogé tuteur fait fonction de tuteur, c'est-à-dire qu'il représente le mineur, d'abord dans les procès où celui-ci plaide contre son tuteur, ensuite dans les actes extrajudiciaires où il y a opposition entre leurs intérêts (art. 420, 2e al.)[1]. On remarquera que le cas se présentera fréquemment dans la pratique, le tuteur et le pupille étant souvent frères ou proches parents et, dès lors, souvent cohéritiers dans les mêmes succes-

1. Les rédacteurs de la loi du 20 mars 1917 ont omis, par oubli, de reproduire ce deuxième alinéa dans le nouveau texte de l'article 420, mais on ne saurait, pour cette raison, le considérer comme abrogé, Civ. 29 nov. 1926, Gaz. Pal. 31 déc. 1926.

sions. Il n'est pas nécessaire que l'opposition d'intérêts entre le pupille et le tuteur soit *apparente* et *actuelle* pour qu'il y ait à faire appel au subrogé tuteur. Si, par exemple, le tuteur fait un emprunt conjointement et solidairement avec le pupille et affecte à la garantie de cet emprunt un immeuble lui appartenant par indivis avec celui-ci, il y a entre eux *identité d'intérêts* actuelle ; l'opposition d'intérêts n'est qu'*éventuelle*. On a cependant jugé et bien jugé, croyons-nous, que le subrogé tuteur devait intervenir à l'acte d'emprunt et à l'acte d'hypothèque et y représenter le pupille (Req., 28 janvier 1896, D. P. 96.1.543, S. 96.1.349).

Responsabilité du subrogé tuteur. — Le subrogé tuteur est naturellement responsable envers le pupille, sans d'ailleurs que cette responsabilité soit garantie par une hypothèque légale grevant ses biens comme ceux du tuteur.

Cette responsabilité varie suivant les hypothèses :

1° Quand le subrogé tuteur représente le mineur dans des actes où il y a conflit d'intérêts entre le mineur et le tuteur, il est responsable des conséquences de l'acte qu'il a passé, comme le serait le tuteur lui-même. Si donc il n'a pas apporté à la conclusion de l'affaire la diligence d'un bon père de famille, et si celle-ci est préjudiciable aux intérêts du mineur, il sera tenu de réparer le préjudice subi.

2° Comme surveillant, s'il ne remplit pas les obligations que lui impose la loi, s'il ne contrôle pas la gestion du tuteur, s'il ne demande pas sa destitution au cas où elle serait justifiée, s'il ne veille pas à l'exécution des formalités requises par la loi, il est également responsable à l'égard du mineur du préjudice que lui cause sa négligence. Il y a même une hypothèse où la loi le déclare responsable solidairement avec le tuteur (art. 1442, 2e al., Civ.).

3° Enfin il peut être également responsable, mais, cette fois, envers les tiers, lorsque la négligence qu'il a commise dans l'exercice de ses fonctions entraîne pour ceux-ci un préjudice. C'est ce qui peut se produire, par exemple, lorsqu'il a négligé de rendre publique l'hypothèque du mineur sur les biens du tuteur en la faisant inscrire, ainsi que la loi lui en fait une obligation (art. 2137).

Reconnaissons que ces différentes solutions, sauf la dernière, sont un peu théoriques. A raison des moyens insuffisants de contrôle que la loi lui confère, un subrogé tuteur est rarement tenu pour responsable du dommage causé à un pupille par les incorrections du tuteur. Il lui serait trop facile de démontrer que ce n'est pas par sa faute, mais par celle de la loi, qu'il n'a pu les empêcher.

§ 3. — Le Conseil de famille.

Origine et attributions du conseil de famille. — Le conseil de famille est issu de l'*assemblée de parents*, organe inconnu dans les pays de Droit écrit, mais qui fonctionnait dans la région du Droit coutumier. Cette assemblée désignait le tuteur à la nomination du tribunal ; elle devait en

outre être consultée dans certains cas, tels que l'aliénation des immeubles, l'emploi des deniers pupillaires, ou la destitution du tuteur. Mais son rôle était, en somme, assez effacé (Domat, *op. cit.*, liv. II, t. Ier, sect. 2 *in principio* ; Meslé, *op. cit.*, p. 113 s., 177, 184 s., 200, 294 ; Lamoignon, *op. cit.*, tit. IV, art. 3 à 7, 70 à 76, 82, 85, 87, 88, 97).

Les rédacteurs du Code ont, au contraire, donné une grande importance à l'institution. Ils ont voulu faire du conseil de famille l'organe supérieur de la tutelle, le conseil de direction dont le tuteur serait l'agent exécutif. Aussi lui ont-ils concédé des attributions fort importantes et nombreuses qui peuvent se ramener à trois séries :

1° *Nomination des agents de la tutelle.* — C'est le conseil de famille qui nomme le tuteur, lorsqu'il n'est pas désigné par la loi ou le testament du dernier mourant des père et mère. C'est lui qui nomme, dans tous les cas, le subrogé tuteur. C'est enfin lui qui peut prononcer la destitution du tuteur et du subrogé tuteur (art. 446 et 426).

2° *Direction de la personne du mineur.* — Le conseil de famille participe à la direction de la personne du pupille. C'est lui qui, dans certains cas, autorise son mariage (art. 159, 1er al.), prononce son émancipation ou lui en retire le bénéfice (art. 478, 485), qui statue, enfin, sur l'incarcération du mineur par voie de correction (art. 468).

3° *Gestion du patrimoine.* — Mais les plus nombreuses attributions du conseil de famille sont celles qui ont trait à la gestion du patrimoine pupillaire. C'est le conseil, en effet, qui fixe les sommes à dépenser pour l'entretien de l'enfant et son éducation (art. 454, 1er al.), détermine la somme à partir de laquelle le tuteur devra employer l'excédent des revenus sur la dépense (art. 455), fixe au besoin un délai pour l'emploi des capitaux et la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (Loi 27 février 1880, art. 5 et 6). De plus, tous les actes importants, tels que l'aliénation des biens, l'emprunt, la constitution d'hypothèque, l'acceptation ou la répudiation d'une succession, d'une donation, l'exercice des actions immobilières, le partage, la transaction (art. 457, 461, 463, 464, 465, 467), doivent être soumis à son approbation.

Ajoutons que le conseil de famille émet tantôt des *avis*, tantôt des *délibérations*, suivant qu'il est appelé à décider ou à fournir simplement une consultation, ce qui peut arriver soit en vertu d'un texte qui l'ordonne (art. 494), soit sur l'initiative du tuteur, désireux de s'éclairer.

Il faut d'ailleurs faire observer que le rôle du conseil de famille n'est pas limité à la tutelle. Il se continue après l'émancipation, car c'est le conseil de famille qui désigne le curateur du mineur émancipé et qui l'assiste pour les actes les plus importants (art. 480). De plus, nous verrons le conseil de famille intervenir pour protéger les intérêts d'un *aliéné non interdit* (loi du 30 juin 1838, art. 32), pour l'interdiction de l'aliéné (art. 494) et pour la nomination d'un *conseil judiciaire* à un prodigue ou à un faible d'esprit (art. 514). Enfin, en ce qui concerne la tutelle d'un *aliéné interdit*, il joue un rôle identique à celui qu'il remplit dans la tutelle du mineur.

Composition du conseil de famille. — Le conseil de famille se compose :

1° Du juge de paix qui en est le président (art. 416) ;

2° De parents ou alliés ou amis, au nombre de six, désignés par le juge de paix suivant les règles ci-après :

A. — Les parents ou alliés doivent être pris, moitié dans la ligne paternelle, moitié dans la ligne maternelle (art. 407, al. 1er).

B. — Les causes d'incapacité et d'exclusion établies pour la tutelle s'appliquent aussi au conseil de famille (art. 442 et s.). Depuis la loi du 20 mars 1917, les femmes peuvent en faire partie.

C. — Les frères ou sœurs germains du mineur sont exceptés de la limitation de nombre sus-indiquée ; s'ils sont dix ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls avec les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés, s'il y en a. S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil (art. 408, modifié par la loi du 20 mars 1917).

D. — Le juge de paix doit prendre dans chaque ligne les plus proches parents ou alliés (art. 407, 1er al.). A égalité de degré, le parent sera préféré à l'allié du même degré, et, parmi les parents du même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins (art. 407, 2e al. ancien texte[1]).

E. — Le mari et la femme ne pourront faire partie du même conseil de famille. La préférence sera donnée à celui des deux dont le degré de parenté avec le mineur est le plus rapproché. A égalité de degré, le plus âgé sera préféré (art. 407, 2e al.).

F. — Les membres du conseil de famille doivent être pris dans la commune où la tutelle s'est ouverte ou dans un rayon de deux myriamètres (art. 407, 1er al.). Néanmoins, s'il n'y a pas dans la commune de parents ou alliés en nombre suffisant, le juge de paix peut appeler des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances (art. 409). Il peut, de plus, même s'il y a sur les lieux un nombre suffisant de parents ou d'alliés, citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degré ou de même degré que les parents ou alliés présents, de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers et sans excéder le nombre de six (art. 410).

G. — A défaut de parents ou d'alliés en nombre suffisant dans la commune, le juge de paix peut appeler des *amis*, ou, comme dit l'article 409, des *citoyens*, connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (on remarquera le mot de *citoyens*, qui semble bien interdire d'appeler, comme *amis*, des étrangers, quoique les parents et alliés étrangers doivent certainement être convoqués).

Trois observations compléteront les règles qui précèdent :

1° Il convient de se demander si le tuteur fait partie du conseil de famille. Il ne paraît pas douteux que le tuteur puisse assister et prendre part aux

1. Ces dispositions contenues dans le 2e alinéa de l'ancien article 407, ne se retrouvent plus, on ne sait pourquoi, dans le texte modifié par la loi du 20 mars 1917.

réunions de cette assemblée. Quant à y *voter*. l'article 426, 2e al., nous dit que le tuteur ne pourra le faire dans les conseils qui seraient convoqués pour provoquer la destitution du subrogé tuteur. Faut-il en induire qu il vote dans tous les autres cas ? On le décide en général. Cela nous paraît toutefois impossible, lorsqu'il s'agit d'une délibération destinée à approuver ou rejeter une mesure qu'il propose, à plus forte raison à prononcer sa propre destitution.

On remarquera que le Code civil allemand décide (art 1866, n° 1) qu'il y a incompatibilité entre la qualité de tuteur et celle de membre du conseil de famille, parce que la présence du tuteur est de nature à paralyser la liberté d'action et de discussion des autres membres.

2° Le mineur n'assiste pas aux délibérations du conseil de famille. Les législations étrangères plus récentes suivent un système contraire et qui nous paraît préférable. D'après le Code civil italien (art. 251, al. 3), dès que le mineur a atteint l'âge de seize ans, le conseil de famille ne peut plus délibérer hors de sa présence. D'après le Code civil allemand (art. 1827), le conseil de famille et *le tribunal des tutelles* sont obligés d'entendre le pupille avant d'émettre une délibération pour les actes les plus graves de la tutelle. Enfin, le Code civil suisse décide (art. 409) que le pupille sera consulté, si possible, pour tous les actes importants d'administration, lorsqu'il est capable de discernement et âgé de seize ans au moins, sans que d'ailleurs son assentiment puisse décharger le tuteur de sa responsabilité.

3° Les auteurs répètent à l'envi que le conseil de famille n'a pas une composition invariable ; celle-ci peut se trouver modifiée dans l'intervalle de deux réunions, soit parce que de proches parents ont quitté la commune, soit parce que d'autres y sont venus, soit enfin parce que le tuteur a changé de domicile. Cette observation est exacte, mais il ne faut pas en exagérer la portée. Il est certainement dans le vœu de la loi que le conseil de famille reste composé de la même façon pendant toute la durée de la tutelle. Le juge de paix trouve le plus souvent moyen de se conformer à ce vœu, en usant du droit que la loi lui donne de convoquer les plus proches parents à quelque distance qu'ils habitent (art. 410).

Ici encore, les Codes étrangers pourraient nous servir de modèle. Le Code civil italien décide (art. 249, al. 1er) que le conseil de famille est permanent pour toute la durée de la tutelle ; de même, le Code civil allemand (art. 1858 et s.).

Irrégularités dans la composition des conseils de famille. — Il arrive fréquemment que des irrégularités sont commises dans la composition des conseils de famille ; que, par exemple, des amis sont appelés à en faire partie, alors qu'il y avait dans le périmètre légal un nombre suffisant de parents ou d'alliés, ou bien encore que les amis convoqués ne sont pas domiciliés dans la commune. Ces incorrections doivent-elles entraîner la nullité des opérations du conseil de famille ? On l'a autrefois discuté. Mais la Jurisprudence s'est, depuis longtemps, fixée en ce sens que, les articles 407 et 409 ne prononçant pas la sanction de la nullité, celle-ci ne peut être en-

courue du seul fait de l'irrégularité commise. Les tribunaux n'annulent, en conséquence, les actes du conseil de famille que dans les deux cas suivants:

1° S'il y a eu dol ou fraude : par exemple, c'est à dessein qu'on a écarté du conseil de famille des parents ou des alliés qui, régulièrement, auraient dû être convoqués, la nullité résulte ici de ce principe général que l'acte fait en fraude de la loi est toujours nul et non avenu.

2° Si l'irrégularité commise a causé un tort au mineur, par ce fait que la délibération prise par le conseil irrégulièrement composé a été préjudiciable à ses intérêts. Du moment en effet que les incorrections commises aboutissent à priver le mineur des garanties de bonne gestion que la loi a voulu lui assurer, atteinte est portée à ce qu'il y a d'essentiel dans les règles prescrites pour la composition du conseil, et la nullité doit s'ensuivre conformément aux principes généraux en matière de nullité (Req., 3 mars et 1er avril 1856, D. P. 56.1.290, S. 56.1.408 et 591 ; 18 juillet 1904, D. P. 1904.1.552, S. 1905.1.23 ; Bourges, 8 février 1910, *Le Droit*, 20 mai 1910).

Lieu de réunion du conseil de famille. — C'est le juge de paix du *domicile du mineur* (art. 406) et *de l'ouverture de la tutelle* (art. 407), c'est-à-dire celui du dernier domicile des parents du mineur, qui est appelé à convoquer et à présider le premier conseil de famille. Cela est parfaitement logique, car c'est en ce lieu que se trouvent réunis presque toujours les parents et les amis. Mais il peut arriver, au cours de la tutelle, que le domicile du mineur soit changé ; c'est ce qui se produit lorsque le tuteur déplace son domicile, puisque le mineur, après avoir été domicilié de droit chez ses parents, l'est ensuite chez son tuteur (art. 108 1er al.). Ce changement devra logiquement, et en vertu de l'article 406, modifier la composition du conseil de famille, en ce qui concerne ses membres ou certains d'entre eux, et sûrement en ce qui concerne son président, car c'est un autre juge de paix qui deviendra compétent. On conçoit les inconvénients d'une telle règle. Il y aurait évidemment intérêt à ce que le conseil de famille restât le même, à ce que ses délibérations fussent conservées au greffe de la même justice de paix, à ce que le même magistrat suivît les affaires du mineur, et à ce que le même tribunal fût appelé à exercer son contrôle sur les actes du conseil de famille. La variabilité dans la composition du conseil, suivant la localité, bien que, comme on l'a vu plus haut, il ne faille pas l'exagérer, peut aussi prêter à la fraude ; un tuteur ne pourra-t-il pas, en changeant son domicile, arriver à exclure du conseil tel membre dont la clairvoyance est une gêne pour lui ? Aussi a-t-on proposé un système consistant à dire que le lieu d'ouverture de la tutelle fixe, une fois pour toutes, le *domicile de tutelle*. C'est à ce lieu que devraient se faire, dans l'avenir, toutes les convocations quelconques du conseil de famille. Ce système est peut-être préférable en législation. Cependant, il ne laisse pas d'entraîner lui aussi des inconvénients pratiques. Qu'on se figure une famille d'origine parisienne perdant son chef, alors que celui-ci, qui est par exemple un fonctionnaire, se trouve domicilié en Algérie. C'est en Algérie que sera le *domicile de tutelle*. Ensuite, le tuteur ramène l'enfant à Paris auprès de sa famille. Fau-

dra-t-il dorénavant, à chaque réunion du conseil de famille, se rendre près du juge de paix algérien qui a présidé la première réunion de cette assemblée? Que de frais inutiles ! et cela pour aboutir à une composition du conseil évidemment moins normale que si l'on se réunissait à Paris !

La Jurisprudence a tranché la question par une distinction fort raisonnable et conforme aux principes qui viennent d'être exposés sur la sanction des règles de composition du conseil. La convocation du conseil de famille, au cours de la tutelle et pour la validité des actes de gestion, se fait en principe au domicile du tuteur dont on suit ainsi les déplacements. Cependant, il en serait autrement si ce changement de domicile était inspiré par une pensée de fraude, ou aboutissait à porter préjudice aux intérêts de l'enfant (Req., 4 mai 1846, D. P. 46.1.129, S. 46.1.465). Enfin, le conseil de famille, réuni pour destituer le tuteur ou en nommer un nouveau, doit toujours l'être au lieu d'ouverture de la tutelle (Civ., 2 mars 1869, D. P. 69.1.199, S. 69.1.151). Cela revient à dire que, lorsqu'il s'agit de remplacer le tuteur par un autre, le changement dans le lieu de réunion et dans la composition du conseil est toujours *présumé* préjudiciable ou frauduleux.

Procédure des convocations et délibérations. — Les dispositions qui règlent ces questions (art. 406, 411 à 416, 424, 426, 494. 511, 2143, 2e al., C. civ. ; L. 27 février 1880, art. 7) ont une portée purement réglementaire. Il suffit de s'y reporter. Signalons seulement une question. La loi décide qu'en cas de divergence d'opinions, c'est la majorité qui décide, avec voix prépondérante du juge de paix au cas de partage (art. 416). Doit-on comprendre qu'il y a *partage* seulement lorsqu'il se forme, dans le conseil deux opinions opposées ou, encore, lorsqu'il s'en forme trois ou davantage ? Et, si ce dernier système est préférable, doit-on donner la décision à la *majorité relative*, ou accorder la prépondérance au juge de paix pour former cette majorité simplement relative, mais suffisante ? Nous croyons qu'une décision n'est adoptée par le conseil qu'autant qu'elle obtient la majorité réelle, c'est-à-dire absolue. A défaut de cette majorité, la mesure proposée au conseil doit être considérée comme rejetée.

On remarquera qu'à la différence de ce qui est décidé pour les irrégularités dans la composition du conseil, les manquements aux règles prescrites par la loi pour la validité des délibérations doivent entraîner la sanction de la nullité (Angers, 23 mars 1896, D. P. 96.2.477, S. 96.2.204).

§ 4. — Le tribunal.

Mission du tribunal comme organe de haute tutelle. — Les textes du Code civil ne conçoivent les recours au tribunal que comme un acte *gracieux*. En effet, ainsi que nous allons le voir bientôt, ils distinguent entre deux séries de décisions du conseil de famille : les unes sont exécutoires par elles-mêmes, les autres nécessitent une homologation du tribunal. Mais, en dehors des cas où une homologation est déclarée nécessaire, la délibération du conseil de famille apparaît comme souveraine.

Cette solution était conforme à l'esprit du Code qui voulait, nous l'avons dit, faire du conseil de famille le régulateur suprême de la tutelle.

Dès 1807, cependant, les dispositions du législateur étaient sensiblement modifiées ; il revenait en partie aux conceptions de l'Ancien Droit, lequel voyait dans le pouvoir judiciaire le protecteur par excellence des incapables. Dans le titre du Code de procédure civile consacré aux rapports du conseil de famille et du tribunal, titre dont la rubrique intitulée *Des avis de parents* « sonne, comme on l'a dit, l'Ancien Régime », l'article 883 porte que, chaque fois qu'une délibération du conseil de famille n'a pas été unanime, l'avis de chacun des membres qui le composent (y compris bien entendu le juge de paix) doit être mentionné au procès-verbal. Chacun des membres de l'assemblée, le tuteur ou subrogé tuteur, auront le droit de se pourvoir devant le tribunal contre la délibération. Ce recours *de caractère contentieux* (en prenant le mot *lato sensu*) aboutit à faire du tribunal le véritable arbitre souverain de la tutelle. La Jurisprudence, par deux solutions, a achevé d'accentuer ce changement de front.

1° On n'a jamais soutenu que le tribunal, s'il désapprouve la délibération du conseil de famille, doive se contenter de l'annuler et renvoyer la décision à prendre au même conseil de famille mieux éclairé, ou à un autre conseil composé, au moins en partie, différemment. Il est, au contraire, admis sans difficulté que le tribunal statue sur le fond, et substitue, s'il le croit utile, une délibération nouvelle à la délibération qui lui est déférée.

2° La Jurisprudence a fini par admettre que, nonobstant le texte en apparence limitatif de l'article 883 du Code de procédure civile, la délibération du conseil de famille peut être attaquée devant le tribunal *même quand elle a été rendue à l'unanimité* (Caen, 13 décembre 1897, D. P. 98.2.505, note de M. Biville, S. 98.2.64 ; Douai, 15 décembre 1900, D. P. 1903.2.9). En somme, le tribunal peut annuler toute délibération d'un conseil de famille qui lui paraît contraire aux intérêts du mineur, à la requête du tuteur, du subrogé tuteur ou d'un membre quelconque de l'assemblée, liste à laquelle il eût été bon, croyons-nous, d'ajouter le mineur lui-même, à partir d'un certain âge, à l'instar du Code civil suisse qui permet (art. 420, 1er al.), au pupille capable de discernement, de se pourvoir lui-même contre les actes du tuteur devant l'autorité tutélaire.

Cependant, à côté de ces solutions *extensives*, il y a lieu de signaler un *recul* incontestable de la Jurisprudence sur un terrain spécial. Parmi les délibérations du conseil de famille, il en est contre lesquelles, rendues ou non à l'unanimité, elle n'admet pas qu'on puisse se pourvoir devant les tribunaux. Ce sont celles qui, en dehors des cas d'exclusion ou de destitution du tuteur, pour lesquels la loi autorise formellement le recours (art. 448 et 449), constituent pour le conseil de famille une participation à la puissance paternelle, ou, plus généralement, se rattachent au gouvernement de la personne du mineur. Il en est ainsi notamment des délibérations qui ont trait à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur, à l'autorisation du mariage du mineur, à l'émancipation, au maintien ou au remplacement comme tutrice de la mère remariée (V. Civ., 23 juin 1902

avec concl de M. le proc. gén. Baudouin, D. P. 1902.1.347, S. 1902.1.385, note de M. Lyon-Caen). Cette distinction, fort contestable, aboutit, on le voit, à décider que la règle, si générale qu'elle paraisse, de l'article 883 du Code de procédure civile, n'a trait qu'aux délibérations relatives au patrimoine du mineur. Alors, il s'agit de se prononcer sur des actes qui peuvent être appréciés objectivement. Mais chaque fois qu'il y a une question de personne en jeu, le conseil de famille est considéré comme meilleur appréciateur ; il reprend sa souveraineté.

Procédure devant le tribunal. — La procédure à suivre devant le tribunal, fonctionnant comme pouvoir de haute tutelle, varie suivant qu'il s'agit du *recours contentieux*, intenté en vertu de l'article 883 du Code de procédure civile, ou du *recours gracieux*, nécessaire pour obtenir l'homologation du tribunal, dans les cas où elle est exigée pour la validité d'un acte de tutelle.

En ce qui concerne le recours contentieux (*hoc sensu*) formé contre les décisions non unanimes du conseil de famille (ou même unanimes, on l'a vu, d'après la Jurisprudence), c'est la procédure du droit commun qui s'applique. La demande est formée contre les membres du conseil de famille qui ont voté la délibération critiquée. Deux particularités seulement se rencontrent dans la procédure (art. 883-884, C. proc. civ.) : 1° La cause est dispensée du préliminaire de conciliation ; 2° Elle est jugée sommairement.

Lorsqu'il s'agit de recours pour homologation, il y a une procédure spéciale fixée par l'article 458 du Code civil et par les articles 885 à 888 du Code de procédure civile. Son trait essentiel est qu'elle a lieu en *chambre du conseil*. Expédition de la délibération est adressée au président du tribunal par le tuteur, dans le délai fixé par la délibération ou, si la délibération n'en a pas fixé, dans celui de quinzaine. Si le tuteur ne poursuit pas l'homologation, un des membres du conseil peut prendre l'initiative de la demander (art. 887, C. proc. civ.). Le président ordonne la communication de la délibération au ministère public et commet un juge pour en faire un rapport au jour indiqué (art. 885, C. pr. civ).

Nous avons qualifié cette procédure spéciale de *recours gracieux*, mais sans attacher à cette expression un sens rigoureusement technique. En effet, la procédure d'homologation ne rentre dans la *juridiction gracieuse*, au sens technique du mot, que si elle s'accomplit *sans contestation*. Mais chaque membre du conseil de famille aurait le droit de s'opposer à l'homologation dans les formes visées à l'article 888 du Code de procédure civile. Si cette opposition se produit, la décision à rendre n'est plus un acte de juridiction gracieuse. Elle ne devra pas être prononcée en chambre du conseil, mais en audience publique.

Dans tous les cas, les jugements rendus sur délibération du conseil de famille sont sujets à l'appel (art. 889, C. proc. civ.). Le conseil de famille ne constitue pas en effet un premier degré de juridiction. Cependant, par exception, lorsque le tribunal statue relativement à l'aliénation ou à la

conversion de valeurs mobilières appartenant au mineur, l'article 2, alinéa 2, de la loi du 27 février 1880, dispose que le jugement sera *en dernier ressort*. On a voulu éviter un supplément de frais dans une matière où ils sont déjà trop considérables[1].

SECTION II. — Fonctionnement de la tutelle.

L'article 450, al. 1er, détermine très bien les deux sortes d'attributions du tuteur.

1° Il prend soin de la personne du mineur ;

2° Il le représente dans tous les actes civils.

Plus généralement, les dispositions qui règlent le fonctionnement de la tutelle ont trait : 1° à la direction de la personne du pupille ; 2° à l'administration de ses biens.

§ 1. — Direction de la personne du mineur en tutelle.

Différence entre la tutelle et la puissance paternelle. — En tant qu'elle s'exerce sur la personne du mineur, la tutelle est une sorte de *puissance paternelle restreinte*. Mais, tout d'abord, il faut préciser les cas où ce pouvoir s'exerce avec ses caractères distinctifs. Trois hypothèses doivent être distinguées :

1. Plusieurs autres organes de la tutelle ont été créés (à titre temporaire) par la loi du 27 juillet 1917 instituant les *pupilles de la nation*. Cette loi s'inspire de la pensée excellente exprimée dans son article 1er que « la France adopte les orphelins dont le père, la mère ou le soutien de famille a péri au cours de la guerre de 1914, victime militaire ou civile de l'ennemi, » et que ces enfants ou ceux que le même article leur assimile dans son alinéa 2 « ont droit à la protection, au soutien matériel et moral de l'Etat pour leur éducation... » A cet effet, et en vue principalement de surveiller l'emploi utile des secours pécuniaires qui seront alloués aux pupilles de la nation à qui ils seront nécessaires, la loi crée divers organismes nouveaux (art. 9 et s.). Ce sont surtout les *offices*, office national exerçant un contrôle et une impulsion générale pour l'application de la loi (art. 11 à 13) offices départementaux, s'occupant plus spécialement de la distribution des subventions et de la surveillance de leur emploi (art. 14 et 15) et secondés dans cette tâche par des sections cantonales (art. 17 et 18). L'office départemental sert à fournir au besoin des *amis* aux conseils de famille des orphelins de la guerre (art. 20). Il peut recevoir du conseil de famille, s'il n'y a ni ascendant ni tuteur testamentaire, la tutelle de l'enfant, dont il délèguera ensuite l'exercice, soit à un de ses membres soit à toute autre personne de confiance (art. 21). Il peut, si la mère, le tuteur testamentaire ou un ascendant tuteur le demande, et doit, si le tuteur est un autre que ceux-ci, désigner un *conseiller de tutelle* chargé, sans « jamais s'immiscer dans l'exercice de la puissance paternelle ou de la tutelle » de veiller au loyal usage des subventions, d'assister au besoin l'enfant et sa famille de son expérience, de veiller à ce que l'orphelin ne soit pas livré à l'abandon et fréquente l'école (art. 23 et 24). L'office départemental, s'il craint que les intérêts matériels ou moraux de l'enfant soient compromis par la négligence du tuteur, peut inviter le parquet à provoquer devant le tribunal toutes les mesures utiles (art. 22). Enfin, c'est lui qui, lorsqu'il y a lieu au placement de l'enfant hors de sa famille, le confie à une personne de son choix, établissement public, fondation, association, groupement ou particulier présentant les garanties nécessaires (art. 26). Il est difficile d'apprécier dès à présent la valeur pratique de cette loi. Mais il est incontestable qu'elle procède d'une pensée de solidarité nationale très louable et que, sur certains points particuliers, elle apporte des modifications heureuses aux solutions du droit commun.

1° La tutelle peut appartenir au survivant des père et mère. Alors, nous l'avons vu, la puissance paternelle subsiste ; les deux pouvoirs sont réunis dans la même main. *Tuteur* quant aux biens, c'est comme père ou mère investi de la puissance paternelle que le survivant s'occupe de la personne de l'enfant ; il le fait par conséquent avec des pouvoirs plus étendus que ceux d'un tuteur.

2° Il se peut que le père ou la mère survive, mais ne possède pas la tutelle, soit qu'il se soit excusé, soit qu'il en ait été destitué pour une cause n'entraînant pas déchéance de la puissance paternelle. Alors, les attributions du tuteur n'ont trait qu'au patrimoine. La puissance paternelle sur la personne de l'enfant appartient toujours à l'auteur survivant (note de M. de Loynes, D. P. 91.2.73).

3° Le père et la mère sont morts. C'est seulement dans ce cas que la tutelle s'exerce sur la personne de l'enfant. Elle ressemble alors, dans ses grands traits, à la puissance paternelle. Notamment, le mineur est obligé d'habiter avec le tuteur chez qui il a son domicile légal (art. 108, 1er al.). C'est le tuteur qui oriente et dirige l'éducation. Mais, aux points de vue suivants, ses pouvoirs sont différents de ceux des père et mère.

A. — Tandis que le père exerce le *droit de correction*, tantôt par voie de réquisition, tantôt par voie d'autorité, le tuteur, lui, ne peut jamais l'exercer que par voie de réquisition, et avec l'autorisation du conseil de famille devant lequel il aura dû porter ses plaintes (art. 463).

B. — Le père, outre le droit de garde, d'éducation et de correction, est investi, relativement à la personne du mineur, de plusieurs *droits complémentaires*, tels que celui d'émanciper l'enfant, celui de consentir à son mariage. Ces droits n'appartiennent pas au tuteur, qui n'a que la garde et l'éducation. L'émancipation est prononcée par le conseil de famille (art. 478). Le consentement au mariage de l'enfant est fourni par les ascendants (art. 150) et, à leur défaut, par le conseil de famille (art. 160).

C. — Le père et la mère, dans la direction et l'éducation de l'enfant, agissent sans contrôle. Le simple tuteur au contraire, est placé *sous le contrôle du conseil de famille*. Il y a des textes en ce sens. La loi du 31 mars 1923, sur le recrutement de l'armée, porte (art. 61, 6°) que l'enfant de moins de vingt ans a besoin, pour contracter son engagement militaire, non seulement du consentement du tuteur, mais de l'autorisation du conseil de famille. L'article 454, 1er al. du Code civil, porte que le conseil de famille *règle* par aperçu, lors du commencement de la tutelle, la somme à laquelle devra s'élever la dépense annuelle du mineur ; on en a conclu que le conseil de famille, ayant le pouvoir de *régler* la dépense, n'aurait pas seulement à en fixer le montant, mais aussi à en déterminer l'objet et l'emploi, par conséquent à déterminer le genre d'éducation et d'entretien à donner à l'enfant. En outre, en dehors même des cas visés par les textes, les tribunaux admettent volontiers que les parents qui, au cours de la tutelle, auraient des réclamations à formuler contre les agissements du tuteur (par exemple, quant aux fréquentations qu'il interdit avec tel ou tel proche), pourraient les porter, soit devant le conseil de famille, soit directement

devant le tribunal (Nancy, 23 juin 1906, D. P. 1908.2.329, S. 1907.2.145). En un mot, l'autorité du tuteur sur la personne du pupille n'est jamais discrétionnaire ; elle est subordonnée au contrôle des autorités de haute tutelle.

D. — Le père ou la mère exerçant la puissance paternelle supportent les frais qu'entraînent l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il n'en est pas de même du tuteur : les frais qu'il engage sont à la charge du patrimoine de l'enfant lui-même ou des personnes tenues envers lui de l'obligation alimentaire.

§ 2. — Gestion du patrimoine du pupille.

Représentation du mineur par le tuteur. — « Le tuteur, dit l'article 450, 1er alinéa, représente le mineur dans tous les actes civils. » Il le *représente*, c'est-à-dire qu'il agit *pour son compte et en son nom*. Les actes accomplis par le tuteur dans la limite de ses droits et avec l'accomplissement, s'il y a lieu, des formalités prescrites, produisent leur effet à l'égard du pupille et de son patrimoine, comme si le pupille les avait accomplis lui-même, étant en possession de sa pleine capacité.

Nous avons déjà signalé la différence qui, ici, distingue notre tutelle française de la tutelle romaine. A Rome, le pupille intervient lui-même dans la gestion de ses intérêts. Capable de rendre sa condition meilleure, il n'est incapable que des actes qui la rendent pire ; pour ces actes, il a besoin de l'*auctoritas* du tuteur, c'est-à-dire de l'intervention de ce dernier en vue d'augmenter (*augere*), de compléter sa volonté juridique. Mais le tuteur ne représente pas le mineur. Pendant la période de l'*infantia* seulement, l'impossibilité matérielle qu'il y a à faire intervenir le pupille force le tuteur à agir à sa place ; mais ici encore, il ne le représente pas comme notre tuteur ; il n'agit pas comme mandataire légal, mais en qualité de *negotiorum gestor*.

On remarquera cependant, d'une part, que cette représentation du pupille français par son tuteur reçoit exception dans les cas nombreux où nous avons vu se manifester une certaine capacité du mineur, et, d'autre part, que rien n'empêche le tuteur, s'il le désire, de faire intervenir le mineur lui-même avec son autorisation dans les actes juridiques l'intéressant. Un acte signé par le pupille ne sera pas nul du moment qu'il est revêtu de la signature du tuteur. Peu importe que ce dernier ait signé comme agissant au nom du pupille ou pour autorisation de celui-ci.

Nous allons voir maintenant comment est réglée l'activité du tuteur. Nous aurons à examiner successivement trois questions :

1° Que doit faire le tuteur avant d'entrer ou en entrant en charge ?

2° A quelles règles sont soumis ses actes au cours de la tutelle ?

3° Quelles sont ses obligations à la fin de la tutelle ?

Première phase : Début de la tutelle. — Diverses obligations sont, à ce moment, imposées au tuteur :

1° *Nomination du subrogé tuteur.* — Le tuteur doit, on l'a déjà vu, faire nommer un subrogé tuteur avant même d'entrer en fonctions. S'il s'est in-

géré dans la gestion avant d'avoir pris cette précaution, il s'expose, en cas de dol de sa part, à la destitution, qui pourra être prononcée par le conseil de famille (art. 421, 2e al.). Cette obligation, d'ailleurs, ne concerne que le tuteur légal ou testamentaire ; car, s'il y a tutelle dative, le conseil de famille sera naturellement amené à nommer le subrogé tuteur en même temps qu'il désignera le tuteur.

2° *Inventaire.* — La seconde obligation qui s'impose au tuteur, est d'*établir immédiatement la consistance exacte des biens qui appartiennent à son pupille* et dont il va prendre l'administration. Cette détermination a une double utilité. D'abord, elle fixe exactement l'étendue des ressources dont dispose le mineur, ce qui est nécessaire pour permettre de régler d'une manière convenable son train de vie et son éducation ; ensuite et surtout, elle prévient les détournements, en déterminant d'avance les restitutions que le tuteur aura à faire à l'expiration de la tutelle.

A cet effet, l'article 451, 1er al. porte que, dans les dix jours de sa nomination, le tuteur doit requérir la levée des scellés, s'ils ont été apposés (V. art. 911, C. proc.) ; puis il procède immédiatement, en présence du subrogé tuteur, à l'*inventaire* des biens du mineur. On appelle inventaire un *acte notarié*, contenant l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers, toutes indications qui sont nécessaires pour établir l'identité exacte de ces biens, et, en cas de destruction, pour fixer la somme à restituer à la place. Les dettes figurent aussi à l'inventaire. Quant aux immeubles, le notaire se contente d'en dresser l'*état*, c'est-à-dire d'énoncer les titres de propriété, aucun détournement n'étant à craindre.

La sanction de l'obligation de faire inventaire est quadruple.

A. — Le tuteur qui négligerait de procéder à l'inventaire, s'exposerait évidemment à la *destitution* pour incapacité ou infidélité (art. 444).

B. — On admet, en généralisant, pour identité de motifs, la règle édictée par la loi dans l'hypothèse où la tutelle s'ouvre au profit du survivant des père et mère mariés sous le régime de la communauté de biens (art. 1442, 1er al.), que le pupille pourra, s'il n'y a pas eu d'inventaire, prouver la consistance des biens qu'il doit reprendre à sa majorité par *tous les modes de preuve possibles*, y compris la *commune renommée*.

C. — Si le tuteur négligent est le père ou la mère, il est privé de l'*usufruit légal* (art. 1442, 2e al.).

D. — Enfin, le même texte décide (et il faut, ici encore, lui donner une portée générale) que le *subrogé tuteur*, coupable de n'avoir pas forcé le tuteur à faire inventaire, sera solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui pourront être prononcées au profit du pupille.

3° *Déclaration par le tuteur, dans l'inventaire, de ce qui peut lui être dû par le mineur.* — L'article 451, 2e al. impose une troisième obligation au tuteur. « S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal. » Cette déclaration a pour but d'éviter une fraude que le tuteur, naguère créancier du mineur, pourrait autrement commettre. Déjà payé de

son dû, il pourrait le réclamer une seconde fois, après avoir détruit la quittance qu'il aurait découverte dans les papiers qu'il va avoir à manier. La réquisition du notaire est destinée à empêcher que le tuteur, par ignorance de la loi, ne soit exposé à encourir la déchéance de son droit, en négligeant de faire la déclaration prescrite. Enfin, la mention au procès-verbal de l'inventaire est la garantie que le notaire ne manquera pas de prévenir le tuteur comme il en a le devoir. Si le procès-verbal portait, à cet égard, une mention qui ne fût pas exacte, le notaire encourrait les peines du *faux en écriture publique.*

4° *Vente du mobilier.* — Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur doit procéder à la vente aux enchères publiques, et en présence du subrogé tuteur, du mobilier appartenant au pupille (art. 452). La loi ne veut pas que l'on conserve un mobilier improductif et de nature à se détériorer. Cette règle comporte trois exceptions.

A. — Bien que la loi n'en dise rien, il est certain que la règle de l'article 452 ne s'applique pas aux *meubles incorporels*, aux valeurs mobilières. Ces meubles ne sont pas improductifs ; ils ne se détériorent pas ; à quoi emploierait-on d'ailleurs le produit de leur vente, sinon en *placements* qui pourraient encore être mobiliers ?

B. — Le conseil de famille (art. 452 *in fine*) autorise le tuteur à conserver certains meubles, ceux par exemple qui sont utiles pour l'existence du mineur ou pour sa carrière future, ceux qui, présentant une valeur artistique ou de collection, constituent un capital susceptible d'augmentation, ceux enfin auxquels s'attache un souvenir de famille.

C. — Le père ou la mère, lorsqu'ils ont la jouissance légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les rendre en nature (art. 453). Mais ils devront en faire faire, *par expert*, à leurs frais, dans les formes indiquées par le texte, une estimation à juste valeur, c'est-à-dire plus précise que l'estimation forcément approximative faite déjà par le notaire dans l'inventaire. Cette estimation servira, en cas de besoin, de base aux restitutions à faire à la fin de l'usufruit. Cette troisième exception à la règle s'explique d'elle-même. Le mobilier a, en général, pour le père ou la mère survivant une valeur d'affection. Aussi, la loi *qui ne les dispense pas de faire inventaire*, puisqu'ils sont usufruitiers, les dispense de faire vendre le mobilier, s'ils préfèrent le conserver.

5° *Décisions à demander au conseil de famille.* — Enfin, le tuteur doit provoquer, « lors de l'entrée en exercice », diverses délibérations du conseil de famille réglant, en quelque sorte, le fonctionnement ultérieur de la tutelle (art. 454, 455).

A. — Le conseil fixe la somme à dépenser annuellement pour l'entretien du mineur et pour l'administration de ses biens. On a vu qu'il peut faire entrer dans ce budget la prévision d'une indemnité pour le tuteur.

B. — Le conseil décidera si le tuteur est autorisé à s'aider dans sa gestion d'un ou de plusieurs administrateurs salariés gérant sous sa responsabilité.

C. — Enfin, le conseil détermine positivement à partir de quelle somme

commencera pour le tuteur l'obligation d'*employer*, c'est-à-dire de placer l'excédent des revenus sur les dépenses.

On remarquera que l'obligation de provoquer ces diverses délibérations ne pèse que sur les tuteurs autres que les père et mère. Ceux-ci jouissent donc d'une plus grande liberté de mouvements que les tuteurs ordinaires dans l'exercice de leurs fonctions.

Deuxième phase : Gestion tutélaire. Généralités. — Le tuteur représente le mineur dans tous les actes qui intéressent le patrimoine de celui-ci. C'est un mandataire légal. Comme tel, il est soumis à l'obligation d'administrer les biens qui lui sont confiés *en bon père de famille* (art. 450, 2e al.), c'est-à-dire en propriétaire exact et soigneux. En conséquence, il répond de toutes les fautes quelconques commises, par incurie ou par négligence, dans l'exercice de ses fonctions. Par exemple, il devra des dommages-intérêts en cas d'incendie d'un immeuble pupillaire qu'il aurait négligé d'assurer ou dont il n'aurait pas renouvelé à temps l'assurance (Rennes, 8 janvier 1897, D. P. 97.2.365, S. 97.2.127).

Les pouvoirs de gestion du tuteur sont limités et circonscrits par la loi. On peut dire qu'en cette matière, le progrès législatif a consisté dans l'accroissement de la réglementation. La physionomie de notre loi, telle qu'elle résulte du rapprochement du Code civil et des textes postérieurs est, à cet égard, très significative.

Le Code civil trace d'une façon très nette le cadre de l'activité tutélaire. Les actes du tuteur sont distribués dans une série de compartiments distincts. Il y a d'abord certains actes qui lui sont imposés, parce qu'ils paraissent particulièrement nécessaires, et qu'on peut qualifier d'*obligatoires*. Puis viennent ceux qu'il *peut* accomplir *seul* et *sans contrôle* : ce sont, d'une façon générale, les actes d'administration courante. Pour les actes atteignant un degré de gravité plus grand, le tuteur ne peut plus agir seul ; il doit *consulter le conseil de famille*. S'agit-il d'actes encore plus importants, en particulier, d'actes de disposition portant sur des éléments considérables du patrimoine, la délibération du conseil de famille ne suffit plus ; il faut, en outre, une *homologation du tribunal*. La dernière série d'actes à distinguer est enfin celle des actes qui sont *complètement interdits* pendant la tutelle parce qu'ils ne sont ni urgents, ni susceptibles de produire quelque utilité pour le pupille. On ne peut rien reprocher à ce plan si ce n'est, peut-être, une certaine complication.

Malheureusement, si les contours de ces différents compartiments avaient été nettement tracés, il y avait beaucoup à reprendre dans la détermination de leur contenu. La plus grande faute du législateur de 1804, faute d'ailleurs bien excusable, puisqu'elle résultait des conditions économiques de la France à l'époque du Consulat, avait été de ne rien prévoir en ce qui concerne la protection d'un élément du patrimoine, alors peu considérable, mais appelé à prendre, par la suite, un très large développement, à savoir les meubles incorporels, les valeurs mobilières. La lacune était si visible que, peu d'années après la promulgation du Code

civil, des textes nouveaux, de portée malheureusement trop spéciale, intervenaient pour la combler, au moins en partie. Citons notamment : 1° la loi du 24 mars 1806 dont l'article 3 interdit au tuteur de vendre, sans une autorisation du conseil de famille, les inscriptions de rente sur l'Etat, appartenant au pupille, qui dépasseraient 50 francs de revenu ; 2° le décret du 25 septembre 1813, appliquant la même règle aux actions de la Banque de France, lorsque le pupille était propriétaire de plus d'une action. Rentes sur l'Etat, actions de la Banque de France, c'étaient là les valeurs mobilières les plus sérieuses de l'époque, celles qui se recommandaient à peu près seules à la composition des portefeuilles bourgeois. Mais il est facile de comprendre combien les dispositions les visant exclusivement allaient se révéler insuffisantes au cours du XIX^e^ siècle, à raison de l'immense développement des valeurs de bourse qui en a constitué l'un des traits marquants. Une question capitale ne tarda donc pas à se poser dans la pratique. Lorsqu'il y avait lieu de procéder à l'aliénation de valeurs mobilières, autres que les titres indiqués par la loi de 1806 et le décret de 1813, le tuteur avait-il le droit de procéder seul ou devait-il recourir à l'autorisation du conseil de famille ?

C'est en faveur de la liberté du tuteur que se prononça la plus grande partie de la Doctrine. Dominés à l'excès par les tendances un peu trop purement exégétiques qu'on a pu reprocher, non sans quelque raison, aux premiers interprètes du Code civil, confirmés d'ailleurs dans leur opinion par une tradition historique indiscutable, les auteurs, peu soucieux des profondes transformations économiques dont le spectacle se déroulait cependant sous leurs yeux, enseignèrent en général que le pouvoir du tuteur était la règle, l'intervention des autorités de haute tutelle l'exception, et que partout, dès lors, où un texte formel ne venait par déclarer le contraire, le tuteur avait la faculté de procéder sans consulter le conseil de famille ni le tribunal, et qu'il avait par conséquent le droit d'aliéner librement les valeurs mobilières appartenant à son pupille.

Naturellement plus préoccupée des nécessités pratiques, la Jurisprudence avait longtemps résisté (V. la note D. P. 56.1.18) ; mais enfin elle céda aux suggestions de la Doctrine. La Cour de Paris, en 1871, puis la Cour de Cassation, en 1873, s'inclinèrent, et reconnurent l'omnipotence du tuteur (Paris, 11 décembre 1871, D. P. 72.2.75, S. 71. 2.249 ; Civ., 3 février 1873, 4 août 1873, D. P. 75.5.468, S. 73.1.61,441).

Ce revirement de la Jurisprudence eut cet heureux résultat de déterminer l'intervention du législateur, qui aboutit à la loi du 27 février 1880. Ce texte, de la plus haute importance, et dont les dispositions seront analysées plus loin, *organise la protection du portefeuille du pupille*, en subordonnant les aliénations de valeurs mobilières à l'autorisation du conseil de famille et, parfois, à l'homologation du tribunal, en prescrivant la *conversion* des titres au porteur en titres nominatifs, et, enfin, en ordonnant l'*emploi des capitaux*.

Première série : Actes imposés au tuteur. — D'une façon générale,

le tuteur est tenu de faire tous les actes utiles à la bonne gestion du patrimoine, à plus forte raison indispensables, comme les actes conservatoires tels qu'une inscription ou un renouvellement d'inscription hypothécaire, une interruption de prescription. En effet, nous avons vu que, si de sa négligence il résulte un préjudice pour le pupille, il en doit la réparation. Plus spécialement, des prescriptions impératives de la loi lui imposent, sous certaines sanctions spéciales, les actes suivants :

1° Tout d'abord certaines des obligations qui pèsent sur lui au *début* de la tutelle, se renouvellent, le cas échéant, pendant la tutelle. C'est ce qui a lieu pour l'obligation de faire *inventaire* et celle d'*aliéner le mobilier corporel* improductif. Il n'est pas douteux, en effet, que, si le pupille recueille une succession au cours de la tutelle, le tuteur doit prendre ces deux précautions, comme il a été tenu d'y recourir à propos des biens *apportés* en tutelle par le pupille, et sous les mêmes sanctions.

2° Le tuteur doit *faire emploi des économies* réalisées sur les revenus. Nous avons vu que c'est le conseil de famille qui détermine à partir de quelle somme commence cette obligation. Le délai, imparti par l'article 455 au tuteur pour faire l'emploi, est de *six mois* à partir du moment où les économies ont atteint le chiffre fixé par la délibération du conseil de famille. Passé ce délai, le tuteur devra au pupille, et cela de plein droit, les intérêts des sommes qu'il n'aurait pas placées. Il devrait après le même délai les intérêts de toute somme touchée à titre de revenu et non employée, quelque modique qu'elle soit, s'il avait négligé de faire fixer par le conseil de famille le chiffre à partir duquel commence son obligation (art. 456).

Il est à remarquer que cette obligation de placer les économies n'est pas imposée au tuteur, lorsqu'il s'agit du père ou de la mère. C'est du moins ce qui semble résulter du rapprochement des articles 454 à 456, d'une part, et 457, de l'autre. L'article 454, en entamant la liste des délibérations que le tuteur doit provoquer de la part du conseil de famille au début de la tutelle, nous dit expressément qu'elles interviendront « dans toute tutelle *autre que celle des père et mère* ». L'article 455, qui vise la délibération relative à l'emploi des économies, ne reproduit pas, il est vrai, cette formule restrictive. Mais on doit penser qu'elle y est sous-entendue, étant donné que l'article 457, passant à un autre ordre d'obligations du tuteur, débute par les mots suivants : « Le tuteur, *même le père ou la mère...* » ce qui montre bien que les articles immédiatement précédents ne s'appliquaient point à ces derniers. Cette dispense d'emploi semble consacrée par la Cour de cassation (Civ., 24 décembre 1895, D. P. 96.1.321, S. 96.1.25). Elle se justifie tant que le père ou la mère ont l'usufruit légal ; mais rien ne l'explique à partir du moment où l'usufruit légal ne leur appartient plus.

3° Le tuteur est également astreint, et sous les mêmes sanctions, à faire *emploi des sommes d'argent* ou capitaux qui seraient recueillis par le pupille, soit au début, soit au cours de la tutelle, par succession ou autrement. Chose singulière, le Code civil, qui prescrivait l'emploi des économies, ne disait rien des capitaux ; mais la Jurisprudence ne s'embarrassait pas de ce silence et décidait que, par argument *a fortiori*, la disposition des articles 455 et

456 devait s'appliquer en pareil cas. Cette solution a été consacrée par l'article 6 de la loi du 27 février 1880. Seulement, le délai imparti au tuteur n'est plus le même que lorsqu'il s'agit des économies : il est de *trois mois* au lieu de six. Le conseil de famille peut d'ailleurs fixer, s'il le juge convenable, un délai plus long.

L'article 6 de la loi de 1880 ajoute (al. 3) que « les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi ». Cette disposition s'applique certainement aux économies comme aux capitaux. Elle signifie que les tiers, lorsqu'ils ont versé ce qu'ils doivent au mineur entre les mains du tuteur, et en ont retiré quittance, sont définitivement libérés et n'auront pas à payer une seconde fois, quand même l'argent serait détourné ou dissipé. La Jurisprudence, quand il s'agit de la protection d'autres incapables, les femmes mariées sous le régime dotal, suit un système différent : les tiers, avant de payer, doivent s'assurer que le mari justifie de l'emploi des deniers. D'où des retards et des complications que l'on a voulu éviter en matière de tutelle

Quand il s'agit du placement des capitaux, l'obligation d'emploi s'impose au père et à la mère comme aux autres tuteurs. C'est ce qui résulte clairement des travaux préparatoires de la loi de 1880 et, notamment, du rejet, par le Sénat, d'un amendement qui décidait le contraire. Cette solution fait d'autant plus ressortir la singularité de la dispense accordée, quant à l'emploi des économies, au père et à la mère non usufruitiers.

4° Une dernière obligation du tuteur consiste à *convertir en titres nominatifs les titres au porteur* appartenant à son pupille. Il y a là une mesure de prudence, destinée à mieux assurer la conservation de la fortune mobilière de l'enfant. Les titres au porteur, en effet, sont manifestement exposés à des détournements ; ils courent des chances de perte et de vol qui ne sont pas à craindre lorsqu'il s'agit de titres nominatifs. Ici encore, certains précédents législatifs avaient tracé la voie au législateur de 1880. Une ordonnance du 29 avril 1831, article 7, avait disposé que la conversion de rentes sur l'État nominatives en titres de rente au porteur ne serait pas admise, lorsqu'il s'agirait des inscriptions établies au bénéfice des mineurs. Plus tard, lorsqu'il fut créé des titres de rente sur l'État *mixtes*, c'est-à-dire nominatifs, avec coupons au porteur, le décret du 13 juin 1864 vint décider (art. 1er) que ces titres mixtes ne pourraient être délivrés qu'autant qu'il serait justifié que les rentiers jouissaient d'une pleine capacité. L'article 5 de la loi du 27 février 1880, substituant une règle générale à ces dispositions fragmentaires, porte que le tuteur doit procéder à la conversion en valeurs nominatives des titres au porteur appartenant au pupille, *dans les trois mois* qui suivent l'ouverture de la tutelle, celle d'une succession échue au mineur ou une libéralité à lui faite, succession ou libéralité comprenant des titres au porteur.

Comme il peut arriver que les titres ne soient pas convertibles, soit par leur nature (ce qui a lieu pour certaines valeurs étrangères établies seulement dans la forme au porteur), soit à raison des conventions (ce qui pourra se produire pour les obligations hypothécaires ou pour toute valeur mobilière autre que les valeurs de bourse), le conseil de famille peut, dans le

délai de trois mois sus-visé, donner au tuteur l'autorisation, soit d'aliéner les titres avec emploi, soit de les conserver. Dans ce dernier cas, le conseil peut prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée.

Tels sont les actes *obligatoires* imposés au tuteur avec des sanctions particulières. Nous avons laissé de côté la question de savoir s'ils peuvent être valablement accomplis par le tuteur agissant seul ou s'ils comportent l'intervention nécessaire des pouvoirs de haute tutelle; nous aurons à la résoudre dans les développements qui vont suivre.

Deuxième série : Actes que le tuteur peut accomplir seul. — Ce sont, d'une façon générale, les actes d'administration *simple* ou *courante*. Plus précisément, voici en quoi consiste cette catégorie d'opérations qui, remarquons-le, ne sont, sauf les baux, visées par aucun texte particulier, mais sont toutes considérées comme couvertes par la formule générale de l'article 450 conférant au tuteur le *pouvoir d'administrer*.

1° Le tuteur accomplit, sans avoir besoin de nul concours, les actes dits *conservatoires* : inscription des hypothèques, interruption de prescription, transcription des acquisitions immobilières, assurances contre l'incendie ou les risques agricoles, etc.

2° Il *touche les revenus* et en donne décharge ;

3° Il *touche également les capitaux* que doit recouvrer le mineur. La loi, il est vrai, prescrit l'emploi (comme d'ailleurs pour les économies faites sur les revenus). Ce pouvoir de donner quittance d'une rentrée de fonds parfois considérable, en dehors de toute surveillance, n'en est pas moins excessif ; il risque, si le tuteur est peu scrupuleux, de donner lieu à de graves détournements. Vainement a-t-on essayé de soutenir que l'esprit de la loi de 1880, à défaut de son texte, aboutissait à enlever au tuteur, d'une façon générale, la libre gestion des capitaux mobiliers appartenant aux pupilles pour lui substituer un système de restriction et de contrôle (V. note de M. Planiol, D. P. 1906.1.165). La Cour de cassation a repoussé cette manière de voir, si raisonnable qu'elle paraisse ; elle décide notamment que le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé par le conseil de famille pour retirer des fonds déposés dans une caisse d'épargne par le pupille (Civ., 13 mars 1905, D. P. 1906.1.165, S. 1910.1.476).

4° Le tuteur paie les dettes ; il fait les dépenses et souscrit les obligations courantes pour l'entretien et l'éducation du pupille.

5° Il entretient les immeubles en y faisant effectuer les réparations nécessaires, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les *menues réparations*, payées avec les revenus, et les *grosses réparations*, payées sur le capital, les unes et les autres étant indispensables pour la conservation des immeubles et constituant, dès lors, *lato sensu*, des actes d'administration.

6° Le tuteur fait également, sans autorisation, l'*emploi des économies* que prescrit l'article 455 ; cet article ne parle pas de l'intervention du conseil de famille et, d'ailleurs, il ne s'agit en général que de placements peu importants.

7° Le tuteur *plaide* sans autorisation au nom du mineur, lorsqu'il s'agit d'une *action mobilière*. S'il s'agit d'une *action immobilière*, il a la libre disposition des *actions possessoires* ; il plaide aussi librement *en qualité de défendeur* aux actions pétitoires. C'est ce qui résulte, *a contrario*, du texte de l'article 464 que nous retrouverons plus loin.

8° Le tuteur peut librement *aliéner les meubles corporels* appartenant au pupille. Cette faculté résulte pour lui, d'abord de ce qu'il a fallu des textes formels pour exclure la libre aliénation des meubles incorporels, et en second lieu, de ce que l'aliénation du mobilier corporel est, en vertu d'une tradition constante, considérée comme rentrant dans les pouvoirs d'un simple administrateur. On se souvient que, lorsqu'il s'agit de l'aliénation de l'ensemble du mobilier corporel appartenant au pupille, lors de l'entrée en tutelle, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, non pour l'aliénation mais pour la conservation de ce mobilier. Seulement, la vente doit être faite aux enchères publiques (art. 452), ce qui n'est plus exigé pour les aliénations individuelles.

9° Une mention particulière est due à un acte d'administration très courant, encore que fort important, à savoir *la location des immeubles*. Les administrateurs de la fortune d'autrui peuvent toujours passer des baux relativement aux immeubles dont ils ont la gestion, lorsque la destination de ces immeubles est conforme à ce mode d'exploitation. Bien plus, ils ont le devoir de louer, car ils seraient comptables de la négligence qui consisterait à laisser les immeubles improductifs. Toutefois, il y a une certaine mesure à garder. Un bail cesse d'être un acte d'administration normal et courant lorsqu'il est passé pour une trop longue durée. Le propriétaire, dans ce cas, se prive en effet, pendant longtemps, du bénéfice de la hausse qui pourra survenir sur la valeur des locations, comme aussi de la faculté de reprendre à un moment donné la jouissance personnelle de son immeuble, ce qui, cependant, lui serait parfois très utile. Un long bail qui gêne la liberté du propriétaire pourra, de plus, faire hésiter un acquéreur éventuel de la propriété, d'où une diminution de la valeur vénale de l'immeuble. De là une limite à observer dans les pouvoirs à accorder à l'administrateur.

Le système adopté par la loi française pour résoudre le problème s'applique, on le verra, d'une manière générale, à la location des immeubles appartenant à tous les incapables. Il est développé dans les articles 1429 et 1430 du Code civil, à propos des pouvoirs du mari comme administrateur des immeubles de sa femme. Et l'article 1718 déclare ces textes applicables aux baux passés sur les biens de mineurs. Voici en quoi il consiste. Il y a, en somme, deux restrictions aux pouvoirs du tuteur.

A. — La durée de neuf ans est la durée maxima qui puisse s'imposer, après la minorité, à l'ex-pupille, du chef d'un bail passé par son tuteur. En conséquence, le tuteur peut, pendant la durée de la tutelle, passer les baux pour la durée qui lui convient ; ces baux sont pleinement valables. Seulement, une fois la majorité survenue, ils ne peuvent être *opposés au mineur* ou à ses héritiers pour une période de plus de neuf années. A ce

effet, le bail est, à ce moment, divisé en périodes de neuf années, et le locataire n'a que le droit d'achever la jouissance de la période commencée. Exemple : un bail de vingt ans a été conclu ; au bout de onze ans arrive la majorité. Le bail n'est plus opposable à l'ex-pupille que pour une durée de sept années.

B. — Le tuteur peut *renouveler* les baux avant leur expiration, ce qui est une mesure de prévoyance élémentaire. Mais le nouveau bail sera sans effet à l'égard du mineur devenu majeur ou de ses héritiers, s'il a été renouvelé plus de trois ans avant l'expiration du bail en cours, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans, s'il s'agit de maisons, à moins que l'exécution du nouveau bail n'ait commencé avant la cessation de la tutelle.

En combinant ces deux dispositions, on arrive à cette solution que le maximum de temps durant lequel puisse se trouver lié l'ex-pupille, après sa majorité (à supposer que celle-ci arrive immédiatement après le renouvellement du bail, fait bien entendu sans fraude par le tuteur), sera de onze ou de douze ans.

Troisième série : Actes subordonnés à la seule autorisation du conseil de famille. — Cette série comprend naturellement des actes plus graves que la précédente. Elle a été notablement allongée par la loi de 1880. On y rencontre les actes suivants :

1° *Aliénation des valeurs mobilières au-dessous de* 1.500 *francs*[1]. — Nous avons vu plus haut quel était l'état de la loi et de la Jurisprudence en ce qui concerne ces aliénations, avant la loi du 27 février 1880. La loi nouvelle, abrogeant la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 qu'elle rend inutiles, décide que les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations, et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ne pourront être aliénés par le tuteur sans qu'il y ait été autorisé préalablement par le conseil de famille (art. 1er). Cette autorisation suffit pour les valeurs inférieures à 1.500 francs en capital. Au-dessus de ce chiffre il faut, en plus, l'homologation du tribunal (art. 2). Cette règle nouvelle, très bienfaisante en somme, car la pleine liberté dont jouissait antérieurement le tuteur avait donné lieu à de graves abus, est en même temps très compréhensive. Elle s'applique, en effet, à tous les meubles incorporels quels qu'ils soient, « rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et autres meubles incorporels quelconques », dit l'article 1er, ce qui comprend notamment les créances ordinaires, les fonds de commerce, offices ministériels, brevets d'invention, la propriété artistique et littéraire, etc...

Le même article ajoute que « le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles ». Ces mesures peuvent avoir trait, soit à l'emploi des capitaux obtenus au moyen de la vente, soit aux formes de la réalisation. S'il s'agit de valeurs négociables en bourse,

1. Cons. Saleilles, *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui* (1883) ; Pierre Chavegrin, *De la fortune des mineurs en droit comparé*, thèse, Paris, 1907, Buchère, *Commentaire de la loi du 27 février 1880*.

la négociation est effectuée par le ministère d'un agent de change au cours moyen du jour ; s'il s'agit d'autres biens incorporels que des valeurs de bourse, tels qu'un fonds de commerce, un brevet d'invention, la vente en est moins facile, et il y a lieu de statuer sur les procédés à employer pour y parvenir, ministère d'un notaire, vente de gré à gré, etc... Même pour les valeurs de bourse non cotées officiellement, surtout les valeurs étrangères, il peut y avoir des hésitations, par exemple, sur le choix de la place où il vaut mieux faire la négociation. C'est le conseil de famille qui réglera tous ces points.

2° *Conversion des titres nominatifs en titres au porteur.* — Cette opération est soumise par l'article 10 de la loi de 1880 aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation. Cela est parfaitement logique. Cette conversion ne peut être effectuée que comme le prélude d'une aliénation, puisque la loi interdit de conserver des titres au porteur dans le portefeuille du mineur, lorsqu'il s'agit de valeurs qui comportent en même temps la forme nominative.

3° *Placement des capitaux.* — Le placement des capitaux est aussi un acte qui dépasse l'administration ordinaire et, partant, l'action libre du tuteur. Telle est du moins la solution actuellement donnée à une question qui suscita une vive controverse roulant tout entière sur le sens de l'article 6 de la loi de 1880. Ce texte porte (al. 2) : « *Les règles prescrites par les articles ci-dessus... seront applicables à cet emploi.* » Que faut-il entendre par cette expression : « les *articles ci-dessus* » ?

Dans une première opinion, on soutient que ce renvoi vise simplement l'article 1er, alinéa 2, de la loi de 1880, en vertu duquel, comme on vient de le voir, le conseil de famille, appelé à autoriser l'aliénation des valeurs mobilières, prescrit les mesures qu'il juge utiles, notamment, détermine le placement des deniers s'il le désire, et l'article 5, duquel il résulte que, si le placement est fait en valeurs mobilières, les valeurs acquises ne peuvent être que nominatives. D'après cette opinion, l'article 6 de la loi de 1880 n'aurait pas entendu modifier les solutions antérieurement admises d'où il résultait qu'un placement, soit en valeurs mobilières, soit en immeubles, constitue un acte d'administration, au moins lorsqu'il est fait au comptant, et que le conseil de famille n'a pas, dès lors, à s'y immiscer, à moins qu'il ne s'agisse de placer des deniers provenant d'une opération qu'il a dû autoriser (aliénation d'immeubles ou de valeurs mobilières, acceptation de succession, etc.), auquel cas il est libre de subordonner son autorisation à telle modalité qui lui paraît convenable, notamment à tel ou tel genre d'emploi (Req., 5 janvier 1863, D. P. 63. 1.77). La portée unique de l'article 6 de la loi de 1880 aurait donc été d'étendre aux rentrées de capitaux l'obligation d'emploi édictée par le Code civil (art. 455) pour les revenus économisés ; or, l'on se souvient que ces placements d'économies peuvent être effectués par le tuteur sans autorisation.

C'est dans le sens d'une seconde opinion que la Jurisprudence se prononce en général. Cette opinion soutient que le renvoi de l'article 6 de la loi de 1880, étant général, embrasse toutes les dispositions antérieures de

la même loi, y compris celles qui visent les formalités d'aliénation. Il en résulte, comme dit un des arrêts qui, sur ce point, ont fait jurisprudence, « qu'il doit être fait à l'emploi des capitaux application des règles édictées par les articles 1 à 6 pour l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ». L'intervention du conseil de famille est donc nécessaire et, au-dessus de 1.500 francs, l'homologation du tribunal (Paris, 21 mai 1884, D. P. 85.2.177, S. 85.2.97 ; Toulouse, 19 mars 1906, D. P. 1906.2.192, S. 1906.2.95). Il faut avouer que, s'il en est ainsi, l'article 6 de la loi de 1880 a réalisé une grave innovation qui, fait remarquable, est passée inaperçue. On doit reconnaître aussi qu'à côté d'incontestables avantages pratiques, le système de la Jurisprudence, comme l'a fait, avec raison, observer un de ses adversaires (note de M. Lyon-Caen, S. 85.2.97), offre l'inconvénient d'emporter des frais excessifs, disproportionnés souvent avec les sommes à employer. De plus, par les lenteurs qu'il occasionne, il ne permet pas toujours de réaliser un placement au moment opportun : on désirerait acheter une valeur d'avenir, mais les formalités nécessaires ne seront souvent accomplies qu'au moment où cette valeur est déjà montée à un taux qui rend le placement beaucoup moins intéressant !

4° *Acceptation d'une donation* (art. 463). — On peut se demander pourquoi la loi subordonne à l'autorisation du conseil de famille l'acceptation d'une donation, étant donné que la donation faite à un mineur semble ne pouvoir se traduire que par un avantage à son profit. Il y a cependant deux raisons qui justifient la règle de l'article 463. D'abord, la donation peut être accompagnée de charges qui seront obligatoires pour le donataire acceptant, même s'il est mineur ; l'article 463 prend, en effet, justement soin de dire (al. 2) que la donation « aura à l'égard du mineur le même effet qu'à l'égard du majeur ». De la sorte, une donation pourrait devenir onéreuse pour le mineur donataire. En second lieu, il peut y avoir des motifs d'ordre moral qui s'opposent à l'acceptation et que la famille seule est en mesure d'apprécier.

Cette seconde raison est si bien la plus décisive que, lorsque le mineur a son père ou sa mère ou des ascendants quelconques, ceux-ci peuvent accepter la donation, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs (art. 935, 3e al.), et sans que le conseil de famille soit consulté. La loi estime qu'ils seront les meilleurs appréciateurs de la conduite que dicte le souci de l'honneur familial. A plus forte raison, s'ils sont tuteurs, les père, mère et ascendants sont affranchis de la nécessité de consulter le conseil de famille

La loi ne parle pas expressément de l'acceptation d'un *legs à titre particulier*, libéralité qui ressemble à certains égards à une donation et qu'on désigne d'ailleurs quelquefois par l'expression de *donation testamentaire*. L'autorisation du conseil de famille est-elle nécessaire pour faire cette acceptation ? La question est controversée. Il nous semble que l'identité des motifs doit conduire à la même solution pour les legs particuliers que pour les donations. En tout cas, il y a une hypothèse où, sans contestation possible, l'autorisation du conseil de famille est indispensable : c'est quand le legs porte sur un immeuble et qu'il y a lieu d'intenter la demande en délivrance (Arg. art. 464).

5° *Acceptation ou répudiation d'une succession.* — En général, quand une succession s'ouvre au profit d'un individu, il a le choix entre trois partis, qui sont l'acceptation pure et simple imposant à l'héritier la charge indéfinie des dettes, la renonciation, ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, parti mixte qui n'astreint l'héritier aux dettes que jusqu'à concurrence de l'actif par lui recueilli. Lorsqu'une succession échoit à un mineur, l'article 461 dispose, d'une part, que le tuteur devra, pour prendre parti, obtenir une autorisation préalable du conseil de famille, et, d'autre part, que l'acceptation, si le conseil décide d'accepter, n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire. On comprendra mieux ultérieurement, en étudiant la matière des Successions, les motifs de cette seconde mesure de protection et comment il se fait qu'elle se retourne parfois, dans une certaine mesure, contre les intérêts du mineur. On verra de même que le Droit commun a généralisé la solution de l'art. 462 qui, au cas de répudiation de la succession échue au mineur, donne à celui-ci devenu majeur ou, durant la minorité, au conseil de famille, en cas de revirement d'appréciation, un certain *jus pœnitendi* leur permettant de revenir sur le parti qui avait été d'abord, et peut-être trop hâtivement, adopté.

6° *Partage d'une succession.* — Le partage suppose une succession échue à plusieurs héritiers. Il se forme entre eux, à la mort du *de cujus*, une copropriété ou *indivision*. Le partage est l'acte par lequel cette indivision prend fin et chaque héritier reçoit son lot particulier.

L'article 465 porte que, pour provoquer le partage au nom du mineur, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille. En revanche, il n'a pas besoin de cette autorisation pour « répondre à une action en partage dirigée contre le mineur ». Dans ce dernier cas, en effet, il n'y a pas à délibérer ; le partage est de droit quand un cohéritier le demande. Depuis la loi du 15 décembre 1921, l'autorisation n'est pas non plus nécessaire dans le cas où la demande en partage est introduite par voie de requête collective présentée par tous les intéressés (art. 465 et 817).

L'article 466 ajoute que le partage dans lequel est intéressé un mineur doit toujours être accompli dans la forme du *partage judiciaire*, forme que l'article 460 complique encore en exigeant qu'en cas de licitation ou vente publique des immeubles successoraux impartageables, les étrangers soient nécessairement admis aux enchères. Ce sont ces dernières dispositions qui expliquent le mieux la nécessité de l'intervention du conseil de famille pour provoquer le partage au nom du mineur. Le partage judiciaire est en effet très coûteux. Il est donc très souvent avantageux pour un mineur qui hérite, surtout lorsqu'il approche de sa majorité, de prolonger l'état d'indivision ; car, lorsque tous les héritiers seront majeurs, on pourra recourir à un partage amiable, exempt de frais et plus intelligent dans ses attributions.

Signalons que le cas où il y a plusieurs mineurs parmi les héritiers est l'un de ceux où l'on rencontre un tuteur *ad hoc* ; l'article 838 porte en effet que « s'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier ».

Ici encore, nous ne pouvons que renvoyer à la matière des Successions. C'est là que seront exposés le fonctionnement de notre système légal en

ce qui concerne les successions de mineurs, les inconvénients multiples de ces mesures de précaution mal comprises qui se retournent contre l'intérêt même des protégés, enfin, les divers palliatifs que la pratique s'est efforcée de leur apporter.

7° *Procès relatifs aux immeubles.* — Le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille pour introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur ou pour acquiescer à une demande relative à ces mêmes droits qui serait formée contre lui (art. 464). Nous avons vu que, sans qu'il y ait d'autre raison de cette distinction que l'ancienne idée *res mobilis, res vilis*, l'autorisation du conseil de famille n'est, au contraire, pas requise lorsqu'il s'agit d'un procès relatif aux meubles, si important qu'il soit. Une telle distinction est évidemment peu raisonnable. Il peut y avoir des procès immobiliers insignifiants, s'ils portent sur une parcelle infime. Un procès relatif à une fortune mobilière considérable présentera, au contraire, une très grande importance. On se souvient aussi que, même en matière immobilière, le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour plaider comme défendeur aux actions pétitoires, ni pour exercer les actions possessoires, soit en demandant, soit en défendant.

8° *Prise à bail d'une ferme du mineur.* — Il résulte enfin de l'article 450 (al. 3) que le tuteur ne peut *prendre à ferme* un bien de son pupille, que si le conseil de famille a autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail. On pourrait craindre en effet une collusion entre le subrogé tuteur et le tuteur, pour faire obtenir à celui-ci des conditions trop avantageuses. Etant donné le motif, on peut s'étonner que la loi n'ait pas pris la même précaution pour le *bail à loyer* portant sur des maisons, que pour le *bail à ferme* portant uniquement sur des biens ruraux.

Quatrième série : Actes nécessitant, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal. — Les actes ci-après constituent cette catégorie :

1° *Aliénation des meubles incorporels* appartenant aux mineurs, et *conversion* des valeurs de bourse affectant la forme nominative en titres au porteur, lorsque ces meubles ou valeurs dépassent 1.500 francs. Il faut noter que l'évaluation des meubles incorporels est faite par le conseil de famille (art 2, loi du 27 février 1880), et que l'erreur qu'il commettrait et qui aurait eu pour résultat de soustraire son appréciation à l'homologation judiciaire, n'entraînerait pas la nullité de l'aliénation, à moins d'appréciation frauduleuse ayant pour but d'éluder le contrôle du tribunal.

2° *Aliénation des immeubles ou constitution de droits réels immobiliers.* — L'article 457 1er al. décide que le conseil de famille ne devra autoriser le tuteur à aliéner ou hypothéquer les biens immeubles que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. « Dans le premier cas, continue cet article, le conseil n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le conseil indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préfé-

rence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles. » L'article 458 ajoute que la délibération du conseil de famille ne sera exécutée qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance. On voit combien la loi prend de précautions quand il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles du mineur.

Le texte, outre l'aliénation, ne vise expressément que l'hypothèque, mais on n'hésite pas à étendre la solution qu'il consacre à la constitution de tous autres droits réels aboutissant à démembrer la propriété immobilière et à en diminuer la valeur, par exemple, à la constitution d'usufruit ou de servitudes réelles.

Cette protection accordée à toute propriété immobilière du mineur, si infime soit-elle, n'a pas encore paru suffisante aux auteurs du Code civil. Ils ont encore prescrit, pour la réalisation de la vente, des formes minutieuses, décrites par l'article 459 du Code civil et les articles 953 à 965 du Code de procédure. La vente doit avoir lieu, soit à la barre du tribunal, soit devant un notaire commis par le jugement d'homologation, sur une mise à prix fixée par le même jugement et que précède une estimation faite par un ou trois experts (art. 954-1°, 955, C. proc.). La rédaction du cahier des charges, l'affichage des placards destinés à la publicité de la vente, font aussi l'objet de dispositions détaillées (art. 956 à 958, C. proc.). La vente se fait en présence du subrogé tuteur (art. 459, 1er al., C. civ., 962, C. proc.). Enfin, les textes prévoient et règlent les formes de la réadjudication sur une nouvelle mise à prix, en cas d'insuccès des premières enchères, ainsi que celles de la surenchère du sixième qui peut toujours entraîner une nouvelle mise en vente, et cela afin de garantir que l'immeuble atteindra le plus haut prix possible (art. 963 à 965, C. Pr.). On peut juger par ce bref aperçu de la lenteur de la vente d'un immeuble appartenant à un mineur, et des frais dont la loi la surcharge, dans un fallacieux espoir de protection pour les intérêts de ce dernier !

Naturellement, l'homologation judiciaire et l'intervention du conseil de famille sont épargnées lorsque la vente de l'immeuble constitue une aliénation forcée, *subie par le mineur*, par exemple, quand il s'agit d'un immeuble successoral lui appartenant par indivis et dont la licitation est provoquée par une demande en partage émanant d'un autre cohéritier (art. 460).

3° *Emprunts.* — Mêmes formalités pour les emprunts, lesquels, ainsi que les ventes d'immeubles et constitutions d'hypothèques, ne peuvent être autorisés qu'en cas de nécessité absolue ou d'avantage évident et qu'après constatation par le conseil de famille, sur le vu d'un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants pour la dépense à laquelle il faut faire face (art. 457, 2e et 3e al.).

4° *Placements au-dessus de* 1.500 *francs.* — Il résulte de la solution adoptée par la Jurisprudence en matière de placements et qu'on a vue plus haut, que le tribunal doit homologuer l'autorisation du conseil de famille, lorsque le tuteur veut effectuer un placement dépassant 1.500 francs de

capital, qu'il s'agisse d'un achat d'immeubles ou de l'acquisition d'un meuble incorporel tel qu'une valeur de bourse, une créance hypothécaire ou autre.

Série intermédiaire : Actes soumis à des formes spéciales. — Il y a deux actes qui sont *hors cadre*, ou constituent une série intermédiaire, parce qu'ils ne rentrent exactement dans aucun des compartiments qui viennent d'être tracés.

1° Le premier de ces actes est l'*acceptation amiable* des offres de l'Administration en cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique* d'un immeuble appartenant au mineur. Le tuteur, pour se faire autoriser à y consentir, s'adressera directement au tribunal (L. 3 mai 1841 sur l'expropriation, art. 13 et 25). Ici le législateur a *simplifié* : il a jugé avec raison que, lorsque l'intervention du tribunal doit se produire, elle fait vraiment double emploi avec celle du conseil de famille, et qu'on peut, dès lors, écarter cette dernière.

2° Pour un autre acte au contraire, la *transaction*, le législateur a *compliqué*. La transaction est le contrat par lequel deux ou plusieurs parties terminent une contestation déjà née ou préviennent une contestation à naître (art. 2044) grâce à des concessions réciproques. Méconnaissant le proverbe « Mauvais arrangement vaut mieux que bon procès », le Code, non content de soumettre la transaction intéressant un mineur à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal, exige, en outre, un avis, en d'autres termes, une consultation de *trois jurisconsultes*, c'est-à-dire d'après l'opinion dominante, de trois avocats exerçant depuis dix ans dans le ressort de la Cour (Arg. art. 495, C. proc. civ.) et désignés par le procureur de la République (art. 467). On a pensé sans doute qu'il est délicat de reconnaître la validité ou la faiblesse d'un droit litigieux, appréciation nécessaire, cependant, quand une transaction est discutée, et que, dès lors, les connaissances juridiques et l'expérience d'hommes d'affaires consommés doivent être mises au service du mineur. Ici encore, le but a été manifestement dépassé. Voici un mineur qui est victime d'un accident; l'auteur responsable propose une indemnisation amiable. Il faudra recourir aux formalités de l'article 467 ! Cela est vraiment exagéré. Que de lenteurs et de dépenses pour recevoir peut-être quelques centaines de francs !

Cinquième série : Actes interdits au tuteur. — Les actes qui, on peut le dire, sortent aussi des cadres de la gestion tutélaire, mais, cette fois, parce qu'ils sont absolument interdits au tuteur, comme préjudiciables, dangereux ou suspects de fraude, sont les suivants :

1° *L'acceptation pure et simple* d'une succession ;

2° *L'achat des biens du mineur* (art. 450, 3e al., et 1596, 2e al.). — Le tuteur ne peut se rendre acquéreur d'un bien appartenant au pupille, parce que cette opération le placerait entre son intérêt d'acheteur, qui est d'acheter au meilleur marché possible, et son devoir de tuteur, qui est de vendre au plus haut prix. Cependant, si le tuteur était copropriétaire d'un immeuble avec le mineur, il aurait le droit de se rendre adjudicataire à la

suite de la licitation. Les formes requises pour la licitation sont, en effet, considérées comme protégeant suffisamment le mineur (art. 460, 1er al.).

3° *L'acquisition d'une créance* contre le mineur (art. 450, *in fine*). — Des raisons analogues aux précédentes justifient cette prohibition d'ailleurs toute traditionnelle, puisqu'elle remonte à la Novelle 72 (chap. V) de Justinien. Ce que la loi veut empêcher, c'est le calcul de spéculation du tuteur, qui achèterait à bas prix une créance contre le pupille pour en recouvrer ensuite le montant nominal, en employant au besoin toutes les rigueurs nécessaires. Mais la loi n'a pas déterminé la sanction de la règle qu'elle pose. Celle de la Novelle 72 consistait en ce que le mineur était libéré à la fois envers son ancien créancier et envers son tuteur. Comme, faute d'un texte en ce sens, on ne peut songer à appliquer aujourd'hui la même sanction, il y a une controverse dans la Doctrine sur les conséquences d'une cession de créance ainsi obtenue par le tuteur. Le système le plus plausible consiste à appliquer ici les principes généraux. On est en présence d'un acte illicite et nul par conséquent, mais d'une nullité relative, puisqu'elle n'est encourue que dans l'intérêt du mineur. Ce dernier pourra donc seul l'invoquer. Il dépendra de lui, une fois devenu majeur, de réclamer au tuteur, cessionnaire de la créance, ce qu'il lui aurait payé, sauf à demeurer alors le débiteur de son premier créancier, à moins de prescription accomplie à son profit.

Les motifs de la prohibition prononcée par l'article 450, 3e alinéa, en restreignent naturellement la portée. Si le tuteur payait de ses deniers un créancier du pupille dans l'intérêt de celui-ci, afin, par exemple, d'éviter une saisie imminente, la *subrogation* qu'il se ferait consentir par le créancier remboursé serait parfaitement licite. Cette subrogation en effet, bien qu'analogue dans ses effets généraux à une cession de créance, en diffère à ce point de vue essentiel qu'elle ne donne au créancier subrogé que le droit de se faire rembourser le montant de ce qu'il a réellement versé. La subrogation n'est donc pas et ne peut être un acte de spéculation.

4° *Les libéralités.* — Le tuteur ne peut — cela est trop évident — faire de testament, ni de donation au nom du mineur. On admettra cependant qu'il a le droit, en sa qualité d'administrateur, d'acquitter les menues libéralités (étrennes, cadeaux d'usage, pourboires) qui sont les charges normales de toute situation aisée. On se souviendra de plus que le mineur jouit ici d'une certaine capacité personnelle, dont on a indiqué plus haut le principe et la mesure.

5° *Le compromis.* — On appelle ainsi l'acte par lequel deux ou plusieurs parties en litige conviennent de remettre le jugement de leur contestation à la décision d'un ou de plusieurs arbitres qu'elles désignent. La prohibition résulte de la combinaison des articles 1004 et 83-6° du Code de procédure civile. L'article 1004 décide un effet qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations sujettes à communication au ministère public, et l'article 83-6° déclare que les causes des mineurs doivent être communiquées au ministère public.

6° *L'échange immobilier.* — Il n'y a pas de texte qui prohibe expressément

cette opération. Cependant, elle paraît bien interdite au tuteur parce que l'échange, identique dans ses effets à une vente, ne peut évidemment se faire avec les conditions de publicité et de concurrence que la loi, on l'a vu plus haut, considère comme essentielles pour les ventes portant sur les immeubles du mineur.

Troisième phase : Fin de la tutelle. Tutelle de fait[1]. — La terminaison normale de la tutelle, c'est l'arrivée du pupille à sa majorité. C'est la seule hypothèse que la loi prévoit. Mais il y a d'autres causes qui mettent fin à la tutelle, par exemple, la mort de l'enfant ou son émancipation ; d'autres causes encore, telles que la mort du tuteur, sa destitution, la survenance d'une excuse ou d'une incapacité, mettent fin à la gestion du tuteur en exercice, mais donnent lieu à l'entrée en fonctions d'un nouveau tuteur. En attendant, l'ancien tuteur ou ses héritiers majeurs doivent provisoirement continuer la gestion commencée, la protection due au pupille ne pouvant souffrir d'interruption.

De ces hypothèses de transition, d'*interrègne*, on peut rapprocher le cas où, la tutelle ayant pris fin par la majorité, l'émancipation ou la mort de l'enfant, le tuteur, tardant à rendre ses comptes, continue provisoirement à gérer le patrimoine qui lui avait été confié. On peut dire qu'il y a dans ces cas, extrêmement fréquents en pratique, subsistance d'une *tutelle de fait*. Une question se pose alors (que nous avons déjà rencontrée, à quelques nuances près, lorsqu'il s'agissait de la femme tutrice qui se marie ou se remarie et conserve indûment ses fonctions). Doit-on appliquer à la tutelle de fait les mêmes règles qu'à une tutelle ordinaire, notamment, au point de vue des principales garanties accordées au pupille : intérêts dus de plein droit et sans sommation pour les sommes non employées ; hypothèque légale sur les biens du tuteur ?

L'affirmative n'aurait pas fait doute dans l'ancien Droit. Nos anciens auteurs admettaient tous, en effet, que les obligations du tuteur persistaient jusqu'à la reddition des comptes de tutelle (Meslé, *Tr. des Tutelles*. p. 440 ; Lamoignon, *Arrêtés*, 1re part., Tit. IV, *Des tutelles*, art. CXXX). C'était une conception ordinaire dans l'ancien Droit. De même, la communauté continuait de plein droit entre les enfants et l'époux survivant qui ne l'avait pas fait liquider à la suite du prédécès de son conjoint. De nos jours, le silence de la loi a suscité des scrupules chez nombre d'auteurs. D'après eux, le tuteur de fait ne peut être responsable que *comme un mandataire* ; dès lors, ses biens ne seraient pas grevés de l'hypothèque légale, et, pour ce qui est des intérêts des sommes non employées, il ne les devrait que dans la mesure prescrite par l'article 1996 relatif aux mandataires, c'est-à-dire du jour de l'emploi, lorsqu'il les aurait employées à son profit personnel et, dans les autres cas, seulement à partir d'une mise en demeure.

La Jurisprudence s'est montrée hésitante. Elle s'est trouvée, en effet, en face de situations infiniment complexes. Nous en citerons une, soumise à la

1. V. Paul Sumien, *Essai sur les tuteurs de fait*, Revue trimestr. de droit civil, 1903, p. 781.

Cour de Paris en 1877. Le pupille était devenu majeur ; le tuteur avait continué sa gestion, puis il était mort et ses héritiers avaient continué son œuvre ; pouvait-on alors les considérer comme tuteurs de fait ou même comme simples mandataires? (V. Paris, 13 décembre 1877, D. P. 78.2.71, S. 78.2.11)? Pourtant, d'une façon générale, la Jurisprudence, dans son ensemble, s'est ralliée à la conception de l'ancien Droit, celle qui est la plus favorable aux intérêts du mineur. Elle concède donc à celui-ci les mêmes garanties au regard du tuteur de fait qu'au regard du tuteur véritable (V. Civ., 15 novembre 1898, D. P. 1904.1.465, S. 99.1.140). Il y a lieu à hypothèque légale et les intérêts des sommes perçues et non dépensées dans son intérêt sont dus de plein droit au mineur, faute d'emploi dans les six mois.

Le problème des *tutelles de fait* a d'ailleurs bien d'autres aspects encore. Les actes de gestion accomplis pendant une période de ce genre sont-ils valables, obligatoires pour le pupille ou l'ex-pupille ? Il est nécessaire, croyons-nous, de distinguer. A l'égard des tiers qui n'auraient pas été instruits de la situation, on ne peut contester l'efficacité des actes accomplis par le tuteur. Il y a les mêmes raisons d'en décider ainsi que lorsqu'il s'agit des actes d'un héritier apparent. Dans les rapports du tuteur avec le pupille, nous pensons, au contraire, que ce dernier ne peut être tenu que dans la même mesure où peut l'être une personne dont les intérêts ont été administrés par un gérant d'affaires, à moins qu'en fait il n'y ait eu mandat exprès ou implicite, ce qui ne pourra se produire que dans l'hypothèse d'une gestion se prolongeant durant la majorité.

Reddition du compte de tutelle. — Le tuteur doit, lorsque sa gestion finit, en rendre compte (art. 469).

Cette reddition de compte incombe à toute personne qui administre les biens d'autrui. Elle pèse donc sur tout tuteur, sur le père ou la mère survivant comme sur les autres ; c'est une obligation dont aucun tuteur ne peut être dispensé. Elle donne lieu à plusieurs questions.

1° *Par qui le compte est-il rendu?* — Le compte est rendu soit par le tuteur, soit par ses héritiers, s'il est mort, ou ses représentants, s'il est incapable, par exemple, interdit, ou enfin par les envoyés en possession provisoire de ses biens, s'il est absent.

2° *A qui le compte est-il rendu?* — Il est rendu soit au nouveau tuteur, soit au mineur émancipé assisté de son curateur, soit aux héritiers du mineur défunt, soit enfin à l'ex-pupille lui-même devenu majeur. Il est regrettable que, dans ce dernier cas, qui constitue l'hypothèse normale, la loi n'exige pas l'intervention du subrogé tuteur et du conseil de famille. On peut craindre que l'ex-pupille, habitué à se fier à son tuteur, n'accepte le compte les yeux fermés. Notre Code a commis ici une erreur dans laquelle ne sont pas tombées les législations étrangères plus récentes. Le Code civil italien (art. 307, al. 1er) décide, en effet, que le compte de tutelle est rendu au conseil de famille. Le Code civil allemand (art. 1892) et le Code civil suisse (art. 451) le font soumettre par l'ex-tuteur aux *autorités tutélaires.*

3° *Formes du compte.* — Ordinairement le compte se rend à l'amiable. Mais, si les parties ne sont pas d'accord, la reddition se fera en justice conformément aux règles édictées par les articles 527 à 542 du Code de procédure civile.

4° *Contenu du compte.* — Le compte est un tableau comparatif des recettes et des dépenses.

Au chapitre des recettes figurent tous les biens constatés dans l'inventaire, tous ceux qui ont pu advenir au pupille durant la tutelle, et toutes les sommes touchées par le tuteur, provenant tant du remboursement des créances que des revenus des biens. Il faut y ajouter celles que le tuteur aurait laissé perdre par sa faute, par exemple, en ne plaçant pas les économies et les capitaux.

Au chapitre des dépenses, le tuteur mentionne toutes les dépenses utiles faites pour le pupille et dont il peut justifier d'une façon suffisante (art. 471, 2e al.). On remarquera cette expression de « dépenses suffisamment justifiées » employée par le texte. Le tuteur peut donc faire la preuve de ces dépenses par tous les moyens ; il n'est pas nécessaire qu'il rapporte un acte les constatant chacune distinctement.

Les *frais* nécessités par la reddition de compte seront ajoutés au chapitre des dépenses, car ils incombent au pupille (art. 471, 1er al.). Le tuteur doit seulement les avancer, ce qui s'explique par ce fait que c'est lui qui a en mains les fonds nécessaires. Par application des principes généraux, on doit d'ailleurs décider, nonobstant les termes de l'article 471, que les frais de la reddition de compte resteront à la charge du tuteur, si c'est sa destitution ou son exclusion qui a mis fin à la tutelle. Le mineur en effet ne doit pas voir son patrimoine grevé d'une dépense supplémentaire due à la faute de son tuteur.

5° *Reliquat du compte.* — La comparaison des deux chapitres *Recettes* et *Dépenses*, ou balance du compte, fait ressortir un reliquat, qui peut être à la charge du tuteur ou à celle du mineur. Il y a entre ces deux hypothèses les différences suivantes:

A. — Si c'est le mineur qui reste créancier du tuteur, la somme due par ce dernier portera intérêts *de plein droit* à compter de la clôture du compte (art 474, 1er al.). Au contraire, si c'est le tuteur qui se trouve créancier, les intérêts ne courront à son profit, conformément à la règle qui constitue aujourd'hui le droit commun en matière d'intérêts, qu'à partir du jour où il aura adressé à son débiteur une *sommation* de payer (art. 474, 2e al. Cf. art. 1153 modifié par la loi du 7 avril 1900). La raison de cette différence se trouve dans les sentiments de respect qui pourraient empêcher le mineur d'adresser, par huissier, une sommation à son ancien tuteur, et le priveraient, dès lors, si on lui appliquait le droit commun, des intérêts auxquels il a droit.

Toutefois, le tuteur pourrait réclamer les intérêts à partir d'une date antérieure, s'il était devenu créancier du pupille, non comme tuteur, mais *en qualité de gérant d'affaires*, par exemple, en payant, de ses deniers, les dettes du pupille. En effet, il résulte de l'article 2001 que le mandataire et

le gérant d'affaires ont droit aux intérêts de leurs avances du jour où ils les ont effectuées. Le tuteur pourra donc inscrire dans son compte de tutelle le montant du capital par lui avancé, avec les intérêts légaux, comptés à partir de l'avance (Req., 26 octobre 1910, D. P. 1913.5.32, S. 1912.1.337, note de M. Loubers).

B. — Le mineur, pour assurer le paiement du reliquat qui lui est dû, bénéficie d'une hypothèque légale sur les biens de son tuteur (art. 2121). Le tuteur, lui, n'a pas d'hypothèque ; c'est un créancier simplement chirographaire.

6° *Cas de tutelles successives.* — Lorsqu'il y a eu plusieurs tutelles successives, le mineur peut demander au dernier tuteur un compte qui embrasse toutes les tutelles antérieures qui n'auraient pas été suivies d'un compte régulier. En effet, le dernier tuteur en exercice est en faute de n'avoir pas exigé de comptes du précédent tuteur ; il encourt la responsabilité des agissements de celui-ci, lesquels comprennent, notamment, la négligence qu'il avait lui-même commise en ne se faisant pas rendre compte par le tuteur encore plus ancien, et ainsi de suite.

On voit la complexité des problèmes auxquels donne lieu la reddition du compte de tutelle.

Nous arrivons maintenant à deux séries de règles particulières, édictées par le Code pour parer à deux intérêts auxquels la loi doit, en équité, une égale protection :

1° L'intérêt du mineur, qu'il faut prémunir contre sa propre faiblesse en veillant à ce que le compte auquel il a droit lui soit vraiment et sérieusement rendu.

2° L'intérêt du tuteur, pour qui la tutelle entraîne de lourdes responsabilités, qu'on ne saurait sans exagération laisser peser trop longtemps sur ses épaules.

La reddition de comptes ne doit pas être éludée. — L'autorité légale du tuteur sur l'enfant ne disparaît que pour laisser place, le plus souvent, à une autorité morale, doublée souvent d'un sentiment d'affectueuse reconnaissance, dont un tuteur peu scrupuleux pourrait abuser pour éviter de rendre un compte sincère et complet. Il y a chez le pupille un autre sentiment qui pourrait aussi être exploité : c'est sa hâte, bien naturelle, d'entrer en jouissance de ses biens. Pour avancer ce moment, l'ex-pupille sera souvent trop disposé à donner au tuteur les signatures que celui-ci lui réclamera comme une simple formalité indispensable pour sa mise en possession. Cette signature pourrait consacrer en réalité un acte plus ou moins captieux, sous forme de transaction ou de tout autre traité aboutissant à donner *quitus* à ce tuteur trop ingénieux.

L'ancien Droit prenait déjà des mesures contre un tel péril (Meslé, *op. cit.*, ch. XII, n° 4, p. 374 ; Lamoignon, *op. cit.*, 1re partie, tit. IV, *Des tutelles*, CXXXI et CXXXVI). Le Code civil, à son tour, édicte les précautions suivantes :

1° Il décide (art. 907, al. 2 et 3) que le mineur devenu majeur ne peut

disposer *par testament ou donation* au profit de son ancien tuteur, tant que le compte de tutelle n'a pas été préalablement rendu et apuré. Sont exceptés de cette mesure d'exclusion (qu'il suffit ici de signaler, car on la retrouvera en traitant des donations et testaments) les ascendants qui ont été les tuteurs de l'enfant ;

2° Au chapitre *De la tutelle*, l'article 472 porte que « *tout traité* qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte (*oyant-compte*, vieux mot pour désigner celui qui écoute, qui *ouït* le compte), dix jours au moins avant le traité ».

Plus loin, au titre *Des transactions*, l'article 2045, 2e alinéa, ajoute : « Le tuteur ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 ».

On le voit, pour la validité d'un traité passé entre l'ex-mineur et l'ex-tuteur, la loi exige quatre conditions :

A. — Il faut qu'il y ait eu un compte de tutelle détaillé, article par article, préablement rendu. La loi n'exige pas cependant que cette antériorité résulte d'un acte ayant *date certaine*. Le compte fera donc foi de sa date par lui-même jusqu'à preuve contraire.

B. — Il faut que le compte ait été accompagné des pièces justificatives.

C. — Il faut que l'ex-pupille ait donné récépissé à la fois de la remise du compte et des pièces.

D. — Il faut enfin que dix jours se soient écoulés depuis la date du récépissé.

De cette façon, le mineur ne peut, sous couleur d'un traité plus ou moins sincère passé avec son tuteur, dispenser celui-ci de rendre compte de sa gestion, ni, une fois le compte remis avec ses pièces justificatives, l'accepter hâtivement et les yeux fermés. C'est comme une prolongation de la minorité et de l'incapacité du mineur, au moins lorsqu'il s'agit de donner *quitus* à son tuteur, et cela jusqu'à la reddition de compte ou, pour parler plus exactement, jusqu'au onzième jour qui suivra cette reddition.

Les motifs qui ont inspiré la disposition de l'article 472 vont en déterminer la portée.

A. — Le traité frappé de nullité comme suspect par la loi est celui qui, décoré du nom de transaction ou de tout autre, peut aboutir, en totalité ou en partie, directement ou indirectement, à dissimuler une *quittance* de la gestion du tuteur. Ce sera, par exemple, une mainlevée de l'hypothèque légale du mineur, l'abandon au tuteur, père ou mère de l'enfant, des droits appartenant à celui-ci dans la communauté ayant naguère existé entre ce tuteur et l'auteur prédécédé de l'enfant, le partage d'une succession indivise entre le tuteur et le mineur (V. Trib. Vesoul, 26 juin 1909, *Gaz. Pal.*, 1909. 2.174). En effet, toutes ces conventions peuvent avoir pour effet immédiat ou médiat de dispenser le tuteur de restituer au mineur des sommes ou effets dont il est comptable envers lui. Mais il ne semble pas que la prohibition atteigne un traité qui, par sa nature même, ne peut avoir un

tel résultat. Admettra-t-on par exemple que le mineur ne puisse valablement louer un appartement dans une maison appartenant au tuteur avant le moment fixé par l'article 472 ? Non, évidemment. Cela serait, à notre avis, tout à fait excessif.

B. — Si le compte est rendu non au mineur, mais *à ses héritiers*, l'article 472 ne s'appliquera pas davantage. En effet, dans ce cas, il n'y a pas lieu de redouter l'ascendant personnel du tuteur sur la personne de son co-contractant.

C. — La nullité de la convention prohibée étant inspirée par une pensée de protection en faveur d'un intérêt privé, celui du mineur, est *une nullité relative*. Il en résulte qu'elle ne peut être invoquée que par l'ex-pupille ou ses représentants et, de plus, qu'elle peut se couvrir par une ratification ultérieure (Req., 29 janvier 1894, D. P. 94.1.380, S. 95.1.19). Cette confirmation peut être soit expresse, soit tacite (ce sera, par exemple, l'exécution volontaire du traité par l'ex-pupille). Mais, en tout cas, son efficacité est subordonnée à cette condition que les règles prescrites par l'article 472 auront été observées dans la confirmation ; autrement, en effet, l'acte confirmatif se trouverait entaché du même vice que le contrat à confirmer (Amiens, 15 novembre 1904. D. P. 1905.2.55, S. 1905.2.173).

La responsabilité du tuteur ne peut pas durer indéfiniment. Prescription décennale. — La tutelle, à raison des obligations, des responsabilités, de l'hypothèque légale qu'elle entraîne, est une lourde charge. Il ne faut pas que ses conséquences pèsent trop longtemps sur le tuteur qui l'a gratuitement supportée. De plus, il faut, pour établir le compte de tutelle, des pièces nombreuses qui peuvent se disperser, disparaître avec le temps, sans compter, comme l'a dit Proudhon, que « la défense des tuteurs repose, en grande partie, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface ». Ces diverses raisons ont inspiré aux rédacteurs du Code une grave innovation. Dans l'ancien Droit, la prescription des actions du mineur contre son tuteur était celle du droit commun, c'est-à-dire celle de trente ans (Meslé, *op. cit.*, ch. 12, n° 6, p. 377). Le Code a réduit cette prescription à *dix ans à compter de la majorité* (art. 475). Le délai a encore été raccourci par les législations plus récentes. Ainsi, il est d'une année seulement dans le Code civil suisse (art. 454).

Aux termes de notre article 475, la prescription décennale s'applique « à toute action du mineur contre son tuteur *relativement aux faits de la tutelle* ».

Cette formule embrasse certainement l'*action en reddition de comptes* et l'*action en responsabilité* à raison d'une faute commise par le tuteur dans sa gestion. Inversement, elle ne s'applique pas à l'*action en paiement du reliquat du compte* ni à la *revendication* d'un bien du pupille, dont le tuteur serait resté détenteur. Ces deux actions ne s'éteindraient, conformément au droit commun, que par la prescription de trente ans, car elles sont, l'une et l'autre, étrangères aux faits de tutelle.

Mais, entre ces deux domaines nettement distincts, il y a comme une

zone contestée, comprenant diverses actions dont le caractère et, par conséquent, la prescriptibilité donnent lieu à hésitation.

Il en est ainsi, d'abord, de l'*action en rectification* ou redressement du compte de tutelle à raison des erreurs ou des omissions qu'il contiendrait. Il semble, et telle est, d'ailleurs, l'opinion générale, que la difficulté se résoudra par une distinction. Si l'action se fonde sur une erreur matérielle, sur une faute de calcul, par exemple, elle ne se prescrira que par trente ans ; en effet, la contestation est de telle sorte qu'on peut apprécier la rectification demandée sans avoir à examiner à nouveau les faits de la tutelle. Mais il en sera différemment, et ce sera la prescription de dix ans qui s'appliquera, si le redressement du compte implique un nouvel examen de la gestion du tuteur, par exemple, si l'on demande à faire vérifier un article du chapitre des dépenses qu'on prétendrait avoir été exagéré, ou à rétablir une recette qu'on soutiendrait avoir été omise. En effet, ce qui est en jeu ici, en réalité, c'est une action en *supplément de compte* ; certains faits de tutelle devront être à nouveau appréciés.

Même difficulté pour l'action relative à une *dette du tuteur* envers le mineur, qui remonterait à une date antérieure à la tutelle. La créance du pupille ne doit se prescrire que par trente années, car il ne s'agit pas d'une créance relative à la tutelle. Et il faut ajouter que la prescription n'a pu courir, mais a été, au contraire, *suspendue* pendant toute la durée de la minorité (art. 2252). L'exigibilité de la créance pourra donc se perpétuer très longtemps après la fin de la tutelle. Toutefois, dans une certaine mesure, il y a en question un fait de gestion tutélaire. En effet, durant l'exercice de ses fonctions, le tuteur devait recouvrer les créances de son pupille ; il avait donc le devoir de payer, non seulement en tant que débiteur, mais comme un mandataire légal qui, dans l'espèce, aurait dû *a semel ipso exigere*. Il faut donc apporter une restriction à la solution précédemment admise. Si le tuteur est tenu de sa dette en tant que débiteur jusqu'au bout de la prescription de trente ans, l'hypothèque légale qui garantit seulement ses obligations *en tant que tuteur*, ne pourra être invoquée contre lui que pendant dix années à partir de la majorité.

Il va de soi que, si la gestion tutélaire donne lieu à une action du tuteur *contre le mineur*, cette action ne se prescrira que conformément au droit commun, c'est-à-dire par trente ans à partir du fait qui aura donné lieu à cette action. Ajoutons que, si l'ex-mineur, pour repousser la poursuite de son ex-tuteur, a besoin d'invoquer quelque fait de la gestion de celui-ci, afin d'en tirer, par exemple, une exception de compensation, il sera admis à le faire, alors même que plus de dix ans seraient écoulés depuis sa majorité. Il y a lieu de faire ici application de la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Quant au *point de départ* de la prescription de l'article 475, c'est, nous dit le texte, le moment de *la majorité*. Ces termes sont absolus. Il faut les appliquer même dans le cas où la tutelle aurait pris fin par une autre cause que par l'arrivée du pupille à la majorité, par exemple, par l'émancipation, ou par la destitution du tuteur. Il y a cependant une hypothèse où

cela est absolument impossible : c'est lorsque la tutelle prend fin par la *mort du mineur*. Dans ce cas, la prescription commence à courir contre les héritiers dès le moment du décès. Il est vrai que, si les héritiers du pupille décédé sont eux-mêmes mineurs, la prescription de leur action sera suspendue pendant la durée de leur minorité.

Combinaisons des articles 472 et 475. — On doit se demander à quelle prescription est soumise l'action en nullité que l'ex-pupille peut diriger en vertu de l'article 472, contre le traité qu'il aurait passé avec son ancien tuteur, avant l'expiration des dix jours suivant la remise du compte de tutelle et des pièces justificatives.

On peut en effet hésiter entre deux prescriptions : ou bien celle de l'article 475, qui prend son point de départ dès le jour de la majorité ; ou bien celle que le droit commun organise, dans l'article 1304, pour toutes les actions en nullité, et qui, s'accomplissant également par dix années, commence à courir du jour où a été accompli l'acte annulable. L'intérêt pratique de la question est assez important. En effet, il arrive souvent que de longues années s'écoulent sans que le tuteur songe à rendre ses comptes, ni l'ex-pupille à les réclamer. On peut donc supposer un traité, entre ex-tuteur et ex-pupille, intervenant longtemps après que celui-ci a atteint l'âge de la majorité. Selon que l'on adoptera l'une ou l'autre des deux solutions indiquées, l'ex-pupille bénéficiera d'un délai plus ou moins long pour invoquer la nullité de la convention qu'il aura consentie. En poussant les choses à l'extrême, le système qui appliquerait ici la prescription de l'article 475 aboutirait même à *supprimer* complètement l'action en nullité, si on suppose le traité critiquable passé *plus de dix ans* après la fin de la majorité.

La question a été très controversée dans la Doctrine et a donné lieu à plusieurs opinions. En général, les auteurs se prononcent en faveur de la prescription de l'article 1304. D'une part, le traité qu'il y a lieu d'attaquer n'est pas un fait de tutelle. D'un autre côté, on conçoit difficilement comment la prescription pourrait commencer à courir contre une action qui vient à peine de naître, qui, peut-être n'a pas encore pris naissance. Dans cette opinion, la nullité pourra donc être réclamée pendant dix ans, à partir du traité conclu entre l'ex-tuteur et l'ex-pupille.

Une solution contraire semble résulter d'arrêts de la Cour de cassation (V. not., Civ., 15 février 1882, D. P. 83.1.111), d'où il résulte que l'action en nullité du pupille doit être considérée comme prescrite, quand il s'est écoulé dix ans *depuis la majorité*. Au fond, ce système est, croyons-nous, le plus raisonnable. La loi veut que, passé le délai de dix ans après l'expiration de son mandat, le tuteur soit à l'abri de toute action judiciaire se rattachant à la charge qu'il a remplie. Donc, l'action en nullité du traité qu'il aurait passé à propos de la tutelle avec son ancien pupille doit être écartée de lui comme les autres, une fois le délai écoulé. Certes, la solution adoptée aboutit à réduire parfois considérablement le temps pendant lequel sera recevable l'action en nullité de l'article 472 : mais il n'y

a à cette abréviation aucun inconvénient sérieux. Plus, en effet, le traité passé par l'ex-pupille avec son tuteur s'éloigne du moment où la minorité a pris fin, plus la suspicion d'abus d'influence qui a fait écrire l'article 472 s'affaibit ; plus, par conséquent, il y a de raisons pour abréger le délai pendant lequel peut être intentée l'action en nullité ; plus la nullité elle-même apparaît comme injustifiée.

APPENDICE

APPRÉCIATION CRITIQUE DES RÈGLES DU CODE CIVIL SUR LA TUTELLE.

Le chapitre consacré à la Tutelle est l'un des plus riches du Code en dispositions détaillées. Manifestement, le législateur a voulu tout prévoir. On doit le louer de ce souci de protéger de la manière la plus minutieuse une catégorie particulièrement intéressante d'incapables. Mais il faut bien reconnaître que cet effort n'a pas été couronné de succès. Notre système tutélaire passe avec raison, aux yeux des appréciateurs compétents, pour l'une des parties les plus faibles de notre législation civile [1].

A quoi tiennent ces imperfections ?

Première critique : Inobservation fréquente des règles légales. — Tout d'abord, un fait s'impose à l'observation, c'est que, dans la pratique, les règles édictées par le Code ne sont pas communément observées.

Il arrive très fréquemment que le survivant des père et mère, qu'un ascendant, qu'un parent éloigné qui se charge des enfants, ne réunit pas le conseil de famille, ne fait pas nommer de subrogé tuteur, prend soin de la personne des enfants et même administre leurs biens sans aucun contrôle, sans surveillance. Cette négligence n'est pas réparée par l'initiative du juge de paix, car celui-ci ne connaît pas les situations à raison desquelles il y a lieu de procéder à la réunion du conseil de famille, notamment, il n'est pas informé du décès des parents qui laissent des enfants.

Dans d'autre cas, le survivant des père et mère ou l'ascendant réunit, une fois, le conseil de famille, au moment de l'ouverture de la tutelle ; mais, par la suite, le conseil n'est plus jamais convoqué.

Voici longtemps que cet état de choses a été signalé. En 1872, M. Dufaure, alors ministre de la Justice, avait fait procéder à une enquête sur le fonctionnement des tutelles [2]. Cette enquête a montré combien le nombre des cas dans lesquels la loi n'est pas observée est considérable. Il y avait en effet, à cette époque, en France, 212.784 tutelles irrégulières. Dans les départements du Midi, notamment à Pau et à Toulouse, les deux tiers des tutelles n'étaient pas régulièrement instituées. C'est le fonctionnement des tutelles légales qui était le plus défectueux. A Cherbourg, 90 °/₀ des tutelles

1. V. Gastambide, *L'enfant devant la famille et l'Etat*, thèse 1902, Paris ; Pascaud, *De l'organisation de la tutelle des mineurs*, 1905.

2. Voir le résumé de cette enquête dans le rapport de Jules Favre, *Journal officiel*, 1879, p. 3905.

des enfants pauvres et 66 °/₀ de celles des enfants possédant un patrimoine n'étaient pas constituées (Gastambide, *op. cit.*, p. 287,288).

Ainsi s'est établi, à côté du régime légal, avec tout son appareil de protection compliquée, un régime *de fait* bien différent et n'offrant, cela est trop évident, aucune espèce de garanties.

Pour remédier à d'aussi graves irrégularités, il faudrait donner au juge de paix des moyens d'information et le charger d'organiser les tutelles. A la suite de l'enquête précitée, Jules Favre avait déposé, devant l'Assemblée nationale, une proposition de loi (*J. off.*, 1879, p. 3094) qui ordonnait au maire de chaque commune de porter à la connaissance du juge de paix les décès des parents laissant des enfants mineurs, et confiait au ministère public un devoir de surveillance. A cet effet, les juges de paix devaient lui communiquer chaque année un tableau des tutelles constituées dans le canton. Cette proposition échoua devant le Sénat ; et pourtant elle contenait une réforme vraiment heureuse. Le Code civil suisse l'a du reste adoptée ; son article 368, 2e alinéa, porte que : « les officiers de l'état civil et les autorités administratives et judiciaires sont tenus de signaler sans délai à l'autorité compétente tout cas de tutelle qui parvient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. » Et on trouve une règle analogue dans les Codes civils italien (art. 250) et espagnol (art. 293), et dans la loi allemande du 17 mai 1898 sur la juridiction gracieuse (art. 48)[1].

Deuxième critique : Insuffisance du conseil de famille. — Quand ils sont appelés à fonctionner, les rouages institués par notre Code semblent impuissants et défectueux. En particulier, ce qu'on peut appeler la *pièce maîtresse* de notre système tutélaire, le conseil de famille, n'a donné aucun des résultats espérés. Il n'est pas l'organe de direction que les rédacteurs du Code voulaient établir.

Cette *faillite* d'une institution, que le législateur de 1804 avait enveloppée d'une attention et d'une complaisance marquées, se manifeste de plusieurs façons et tient à diverses causes.

D'abord, le conseil de famille n'est pas un corps permanent ; il ne se réunit que sur une initiative venue du dehors, lorsque l'un de ses membres sollicite sa convocation. Il en résulte qu'il est, en fait, et sauf au début de la tutelle, très rarement convoqué, qu'il ne peut pas exercer une direction effective sur la marche de l'administration tutélaire, et que, trop souvent, nulle autorité ne vient contrôler la gestion omnipotente du tuteur.

Supposons, au contraire, que le conseil de famille soit réuni lorsqu'il doit l'être, son intervention ne constitue trop souvent qu'une garantie illusoire. C'est qu'en effet il est composé, bien des fois, de personnes, parents, alliés ou amis, absolument incapables en affaires et, qui pis est, indifférentes, soucieuses, avant tout, d'éviter toute responsabilité, voire tout dérange-

1. La réforme a été réalisée partiellement chez nous au profit des orphelins de la guerre. En effet, l'article 20 de la loi du 27 juillet 1917 sur les *pupilles de la nation* prescrit au juge de paix du lieu d'ouverture de la tutelle de convoquer d'office le conseil de famille s'il ne l'a pas été à la requête de la famille.

ment. Le Code (art. 412) donne aux membres du conseil de famille la faculté de se faire représenter dans cette assemblée par un mandataire spécial, avec cette seule restriction qu'un fondé de pouvoirs ne peut représenter plus d'une personne. Les membres du conseil usent et abusent de ce droit de se faire remplacer, et l'on voit parfois, surtout à Paris, des conseils de famille presque uniquement composés de clercs d'avoué ou de notaire !

On devine ce que peuvent être des délibérations ouvertes dans de telles conditions. Le tuteur obtient facilement le blanc seing qu'il sollicite. Chacun a hâte de s'en aller, de retourner à ses affaires personnelles. Le juge de paix président, fût-il animé de la meilleure volonté, ne peut suppléer à cette inertie, car il n'a pas les moyens de se renseigner utilement sur la situation vraie de l'incapable. Il ne sait que ce que lui disent les parents, et se trouve réduit à enregistrer leur volonté.

On comprend donc aisément que les législations plus récentes que la nôtre se soient gardées de nous emprunter un rouage qui fonctionne d'une manière aussi défectueuse. Ces législations ont compris que les assemblées de parents ne peuvent, en général, jouer un *rôle de direction et de contrôle.* Aussi remplacent-elles leur intervention par celle d'une *haute tutelle d'Etat* confiée à l autorité judiciaire, qui l'exerce généralement par l'organe d'un *magistrat unique*, spécialisé dans ses fonctions tutélaires où il acquiert, par là même, plus d'expérience et de sûreté. C'est ainsi que nous voyons fonctionner en Allemagne, à peu près dans les cas où intervient notre conseil de famille, le *tribunal des tutelles* (*Vormundschaftsgericht*). En Suisse, des fonctions analogues sont confiées à l'*autorité tutélaire,* ainsi désignée par un vocable assez vague, parce que le Code civil a réservé ici l'autonomie des cantons qui peuvent donner à cette autorité telle ou telle forme particulière, mais toujours en lui maintenant son caractère d'*organe public* représentant, non la famille, mais la protection de l'Etat.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les parents ne soient parfois appelés, dans le Droit allemand et le Droit suisse, à jouer un certain rôle à côté du tuteur. Mais les cas où il en est ainsi sont, paraît-il, en fait, extrêmement rares. En Allemagne, c'est seulement à la demande du survivant des père et mère, du tuteur ou du subrogé tuteur, ou par décision du *tribunal des tutelles*, statuant sur la requête de l'un des parents de l'enfant, que le conseil de famille peut être formé (C. civ., art. 1858 et suiv.). Il remplira dans ce cas les mêmes fonctions que le tribunal des tutelles ; mais il paraît que, dans la pratique, les tutelles organisées de la sorte ne constituent qu'une rare exception. De même, en Suisse, d'après l'article 362 du Code de 1907 : « la tutelle peut être remise *exceptionnellement* à la famille, lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure, notamment pour la continuation d'une industrie ou d'une société. Les droits, les devoirs et la responsabilité de l'autorité tutélaire passent alors à un conseil de famille. »

Nous verrons qu'en France la législation la plus récente s'est inspirée d'idées analogues en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels. Là, les fonctions du conseil de famille sont exercées par le tribunal. Ce système encore bien neuf semble jusqu'à présent donner de bons résultats, qui

conduiront peut-être le législateur à l'étendre, au moins dans certains cas et avec les modalités convenables, à la tutelle des enfants légitimes.

Troisième critique : Trop de tutelles légales. — On peut encore critiquer, dans notre loi, l'attribution trop fréquente de la tutelle à des tuteurs légaux, qui n'ont pas toujours la compétence ni surtout l'activité désirables. Certes, il n'y a rien à reprendre dans la règle qui fait des père et mère survivants les tuteurs de leurs enfants. Nul n'est mieux désigné pour exercer cette fonction. Mais on n'en dira pas autant des ascendants, souvent trop âgés pour être de bons tuteurs. Il ne faut pas oublier que, dans l'ancien Droit français, la tutelle était toujours dative. Cette solution est aujourd'hui celle du Code civil suisse. Son article 380 se contente de dire que l'autorité tutélaire doit nommer de préférence, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'un des proches parents ou alliés. Il est vrai que, dans le Code civil allemand, le *tribunal des tutelles* qui, toujours, est appelé à donner l'investiture au tuteur, doit, à défaut de tuteur testamentaire, désigner le grand-père paternel ou le grand-père maternel, sauf dans certains cas déterminés (art. 1776, 1778, 1780 à 1784).

De ces deux systèmes étrangers, c'est le système du Code helvétique sur lequel il paraîtrait désirable que la loi française se modelât.

Quatrième critique : Insuffisance de formalités dans certains cas, excès dans certains autres. — Le fonctionnement de notre tutelle ne donne pas lieu à moins de critiques que son organisation.

Tout d'abord, malgré les progrès incontestables réalisés depuis la loi de 1880, il y a encore des cas où le tuteur peut accomplir sans contrôle des actes qui devraient être surveillés. Nous en avons signalé un en parlant de son pouvoir d'encaisser les capitaux librement et d'en donner décharge, sans avoir même à aviser le subrogé tuteur.

De même, l'obligation de rendre compte, imposée au tuteur seulement à la fin de sa gestion, est insuffisante. La loi permet bien au conseil de famille d'imposer des comptes annuels à remettre au subrogé tuteur sous le nom d'*états de situation* ; mais c'est là une pure faculté, dont il ne semble pas qu'il soit souvent fait usage en pratique. Et cette faculté n'existe même pas lorsque le tuteur est le père ou la mère de l'enfant. D'après le Code civil suisse, au contraire, le tuteur « doit tenir des comptes qu'il remet à l'autorité tutélaire aux époques fixées par elle *et tous les deux ans au moins* » (art. 413, 2e al.). D'après le Code civil allemand (art. 1840), le compte doit être rendu chaque année ; si l'administration est peu étendue, le tribunal des tutelles peut, lorsque le compte pour la première année a été rendu, ordonner que le compte se fera pour des périodes plus longues, *mais ne pouvant excéder trois ans.*

En revanche, là où notre loi exige des formalités, elle le fait trop souvent avec une profusion qui dépasse la mesure, et se retourne contre l'intérêt du pupille, à cause des frais et des lenteurs qui sont ainsi imposés à des opérations cependant indispensables. Une délibération du conseil de fa-

mille, laquelle entraîne environ 40 francs de frais, un jugement d'homologation du tribunal, lequel revient à environ 80 francs, en tout 120 francs, c'est beaucoup trop quand il s'agit de vendre ou d'acheter une parcelle immobilière ou des valeurs mobilières s'élevant à quelques centaines ou milliers de francs ! sans compter que la lenteur inévitable de ces formalités empêche trop souvent de saisir les occasions favorables de vendre et d'acheter. Evidemment, l'homologation du tribunal, quand elle est exigée, fait double emploi avec la délibération du conseil de famille. La décision judiciaire devrait suffire. C'est d'ailleurs la solution que la loi consacre, on s'en souvient, lorsqu'il s'agit des conventions relatives à une expropriation pour cause d'utilité publique poursuivie contre un mineur. Il faudrait généraliser cette règle spéciale. Il faudrait aussi écheniller et réduire considérablement les formes qui sont prescrites et les frais scandaleux qui en sont la conséquence, dans les partages de successions intéressant les mineurs.

CHAPITRE III

ADMINISTRATION LÉGALE[1]

Généralités. Historique. La loi du 6 avril 1910. — L'administration légale, à la différence de la tutelle, n'a trait qu'à la gestion du *patrimoine* du mineur et non au soin et à la direction de sa personne. Pour qu'elle existe, il faut supposer, on s'en souvient, qu'il s'agit d'un *enfant légitime, ayant encore à la fois son père et sa mère*. Alors, c'est à titre d'*administrateur légal* que le père ou, plus exactement, celui des auteurs de l'enfant qui possède sur lui la puissance paternelle, assure la gestion de son patrimoine. On sait que, au contraire, si le père ou la mère était mort, l'auteur survivant de l'enfant, bien qu'investi de la puissance paternelle sur sa personne, administrerait son patrimoine en qualité de *tuteur*.

Quelles différences y a-t-il entre la tutelle et l'administration légale ? A première vue, on peut dire, d'une part, que l'administrateur exerce des pouvoirs plus étendus que ceux d'un tuteur, et, d'autre part, que le mineur possède, à son encontre, moins de garanties qu'à l'égard d'un tuteur. Les raisons de ce contraste sont diverses. D'abord, l'administration légale supposant que le père et la mère de l'enfant sont l'un et l'autre vivants, on peut considérer que la mère exercera sur la gestion du père un contrôle aussi efficace que celui d'un subrogé tuteur ou d'un conseil de famille. Ensuite et surtout, il est rare qu'un enfant acquière des valeurs avant le décès de l'un de ses parents ; il paraît donc peu utile de soumettre à une réglementation minutieuse les pouvoirs de celui que la loi charge de la mission probablement fort platonique d'administrer son patrimoine.

Mais, lorsqu'en dehors de ces généralités, on cherchait à préciser les règles détaillées de l'administration légale, on se trouvait naguère en présence de l'une des notions les plus obscures et les plus controversées de notre Droit civil. Les difficultés multiples, les divergences doctrinales et es incertitudes de la Jurisprudence, auxquelles on se heurtait presque à chaque pas, tenaient au laconisme excessif du Code qui — sans doute à cause du mutisme à peu près complet de nos anciens auteurs en cette matière — s'était contenté de dire dans le seul article 389 : « Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mi-

1. Capitant, *La loi du 6 avril 1810*, dans Revue trimestrielle de droit civil, 1910, p. 271 ; Bartin, *Rapport à la Société d'Etudes législatives*, avec textes et discussion dans le Bulletin de la Société, 1906, p. 297, 333 ; Wagner, *L'administration légale des biens personnels des enfants mineurs*, Revue trimest. de droit civil, 1902, p. 782 ; de Chauvigny de Blot, *De l'administration légale : étude comparée de la loi du 6 avril 1910 et de la jurisprudence antérieure*, thèse, Paris, 1912.

neurs » ; à quoi l'alinéa 2 du même article ajoutait que le père est comptable des biens dont il a l'administration.

On pourra se rendre compte de l'interprétation donnée à cet article 389, avant 1910, par la Jurisprudence, en indiquant les différences principales qu'elle faisait ressortir entre la tutelle et l'administration légale :

1° Les biens de l'administrateur légal ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit des mineurs.

2° Il y a pas de subrogée tutelle organisée à côté et comme contrôle de l'administration légale.

Comment faire, dès lors, quand les intérêts du mineur et ceux de son administrateur légal se trouvaient en opposition ? Qui représentait le mineur dans ce cas ? Il y avait controverse sur ce point. L'opinion la plus généralement admise était qu'il y avait lieu de faire représenter l'enfant par un *administrateur ad hoc* désigné par le tribunal (Req., 13 juillet 1903. D. P. 1904.1.22, S. 1904.1.21).

3° L'administrateur légal exerce ses fonctions sans l'assistance et sans le contrôle d'un conseil de famille.

4° Résultait-il de l'absence de ce conseil de famille, organe le plus essentiel de la haute tutelle, que l'administrateur légal pût accomplir, sans aucun contrôle, tous les actes relatifs à la gestion du patrimoine, y compris ceux qui, pour le tuteur, requièrent l'autorisation du conseil de famille, voire même l'homologation judiciaire ? Spécialement, y avait il lieu d'appliquer aux actes concernant les valeurs mobilières de l'enfant soumis à l'administration légale les règles de la loi du 27 février 1880 ? C'est sur ces points que régnait la plus grande incertitude. Certains arrêts admettaient ici une distinction assez raisonnable reposant sur ce fait que, des deux pouvoirs de haute tutelle, il en est un, le conseil de famille, dont il est impossible de concevoir l'intervention, parce que la loi ne l'organise que dans l'hypothèse de la tutelle, mais qu'il en est un autre, le tribunal, que son fonctionnement permanent permet de faire intervenir même en dehors de ce cas. En conséquence, ces décisions admettaient que l'administrateur légal pouvait accomplir *seul* tous les actes qu'un tuteur peut faire seul, et aussi tous ceux qui nécessitent, de la part d'un tuteur, l'autorisation du conseil de famille ; au contraire, lorsqu'il s'agit d'actes qui, sous la tutelle, requièrent à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, on enseignait dans ce système, que le père, administrateur, avait besoin de se faire autoriser par le tribunal, et que cette autorisation était pour lui à la fois nécessaire et suffisante (Douai, 22 janvier 1894. D. P 94.2.296, S. 94.2.311. Cf. Trib. Seine, 8 novembre 1898, S. 99.2.316). Mais ce système ne reposait, il faut le reconnaître, sur aucune base solide. En particulier, une application, même partielle, des formalités de la loi de 1880 aux actes de l'administrateur légal sur les valeurs mobilières de l'enfant paraissait inadmissible, car un amendement en ce sens avait été formellement repoussé lors de la discussion de la loi de 1880 (Sénat, séance du 17 février 1880) et un projet de loi, reproduisant cet amendement, objet d'un rapport défavorable devant la Chambre des députés (Chambre, séance du

4 juillet 1887), n'était même pas venu en discussion. L'opinion la plus logique était donc celle qui, sans aucune distinction ni réserve, affranchissait le père, administrateur légal, de tout contrôle dans son administration. Et, bien que cette doctrine rencontrât, en pratique, une certaine résistance de la part des agents de change, c'est elle qui avait été, en dernier lieu, consacrée par la Cour de cassation (Req., 5 janvier 1903, D. P. 1903.1.24, S. 1903.1.78). Or, elle aboutissait parfois à des conséquences néfastes pour les intérêts de l'enfant. On avait vu notamment un arrêt de la Cour de cassation (Civ., 29 juillet 1903, D. P. 1904.1.196, S. 1903.1.520) admettre que le père, administrateur légal, étant investi de la disposition des actions mobilières appartenant à son enfant mineur, avait le droit de transiger à son gré sur les conséquences d'un accident du travail survenu à cet enfant, et même de disposer à son profit personnel de l'indemnité ainsi obtenue ! De même, le père administrateur légal pouvait aliéner sans aucune formalité les valeurs mobilières appartenant au mineur (Besançon, 11 novembre 1898, D. P. 99.2.81, S. 1902.2.41, note de M. Wahl). Et cette solution était d'autant plus regrettable que la loi de 1880 avait abrogé la loi du 24 mars 1806 relative aux rentes sur l'État des mineurs, et le décret du 25 septembre 1813 sur les actions de la Banque de France leur appartenant. L'enfant soumis à l'administration légale, se trouvant, d'autre part, privé des garanties nouvelles instituées en 1880 pour remplacer, au profit des mineurs en tutelle, celles qui résultaient de ces anciens textes, ne bénéficiait donc plus d'aucune espèce de protection. En ce qui le concerne, la législation loin de progresser, avait reculé ; elle le laissait entièrement à découvert !

5° L'obligation de rendre compte pèse sur l'administrateur comme sur le tuteur ; mais on admettait qu'il ne fallait pas appliquer à cette reddition de compte les règles spéciales établies par le Code pour les comptes de tutelle, soit dans l'article 475 (prescription décennale de l'action), soit dans l'article 474 (intérêts courant de plein droit contre le tuteur), soit dans l'article 472 (nullité des décharges et transactions intervenues moins de dix jours après la reddition du compte avec pièces à l'appui). Les comptes de l'administrateur étaient donc soumis à l'application pure et simple du droit commun (Req., 30 janvier 1866, D. P. 66.1.172, S. 66.1.204).

6° Il était douteux — la Cour de cassation ne s'étant jamais prononcée sur ce point — qu'il fût possible d'appliquer à l'administrateur légal la disposition de l'article 444 permettant de prononcer la destitution du tuteur, quand sa gestion accuse son infidélité ou son incapacité. On ne pouvait donc avec certitude atteindre l'administrateur, en pareil cas, que d'une manière indirecte, en utilisant contre lui soit la déchéance qu'encourt l'usufruitier pour abus de jouissance, soit les déchéances de la puissance paternelle prononcées par les lois de 1889 et de 1898.

Une réforme était, en somme, nécessaire. Elle fut accomplie par la loi du 6 avril 1910 qui, introduisant dans l'article 389 de nombreux alinéas nouveaux, règle maintenant, d'une façon détaillée, à la fois l'*étendue* des pouvoirs de l'administrateur légal et l'*attribution* de ces pouvoirs, point souvent délicat et sur lequel le Code était resté complètement muet.

Etendue des pouvoirs de l'administrateur légal. — Plusieurs systèmes législatifs s'offraient au choix des rédacteurs de la loi de 1910. Celui du Code civil italien (art. 224 à 227) distingue entre les actes d'administration et les actes de disposition, exigeant pour ceux-ci l'autorisation de justice, permettant au père d'accomplir les autres librement. Le Code civil suisse (art. 290 et s.)., au contraire, laisse au père les plus larges pouvoirs de gestion, mais en donnant à la justice la mission de prendre, en cas de besoin, des mesures de protection. Le Code civil allemand (art. 1638 et s.) suit un système mixte. Il exige l'approbation du tribunal des tutelles pour les actes de disposition ; mais, en vue d'éviter des lenteurs qui pourraient être préjudiciables au mineur dans la réalisation de valeurs de bourse menacées de baisse, il n'impose aucune formalité ni pour la conversion ni pour l'aliénation de ses valeurs mobilières.

C'est, à notre avis, le premier système qui vaut le mieux ; c'est lui qui garantit le plus efficacement les intérêts du mineur. On peut lui reprocher sans doute d'alourdir l'administration, de la rendre plus coûteuse et de retarder des actes qu'il peut être parfois urgent d'accomplir, comme la vente de titres de bourse qui périclitent. Mais la complète indépendance du père offrirait bien d'autres dangers ; il est nécessaire de garantir le mineur contre la tendance assez fréquente chez l'administrateur à considérer les biens qu'il gère comme lui appartenant en propre.

La loi de 1910 se rapproche de ce premier système, mais sans s'y rattacher expressément. Elle a suivi, en effet, un autre procédé, qui n'est pas sans inconvénient, et c'est en comparant les pouvoirs de l'administrateur à ceux du tuteur qu'elle en a délimité l'étendue.

1° L'administrateur légal est soumis au contrôle du tribuual, mais non à celui du conseil de famille. L'article 389, al. 6, en effet, est ainsi conçu :

L'administrateur légal « accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille et, avec l'autorisation du tribunal, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation ».

C'est là, on le voit, la consécration de la distinction que nous avons relevée, avant 1910, dans un certain nombre d'arrêts. Cette distinction correspond à peu près à celle des actes d'administration et des actes de disposition. Nous disons *à peu près*, parce que la liste des actes que le tuteur peut accomplir seul ou avec la simple autorisation du conseil de famille, liste qu'il est superflu de reproduire ici, comprend, on s'en souvient, nombre d'opérations qui dépassent la portée des actes d'administration ; nous citerons notamment l'aliénation des meubles corporels ou des valeurs mobilières jusqu'à 1.500 francs. L'administrateur légal pourra donc accomplir ces opérations librement.

En revanche, il sera obligé de requérir l'autorisation de justice pour les actes suivants :

A. — Aliéner les meubles incorporels dont le montant dépasse 1.500 fr en capital ;

B. — Convertir les titres nominatifs en titres au porteur, quand leur valeur excède ce chiffre ;

C. — Aliéner les immeubles ;
D. — Emprunter ;
E. — Constituer des droits réels sur un immeuble ;
F. — Transiger.

Le pouvoir qui appartient au tribunal d'accorder ou de refuser l'autorisation implique naturellement pour lui, au cas où il la donne, la faculté de prescrire toutes les mesures qu'il juge utiles (Req., 12 juillet 1921, D. P. 1922.1.177, note de M. Savatier).

Remarquons que la possibilité pour le père de se passer du contrôle d'un conseil de famille lui permettra d'esquiver l'homologation judiciaire quand il s'agit de l'aliénation de valeurs mobilières excédant 1.500 francs. Il n'aura qu'à échelonner l'aliénation en ventes partielles successives inférieures à ce chiffre, pour tourner aisément les prescriptions de la loi.

2° En outre de la protection résultant pour le mineur de l'intervention de la justice dans les actes de disposition les plus importants, l'article 389 (nouveau) impose à l'administrateur légal certaines des obligations incombant au tuteur (parfois avec quelques modifications). Ces obligations sont :

A. — L'emploi des capitaux appartenant au mineur lorsqu'ils s'élèvent à plus de 1.500 francs (art. 389, 7e al.) ;

B. — La conversion des titres au porteur en titres nominatifs, du moins lorsqu'ils sont convertibles, sans d'ailleurs « que les tiers aient à surveiller cet emploi ou cette conversion » (art. 389, 7e al.) ;

C. — Enfin — pour employer le procédé d'énumération de la loi de 1910 — toutes les obligations, résultant des articles 457, 458, 460, 461 *in fine*, 462, 466, 467, dernier alinéa, du Code civil, 953 et suivants, livre II, titre VI du Code de procédure civile, 2, 3, 10 et 11 de la loi du 27 février 1880 (art. 389, 8e al.). En d'autres termes, on applique aux emprunts des mineurs soumis à l'administration légale, à la vente et à la licitation des immeubles leur appartenant par indivis, à l'acceptation des successions qui leur échoient, aux partages et aux transactions les intéressant, ainsi qu'à l'aliénation de leurs valeurs mobilières, les mêmes règles et formes particulières que celles qui sont requises pour les mineurs en tutelle.

Cette dernière extension ne nous paraît pas heureuse. Il est mauvais d'imposer au père des formalités dispendieuses et compliquées telles que celles du partage judiciaire ou de l'aliénation des immeubles, dont tout le monde s'accorde à reconnaître les mauvais effets.

3° Enfin, la reddition des comptes de l'administrateur légal est soumise aux articles 469, 471, 472, 473, 474, 475, c'est-à-dire aux mêmes règles spéciales que la reddition des comptes de tutelle (art. 389, 11e al.).

Attribution de l'administration. — L'administration des biens d'un enfant qui a encore son père et sa mère peut appartenir selon le cas : 1° au père, 2° à la mère, 3° à un tiers.

1° L'article 839 décide, comme l'ancien texte, que l'administration légale appartient au père, *du vivant des deux époux*. En cas de divorce ou de séparation de corps, nous avons vu plus haut que la loi attribue l'administration

à celui des deux époux auquel est confiée la garde de l'enfant, mais en réservant pour le tribunal la faculté d'en ordonner autrement art. 389, 3e al.).

2° L'administration *doit* ou *peut* être enlevée à celui auquel elle est confiée, que ce soit le père, la mère ou un tiers, dans certains cas. *De plein droit*, tout d'abord, elle cesse d'appartenir à toute personne interdite, pourvue d'un conseil judiciaire, déclarée en état d'absence ou déchue de la puissance paternelle. D'autre part, elle *peut* être retirée à l'administrateur par le tribunal statuant à la requête de l'autre auteur de l'enfant, de tout parent ou allié, ou du ministère public, pour toute *cause grave* (art. 389, 9e al.). Le tribunal jouira ici d un pouvoir d'appréciation souverain. Au nombre des causes graves qui pourront le déterminer à prononcer la déchéance, on peut évidemment ranger la folie non suivie d'interdiction de l'administrateur légal, ou le fait qu'un jugement prononçant la séparation de biens aura été rendu contre lui[1].

On remarquera que, lorsque le père est déchu de l'administration, la mère en est de droit investie avec les mêmes pouvoirs que lui, sans avoir besoin de son autorisation maritale art. 389, 2e al.)

3° Il y a trois hypothèses où on rencontre un administrateur autre que le père ou la mère :

A. — En cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et son administrateur légal, l'article 389, 4e al. consacrant, en cela, la jurisprudence antérieure, décide qu'il doit être donné à l'enfant un administrateur *ad hoc*, nommé par le tribunal, pour le représenter dans l'affaire qui donne lieu à cette opposition.

B. — Dans le cas où le père et la mère ont l'un et l'autre encouru la déchéance de l'administration légale, il y a lieu encore à la nomination, par le tribunal, d'un administrateur, général, cette fois, que l'alinéa 4 de la loi qualifie cependant, à tort, d'administrateur *ad hoc*. Cet administrateur aura les mêmes pouvoirs que le père ou la mère, sauf au tribunal à lui imposer telles garanties qu'il jugera nécessaires. Il en sera de même, croyons-nous, en cas de divorce et de séparation de corps, si le tribunal estime qu'il est utile pour l'enfant de ne confier l'administration de ses biens ni au père ni à la mère.

C. — Enfin, aux termes de l'alinéa 1er de l'article 389, qui a consacré, sur ce point encore, les solutions antérieures de la Jurisprudence (Nîmes,

1. Le texte voté par le Sénat, dans sa séance du 11 février 1909, décidait que l'administration légale était enlevée *de plein droit* « au mari séparé de biens en vertu de l article 1443 du Code civil ». Mais il s'est passé ce fait étrange, que ce membre de phrase ne figure pas dans la lettre datée du 13 février par laquelle le président du Sénat transmettait le projet à la Chambre des députés. Celle-ci ayant adopté ce projet sans discussion, la loi a été promulguée telle quelle, sans que personne se soit aperçu *qu'elle est en realité inconstitutionnelle*, puisque le texte voté par la Chambre des députés *n'est pas conforme au texte voté par le Sénat* et que cette assemblée n'a pas ensuite adopté la modification introduite — inconsciemment — par la Chambre. La singularité du fait nous a paru mériter d'être signalée. Elle a été révélée par la thèse de notre élève M. Flattet, *Etude sur l'administration légale*, Paris, 1911, p. 108, et nous avons vérifié l'exactitude de ses remarques sur ce point.

16 avril 1907, D. P. 1908.2.331, S. 1908.2.66), le donateur ou testateur, qui fait une libéralité au mineur, peut désigner un tiers autre que le père ou la mère pour administrer les biens donnés. La loi ayant malheureusement gardé le silence sur l'étendue des pouvoirs de cet administrateur, il nous semble résulter des principes généraux qu'il ne pourra accomplir seul que les actes d'administration, et devra demander l'autorisation du tribunal pour tout acte de disposition.

Parallèle entre l'administration légale et la tutelle. — De la réforme législative, en somme très heureuse, accomplie en 1910, il ressort que les différences suivantes, dont quelques-unes paraissent, à la vérité, fortuites distinguent dorénavant l'administration légale de la tutelle :

1° Absence de tout organe analogue à la subrogée tutelle.

2° Absence de conseil de famille.

3° Comme corollaire de ce qui précède, pouvoir pour l'administrateur légal d'accomplir seul, non seulement les actes qu'un tuteur pourrait faire de même, mais encore ceux que le tuteur ne pourrait accomplir qu'avec l'approbation du conseil de famille. Intervention du seul rouage judiciaire dans les actes qui, de la part du tuteur, exigent à la fois une délibération de l'assemblée familiale et l'homologation du tribunal.

4° Pas d'hypothèque légale sur les immeubles de l'administrateur légal.

5° Précision plus grande dans les dispositions visant la déchéance ou l'exclusion de l'administrateur que dans celles qui ont trait à la destitution du tuteur. On comparera, à cet égard, les termes de l'article 389, 9e al. avec ceux des articles 443 et 444. La déchéance est prononcée par le tribunal et non par le conseil de famille.

6° Fixation au chiffre invariable de 1.500 francs de la somme à laquelle commence pour l'administrateur l'obligation de placer les deniers du pupille. Sous la tutelle, au contraire, il n'y a pas de règle uniforme ; c'est le conseil de famille qui détermine le chiffre en question dans sa première séance, au moins pour les économies faites sur les revenus.

7° Lorsqu'il s'agit de consentir une transaction, l'article 389, 8e al. appliquant à l'administration légale le dernier alinéa seulement, et non le premier, de l'article 467, il en résulte que l'administrateur n'a pas besoin, comme le tuteur, de provoquer, outre l'approbation du tribunal, une consultation de trois jurisconsultes.

8° La même disposition ayant négligé de comprendre l'article 450 parmi ceux qui sont applicables à l'administrateur légal, il en résulte que celui-ci a le droit, à la différence du tuteur, de prendre à bail ou d'acheter les biens du mineur, même d'acquérir une créance contre lui.

9° Même omission pour l'article 451. Il en résulte que l'administrateur légal n'est pas, comme tel, obligé à faire inventaire des biens de l'enfant. Il est vrai que, le plus souvent, il sera assujetti à cette obligation en qualité d'*usufruitier*.

CHAPITRE IV

TUTELLE ET PROTECTION DES ENFANTS NATURELS

Généralités. Historique[2]. **Loi du 2 juillet 1907.** — La question de la protection des mineurs enfants naturels, présente un grand intérêt pratique dans une société où le nombre des enfants nés hors mariage est malheureusement très grand, surtout dans les classes pauvres, et où parmi les enfants naturels beaucoup ne sont reconnus ni par leur père ni par leur mère[3].

Dans notre ancien Droit, l'enfant né hors mariage était considéré comme n'ayant pas de famille. Aucun lien juridique n'existait en somme entre lui et ses auteurs. Il n'était pas soumis à la puissance paternelle ; il n'avait pas besoin du consentement de ses auteurs pour se marier. Il ne leur succédait pas, et ne pouvait recevoir d'eux une libéralité par donation ou testament, si ce n'est à titre particulier. Cependant, on admettait qu'il devait porter le nom de celui de ses auteurs à l'égard duquel sa filiation était établie et, spécialement, le nom de son père s'il avait été reconnu par les deux.

La Révolution qui, dans une pensée de justice et d'égalité abstraites, avait voulu effacer toute infériorité sociale des enfants illégitimes, leur donna bien, dans la succession de leurs père et mère, des droits égaux à ceux des enfants légitimes (Décret des 4 juin 1793 et 12 brumaire an II), mais elle négligea d'organiser la puissance paternelle à leur égard.

1. V. Henri Rousseau, *La minorité des enfants naturels*, 1908 ; Roux, *De la condition des enfants naturels dans le Code civil allemand* (thèse Paris, 1902).

2. V. Brissaud, *Manuel*, p. 134 et s. ; Laferrière, *Histoire du Droit français*, éd. 1838, t. II, p. 330 et s.

3. L'importance de la natalité illégitime dans notre pays et la nécessité d'une protection sociale sérieuse pour les enfants naturels résulte du tableau suivant :

Années	Enfants nés vivants. Naissances légitimes. mille	Enfants nés vivants. Naissances illégitimes. mille	Enfants morts nés. mille
1810	880	52	
1870	873	70	
1900	754	73	41
1910	707	67	36
1913	680	66	34
1914	544	50	27
1915	344	43	17
1916	270	43	16
1917	294	48	16

Le nombre des enfants morts nés est intéressant, parce que la plupart sont des enfants conçus hors mariage et victimes de manœuvres abortives.

D'autre part, la moyenne des reconnaissances est d'un peu plus d'une cinquantaine pour 1000 naissances.

Le Code civil, replaçant, au point de vue successoral, les enfants naturels dans un rang inférieur à celui des enfants nés du mariage, ne consacre à leur situation de famille que des textes très insuffisants. L'article 158 porte seulement que l'enfant naturel qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement de celui de ses père et mère qui l'a reconnu, et l'article 383 décide que les dispositions du Code relatives au droit de correction paternelle sont applicables aux enfants naturels comme aux enfants légitimes. Il semblait bien résulter de ces dispositions, surtout de la deuxième, que les enfants naturels reconnus étaient placés sous la puissance paternelle. Mais à qui appartenait cette autorité en cas de double reconnaissance, simultanée ou successive? Et par quelles modalités différait-elle de la puissance paternelle résultant du mariage? Le Code restait muet sur ces deux points. De là la plus grande indécision dans la Doctrine et dans la Jurisprudence.

En ce qui concerne l'*attribution* de l'autorité parentale sur l'enfant naturel mineur, on pouvait hésiter entre plusieurs systèmes. Sans parler de celui des *législations de parenté maternelle* (Angleterre, Allemagne), qui attribuent l'autorité à la mère et ne font, en dehors de l'obligation alimentaire, dériver aucun effet juridique de la reconnaissance faite par le père, on pouvait invoquer de bons arguments en faveur de la prééminence paternelle. Ce système, qui est celui des Codes civils italien et espagnol, et fait de l'organisation de la famille naturelle un décalque de celle de la famille légitime, offre cet avantage de ne point placer l'enfant dans une situation extérieurement différente de celle des autres mineurs. Cependant, certains auteurs préconisaient l'attribution de la puissance paternelle à celui des deux auteurs de l'enfant qui l'aurait reconnu le premier, solution peu rationnelle, semble-t-il à première vue, car l'autorité parentale ne saurai être le prix de la course, et il est inexact de supposer *a priori* que l'auteur de la première reconnaissance a fait preuve d'une sollicitude plus tendre pour l'enfant, une foule de circonstances fortuites pouvant retarder une reconnaissance, ne fût-ce, par exemple, que l'état de santé de la mère retenue dans son lit pendant les premiers jours qui suivent l'accouchement. Enfin, une dernière opinion, s'appuyant sur la juste analogie qui existe entre la situation de deux concubins qui ont l'un et l'autre reconnu leur enfant sans s'épouser et celle de deux époux divorcés, enseignait qu'il appartenait à la justice de régler l'attribution de l'autorité parentale sans autre considération que celle de l'intérêt de l'enfant (En ce sens Douai, 6 février 1899, D. P. 1900.2.175).

L'incertitude n'était pas moins grande relativement au *contenu* de la puissance paternelle exercée sur les enfants naturels. Il y avait bien, en dehors des droits visés expressément par les articles 158 et 383, certains attributs de cette puissance sur lesquels on tombait assez aisément d'accord. Il en était ainsi du droit de consentir à l'adoption de l'enfant naturel (art. 348), ou à l'établissement sur sa personne de la tutelle officieuse (art. 361), du droit d'émancipation (art. 477), de celui d'accepter une donation ou d'autoriser un engagement dans l'armée ou la marine. Mais il n'en allait pas de

même pour les attributs de l'autorité paternelle relatifs au patrimoine du mineur, droit de jouissance et administration légale. En général, on refusait aux parents naturels l'usufruit légal des biens de leur enfant mineur, avantage dont le texte de l'article 384 (ancien) semblait bien faire une conséquence du mariage. Et, de même, après plus d'hésitation, il est vrai, la Jurisprudence inclinait à décider que le père naturel ne pouvait prétendre à l'administration légale du patrimoine de l'enfant et, en particulier, à l'exercice des actions en justice lui appartenant (Paris, 17 mars 1897, D. P. 97.2.215). Le mariage seul, en effet, par le contrôle mutuel des deux parents, peut justifier l'absence de garanties et de limite à la liberté d'action du mandataire légal, qui caractérise cette forme d'administration. En conséquence, l'enfant naturel, quand bien même il aurait été reconnu et, dès lors, placé sous la puissance paternelle, devait être soumis, pensait-on, quant à ses biens, au régime de la tutelle. Restait à savoir quel genre de tutelle il y avait lieu d'appliquer. Pendant longtemps on avait admis que c'était la tutelle légale des père et mère. Puis l'opinion contraire avait prévalu. Et la Cour de cassation avait décidé que le tuteur devait être nommé par le conseil de famille (Req., 16 novembre 1898, D. P. 99.1 218, S. 99.1.24). Il faut ajouter que, l'enfant naturel ayant rarement un patrimoine personnel, l'organisation de cette tutelle n'avait pas lieu fréquemment en fait. La Cour de cassation paraissait même poser en principe que, la loi n'ayant pas fixé le moment de l'ouverture de la tutelle des enfants naturels, il n'y avait lieu de l'organiser que quand l'intérêt de l'enfant ou celui des tiers l'exigeait (Req., 10 novembre 1896, D. P. 99.1.209, note de M. Léon Michel, S. 97.1.321, note de M. Tissier).

Il n'y a pas besoin de faire ressortir tous les inconvénients d'une doctrine et d'une jurisprudence aussi peu assises. En somme, la protection légale des mineurs enfants naturels était très insuffisamment assurée par notre loi. Le système suivi forcément par les interprètes, système qui consistait à adapter tant bien que mal à la situation de ces enfants des textes écrits pour les mineurs issus d'un mariage légitime et vivant, par conséquent, dans des conditions tout à fait différentes, était rationnellement défectueux. Encore n'avons-nous rien dit des conséquences auxquelles il aboutissait en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs de haute tutelle. Pour l'enfant naturel comme pour le légitime, on chargeait le conseil de famille de nommer et de contrôler le tuteur. Or l'enfant naturel, *légalement*, n'a pas de famille ; il n'en a pas, non plus, *en fait*, lorsqu'il n'a pas été reconnu. Son conseil de famille ne pouvait donc guère être composé que d'*amis*, c'est-à-dire de personnes de bonne volonté, désignées pour leurs sentiments plus ou moins vagues d'affection ou de sympathie envers l'enfant. L'utilité d'un tel rouage était évidemment à peu près nulle.

C'est pour réformer cet état de choses que fut votée, non sans études préalables, mais sans aucune discussion publique, la loi du 2 juillet 1907 dite « loi relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels », qui a modifié les articles 383, 384 et 389 (al. 12 et s.) du Code civil, et dont nous allons maintenant analyser les dispositions.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'en fait un grand nombre d'enfants naturels, particulièrement parmi ceux qui n'ont pas été reconnus, sont placés sous un régime spécial ; ce sont ceux qui rentrent dans la catégorie des *enfants assistés* dont nous n'avons pas à reparler ici. Contentons-nous de rappeler qu'en vertu de la loi du 27 juin 1904 (art. 11 à 18), ils sont placés, en province, sous la tutelle du préfet ou de son délégué, l'inspecteur départemental, dans le département de la Seine, sous celle du directeur de l'Assistance publique.

Organisation de la protection légale de l'enfant naturel. — Le système de la loi du 2 juillet 1907 tient dans quatre règles principales :

1° La puissance paternelle est dévolue *au père ou à la mère qui a reconnu l'enfant*. En cas de *reconnaissance simultanée*, la puissance paternelle appartient aux deux parents, mais elle est exercée par le père seul ; en cas de prédécès de celui des parents auquel appartient la puissance paternelle, le survivant en est investi de plein droit. Enfin, en cas de *reconnaissances successives*, elle est donnée à celui des deux auteurs de l'enfant qui l'a reconnu le premier (art. 383 nouveau). Nous n'avons pas à revenir sur les critiques que mérite, croyons-nous, cette dernière règle. Il faut reconnaître que la loi en a beaucoup atténué les inconvénients en ajoutant que « le tribunal peut toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi ». Le tribunal statue en audience publique, et non en chambre du conseil (Civ. 31 octobre 1917, D. P. 1917.1.158).

2° *Les enfants naturels, reconnus ou non, sont toujours en tutelle. Et la tutelle appartient de plein droit à celui de leurs auteurs qui exerce la puissance paternelle.* La portée pratique de cette règle, c'est que, si l'enfant naturel possède des biens personnels, ce qui en fait est rare, son auteur ne les administre qu'en qualité de tuteur ; il voit donc ses biens soumis à l'hypothèque légale, et il administre sous le contrôle d'un subrogé tuteur qu'il doit faire nommer dans les trois mois de son entrée en fonction, ou qui sera nommé d'office par le tribunal (art. 389, 12e al.).

Nous rappelons que, par exception à la règle établie pour les femmes tutrices, y compris la mère légitime, la mère naturelle ne peut pas refuser la tutelle de ses enfants mineurs lorsqu'elle lui est déférée (art. 389, 14e al.).

Ajoutons — et c'est là le corollaire logique de leur qualité de tuteurs légaux — que le père ou la mère qui a reconnu l'enfant, ou le dernier mourant des parents qui l'auraient reconnu tous deux, peuvent lui désigner un tuteur testamentaire.

Ici encore, il est impossible de ne pas élever certaines critiques contre le système établi par la loi. Faire de la tutelle, c'est-à-dire de la mission d'administrer le patrimoine de l'enfant, ce qui suppose certaines qualités et une compétence spéciale, une *conséquence forcée* de la puissance paternelle, laquelle est attachée elle-même à une circonstance souvent purement fortuite, à savoir la priorité d'une reconnaissance, cela ne nous semble

pas une solution bien heureuse. Celle qu'avait consacrée la jurisprudence de la Cour de cassation avant 1907 était, à notre avis, préférable. On dira, il est vrai, que, si la tutelle est mal exercée, le tribunal peut la transférer à l'autre parent. Mais il faut, pour cela, supposer qu'il y a eu double reconnaissance, ce qui ne se présente pas toujours. De plus, le tribunal ne peut transférer la tutelle légale du père à la mère ou *vice versa* qu'indirectement, en transférant en même temps la puissance paternelle. Or, il hésitera parfois à le faire. Une telle mesure est blessante pour celui qui en est l'objet. Ajoutons que tel parent peut ne point posséder les qualités d'un bon administrateur du patrimoine, et montrer pourtant celles d'un bon éducateur de l'enfant ; il faudra cependant lui en enlever la garde si l'on veut modifier l'attribution de la tutelle. Pourquoi ? Signalons enfin cette conséquence inattendue et bien faite, croyons-nous, pour émouvoir le monde des affaires, qu'une reconnaissance d'enfant naturel pourra entraîner désormais une hypothèque générale et occulte grevant les immeubles de son auteur. Il n'en sera ainsi d'ailleurs que si cette reconnaissance n'a pas été précédée d'une autre plus ancienne. Or tous ces faits ne seront pas toujours facilement connus, les reconnaissances d'enfant naturel, qui peuvent se faire par acte notarié, demeurant parfois occultes pendant de longues années !

3° S'il s'agit *d'enfants non reconnus* ou d'enfants reconnus, mais dont les parents sont morts, *c'est un tuteur qui s'occupe à la fois de leur personne et de leur patrimoine*. Ce tuteur, à défaut de testament le désignant, est nommé par le tribunal (art. 389, 13e al.).

4° *Les fonctions du conseil de famille sont remplies à l'égard des enfants naturels par le tribunal civil* du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle, ou du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'a pas été reconnu ; le tribunal statue *en chambre du conseil*, après avoir entendu ou appelé le père et la mère de l'enfant, s'il a été reconnu, soit à la requête de l'un d'eux, soit à celle du ministère public, soit d'office, sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle (art. 389 nouveau, 13e al.).

C'est là l'innovation la plus importante de la loi. Elle institue un état de choses assurément préférable à l'ancien. Le tribunal s'acquittera de ses fonctions tutélaires mieux que le dérisoire conseil de famille d'autrefois. Cependant, certains esprits estiment que la réforme eût présenté plus d'avantages encore, si l'on avait chargé de la mission de haute tutelle sur les enfants naturels un *organe spécialisé*, tel que le *tribunal des tutelles* allemand, ou, mieux, encore, un *conseil de tutelle* régional, qu'il aurait été facile de composer, dans chaque centre, avec le concours purement philanthropique des bonnes volontés locales. Il semble que, pour les enfants assistés, la loi du 27 juin 1904 est, en quelque mesure, entrée dans cette voie avec la création qu'elle a voulu réaliser de conseils dits *de famille*, véritables conseils tutélaires en réalité, ne comprenant pas forcément des fonctionnaires, mais composés de membres désignés par le conseil général pour s'occuper de la personne et des biens de ces enfants. Un rouage de ce genre,

bien organisé, aurait peut-être pu rendre de grands services pour la protection des enfants naturels non assistés[1].

Contenu de la puissance paternelle sur les enfants naturels. — L'article 383, 3e al. du Code civil, réformé par la loi de 1907, dispose que, « sauf ce qui sera dit à l'article 389 de l'administration des biens, la puissance paternelle sur les enfants naturels est réglée comme celle relative aux enfants légitimes ». Ainsi, sauf que le père ou la mère, investi de la puissance sur l'enfant, administre ses biens non en qualité d'administrateur, mais comme tuteur légal, c'est-à-dire avec les garanties de la subrogée tutelle, du conseil de famille et de l'hypothèque légale, il y a dorénavant assimilation complète, quant au contenu de l'autorité parentale, entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Une conséquence de cette assimilation est immédiatement déduite par l'article 384 nouveau, 2e alinéa, décidant que le père ou la mère investi de la puissance paternelle sur l'enfant bénéficie du droit de jouissance légale sur les biens de celui-ci. Sur ce point, le législateur de 1907 s'est, on le voit, écarté des solutions généralement admises auparavant en doctrine et en jurisprudence. Nous hésitons à l'en louer. L'institution de l'usufruit légal des parents légitimes n'est pas si recommandable qu'il ait été utile de l'étendre quand on en trouvait l'occasion. Appliquée aux enfants naturels, elle offre cet inconvénient de pousser ou, tout au moins, de paraître pousser aux reconnaissances intéressées et même mensongères. Tel père, qui n'aura pas reconnu son enfant et s'en sera même très peu soucié, se hâtera de le reconnaître le jour où celui-ci aura été gratifié, par un étranger charitable, d'un legs ou d'une donation. Du moins, la loi de 1907 a-t-elle essayé d'utiliser l'usufruit légal accordé ainsi aux parents naturels pour les pousser à accomplir une des obligations qu'elle leur impose. L'article 389 (12e al.), en effet, décide que le père ou la mère n'aura droit à la jouissance légale qu'à partir du moment où il aura provoqué la nomination du subrogé tuteur, si elle n'a pas eu lieu dans les trois mois de son entrée en fonctions.

Si compréhensive que soit, par ailleurs, l'assimilation établie entre la puissance paternelle sur les enfants naturels et celle qui résulte du mariage, il reste des points délicats, dont le texte voté en 1907 ne nous fournit point la solution.

Et d'abord, de qui l'enfant naturel portera-t-il le nom ? Pas de difficulté s'il y a eu une reconnaissance unique. Le parent qui, seul, a reconnu l'enfant, lui conférera son nom. Pas de difficulté non plus s'il y a reconnaissance simultanée ; c'est le nom du père qui l'emportera. Mais que décider

1. C'est ce système qui avait paru rallier les approbations les plus autorisées dans les discussions consacrées par la *Société d'études législatives* à la question de la protection des enfants naturels. — V. le projet, le rapport de M. Ambroise Colin, les discussions et les documents divers dans le *Bulletin* de cette société, années 1902 et 1903. Deux propositions, relatives à la création de conseils de tutelle, ont été déposées en 1910, devant le Sénat par M. d'Estournelles de Constant, et devant la Chambre par M. Beauquier (Sénat, séance du 1er juillet 1910, Sess. ord., 1910, n° 326 ; Chambre, séance du 11 juillet 1910, Sess. 1910, n° 301).

s'il y a reconnaissances successives ? Devra-t-on donner à l'enfant le nom de la mère, de préférence à celui du père, lorsque c'est la mère qui est investie de la puissance paternelle ? Cela serait logique, mais peu conforme à nos mœurs et fâcheux à certains égards. Donner à l'enfant d'un faux ménage le nom de la mère, alors que celle-ci, dans les relations sociales, sera le plus souvent désignée par celui de son concubin, n'est-ce pas souligner inutilement, et non sans cruauté, aux yeux du monde, la naissance irrégulière de l'enfant ? De même, si l'on admet que le nom suive la puissance paternelle, décidera-t-on que l'enfant changera de nom le jour où le tribunal, usant de la faculté que la loi lui confère à cet effet, aura transféré la puissance paternelle à un autre qu'à son premier détenteur ?

D'autre part, il ne suffit pas de dire que les parents naturels exerceront le droit de correction comme les parents légitimes, pour trancher toutes les questions auxquelles peut donner lieu le maniement de ce droit à l'encontre d'un enfant naturel. Supposons, par exemple, que ce soit la mère qui soit investie de la puissance paternelle sur l'enfant naturel. Pourra-t-elle user du droit de correction, tantôt par voie de réquisition, tantôt par voie d'autorité ? En d'autres termes, devra-t-on l'assimiler au père ? Ou, au contraire, devra-t-elle être assimilée à la mère veuve et non remariée, auquel cas elle ne pourrait (art. 381) faire détenir l'enfant que par voie de réquisition, sinon « avec le concours des deux plus proches parents paternels », dont il ne peut être question dans notre cas ? La mère naturelle, une fois mariée (avec un autre que le père de l'enfant), perdra-t-elle le droit de correction comme la veuve remariée ? Le père, investi de la puissance paternelle sur son enfant naturel, puis marié (avec une autre que la mère), perdra-t-il la faculté d'user de la correction paternelle, par voie d'autorité, comme le veuf remarié (art. 380) ? En d'autres termes, le *mariage* d'un auteur naturel aura-t-il, sur le fonctionnement du droit de correction entre ses mains, la même influence que le *remariage* d'un auteur légitime ? Ce sont là des problèmes auxquels on se heurtait sous l'empire de l'ancien article 383 et que la loi nouvelle n'a pas résolus, comme elle l'aurait fait sans doute, si sa préparation avait été plus approfondie.

CHAPITRE V

ÉMANCIPATION ET CURATELLE

Définition. Historique. — L'émancipation est un acte solennel ou un bienfait de la loi, qui a pour conséquence d'affranchir le mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle, et de lui conférer, avec le gouvernement de sa personne, une certaine capacité, d'ailleurs restreinte à la « pure administration », quant à son patrimoine.

Pour les actes qui dépassent sa capacité, le mineur émancipé est *assisté* par un *curateur ;* pour les actes les plus graves, il doit, comme le mineur ordinaire, solliciter l'approbation des pouvoirs de haute tutelle.

L'émancipation existait en *Droit romain*, mais avec un caractère et des effets très différents de ceux d'aujourd'hui. Elle avait pour but de soustraire l'enfant à la puissance paternelle, d'en faire un *sui juris*, chose utile dans une législation où la puissance paternelle subsistait indéfiniment, tant que vivait le père. L'émancipation n'avait donc d'influence sur la capacité de celui qui en était l'objet, que s'il était pubère ; l'impubère émancipé restait incapable et tombait en tutelle. Quant à la *curatelle*, elle n'avait rien de spécial aux mineurs émancipés. Comme tous les mineurs sortant de tutelle, ils bénéficièrent de l'institution de la curatelle établie à partir de Marc-Aurèle sur les mineurs pubères de moins de vingt-cinq ans, afin de remédier à la précocité de la puberté, qui pouvait laisser sans protection des enfants encore très jeunes. Notre émancipation actuelle se rattacherait plutôt à la *venia ætatis*, institution établie pour les cas exceptionnels où la prolongation de la curatelle jusqu'à vingt-cinq ans pouvait offrir des inconvénients. La *venia* pouvait être accordée aux hommes à partir de vingt ans, aux filles à partir de dix-huit, et celui qui en bénéficiait devenait pleinement capable, sauf qu'il ne pouvait ni aliéner, ni hypothéquer ses immeubles.

Ces diverses règles subsistèrent en gros dans les pays de *Droit écrit*, sauf que le rôle du curateur, qu'on donnait aux pubères de douze ou quatorze ans émancipés ou sortis de tutelle, seulement lorsqu'ils avaient des biens, se bornait généralement à assister le mineur dans ses procès, dans les aliénations d'immeubles ou les constitutions d'hypothèques (Viollet, *op. cit.*, p. 591 ; Jean Meslé, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, p. XXII). La *venia ætatis* n'était donc pas employée (Brissaud, *Manuel*, p. 191, 192).

Il en était différemment dans les pays de *Droit coutumier* où, l'on s'en souvient, la puissance paternelle prenait fin à vingt-cinq ans, mais où, en revanche, la minorité et l'incapacité se prolongeaient toujours jusqu'au

même âge. La *venia ætatis* fonctionnait là comme un moyen d'avancer l'âge de la capacité, sous le nom *d'émancipation*, aussi bien au profit des mineurs en tutelle qu'à celui des mineurs soumis à la puissance paternelle. L'émancipation avait lieu par *rescrit du prince*, c'est-à-dire en vertu de lettres de chancellerie, rendues après avis des parents et entérinées devant le juge. Le mineur émancipé devenait capable d'administrer ses biens et de toucher ses revenus. Mais il avait besoin d'être assisté d'un curateur pour ester en justice, pour toucher un capital, pour aliéner un immeuble. Lorsqu'il abusait de sa capacité, l'émancipation pouvait lui être retirée ; on lui nommait alors un curateur comptable chargé d'administrer ses biens, c'est-à-dire un véritable tuteur (Jean Meslé, *op. cit.*, Préface, p. XXIII, ch. II, p. 17 et suiv. ; Argou, I. I, ch. IX, *Des curateurs* ; Pothier, *Des personnes*, nos 206-207, éd. Bugnet, t. IX, p. 76 et suiv.).

C'est donc, en somme, dans les pays coutumiers qu'on trouve l'origine de notre émancipation actuelle, en dépit de son étiquette romaine. C'est de cette région également que nous vient la règle actuelle que l'émancipation résulte de plein droit du mariage du mineur. La maxime « Le mariage émancipe » était suivie en effet uniquement dans les pays de coutumes et dans les pays de Droit écrit dépendant du ressort du Parlement de Paris (Lyonnais, Forez, Beaujolais, partie de l'Auvergne). (V. Cout. de Paris, art. 239 ; Viollet, *op. cit.*, p. 568 ; Brissaud, *op. cit.*, p. 121, 124, 191).

Si nous arrivons au Code civil, nous verrons qu'après quelques velléités d'originalité, il s'est contenté, le plus souvent, de codifier les anciennes pratiques coutumières. Il avait bien été question, lors des travaux préparatoires, d'accorder de plein droit le bénéfice de l'émancipation aux mineurs n'ayant plus ni père ni mère et parvenus à l'âge de dix-huit ans, de faire ainsi de l'émancipation une sorte de stage destiné à préparer l'enfant à une capacité complète (Fenet, t. X, p. 564 et s., 594) ; mais ce système ingénieux a été abandonné. Aujourd'hui, les différences les plus marquantes entre les règles du Code et celles de l'ancien Droit sont, d'une part, la suppression de l'intervention administrative pour l'émancipation, qui est devenue un acte purement familial quoique solennel, et, d'autre part, l'intervention des pouvoirs de haute tutelle, conseil de famille et tribunal, pour contrôler les actes les plus importants de la gestion de l'émancipé. Cette assimilation, complète dans nombre de cas, du mineur émancipé et du mineur en tutelle a été souvent critiquée non sans raison. Elle donne lieu à des complications et à des frais inutiles. En regard du système de la loi française, trop formaliste, fonctionne en Allemagne un système peut-être exagérément simpliste. D'après le Code civil allemand (art. 3, 4, 5), le mineur qui a atteint dix-huit ans peut, s'il est reconnu apte à la conduite de ses affaires, être *déclaré majeur* par le tribunal des tutelles (Cf. dans le même sens, Code civil suisse, art. 15). Entre ces deux conceptions législatives, il y aurait eu peut-être un moyen terme à trouver.

On terminera ces généralités en constatant qu'en France le nombre des émancipations semble avoir une certaine tendance à décroître. Le nombre des actes d'émancipation reçus par les juges de paix qui était de 9.273

vers 1845, de 6,060 en 1870, est tombé à 3.994 en 1899 ; en 1909, il n'était plus que de 3.134, en 1910, de 2.995, en 1911, de 2.957, alors que le nombre des personnes qui arrivent chaque année à la majorité dépasse 600.000 (exactement 622.725 d'après le recensement de 1911). Aujourd'hui, un mineur n'est guère, en pratique, émancipé que dans deux cas : d'abord quand on veut le rendre apte à faire le commerce ; ensuite quand il perd ses père et mère à une époque voisine de la majorité et qu'on veut éviter l'organisation d'une tutelle. Il semble bien que le nombre des émancipations ait été plus considérable sous l'ancien Droit, sans doute parce que la minorité s'y prolongeait jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans.

SECTION I. — Etablissement et organisation de la curatelle.

Comment se fait l'émancipation. — Il y a deux sortes d'émancipations, l'*émancipation légale* ou *tacite* et l'*émancipation expresse* ou *volontaire*.

1° L'*émancipation légale* ou *tacite* résulte de plein droit du mariage du mineur (art. 476). Le législateur considère avec raison que le mariage est un état exclusif de la tutelle et de la puissance paternelle. Si le mineur marié est un homme, on ne comprendrait pas que sa famille prétendît le conserver dans un état de dépendance complet, alors qu'elle l'a jugé doué d'une maturité d'esprit suffisante pour qu'il pût se marier et acquérir, lui-même, la puissance maritale sur sa femme, bientôt la puissance paternelle sur ses propres enfants. Et si — hypothèse plus fréquente — le mineur marié est une femme, celle-ci trouvera dans son mari un protecteur légal, qui remplacera naturellement son père et son tuteur.

De ce principe que l'émancipation est une conséquence inéluctable du mariage d'un mineur découlent plusieurs corollaires :

A. — Les parents, en autorisant le mariage du mineur, ne pourraient formuler de réserve quant à son émancipation. Toute stipulation contraire à la règle de l'article 476 serait nulle et de nul effet.

B. — L'émancipation se produira quel que soit l'âge du mineur et quand bien même il se serait marié avant l'âge où l'émancipation volontaire serait possible.

C. — La dissolution du mariage par la mort de l'autre époux ou par le divorce n'entraîne pas la révocation de l'émancipation. Il en sera autrement, croyons-nous, de l'annulation du mariage. Toutefois, l'anéantissement de l'émancipation, dans ce cas, ne devrait pas nuire aux tiers qui, de bonne foi, auraient contracté avec le mineur qu'ils devaient croire valablement marié et, dès lors, émancipé.

2° L'*émancipation volontaire* ou *expresse* est celle qui résulte d'une déclaration faite à cet effet, suivant les cas, par le père, ou par la mère, ou par le conseil de famille, déclaration que nous avons qualifiée de *solennelle* parce qu'elle est forcément reçue par le juge de paix, assisté de son greffier, soit que le juge de paix se contente de l'enregistrer, soit qu'il y

participe en personne, en qualité de président du conseil de famille de qui elle émane (art. 477, 2e al., 478, 2e al.).

Il y a en effet deux cas d'émancipation volontaire à distinguer :

A. — L'enfant a-t-il son père ou sa mère, il peut être émancipé par un acte de leur volonté *dès qu'il a atteint l'âge de quinze ans révolus*. C'est le père qui consent à l'émancipation. *A défaut de père*, dit l'article 477, ce droit passe à la mère. Cela signifie évidemment que la mère veuve peut librement émanciper l'enfant. Mais en sera-t-il de même si le père n'est pas mort, mais fou, absent, interdit ou déchu de la puissance paternelle, en un mot, hors d'état d'user du droit d'émancipation ? Ce droit passe-t-il alors à la mère ? On l'a jadis discuté. Les expressions employées par l'article 477 (*à défaut* DE *père* et non *à défaut* DU *père*) sembleraient indiquer que la mort seule du père peut transmettre la faculté d'émanciper à la mère ; mais cet argument est détruit par le texte de l'article 2 du Code de commerce qui, parlant de l'autorisation spéciale, nécessaire pour qu'un mineur puisse devenir commerçant, et, par là même, de l'émancipation qui est également nécessaire pour la même fin, porte que l'autorisation est fournie par le père, ou par la mère « en cas de décès, interdiction ou absence du père ». On admet donc en général aujourd'hui que le droit appartient à la mère dans tous les cas où il y a *impossibilité* pour le père de l'exercer.

Il convient d'ajouter ici deux observations :

a) L'article 477 s'applique certainement à l'enfant naturel (art. 383, 3e al.). Le droit d'émancipation appartient, en ce qui le concerne, à celui des père et mère qui est investi sur lui de la puissance paternelle.

b) Le droit d'émanciper est indépendant du droit de garde et de la tutelle sur l'enfant. Ainsi, le père pourrait émanciper valablement l'enfant dont cependant la garde aurait été conférée à la mère, par exemple, à la suite d'un divorce. Et la mère veuve, non maintenue dans la tutelle de ses enfants mineurs, ne perdrait point pour cela le pouvoir de les émanciper. On conçoit que ce droit, exercé dans de pareilles conditions, pourrait aisément donner lieu à des abus. On ne peut donc qu'approuver la jurisprudence en vertu de laquelle les tribunaux se réservent la faculté de contrôler l'usage fait par les parents de leur prérogative, et d'annuler toute émancipation qui leur paraîtrait conférée dans l'intérêt, non de l'enfant, mais de celui qui l'émancipe (V. en dernier lieu, Paris, 14 novembre 1901, D. P. 1902.2.238). C'est là une application heureuse de ce principe qu'il appartient à la justice de surveiller l'exercice de la puissance paternelle pour en empêcher les abus.

B. — Lorsque les père et mère sont tous deux décédés ou dans l'impossibilité d'exercer leur droit, l'enfant peut être émancipé par le conseil de famille, mais seulement à l'âge de *dix-huit ans révolus* (art. 478). L'âge de l'émancipation est ainsi reculé pour éviter que le tuteur ne provoque une émancipation précoce, afin de se décharger du fardeau de la tutelle. Inversement, comme on pourrait craindre que le tuteur ne prît pas l'initiative d'une émancipation, cependant justifiée, de peur d'avancer l'heure de la reddition de ses comptes, la loi décide que, faute par le tuteur de faire

les diligences nécessaires pour provoquer l'émancipation, l'initiative de la réunion du conseil de famille, à cet effet, peut émaner d'un parent ou allié quelconque du mineur jusqu'au degré de cousin germain. Le juge de paix est tenu de déférer à leur réquisition (art. 479).

Attribution de la curatelle. — Tout mineur émancipé reçoit un *curateur*. Ce curateur est nommé *par le conseil de famille*. L'article 480 le dit expressément. Il est vrai qu'il ne vise que le cas où le mineur était en tutelle ; mais, comme il n'y a pas d'autre texte relatif à la désignation du curateur, on peut en conclure que la règle doit être généralisée. La curatelle sera donc toujours *dative*. Même si l'émancipation émane du père, il y aura lieu à nomination d'un curateur par le conseil de famille.

Bien que le choix du conseil de famille soit libre, puisqu'aucun texte ne le limite, il est évident qu'en fait le conseil de famille désignera le plus souvent le père ou l'ex-tuteur. Mais on remarquera que, dans ce cas, il devra faire choix, en même temps, d'un curateur *ad hoc*. En effet, comme le premier acte du curateur sera (art. 480) d'assister le mineur émancipé dans la réception des comptes de tutelle ou de ceux de l'administrateur légal, il est clair que le père ou le tuteur ne pourraient se rendre des comptes à eux-mêmes. Il faudra donc, pour assister le mineur en cette occasion, lui donner un curateur *ad hoc*, ce que l'on ferait d'ailleurs aussi, au cours de la curatelle, chaque fois qu'il s'agira d'un acte dans lequel le mineur et le curateur auraient des intérêts opposés.

La règle qu'il n'y a pas de curatelle légale recevait deux exceptions, dont l'une vient de disparaître et dont l'autre reste contestée par une partie de la Doctrine.

1° Lorsque l'émancipation est conférée à un enfant *assisté*, la loi du 18 décembre 1906, modifiant celle du 27 juin 1904 qui organisait une curatelle légale, décide que le conseil de famille charge l'un de ses membres des fonctions de curateur.

2° On admet généralement que la *femme mariée* mineure, émancipée par son mariage, a pour curateur légal son mari, pourvu que celui-ci soit majeur. Cependant, cette solution n'est fondée, en définitive, sur aucun texte. L'argument qu'on tire en sa faveur de l'article 506, aux termes duquel le mari est de plein droit tuteur de la femme interdite, ne repose que sur une simple analogie. C'est ce qui donne quelque force à l'opinion de certains auteurs, d'après lesquels le mari ne serait pas curateur de sa femme par la raison que celle-ci n'en aurait pas, étant suffisamment protégée par l'autorisation maritale qui lui est nécessaire pour tous les actes de la vie juridique. Ajoutons que la femme mariée mineure, n'agit pas, en général, elle-même. C'est, en effet, sous la plupart des régimes matrimoniaux, le mari qui administre son patrimoine en qualité mandataire légal, ce qui rend inutile l'intervention d'un curateur. On comprend donc que les arrêts et parfois la loi elle-même (art. 2208, al. 3) ne déterminent pas précisément, lorsque le mari intervient pour sa femme mineure, si c'est en qualité de curateur ou en qualité de mari.

La question peut cependant présenter un intérêt pratique, si l'on suppose que la femme mineure est séparée de biens. La femme séparée de biens administre en effet elle même son patrimoine. Il est vrai qu'elle a encore besoin de l'autorisation maritale pour les actes les plus graves. Mais sa capacité est plus étendue que celle d'un mineur émancipé. Par exemple, elle peut recevoir un capital mobilier et en donner décharge, chose que, nous le verrons, un mineur émancipé ne peut faire sans l'assistance du curateur. Dans ce cas et dans les cas analogues, le mari n'ayant pas à intervenir, les auteurs qui ne voient pas en lui un curateur doivent admettre qu'il y aura lieu de réunir un conseil de famille pour donner à la femme un curateur *ad hoc*. La complication nous paraît inutile. Il vaut donc mieux décider, croyons-nous, que le mari est de plein droit le curateur de sa femme mineure.

Quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte sur ce point, il y aura certainement deux cas où la femme mariée mineure devra recevoir un curateur autre que le mari. Il en sera ainsi :

A. — En cas de séparation de corps, car alors, la puissance maritale disparaît, l'autorisation du mari n'étant plus jamais nécessaire à la femme.

B. — Lorsque le mari de la femme mineure est mineur lui même. Certains auteurs soutiennent cependant que, dans ce dernier cas, ce sera le curateur du mari qui assistera la femme en cas de besoin, c'est-à-dire si, étant séparée de biens, elle doit agir en personne pour l'administration de ses biens.

La curatelle est-elle une charge *obligatoire* comme la tutelle ? Quelles sont les causes d'*excuse*, d'*exclusion*, de *destitution* de la curatelle? La loi est restée muette sur tous ces points. Mais on admet en général qu'il y a lieu d'appliquer, par extension, les règles édictées pour la tutelle dans les sections VI et VII du titre *de la Tutelle*[1].

Révocation possible de l'émancipation volontaire. — Nous avons déjà dit que l'émancipation légale résultant du mariage est irrévocable et, par conséquent, subsiste même si le mariage prend fin avant que l'époux ait atteint l'âge de la majorité. Cette solution, toute traditionnelle, s'appuie aujourd'hui sur les termes de l'article 485 qui, parlant de la révocation de l'émancipation, nous dit qu'elle sera retirée « en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la conférer », ce qui exclut la possibilité d'une révocation pour l'émancipation conférée *sans formes*, comme une conséquence attachée par la loi au seul fait du mariage.

Pour ce qui est de l'émancipation volontaire, l'article 485 permet aux père et mère, au moyen d'une déclaration devant le juge de paix, ou, à leur défaut, au conseil de famille, par une délibération, de la retirer au mineur qui s'en serait montré indigne. Un seul fait peut être allégué pour démon-

1. Depuis la loi du 20 mars 1917, les femmes peuvent remplir les fonctions de curateur ; mais la femme mariée doit obtenir à cet effet l'autorisation de son mari (art. 480, 2e al.).

trer cette indignité. Ce n'est pas *l'inconduite* du mineur, si scandaleuse qu'elle puisse être (Paris, 9 janvier 1901, D. P. 1901.2.301, S. 1901.2.36), mais seulement cette circonstance que les engagements contractés par le mineur durant son émancipation ont été réduits, ou tout au moins que le tribunal a constaté que ces engagements étaient *excessifs* au point de pouvoir justifier une réduction (ou une annulation).

Le premier effet de la révocation, c'est, nous dit l'article 486, que le mineur rentre en tutelle. Remarquons cependant qu'il ne retombe pas sous la tutelle, mais sous la puissance paternelle, si ses parents vivent encore.

La révocation produit un autre effet encore : le mineur ne pourra plus à l'avenir être émancipé. Il faut toutefois excepter le cas où il se marierait.

Il est inutile de s'étendre davantage sur cette révocation, mesure qui est très rare, on peut même dire presque inconnue dans la pratique.

SECTION II. — Effets de l'émancipation. — Fonctionnement de la curatelle.

Notions générales. — Les effets de l'émancipation consistent, d'une façon générale, en ce que le mineur est affranchi de la puissance paternelle ou de la tutelle, ou de l'une et de l'autre, s'il était à la fois soumis à l'autorité paternelle du survivant de ses auteurs et en tutelle quant à ses biens.

Plus précisément, ces effets ont trait : 1° à la personne ; 2° au patrimoine du mineur émancipé.

1° *Quant à sa personne*, le mineur émancipé devient indépendant de toute direction. Il peut vivre seul ; il acquiert un domicile propre ; il peut choisir librement sa profession, engager sa personne dans un contrat de travail ; même âgé de moins de vingt ans, le mineur émancipé peut contracter un engagement militaire, car la loi du 31 mars 1928 (art. 61-6°) n'exige que le consentement des parents ou du tuteur, mais non celui du curateur. En un mot le mineur émancipé est assimilé au majeur.

Cette indépendance complète souffre pourtant deux exceptions :

A. — Le mineur émancipé ne peut *se marier* sans le consentement de ses père et mère, de ses ascendants, ou du conseil de famille.

B. — Il ne peut *faire le commerce*, c'est-à-dire, soit embrasser la profession de commerçant, soit même accomplir un acte de commerce isolé, que moyennant deux conditions spéciales (art. 2 et 3. C. com.) :

a) Etre âgé de dix huit ans.

b) Etre muni d'une autorisation expresse et préalable délivrée, soit par le père ou la mère, soit par le conseil de famille.

2° En ce qui concerne son *patrimoine*, le mineur émancipé jouit d'une demi capacité caractérisée par les traits suivants :

A. — Le mineur émancipé administre lui-même. C'est lui qui figure en personne dans tous les actes intéressant son patrimoine. C'est là une grande différence avec le mineur non émancipé qui, lui, on s'en souvient, est en principe *représenté* par un mandataire légal, son tuteur. Ainsi, le

curateur n'agit pas pour le compte du mineur émancipé. Il se borne à l'*assister* dans les hypothèses où la loi requiert son intervention. Il n'a pas le maniement des deniers comme le tuteur. C'est pour cela que la loi ne le fait pas surveiller par un subrogé curateur, et qu'elle ne soumet pas ses immeubles à une hypothèque légale au profit du mineur.

B. — Les actes relatifs au patrimoine du mineur émancipé se divisent en trois séries : ceux que le mineur peut accomplir *seul* ; ceux pour lesquels il doit être *assisté* de son curateur ; ceux qui nécessitent, outre l'assistance du curateur, l'intervention des pouvoirs de haute tutelle.

C. — Les actes que le mineur émancipé peut accomplir seul et qui constituent le domaine de sa *capacité*, sont en principe limités. Pour lui, l'incapacité est donc la règle et la capacité l'exception. D'une façon générale, sa capacité est restreinte aux *actes de pure administration*.

Actes que le mineur émancipé peut faire seul. — « Le mineur émancipé, dit l'article 481, passera les baux dont la durée n'excédera pas neuf ans ; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes *qui ne sont que de pure administration*, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. »

Il faudrait se garder de croire qu'il y a concordance entre la liste des actes que le mineur émancipé peut accomplir seul, et celle des actes que le tuteur d'un mineur ordinaire, administrateur lui aussi, peut faire sans autorisation du conseil de famille. La notion des *actes d'administration* est une notion élastique et flottante qui varie suivant les matières et les catégories. C'est ce que nous avons pu reconnaître déjà en constatant que *les pouvoirs du père administrateur légal sont plus larges que ceux du tuteur*. A leur tour, *les pouvoirs d'administration du tuteur sont plus étendus que ceux du mineur émancipé*. C'est sans doute ce que l'article 481 a voulu exprimer en disant que sa capacité se restreint aux « actes qui ne sont que de *pure administration* ».

Enumérons les actes qui rentrent dans cette catégorie. Ce seront :

1° *Les actes de la vie courante*, ceux qui concernent l'entretien du mineur ou qui permettront à celui-ci de gagner sa vie : acheter les choses nécessaires à sa subsistance, passer un contrat de travail comme employé ou ouvrier, engager des domestiques, prendre à bail un appartement, ou payer ses dettes ;

2° Les *actes* dits *conservatoires*, comme d'inscrire ou de renouveler une hypothèque, d'interrompre une prescription. On se souvient d'ailleurs que même le mineur ordinaire pourrait les accomplir valablement.

3° *Donner à bail* ses immeubles, pourvu que la durée du bail n'excède pas *neuf ans*. Ici, nous apercevons une différence avec les pouvoirs du tuteur sur les biens de son pupille. Nous savons en effet que le tuteur pourrait passer un bail, quelque longue qu'en soit la durée ; seulement, à l'expiration de la tutelle, ce bail ne serait pas opposable au propriétaire pour un plus long temps que le laps restant à courir sur la période de neuf ans commencée (Cf. art. 481 et 1718, 1429, 1430).

4° *Toucher les revenus* et en donner quittance (art. 481) Ici, on remarquera que la loi n'oblige pas le mineur émancipé à faire emploi de l'excédent comme le tuteur. En effet, le mineur émancipé règle sa dépense comme il l'entend, tandis que le tuteur, administrateur des biens d'autrui, doit économiser tout ce qui n'est pas nécessaire à l'entretien du pupille

5° *Vendre les récoltes*, ainsi que les *meubles* hors d'usage ou *sujets à dépérissement* ;

6° Acheter les *choses nécessaires à l'exploitation* de ses biens, semences, engrais, bestiaux, etc. ;

7° Faire sur ses immeubles les *réparations* nécessaires ;

8° Exercer les *actions possessoires* relatives à ses immeubles ;

9° Pour ce qui est des actions mobilières, il y a divergence. D'après certains arrêts, il faudrait distinguer. Les unes, en effet, ont trait aux opérations rentrant dans la pure administration, par exemple, les procès intentés à un locataire à raison de sa location. De celles-là le mineur émancipé aurait la disposition. Mais d'autres actions mobilières dépassent la pure administration, par exemple, une poursuite tendant au recouvrement d'un capital mobilier ; ces dernières ne pourraient être exercées par le mineur émancipé qu'avec l'assistance de son curateur (Poitiers, 27 mai 1880 D. P. 81.2.18, S. 82.2.21). Mais d'autres arrêts ne distinguent pas et, par un argument *a contrario* tiré du texte de l'article 482, décident que le mineur émancipé peut exercer seul toutes les actions mobilières, y compris celles qui ont pour objet le recouvrement d'un capital (Douai, 26 avril 1865, S. 66.2.174).

10° Le même argument *a contrario* conduit à cette solution, cette fois peu contestable, que le mineur émancipé à la libre disposition des *actions intéressant* en première ligne, non ses biens, mais *sa personne*, comme les actions d'état, l'action en *divorce* (Trib. Limoges, 3 décembre 1908. D. P. 1910.2.200, S. 1909.2.228) ou en *séparation de corps* (Angers, 4 janvier 1899, D. P. 99.2.160, S. 99.2.40).

On peut, dès lors, dresser facilement la liste des actes rentrant dans l'administration et, comme tels, susceptibles d'être accomplis, sous la tutelle, par le tuteur agissant seul, mais qui ne peuvent l'être par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, parce qu'ils dépassent la *pure administration*. Ce sont :

La *réception d'un capital* et l'émission de la quittance qui en donne décharge (art. 482) ;

La *défense* à une *action immobilière* (art. 482) ou à une action en partage (art. 840) ;

La *vente des meubles* même corporels, autres que les récoltes ou les meubles susceptibles de dépérissement. On en a douté, et on a parfois rangé les aliénations mobilières corporelles parmi les opérations que peut accomplir seul le mineur émancipé. Mais cette opinion semble aujourd'hui abandonnée. Il est trop clair qu'aliéner des meubles corporels non sujets à dépérissement, des tableaux, des joyaux, de l'argenterie, une bibliothèque, ce n'est pas administrer. De plus, comment le mineur émancipé

pourrait il réaliser seul des ventes d'objets de ce genre, puisqu'il lui est interdit d'en recevoir le prix ? (Req., 7 juillet 1879, D. P. 80.1.61, S. 80.1.206);

Suivant une opinion enfin, l'exercice des *actions mobilières* tendant à un recouvrement de *capitaux*.

Pour tous ces actes, il faut l'assistance du curateur. La loi a considéré que le mineur émancipé a sans doute une expérience, une habitude des affaires moindre que le tuteur. C'est ce qui explique la restriction de sa capacité d'administration.

Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante. — Cette classe d'actes comprend deux catégories :

1° D'abord, celle des actes que nous venons d'énumérer et qui, bien qu'étant des actes d'administration, excèdent la capacité du mineur émancipé ; nous nous contentons d'y renvoyer.

2° Ensuite, un certain nombre d'actes *dépassant l'administration*, actes à la vérité assez peu nombreux, et pour lesquels la loi n'exige pas l'intervention du conseil de famille et du tribunal, mais se contente de l'assistance du curateur. Ce sont :

A. — La *réception du compte de tutelle* (art. 480), ou du compte dû pareillement par l'administrateur légal. La loi estime avec raison que l'ex-tuteur ou le père pourrait user de son ascendant pour extorquer un *quitus* insuffisamment justifié ; le mineur émancipé a besoin d'être soutenu et conseillé.

B. — L'*emploi des capitaux* ou, plus généralement, les placements, soit en immeubles, soit en valeurs mobilières (art. 482, *in fine*). Ici on se souvient que, s'il s'agissait d'un mineur ordinaire, l'intervention du tuteur ne serait pas suffisante, mais il faudrait en outre l'autorisation du conseil de famille et parfois celle du tribunal.

C. — L'*acceptation d'une donation* (art. 935). Ici encore, le curateur est plus libre que le tuteur, qui serait forcé de se couvrir d'une délibération du conseil de famille (art. 463). A la donation il convient d'ailleurs d'assimiler le legs à titre particulier.

D. — Le fait d'*intenter une action immobilière*, au pétitoire, bien entendu (art. 482). Ici, pour agir comme pour *se défendre*, le mineur n'a besoin que de l'assistance du curateur. Le tuteur, au contraire, pour intenter l'action, devrait consulter le conseil de famille (art. 464).

E. — Le fait d'intenter une *action en partage* ou d'y défendre. Le partage d'ailleurs ne pourra, comme celui qui intéresserait un mineur non émancipé, être fait autrement que dans la forme judiciaire (art. 838).

Au cas où le curateur refuserait son assistance lorsqu'elle est sollicitée pour les actes ci-dessus par le mineur émancipé, on admet que celui-ci pourrait en appeler à une autorité supérieure, au conseil de famille d'abord, et, en cas de refus du conseil de famille, au tribunal (Douai, 15 décembre 1900, D. P. 1903.2.9).

Actes requérant l'intervention des pouvoirs de haute tutelle. — La principale originalité des dispositions du Code relatives à la curatelle

c'est, nous l'avons vu, cette intervention des pouvoirs de haute tutelle (ce qui assimile en somme la situation du mineur émancipé à celle du mineur ordinaire) dans les actes les plus graves relatifs au patrimoine. Ces actes, si on en croyait la formule de l'article 484, 1er al., seraient « tous les actes autres que ceux de pure administration ». Mais cela est inexact. Nous venons de voir en effet que certains actes dépassant la pure administration et même toute espèce d'administration peuvent être valablement accomplis sans autre formalité que celle de l'assistance du curateur. Il faut encore ici procéder par voie d'énumération.

1° Le mineur émancipé a besoin de l'autorisation du *conseil de famille* pour :

A. — L'*acceptation* ou la *répudiation d'une succession*. C'est là un acte plus grave que d'accepter une donation ou un legs à titre particulier, à cause de la charge des dettes qu'emporte la qualité d'héritier.

B. — L'*acquiescement* à une demande *immobilière* (art. 464 et 482 combin.). En effet, la loi a autorisé le mineur émancipé à intenter une action immobilière et à y défendre avec la seule assistance du curateur ; mais l'article 482 ne parle pas de l'acquiescement.

2° Le mineur a besoin, non seulement de l'autorisation du conseil de famille, mais de l'homologation du tribunal pour :

A. — *Emprunter* (art. 483). On remarquera que ce texte, à la différence de l'article 457, ne subordonne pas la possibilité d'un emprunt à ce qu'il y ait *nécessité absolue*.

B. — *Aliéner un immeuble* (art. 484) ;

C. — *Hypothéquer* (art. 484) ;

D. — *Transiger*. Il faudra, de plus, pour cet acte, l'avis favorable de trois jurisconsultes requis par l'article 467. Parmi les transactions, cependant, on a soutenu, avec raison semble-t-il, que celles qui seraient relatives aux perceptions de revenus seraient dispensées des formalités de l'article 467, et que le mineur émancipé pourrait les faire seul. En effet, à la différence du tuteur, il possède la libre disposition de ses revenus. Pourquoi ne pourrait-il pas transiger en ce qui les concerne ?

Valeurs mobilières des mineurs émancipés. — Nous faisons une catégorie spéciale des actes relatifs à ces valeurs et, généralement, aux meubles incorporels appartenant au mineur émancipé, parce qu'ils sont l'objet d'une disposition particulière de la loi du 27 février 1880. Les formalités prescrites par cette loi pour l'aliénation des valeurs mobilières des mineurs et la conversion de leurs titres nominatifs en titres au porteur sont-elles applicables au mineur émancipé ? Cela dépend des circonstances ; l'article 4 de la loi faisant ici deux distinctions, dont l'une nous paraît très bien fondée, et dont l'autre peut sembler plus contestable.

1° La loi distingue d'abord entre les mineurs qui ont été l'objet d'une émancipation volontaire et ceux qui ont été émancipés par le mariage. Les premiers seuls sont assujettis à ses dispositions. Ils ne pourront donc aliéner leurs valeurs mobilières ou convertir leurs titres nominatifs en titres

au porteur qu'en accomplissant les formalités de la loi, c'est-à-dire, moyennant une autorisation du conseil de famille jusqu à 1.500 francs, moyennant, en outre, l'homologation du tribunal pour les opérations dépassant 1.500 francs. Au contraire, les mineurs émancipés par le mariage sont dispensés de ces formalités. Il subsiste cependant pour eux la nécessité d'obtenir l'assistance de leur curateur, car l'aliénation d'un titre ou sa conversion sont certainement des actes qui dépassent la pure administration.

Cette première distinction est, disons-nous, judicieuse. Les mineurs émancipés par le mariage n'ont que faire de l'intervention du conseil de famille et du tribunal pour le maniement de leurs valeurs de bourse. Si le mineur — et c'est le cas le plus fréquent — est une femme, la protection de son mari lui suffira. Et, si le mineur émancipé est un homme, les valeurs mobilières, constituant les ressources du ménage à installer et à faire vivre, ont besoin de pouvoir être négociées sans les lenteurs qu'entraîne l'intervention des pouvoirs de haute tutelle.

2° Mais la loi de 1880 fait ensuite une sous-distinction moins justifiée. L'alinéa 1er de l'article 4, en effet, au lieu d'assujettir aux formalités de la loi tous les mineurs émancipés autrement que par le mariage, ne vise que les mineurs émancipés *au cours de la tutelle*. La loi soustrait donc aux garanties qu'elle édicte les mineurs émancipés *au cours de l'administration légale*, c'est-à-dire émancipés par le père, alors que le mineur a encore et son père et sa mère. Pour justifier cette différence, on peut dire que la présence simultanée du père et de la mère constitue, pour les intérêts de l'enfant, une protection suffisante, et qu'il est superflu de compliquer encore l'administration de son patrimoine en faisant intervenir un rouage de plus, le conseil de famille. Cette justification de la loi de 1880 n'est rien moins qu'une critique du Code civil, car, en général, les mineurs émancipés ayant encore leurs deux parents ont besoin, tout de même, de l'approbation du conseil de famille, comme les autres émancipés, pour un certain nombre d'actes (emprunts, aliénations immobilières, hypothèques, etc...). Notre législation est ici peu cohérente. Si le père, du vivant de sa femme, administre le patrimoine de son enfant comme administrateur légal, il ne pourra, comme on l'a vu plus haut, aliéner sans autorisation de justice les meubles incorporels dont la valeur dépasse 1.500 francs (art. 389, 8e al.) Mais il lui suffira d'émanciper son enfant et de se faire nommer son curateur pour que l'aliénation devienne possible sans aucune formalité.

On remarquera que la loi du 27 février 1880 n'impose pas aux mineurs émancipés l'obligation de ne posséder que des titres nominatifs, car son article 5 ne le prescrit qu'au tuteur. Ce serait là cependant la garantie la plus efficace du portefeuille mobilier des mineurs émancipés.

Mineur émancipé commerçant. — Le mineur émancipé et, en même temps, autorisé à faire le commerce, est placé dans une situation toute spéciale. Il jouit d'une capacité plus étendue que le mineur émancipé non commerçant. La loi, en effet, décide qu'il est *réputé majeur*, c'est-à-dire que

sa capacité est entière *pour les faits relatifs à son commerce* (art. 487. Cf. art. 2, C. com.).

Un seul acte cependant, quoique relatif au commerce du mineur émancipé, requiert encore l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal : c'est l'aliénation des immeubles (art. 6, C. com.). En revanche, le mineur commerçant pourrait hypothéquer ses biens sans même avoir besoin de l'assistance de son curateur.

CHAPITRE VI

SANCTION JUDICIAIRE DE L'INCAPACITÉ DES MINEURS

Généralités. Notions historiques. — Les actes accomplis par les mineurs en dépit de leur incapacité, ou faits par leurs représentants légaux, mais sans observation des formalités protectrices requises par la loi, son évidemment irréguliers. Ils ne peuvent, en principe, avoir l'effet d'actes réguliers, et la justice doit les anéantir ou les paralyser dans leurs conséquences. C'est ce que nous appelons la *sanction judiciaire* des règles légales relatives à l'incapacité des mineurs. Mais cette sanction varie de caractère et d'énergie suivant les circonstances.

Quelques notions historiques sont ici indispensables.

En Droit romain, en nous plaçant à l'époque où l'institution de la curatelle s'est généralisée et où presque tous les mineurs de vingt-cinq ans se trouvent pourvus d'un curateur, c'est-à-dire au temps de Marc-Aurèle, le mineur devenu pubère est frappé d'une incapacité analogue à celle de l'impubère en tutelle. Comme ce dernier, il peut faire seul les actes *qui rendent sa condition meilleure*, c'est-à-dire qui ont pour unique effet d'augmenter son patrimoine ; mais il est incapable de *rendre sa condition pire*. Si donc il a contracté une obligation, aliéné, ou renoncé à un droit, sans le *consensus* de son curateur, il peut faire annuler cet acte, même quand il a été conclu loyalement, même quand il ne lui a causé aucune lésion. Par exemple, a-t il acheté à un prix normal un esclave, qui meurt, quelques jours après, d'un accident, il peut demander la nullité du contrat.

Quant aux contrats que le mineur a accomplis avec le *consensus* de son curateur, ils sont valables, mais peuvent être l'objet d'une demande en *restitutio in integrum* adressée au préteur, *s'ils lui ont causé une lésion*, c'est-à-dire un préjudice résultant de la disproportion des prestations reçues et fournies en vertu du contrat. Ainsi, la *restitutio in integrum* qui avant l'établissement de la curatelle, avait pour but de protéger le mineur contre sa propre inexpérience, c'est-à-dire contre les actes passés par lui-même, est devenue une garantie contre la négligence ou l'imprudence du curateur qui conclut un contrat préjudiciable aux intérêts du mineur.

Ajoutons que, par une extension toute naturelle, l'institution de la *restitutio in integrum* fut appliquée aux impubères, afin de leur permettre d'écarter les conséquences, préjudiciables pour leurs intérêts, des actes de leurs tuteurs. Et on vit le préteur accorder le même bénéfice à l'enfant placé

1. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 669 et suiv.

sous la puissance paternelle, lorsqu'il avait agi avec l'autorisation paternelle (3 C., *de in integrum restit.*, II, 21 ; 2, 3, 4 C., *Si tut. vel curat.*, II, 24).

Sous l'ancien Droit français, nos jurisconsultes recueillirent les idées romaines, mais en leur faisant subir une transformation. Ils appliquèrent la *restitutio in integrum* ou rescision pour cause de lésion, non seulement aux actes régulièrement accomplis par le tuteur ou par le mineur avec l'assistance du tuteur ou celle du curateur, mais même à ceux que le mineur aurait conclus seul, sans avoir été assisté. La rescision pour cause de lésion devint ainsi la véritable sanction de l'incapacité du mineur, et, de la sorte, nos anciens auteurs appliquèrent à la lettre le vieil adage emprunté par eux aux textes du Droit romain : *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus* (Argou, *Institutes*, t. 2, livre 4, ch. 14 ; Domat, *Loix civiles*, livre 4, titre 6, section 2 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 2, p. 585 ; Pothier, *Traité de la procédure civile*, nos 729 et suiv.). Pothier proposait cependant une distinction fort logique en ce qui concernait les actes du tuteur (*loc. cit.*, n° 733) : « Le mineur, disait-il, n'est point restituable contre les actes que son tuteur a faits lorsque ces actes sont des actes de pure administration nécessaire, comme des baux faits pour le temps qu'on a coutume de faire des baux, comme la vente et l'achat de choses mobilières... La raison, ajoutait-il, est tirée de l'intérêt même des mineurs, parce que autrement ils ne trouveraient que difficilement des personnes qui voulussent contracter avec eux, dans la crainte qu'elles auraient d'avoir des procès sous prétexte de lésion, ce qui leur causerait un plus grand préjudice que ne leur serait avantageux le bénéfice de restitution, s'il leur était accordé contre de pareils actes. »

Quoi qu'il en soit, la rescision était prononcée par des *lettres de chancellerie*. L'ordonnance de 1539 (art. 134) avait décidé que les mineurs devenus majeurs ne pourraient les solliciter que jusqu'à l'âge de trente-cinq ans.

Le Code civil a t-il suivi la tradition de nos anciens auteurs ? C'est un point controversé. Nous verrons quelles solutions ressortent à cet égard de la Doctrine et de la Jurisprudence, en étudiant successivement deux catégories d'actes, ceux des mineurs ordinaires et ceux des mineurs émancipés.

§ 1. — Actes des mineurs ordinaires.

Deux situations différentes peuvent se présenter :

Ou bien, c'est le mineur qui a agi en personne et sans assistance de son tuteur ou de l'administrateur légal, alors que c'était à ce tuteur ou à cet administrateur légal à agir en son nom (à moins qu'ils ne préférassent assister le mineur).

Ou bien, c'est le représentant légal du mineur qui a contracté.

Premier cas : L'acte a été fait par l'incapable. Principe de la rescision pour lésion. — La conséquence normale, à première vue, de cette irrégularité semble devoir être que l'acte est *nul* d'une *nullité relative*. Tel est, d'après le droit commun, le sort des actes accomplis par les incapables

lorsqu'il s'agit, comme dans notre hypothèse, d'une incapacité de protection. Donc, d'une part, la personne capable avec qui le mineur a traité ne pourra pas opposer l'incapacité de son contractant (art. 1125, 2e al.). Et, d'un autre côté, on peut croire que le mineur, ou, pour parler plus exactement, son représentant légal pendant le temps de sa minorité, ou lui-même, une fois devenu majeur, pourra faire tomber l'acte accompli *rien qu'en démontrant qu'il était incapable* au moment de son accomplissement. Cette dernière solution, identique à celle qui s'applique aux actes des autres incapables, interdits ou femmes mariées, paraît confirmée, en ce qui concerne les mineurs, par l'article 1311 (*in princ.*). Ce texte, en effet, nous dit que le mineur « n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, *lorsqu'il l'a ratifié en majorité* ». D'où on pourrait être tenté de conclure, par un argument *a contrario*, que, lorsqu'il n'y a pas eu ratification ultérieure, l'ex-mineur peut *toujours* attaquer son acte, moyennant la seule démonstration de son état de minorité au moment où il l'a souscrit.

Tel n'est pas cependant le système de notre loi. Des deux conséquences qu'on vient de rattacher à l'idée de nullité relative, la première seule doit être admise, à savoir que le contractant capable n'est pas reçu à invoquer l'incapacité du mineur avec qui il a traité. On s'accorde, au contraire, à écarter la seconde, et l'on décide que l'acte du mineur ne peut être attaqué par lui-même devenu majeur, ou par son représentant légal, durant la minorité, que *moyennant la démonstration d'une lésion*, c'est-à-dire d'un préjudice résultant pour ses intérêts des conditions de l'acte qu'il a souscrit. Cette solution découle d'abord de l'article 1305. « La simple lésion, nous dit ce texte, donne lieu à la *rescision* en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions. » Ainsi, l'annulation de l'acte indûment accompli par un mineur offre le caractère, non d'une nullité, mais d'une *rescision*, et ce mot, dans son acception la plus précise, implique, on le sait, le fondement d'une lésion constatée. Et il suffit de parcourir les articles figurant, à la suite de l'article 1305, dans la section consacrée par le Code à la *nullité ou rescision des conventions*, pour se convaincre, en rencontrant à chaque pas le mot typique de *restitution* (V. art. 1306, 1307, 1308, 1309, 1310), que le législateur de 1804 n'a pas voulu s'écarter de la tradition romaine, telle du moins que l'interprétaient les auteurs de notre ancien Droit. Ce n'est donc pas, en principe, la *nullité*, mais une *restitution* qui est la sanction des actes passés par le mineur au mépris de son incapacité légale. En d'autres termes, le mineur, dans notre Droit, apparaît moins comme incapable d'agir que comme *incapable de se léser* par ses actes. C'est là le sens qu'il faut donner, de nos jours, à l'adage souvent cité *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.*

On remarquera d'ailleurs que nul texte n'exige que la lésion, invocable par le mineur *contre toutes sortes de conventions*, atteigne un taux minimum quelconque. Il suffit qu'elle existe, si faible qu'elle puisse être, pour entraîner, le cas échéant, la rescision. Ajoutons que cette lésion doit résulter de l'acte incriminé lui même, l'article 1306 portant que le mineur n'est pas

restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

C'est à un arrêt très vigoureusement motivé de la Cour de cassation, en date de 1844 (Civ., 18 juin 1844, S. 44, 1.497), que remonte la consécration donnée par la Jurisprudence à ce système tout traditionnel. Dans le litige tranché par cette décision, il s'agissait d'un conscrit qui, voulant s'assurer contre les chances du tirage au sort du service militaire, avait signé un traité avec un tiers, par lequel celui-ci s'engageait à le remplacer moyennant la somme de 650 francs, au cas où le mineur tirerait un mauvais numéro. Favorisé par le sort, ce dernier refusa de payer la somme convenue en prétendant que la convention était nulle, pour avoir été consentie sans l'assistance de son tuteur. La Chambre civile condamna ce système ; elle décida que les actes passés par un mineur ne sont point annulables de plein droit, mais seulement *rescindables* au cas de lésion, et elle rejeta le pourvoi en constatant avec le tribunal que l'intéressé n'avait éprouvé aucune lésion dans son engagement. La Jurisprudence est, depuis, restée fixée dans le même sens (Nancy, 12 janvier 1875, S. 75.2.52 ; Paris, 8 juillet 1882, D. P. 83.2.93, S. 85.2.106).

Exception au principe : Actes nuls pour vice de forme. — Cependant, le principe *minor restituitur tanquam læsus* doit recevoir aussitôt une importante exception. Si l'on suppose que l'acte accompli par le mineur appartient à la catégorie de ceux que le tuteur lui-même n'aurait pu accomplir sans l'observation de certaines formalités, autorisation du conseil de famille, homologation judiciaire, etc..., si c'est, par exemple, une aliénation de valeurs mobilières ou d'immeubles, une hypothèque, un emprunt, etc..., le mineur n'aura pas besoin, pour en obtenir l'annulation, de démontrer qu'il a subi une lésion. En effet, à supposer que ce soit le tuteur qui ait accompli ces actes, l'inobservation par lui des formalités protectrices requises par la loi eût entraîné sans conteste la nullité. *A fortiori* doit-il en être de même lorsque, à l'irrégularité consistant dans le défaut d'intervention du conseil de famille ou du tribunal, s'est ajoutée celle qui résulte de l'intervention du mineur agissant seul aux lieu et place du mandataire légal, tuteur ou administrateur, qui devrait agir en son nom.

Les seuls actes des mineurs auxquels s'applique, par conséquent, l'adage *Minor restituitur tanquam læsus* sont *ceux que la loi n'a pas assujettis à des formes spéciales*, c'est-à-dire, en somme, les moins dangereux. Telle est la distinction fondamentale qui, bien que très controversée jadis, paraît aujourd'hui admise à peu près unanimement. La jurisprudence de la Cour de cassation l'a consacrée, il y a déjà plus d'un demi-siècle, et toujours maintenue depuis (Civ., 25 mars 1861, D. P. 61.1.202, S. 61.1.673 ; 6 mars 1893, D. P. 93.1.473, S. 97.1.502 ; 7 mars 1922, D. P. 1922.1.169, et, sur renvoi, Dijon, 29 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.1.603) dit communément des actes annulables sur la seule démonstration de l'inobservation des formalités spéciales auxquelles ils étaient soumis, qu'ils donnent lieu à une nullité *pour vice de forme*, tandis que les

actes annulables, seulement moyennant la démonstration de la lésion, sont dits *sujets à restitution*. Le Code civil lui même nous fournit cette nomenclature et consacre, par conséquent, la distinction qui la justifie, dans le texte de l'article 1311 *in fine* (« soit que cet engagement fût *nul en sa forme*, soit qu'il fût seulement *sujet à restitution* »).

Cette distinction, aujourd'hui classique, entre les actes du mineur nuls pour vice de forme et les actes rescindables pour cause de lésion ne peut être bien comprise que moyennant les deux observations suivantes :

1° En général, lorsqu'un acte est soumis par la loi à certaines formalités substantielles (p. ex. la donation entre vifs), l'absence de ces formes donne lieu à une nullité non pas *relative*, mais *absolue*. Ici, bien qu'il s'agisse d'un vice de forme, la nullité de l'acte accompli par le mineur sans l'observation des formalités spéciales requises est *relative* ; elle ne peut être invoquée que du côté du mineur ; l'autre contractant n'aurait pas le droit de s'appuyer sur l'irrégularité commise pour demander l'annulation (art. 1125, 2e al.). C'est qu'en effet la nullité est avant tout ici une *nullité de protection*. On ne comprendrait donc pas qu'elle fût prononcée dans un intérêt autre que celui de l'incapable qu'il s'agit de protéger.

2° Un acte accompli par le mineur et annulable pour vice de forme doit tomber sans que le mineur ait besoin de démontrer une lésion. Cependant, le mineur restera tenu à l'égard de son contractant dans la *mesure de son enrichissement*, étant donné ce principe de moralité et d'équité qui domine tout notre Droit, que *nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui*. C'est ce qu'exprime l'article 1312 en nous disant que le mineur (ou tout incapable) dont l'engagement a été annulé, est cependant tenu de rembourser ce qu'il aurait reçu en conséquence du contrat annulé, s'il est prouvé que ce qui lui a été payé *a tourné à son profit* (V. aussi art. 1241). Ainsi, l'emprunt qu'il aura contracté le constituera valablement débiteur de la somme empruntée envers son prêteur (nonobstant l'art. 457), si celui-ci peut démontrer que la somme par lui versée a servi à éteindre une dette dont l'incapable était valablement tenu, par exemple, à achever de libérer des actions souscrites par des parents dont le mineur est héritier (Civ., 23 février 1891, D. P. 92.1.29. Comp. Paris, 20 janvier 1904, D. P. 1906. 2.25).

Autres exceptions à la règle Minor restituitur tanquam læsus. — Le principe reçoit encore d'autres exceptions dignes d'être notées.

1° Nous avons précédemment indiqué les diverses catégories d'actes pour lesquels il y a exception à l'incapacité du mineur et que celui-ci peut, dès lors, accomplir valablement. Ces actes ne donnent évidemment lieu ni à nullité ni à restitution. On se souvient notamment que le mineur s'engage valablement par ses *délits* (art. 1310). Cette *capacité délictuelle* aboutira quelquefois à restreindre l'*incapacité contractuelle* du mineur. Supposons que celui-ci, en accomplissant un acte qui lui était interdit, en contractant, par exemple, un emprunt, ait employé des *manœuvres frauduleuses* pour faire croire à son contractant qu'il était majeur ; c'est en

vain qu'il demanderait ensuite l'annulation de son obligation ; son adversaire repousserait victorieusement son attaque en démontrant les manœuvres qui l'avaient induit à traiter. On est amené à cette solution par une suite de déductions assez fines. Le mineur, dira-t-on, en employant des artifices coupables pour surprendre la bonne foi de son contractant, a commis à l'encontre de ce dernier un délit ; il est tenu, comme le serait un majeur, d'en réparer les conséquences préjudiciables pour son contractant. Or, la nullité de l'opération à laquelle ce dernier a été entraîné serait incontestablement un préjudice. A quoi bon dès lors permettre au mineur de provoquer une nullité *dont il devrait aussitôt indemniser* son contractant ? La réparation la plus simple, la plus adéquate du délit qu'il a commis n'est-elle pas de lui enlever le bénéfice de l'action en restitution ? A l'appui de cette solution, aujourd'hui généralement admise, on peut invoquer, outre le texte de l'article 1310, celui de l'article 1307, aux termes duquel « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution ». La règle posée par cet article s'imposait évidemment. On ne comprendrait pas qu'une déclaration de majorité insérée dans l'acte par le mineur mît obstacle à ce qu'il en poursuivît ensuite l'annulation ; autant vaudrait supprimer toute protection des incapables ; les déclarations de majorité deviendraient de style ; elles seraient aussi facilement surprises au mineur que l'engagement lui-même. Mais la loi ne parle dans l'article 1307 que de la *simple* déclaration de majorité. Il résulte de cette épithète, par argument *a contrario*, qu'un obstacle à la restitution résulte de la déclaration de majorité qui ne serait pas *simple*, mais caractérisée, compliquée par des manœuvres frauduleuses telles que la production de papiers falsifiés, d'un faux acte de naissance, etc...

2° Parmi les actes non assujettis à formalités spéciales et, dès lors, sujets seulement à restitution, il en est un que, par exception, le mineur peut attaquer, après l'avoir accompli, sans avoir à démontrer une lésion. C'est la *réception d'un paiement*. Cette solution résulte de l'article 1241, d'après lequel tout paiement fait à un incapable est nul, sans distinction, à moins que le débiteur *solvens* ne prouve que la somme payée a tourné à l'avantage de l'incapable, auquel cas le paiement reste libératoire dans la mesure de cet avantage. En résumé, la réception d'un capital, bien qu'appartenant en soi à la série des actes sujets à restitution (car c'est un de ceux qu'un tuteur aurait le droit de faire seul), est soumise, par une disposition formelle, au régime des actes nuls pour vice de forme. Cette anomalie est traditionnelle. Le Code l'a empruntée à Pothier (*Tr. des obligations*, n° 504). Elle peut s'expliquer par cette idée que le fait de remettre un capital en deniers entre les mains d'un mineur constitue toujours une imprudence et doit, dès lors, être présumé préjudiciable, lésionnaire.

Il nous semble que la portée de la règle ainsi posée par l'article 1241 est considérable, et peut aboutir à restreindre pratiquement encore davantage la sphère des actes simplement sujets à restitution. Supposons un mineur placé sous le régime de l'administration légale. On se souvient que, d'après la loi de 1910, le père peut accomplir seul tous les actes qu'un tuteur de-

vrait soumettre à l'unique approbation du conseil de famille ; il peut donc aliéner les valeurs mobilières appartenant à son enfant jusqu'à concurrence de 1.500 francs. Mais supposons que ce soit l'enfant lui-même qui fasse l'aliénation et qu'il trouve un acquéreur. Devrons-nous décider qu'il ne pourra critiquer cette vente qu'en démontrant la lésion ? La distinction précédemment établie nous conduirait à l'affirmative. Mais cette solution se trouve corrigée par la règle de l'article 1241. Le père ou le mineur devenu majeur, en invoquant cette disposition, pourrait, croyons-nous, contraindre l'acquéreur (ou l'agent de change) à payer une seconde fois, faute, par celui-ci, de pouvoir prouver que la somme par lui versée a été employée utilement, dans l'intérêt de son vendeur !

3° On verra enfin que, d'après la Jurisprudence, il y a même un acte du mineur qui se place absolument en dehors des deux catégories ci-dessus distinguées et qui, le cas échéant, serait nul d'une *nullité absolue* ou, tout au moins, invocable à la fois par les contractants et par les tiers intéressés. Ce serait la *convention matrimoniale* qu'un mineur, au mépris de l'article 1309, aurait passée sans l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour son mariage.

Second cas : L'acte a été fait par le tuteur. — Il y a lieu ici de sous-distinguer entre deux hypothèses :

1° On peut supposer d'abord que le tuteur a outrepassé ses pouvoirs, c'est-à-dire qu'il a accompli un acte soumis à des formalités spéciales sans se plier à ces formalités. L'acte est certainement nul, mais de quelle nullité? On pourrait soutenir que c'est d'une nullité *absolue*. Et l'on trouve, sinon cette idée, au moins cette expression dans un arrêt déjà assez ancien de la Cour de cassation (Civ., 1er juin 1870, D. P. 70.1.432, S. 70.1.387). Ce qui a fait défaut au tuteur en effet, dans l'acte qu'il a souscrit indûment, vente, hypothèque, emprunt, ce n'est pas la *capacité*, c'est le *pouvoir*. Ayant dépassé son mandat, il n'a pas représenté le mineur ; il a donc fait un acte inexistant ; s'il s'agit d'une vente, il a vendu la chose d'autrui. La nullité est absolue. Cependant, c'est une opinion contraire qui prévaut à peu près unanimement dans la Doctrine ; et l'on admet que la nullité est simplement *relative*. On considère en effet que le tuteur est investi par la loi d'un mandat général afin de représenter le mineur dans tous les actes juridiques. Certes, la loi lui impose, pour certains de ces actes, des formalités particulières. C'est là une mesure de protection supplémentaire pour le mineur, une des conséquences de son incapacité. La nullité fondée sur l'inobservation de ces formes ne peut être que relative, comme toute *nullité de protection*.

2° On peut supposer, en second lieu, que le tuteur a agi, soit dans la mesure de son droit, par exemple, en accomplissant seul un acte d'administration, soit avec observation des formalités requises, s'il s'agit d'un acte dépassant l'administration. Y aura-t-il alors possibilité d'une rescision pour cause de lésion ? La question est délicate et donne lieu à des controverses.

Au point de vue rationnel, on peut se demander à quelle conception se rattachent les mesures prises contre la lésion subie par un mineur. Le lé-

gislateur la considère t-il comme un vice *objectif*, qui doit être écarté de tout acte intéressant le patrimoine de l'incapable? En ce cas, aucune forme légale ne pourrait mettre celui qui contracte avec un mineur ou avec son représentant à l'abri d'une rescision éventuelle. Ou bien, la lésion n'est-elle, aux yeux du législateur, que la preuve, la révélation de ce fait que le mineur, auteur de l'acte, a agi sans lumières suffisantes, en un mot, comme on l'a dit, la marque extérieure d'une *insuffisance de volonté concrétisée?* Si c'est cette conception qui l'emporte (comme elle domine, nous le verrons, la théorie de la rescision pour lésion des actes accomplis par les *majeurs*), on ne saurait parler de restitution à propos d'un acte régulièrement accompli par un tuteur.

Au point de vue historique, nous avons vu que le Droit romain, puis l'ancien Droit admettaient la possibilité d'une rescision pour les actes réguliers, comme pour les autres. C'était même la destination originaire de la restitution que de protéger le mineur contre les imprudences de son curateur.

Au point de vue des textes positifs enfin, l'article 1314 nous dit que « lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, *soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession*, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction ». Cette disposition exclut bien la recevabilité d'une demande en rescision pour lésion ; mais on remarquera aussitôt qu'elle ne parle que de deux actes particuliers, les aliénations d'immeubles et les partages de succession. Or, *qui dicit de uno de altero negat.* Le Code n'a-t-il point entendu consacrer ainsi, pour tous les autres actes du tuteur, la règle de la restitution, à laquelle, par ailleurs, l'article 1305 semble bien attacher une portée absolue, lorsqu'il nous dit que « la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, *contre toutes sortes de conventions* ? »

La Jurisprudence est ici peu précise. Cependant, on peut conclure d'un *motif* contenu dans un arrêt de la Cour de cassation (Req., 24 avril 1861, D. P. 61.1.256, S. 61.1.625) que l'action en rescision serait recevable contre l'acte lésionnaire d'un tuteur. De même, un arrêt de la Cour de Paris du 1er mars 1877 (D. P. 78.2.108) a abaissé le montant de dédits stipulés dans des actes d'engagement théâtral souscrits par un artiste dramatique mineur avec l'assistance de son père (Cf. Paris, 27 juin 1889, D. P. 90.2.206, S. 89. 2.159). En somme, on peut relever dans notre Jurisprudence une certaine tendance à renouer la tradition de notre ancien Droit et à attribuer à l'action en restitution toute l'ampleur qu'elle possédait autrefois.

Nous estimons cependant, avec la majorité des auteurs, que les actes accomplis régulièrement par le tuteur doivent être inattaquables. L'argument *a contrario* tiré de l'article 1314 est infirmé par ce fait que les deux actes particuliers visés par ce texte étaient ceux que nos anciens auteurs prenaient généralement comme le type des opérations du tuteur sujettes à restitution, nonobstant la régularité de leurs formes. Et, quant aux

termes de l'article 1305, il suffit de les rapprocher de ceux des articles qui le suivent (art. 1307 à 1311) pour constater que le Code, en organisant l'action en rescision, n'a envisagé que l'hypothèse d'un mineur agissant en personne. Et sans doute a-t-il voulu que les actes accomplis pour le mineur, lorsqu'ils seraient entourés de toutes les précautions requises par la loi, fussent à l'abri de toute critique, comme ils le sont lorsqu'il s'agit des autres incapables. C'est l'intérêt même du mineur qui l'exige, car, autrement, personne ne voudrait traiter avec le tuteur. Déjà, sous l'ancien Droit, cette considération pratique décisive avait été, nous l'avons vu, invoquée par Pothier, de l'avis duquel les actes d'administration, c'est-à-dire au moins ceux accomplis par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs, devaient être inattaquables. Est-il admissible que les auteurs du Code civil aient entendu rétrograder au delà de Pothier, leur inspirateur ordinaire?

Il est bon de remarquer cependant que, si le Code civil ne relève pas le mineur ni les autres incapables des conséquences des opérations actives accomplis régulièrement par leur représentant, il les protège parfois contre l'effet des négligences de ce même représentant. C'est ainsi que l'article 2252 suspend la prescription courant contre le mineur et l'interdit durant le temps de la minorité et de l'interdiction. De même, l'article 481 du Code de procédure civile ouvre aux incapables la voie de la requête civile contre les décisions terminant les procès où ils auraient été *mal défendus*. Le Code n'est pas d'ailleurs toujours fidèle à ce système. Ainsi, le mineur et l'interdit ne sont pas relevés des conséquences du défaut de transcription d'un acte les intéressant et que le tuteur aurait dû faire transcrire (art 1070, C. civ.). Tout cet ensemble de dispositions manque évidemment d'harmonie.

Coup d'œil sur les législations étrangères. — Alourdi par le poids de la tradition historique, le système de notre Droit français est, en somme, en ces matières, d'une incontestable complication. Pourtant, dans son ensemble, il est assez judicieux. Il permet au mineur de faire seul, sans avoir besoin d'autorisation, les actes de la vie courante et même de passer des baux, d'administrer ses biens. Les tiers qui traitent avec lui pour tous ces actes, n'ont rien à craindre, tant qu'ils n'abusent pas de son inexpérience. L'action en rescision pour cause de lésion est un mode de protection plus souple, plus intelligent, moins brutal que l'action en nullité.

Et cependant, les législations récentes ont généralement rejeté ce mode de protection, et ne font plus place qu'à l'action en nullité.

C'est ce qu'a fait le Code civil italien, aux termes duquel l'action en nullité seule peut être exercée :

1° Lorsque le mineur non émancipé a fait lui-même un acte sans l'intervention de son représentant légitime ;

2° Lorsque le mineur émancipé a fait lui-même un acte pour lequel la loi exige l'assistance de son curateur ;

3° Lorsque les formalités établies pour certains actes par des dispositions spéciales de la loi n'ont pas été observées.

Nous nous demandons si cette simplification constitue véritablement un progrès.

Quant aux actes accomplis avec les formalités voulues par la loi ils ont la force qu'ils auraient s'ils avaient été faits par un majeur entièrement capable (Voir les articles 1303 à 1308).

Ajoutons que le Code civil italien a fort judicieusement réduit à cinq ans la durée de l'action en nullité (art. 1300, 1er al.).

Les dispositions du *Code civil allemand* méritent également d'être rapportées, car son système diffère profondément du nôtre. En voici les règles principales :

1° Les mineurs sont capables de faire seuls les actes juridiques qui leur procurent exclusivement un avantage juridique, sans aucune charge correspondante (art. 107, *a contrario*). C'est la vieille règle romaine d'après laquelle le mineur peut faire les actes qui rendent sa condition meilleure.

2° Quant aux actes susceptibles de rendre pire la condition du mineur, ils ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation de son représentant légal, et même parfois avec l'autorisation supplémentaire du tribunal des tutelles. Supposons donc que le mineur ait conclu un contrat de ce genre sans l'autorisation requise de son représentant légal. Le sort du contrat est provisoirement incertain, il *dépend de la ratification ou de la non ratification* du représentant du mineur (art. 108). Mais, comme il ne faut pas que cette incertitude se prolonge et que la décision du représentant se fasse longtemps attendre, car l'attente est pleine d'inconvénients pour le co-contractant, ce dernier peut inviter le représentant à se déclarer. La déclaration doit avoir lieu dans un délai de deux semaines, passé lequel elle est *réputée refusée*, et le contrat considéré comme non avenu (art. 108, 2e al.).

3° Lorsque l'acte est passé conformément aux prescriptions légales, il est inattaquable comme s'il avait été fait *par un majeur*.

§ 2. — Actes des mineurs émancipés.

Règles générales. — L'article 1305, avec la distinction qu'il contient, s'applique au mineur émancipé comme au mineur ordinaire. Il faut, par conséquent, observer ici les règles diverses que nous venons de dégager relativement au mineur ordinaire.

1° Supposons, en premier lieu, que le mineur émancipé ait dépassé ses pouvoirs. S'agit-il d'un acte qu'il a fait seul, alors qu'il aurait dû l'accomplir avec l'assistance de son curateur, le mineur émancipé pourra en demander la rescision, mais le succès de sa demande sera subordonné à la démonstration d'une lésion. S'agit-il d'actes pour lesquels des formalités spéciales étaient édictées, formalités que le mineur émancipé a négligées, alors, il y a lieu non à rescision, mais à nullité pour vice de forme.

2° Supposons maintenant que le mineur émancipé a agi régulièrement, c'est-à-dire dans la mesure de ses pouvoirs, s'il a contracté seul, avec l'assistance de son curateur ou l'approbation du conseil de famille, dûment

homologuée en cas de besoin, s'il s'agit d'une opération que la loi soumettait à ces conditions de validité. Alors, l'acte sera valable comme le serait celui d'un majeur, qu'il soit avantageux ou désavantageux. C'est ce que l'article 481 *in fine* dit formellement des actes qui sont de la compétence du mineur émancipé agissant seul. « Il fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes *dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.* » Donc, en principe, pas d'action en rescision pour lésion contre les actes réguliers.

Exception aux principes. Action en réduction. — Pourtant, la loi apporte à ce principe une exception importante. « A l'égard des *obligations*, lisons-nous dans l'article 484, 2e al., que le mineur émancipé aurait contractées *par voie d'achats ou autrement,* elles seront *réductibles en cas d'excès.* » Ainsi, la loi organise pour certaines opérations, rentrant cependant, en principe, dans la sphère de la capacité du mineur émancipé, une protection spéciale qui ressemble à la rescision pour cause de lésion, mais sans se confondre avec elle, à savoir la *réductibilité.* Le texte suppose que le mineur émancipé a fait une dépense, contracté un engagement hors de proportion avec sa fortune ; par exemple, il a acheté des bijoux, des chevaux, une automobile que ne comportait pas son train de vie ; ou encore (argument des mots « par voie d'achat *ou autrement* »), il a loué un appartement d'un loyer trop élevé pour ses revenus, il a commandé à des entrepreneurs des réparations trop coûteuses pour sa maison et pour sa ferme. Les tribunaux pourront, dit la loi, *réduire* ces engagements excessifs.

L'*excès* et la *lésion* se ressemblent. S'ils se confondaient, il y aurait identité absolue entre la situation du mineur non émancipé, capable d'agir seul du moment qu'il ne se lèse pas, et celle du mineur émancipé, capable d'agir seul pourvu qu'il ne commette pas d'excés. Mais voici quelles différences il y a lieu de relever entre la rescision et la réduction. Nous verrons, en les étudiant, que quelques-unes sont, de par la Jurisprudence, devenues presque purement théoriques.

1° L'action en rescision du mineur ordinaire peut être dirigée contre *tous les actes* quelconques qui le lèsent, « contre toutes sortes de conventions », dit l'article 1305. Au contraire, l'action en réduction du mineur émancipé n'a trait qu'à certains actes seulement. Ce sont *ceux qui constituent une dépense.* Elle n'est pas applicable aux autres actes, si désavantageux qu'ils puissent être. Ainsi, il n'y aura pas lieu à réduction, si le mineur émancipé a donné un de ses biens à bail pour un loyer trop faible, s'il a vendu ses récoltes à un prix trop bas.

2° Le tribunal, même s'il s'agit d'un acte réductible en soi, reçoit de la loi un certain *pouvoir d'appréciation.* Il prendra en considération, dit l'article 484 *in fine*, « la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses. » Ainsi, un acte excessif pourra cependant ne pas donner lieu à réduction, par exemple, parce que le contractant du mineur émancipé a ignoré quel était son véritable état de fortune ; au contraire, la bonne foi de celui qui aurait

traité avec le mineur non émancipé ne le mettrait pas à l'abri de la rescision de l'acte, une fois la lésion prouvée.

3° La réduction n'entraîne pas, en principe, l'anéantissement complet de l'acte critiqué, comme la rescision. Le tribunal devra se borner à ramener l'acte à de justes limites ; par exemple, il réduira la commande faite à l'entrepreneur aux réparations vraiment indispensables. Cependant, on comprend que, pratiquement, il ne sera pas toujours possible d'agir ainsi. Si le mineur a loué un appartement trop dispendieux, acheté une automobile de luxe, le tribunal ne pourra pas décider que le loyer ou le prix de l'automobile seront réduits de moitié. Il annulera l'opération tout entière. La réduction aura donc ici exactement le même effet que la rescision ou que la nullité.

4° La rescision pour cause de lésion a pour unique effet l'anéantissement de l'acte accompli par le mineur. La réduction pour excès entraîne, on l'a vu, une autre conséquence qui est de rendre possible la révocation de l'émancipation (art. 485).

5° N'y a-t-il pas une cinquième différence quant aux personnes qui peuvent demander la rescision ou la réduction ? La rescision peut être invoquée, après la majorité, par l'ex-mineur devenu majeur, avant la majorité, par le tuteur ou l'administrateur légal représentant du mineur. On a enseigné, dans une partie de la Doctrine, que la réduction des engagements excessifs du mineur émancipé ne peut, au contraire, être demandée que par le mineur lui-même, mais non par son curateur, ni par le conseil de famille. En effet, ni l'un ni l'autre ne représentent le mineur et ne possèdent la disposition de ses actions. Mais la Jurisprudence, avec raison, repousse cette solution qui aboutirait à des résultats vraiment absurdes. Il est trop clair que le mineur émancipé, en train de se ruiner en gaspillant sa fortune, se gardera le plus souvent de demander la réduction de ses actes. Il la demandera d'autant moins qu'en la faisant prononcer, il s'exposerait, nous venons de le voir, au retrait de l'émancipation. On doit donc admettre que la réduction pourra être sollicitée, en outre du mineur, par tous ceux que la loi charge de concourir à sa protection, c'est-à-dire par le curateur et par le conseil de famille (Note de M. Lyon-Caen sous Req., 24 juin 1896, S. 97.1.113).

6° Une dernière différence importante entre la réduction et la rescision résulte de la Jurisprudence. Lorsqu'il s'agit d'un mineur ordinaire, le domaine de l'action en rescision se restreint aux actes d'administration. Quant aux actes qui dépassent l'administration, ils seront nuls si les formes requises n'ont pas été observées ; dans le cas contraire, ils devront être, pensons-nous, à l'abri de toute rescision, même s'ils ont été désavantageux. Quand il s'agit du mineur émancipé, au contraire, la Jurisprudence a plusieurs fois admis la réductibilité pour des actes dépassant l'administration, tels qu'achats d'immeubles ou de fonds de commerce, alors même que le mineur émancipé se *serait fait assister de son curateur* pour les accomplir (Req., 29 juin 1857, D. P. 58.1.33, S. 57.1.729 ; Req., 21 août 1882, D. P. 83.1.339, S. 83.1.113, note de M. Lyon-Caen). Le motif invoqué par

cette jurisprudence, c'est que l'article 484 ne distingue pas et doit donc s'appliquer à tous les engagements excessifs du mineur émancipé, soit qu'il les ait souscrits seul, soit qu'il les ait souscrits avec le concours des autorités chargées de sa protection. Il y a là une solution que nous ne pouvons approuver, car elle nous ramène aux conceptions les moins pratiques de l'ancien Droit. Nous avons vu que l'acte passé *régulièrement* par le tuteur (ou par le mineur ordinaire assisté de ce tuteur) est aujourd'hui considéré en général comme à l'abri de toute critique. Les tiers ne devraient pas jouir d'une moindre sécurité, lorsqu'ils traitent avec un mineur émancipé dûment assisté de son curateur.

Appendice. Durée de la sanction. — Qu'il s'agisse des actes d'un mineur ordinaire ou de ceux d'un mineur émancipé, de l'action en nullité pour vices de formes ou de l'action en rescision, il y a lieu d'appliquer l'article 1304, qui soumet ces actions à la prescription de dix ans. Cette prescription commence à courir du jour de la majorité. C'est à partir de ce moment qu'une confirmation de l'acte annulable ou rescindable sera possible de la part de son auteur.

DEUXIÈME PARTIE

LES DÉMENTS

La seconde catégorie d'*incapacités* d'*exercice* ou de *protection* comprend celles qui tiennent aux *infirmités mentales*.

Elles sont de deux sortes (ou de deux degrés d'après le Code civil :

D'abord, l'*aliénation* ou *folie* proprement dite entraîne l'incapacité entière ou presque entière de l'aliéné incapacité parfois comparable à celle du mineur ordinaire.

A un degré inférieur, la simple *faiblesse d'esprit* ou la *prodigalité*, traditionnellement considérée comme une variété diminutive de l'aliénation mentale, donne lieu à des mesures spéciales de protection et entraîne une demi-incapacité analogue, par certains côtés, à celle du mineur émancipé.

CHAPITRE PREMIER

ALIÉNATION MENTALE[1]

Généralités. Division. — La condition et le régime juridique des Aliénés relèvent ensemble du Droit privé et du Droit public. Ils mettent en jeu à la fois des questions de *capacité* et de *protection légale* et des questions de ***police*** et de ***liberté individuelle***.

Des questions de capacité et de protection légale d'abord. L'aliénation mentale, privant le malheureux qui en est frappé de l'usage de la raison, le rend en effet incapable de participer au commerce juridique. Il faut donc lui nommer un administrateur, chargé d'exercer ses droits. Ajoutons que cette protection est nécessaire, non seulement lorsque la maladie a complètement paralysé l'intelligence, mais aussi lorsqu'elle est coupée par des intervalles lucides. Car, si on laissait livré à lui-même l'individu dans le cerveau duquel alternent des périodes de crises et des périodes d'intelligence, il serait très difficile, le cas échéant, d'attaquer les actes qu'il aurait passés ; il faudrait prouver, chose parfois presque impossible, qu'au moment où il contractait, l'aliéné se trouvait sous l'empire de la folie.

Mais cette première face de la question n'en est peut-être ni la plus sérieuse, ni la plus grave. Dans la plupart des cas de folie, il est nécessaire de placer l'aliéné dans un établissement destiné à recevoir les malades de son espèce, d'abord pour lui donner des soins, et aussi pour l'empêcher de nuire à autrui. Or, ici se pose un angoissant problème. Tout en permettant l'internement des aliénés, le législateur doit prendre toutes les précautions nécessaires pour empêcher les internements arbitraires que pourraient solliciter des parents avides ou indignes.

1. Depuis un demi-siècle, la législation française des aliénés, qui est à la veille d'une refonte à peu près totale, a donné lieu à une abondante littérature. On en trouvera une bibliographie succincte, mais suffisante dans le *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, 1910, t. I, V° *Aliénés*. Nous renvoyons particulièrement à deux ordres de sources : 1° les travaux parlementaires : ils sont analysés complètement, et résumés dans le rapport de M. Th. Roussel, au Sénat, *sur le projet de révision de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés* (Documents parlementaires, 1884, annexe n° 157). Depuis cette époque, il y a lieu de consulter le rapport de M. Dubief, à la Chambre des députés (Documents parlementaires, 1903, annexe n° 871, p. 422). Les textes rapportés par M. Dubief ont été votés par la Chambre dans ses séances des 14, 17, 21 et 22 janvier 1907. V. l'analyse de M. Lebret, *Revue critique*, 1904, p. 610; 2° les travaux de la *Société d'études législatives*. Le *Bulletin* de cette société contient, dans le cours des années 1903, 1904, 1905, de nombreux documents, discussions, communications relatifs à un projet de réforme de la législation des aliénés. On consultera surtout les rapports de MM. Larnaude, *Bulletin*, 1904, p. 25 et 83, et Saleilles, *Bulletin*, 1904, p. 262 et 349. Cf. A. Chénot, *Etude juridique et critique de la condition civile des aliénés*, thèse, Toulouse, 1906.

Nous étudierons successivement ces deux questions :

1° L'internement des aliénés.

2° La protection des intérêts des aliénés.

Constatons, en attendant, qu'elles présentent, pour notre pays, une importance malheureusement toujours grandissante. Les statistiques démontrent en effet que le nombre des aliénés ne cesse pas de s'y accroître. En 1871, le nombre de ceux qui recevaient des soins dans des établissements publics ou privés s'élevait à 40.589 ;

En 1881, il est monté à		63.000 ;
En 1890,	—	73.641 ;
En 1900,	—	87.428 ;
En 1910,	—	98.477 ;
En 1912,	—	101.461 ;
En 1913,	—	101.732[1] ;

Cet accroissement est dû à plusieurs causes ; d'abord à l'augmentation du nombre des asiles et à l'agrandissement des asiles existants. En second lieu, on doit remarquer que les familles recourent plus volontiers qu'autrefois au placement de leurs malades dans les asiles, parce que ces établissements sont mieux installés, et que les malades y sont mieux soignés, et qu'enfin les médecins recommandent tous l'isolement comme le seul remède pouvant amener la guérison, quelle que soit d'ailleurs la variété du trouble mental qu'ils sont appelés à traiter. Aussi le nombre des fous non dangereux, des déments séniles et des idiots a-t-il tellement augmenté dans les établissements d'aliénés qu'il a fallu se préoccuper d'organiser des asiles spéciaux pour les crétins, les idiots et les épileptiques. Enfin, il y a lieu d'accuser du développement des maladies mentales l'influence indéniable de l'alcoolisme. En 1907, sur 94.125 aliénés traités dans les asiles, 9.310 étaient atteints de folie alcoolique. Le nombre des fous alcooliques a passé de 8.426 en 1903 à 10.037 en 1912.

SECTION I. — L'INTERNEMENT DES ALIÉNÉS.

Historique : Avant la loi de 1838. — L'internement des aliénés est réglé aujourd'hui par la loi du 30 juin 1838. Cette loi, aujourd'hui très attaquée, et depuis fort longtemps, puisque les premières propositions relatives à sa réforme remontent à 1866, n'en a pas moins réalisé en son temps un incontestable et énorme progrès.

Notre ancien Droit, en ce qui concerne le régime et le placement des fous, était en effet on ne peut plus arriéré. « Pendant longtemps, on y traita les fous furieux comme des démoniaques par des exorcismes, ou comme des criminels en les enfermant dans des cachots » (Brissaud, *op. cit.*,

1. Il convient de constater que le même accroissement du nombre des aliénés traités dans des établissements spéciaux se produit dans tous les pays. (V. *Annuaire statistique de la France*, 34e vol. 1914 et 1915, *Résumé rétrospectif*, p. 180).

p. 194, note 6). Bien rares étaient les régions privilégiées (Paris et quelques autres villes) où on les soumettait, dans les hospices spéciaux créés au XVI^e^ et au XVII^e^ siècles, à des traitements relativement plus humains, mais encore bien rigoureux et se ramenant toujours plus ou moins à une pure et simple réclusion.

Quant aux aliénés tranquilles, ils étaient, le plus souvent, laissés en liberté.

C'est Pinel qui, le premier, a entrepris de soigner les fous comme des malades ; il appliqua son système à l'hospice de Bicêtre où il avait été nommé médecin en 1792. Mais ses idées ne se généralisèrent que bien lentement, et l'on a pu dire que, jusqu'à la veille de la loi de 1838, l'assistance sociale n'offrait aux fous, en dehors des maisons de force et des cachots, que des cabanons et des loges.

Si encore les établissements avaient été en nombre suffisant ! Mais il n'en était rien. Dans la plupart des départements, on ne savait où placer les aliénés. Aussi n'enfermait-on guère que les individus dangereux pour la sécurité publique ; on les internait dans des asiles quand il y en avait, et dans les prisons quand il n'y avait pas d'asiles. Les aliénés inoffensifs étaient laissés en liberté, et, s'il faut en croire le rapport déposé par M. Roussel devant le Sénat en 1884, « les documents officiels établissaient que les scandales et les accidents résultant chaque jour de la liberté laissée à des milliers de fous dont on ne savait que faire, étaient devenus l'objet des plus sérieuses préoccupations. »

Quant aux garanties de la liberté individuelle contre l'abus des internements, elles était à peu près nulles. A la vérité, ces garanties eussent existé si la pratique s'était conformée à l'esprit du Code civil. Le législateur de 1804, en effet, n'avait pas consacré de dispositions spéciales à *l'internement* des aliénés ; mais il avait organisé leur *protection* au moyen de l'*interdiction*, laquelle, dans sa pensée, devait constituer une mesure générale applicable à tous les aliénés. Aux termes de l'article 489 du Code civil, « le majeur qui se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, DOIT être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. » Or, l'interdiction ne peut être prononcée que par le tribunal, après une procédure comportant l'examen du malade et moyennant bien d'autres garanties encore contre les demandes injustifiées. Ces garanties, si l'interdiction était devenue, selon le vœu de la loi, le *prélude ou l'accompagnement nécessaire* de tout internement d'aliéné, auraient donc suffisamment protégé les individus contre les abus possibles. Mais jamais la prescription de l'article 489, d'ailleurs dépourvue de toute sanction, ne fut respectée. De bonne heure, beaucoup de familles manifestèrent une grande répugnance contre l'interdiction, à cause des lenteurs et des frais de la procédure, à cause surtout de la publicité qu'elle donne à une tare que l'intérêt familial, surtout lorsqu'il y a des enfants, commande de dissimuler soigneusement. On prit donc l'habitude de faire interner les malades sans les interdire. C'est ainsi qu'à Bicêtre, en 1837, sur 613 aliénés enfermés dans l'établissement, 19 seulement avaient fait l'objet d'une interdiction.

Or, aucune condition n'était exigée pour l'internement, qui apparaissait comme une mesure discrétionnaire de police abandonnée au gré de l'Administration. C'est tout au plus si, à Paris, deux arrêtés du préfet de police, rendus en 1803 et en 1828 et imités par certains préfets, dans leurs départements, avaient prescrit quelques mesures de protection.

Loi du 30 juin 1838. Conditions de l'internement. — C'est pour remédier à ces lacunes que fut votée, après une discussion approfondie, signalée surtout par un magistral rapport de M. Vivien, la loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés*.

Cette loi qui, il faut le reconnaître, a rendu à la Société française les plus grands services, a trois objets :

Organiser dans chaque département des asiles où les aliénés puissent être placés et recevoir des soins efficaces, par un traitement scientifique ;

Soumettre tous les établissements d'aliénés à la surveillance de l'Administration, afin d'éviter les séquestrations arbitraires ;

Protéger les intérêts patrimoniaux des aliénés internés, lorsqu'ils n'ont pas été interdits.

En négligeant provisoirement ce dernier point de vue que nous retrouverons en traitant, plus loin, de la protection des aliénés, les dispositions principales de la loi peuvent être groupées de la façon suivante:

1° Chaque département est tenu de posséder un établissement public d'aliénés ou de traiter avec un établissement public ou privé, au besoin d'un autre département, pour y faire recevoir ses aliénés.

2° Les établissements publics sont placés sous la *direction*, les établissements privés sous la *surveillance* de l'autorité publique.

Ainsi, nul ne peut diriger ni former un établissement privé consacré aux aliénés sans l'autorisation du gouvernement. Et le titre II de l'ordonnance du 18 décembre 1839 fixe les conditions imposées pour la fondation et le fonctionnement des maisons privées.

Les établissements privés doivent être visités, à des jours indéterminés, une fois au moins chaque trimestre, par le procureur de la République ; les établissements publics, une fois au moins chaque semestre.

Les chefs, directeurs ou préposés des établissements sont tenus d'adresser aux préfets, dans le premier mois de chaque semestre, un rapport rédigé par le médecin de l'établissement sur l'état de chaque personne qui y est retenue, sur la nature de sa maladie et les résultats de son traitement.

3° Les règles relatives au *placement* sont particulièrement nombreuses et détaillées.

Le *placement* peut être *ordonné par l'autorité publique*, ou *volontaire*.

Le préfet ordonne d'office le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne, interdite ou non, dont l'état d'aliénation mentale compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes.

Pour les *aliénés inoffensifs*, voici quelles sont les pièces exigées par l'article 8 en vue du placement volontaire. La loi exige:

A. — Une *demande d'admission* formée, soit par un parent, soit par un

tiers indiquant la nature des relations qui existent entre l'aliéné et lui. La demande doit être écrite et signée par son auteur. Le chef ou directeur de l'établissement doit s'assurer, sous sa responsabilité, de l'individualité de la personne qui a formé la demande.

B. — Un *certificat de médecin* constatant l'état mental de la personne à placer et indiquant les particularités de sa maladie et la nécessité de l'interner. Ce certificat ne peut être admis s'il a été délivré plus de quinze jours avant sa remise au chef ou directeur de l'établissement, s'il est signé d'un médecin attaché à l'établissement, ou si le médecin signataire est parent ou allié, jusqu'au second degré inclusivement, des chefs ou propriétaires de l'établissement ou de la personne qui fait effectuer le placement.

En cas d'urgence, les chefs des *établissements publics* pourront se dispenser d'exiger le certificat. Mais les chefs des établissements privés n'auront jamais la même faculté.

C. — Un *passeport* ou toute autre pièce propre à constater l'identité de la personne à placer.

D. — Un *bulletin d'entrée*, mentionnant les diverses pièces ci-dessus, lequel sera adressé, dans les vingt quatre heures, avec un certificat du, médecin de l'établissement et la copie du certificat du médecin consulté- au préfet ou au sous-préfet dans les communes de leur résidence et, dans les autres, au maire qui l'envoie immédiatement au préfet.

4° La loi prend ensuite les mesures suivantes pour qu'un internement arbitraire, si, par malheur, il avait pu se produire, ne puisse pas, du moins se prolonger :

A. — Si le placement est fait dans un établissement privé, le préfet, dans les trois jours de la réception du bulletin sus-indiqué, charge un ou plusieurs hommes de l'art de visiter la personne désignée, à l'effet de constater son état mental et d'en faire rapport sur-le-champ. Il pourra leur adjoindre telle autre personne qu'il désignera (art. 9).

B. — Dans le même délai, le préfet notifie administrativement les noms, profession et domicile tant de la personne placée que de celle qui a demandé le placement, au procureur de la République de l'arrondissement du domicile de la personne placée et à celui de l'arrondissement de la situation de l'établissement (art. 10).

C. — Quinze jours après le placement, un nouveau certificat du médecin de l'établissement, confirmant ou rectifiant les indications du premier, et indiquant le retour plus ou moins fréquent des accès ou des actes de démence, est adressé au préfet (art. 11).

D. — Dans chaque établissement doit être tenu un registre, coté et paraphé par le maire, sur lequel sont immédiatement inscrits les noms, profession, âge et domicile des personnes placées dans les établissements d'aliénés, la mention du jugement d'interdiction, s'il y a lieu, et le nom du tuteur; la date du placement de l'aliéné ; les noms, profession et demeure de la personne, parente ou non, qui l'a demandé ; enfin, les certificats médicaux (art. 12).

En outre, le médecin est tenu de consigner sur ce registre, au moins tous les mois, les changements survenus dans l'état mental du malade (art. 13).

Ces registres sont soumis aux personnes chargées de visiter l'établissement.

E. — Toute personne placée dans un établissement cessera d'y être retenue aussitôt que les médecins de l'établissement auront déclaré sur le registre que la guérison est obtenue (art. 13).

F. — Toute personne placée dans un établissement cesse également d'y être retenue, dès que la sortie est requise par les parents ou représentants énumérés dans l'article 14. Pourtant, le médecin peut s'opposer à la sortie, auquel cas l'autorité préfectorale intervient pour trancher le conflit.

G. — De son côté, la personne retenue dans un établissement, son tuteur ou curateur, et tout parent ou ami peuvent, à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, lequel, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate. La décision sera rendue sur simple requête, en chambre du conseil et sans délai. Elle ne sera point motivée.

H. — Le préfet, lui aussi, peut toujours ordonner la sortie immédiate des personnes placées volontairement dans des établissements d'aliénés. (art. 16).

I. — L'intéressé, ses parents ou amis, ou même le procureur de la République, d'office, peuvent demander au tribunal de nommer en chambre du conseil, par jugement non susceptible d'appel, un curateur à la personne de l'interné (art. 38). Ce curateur devra veiller :

a) A ce que les revenus du malade soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ;

b) A ce que ledit individu soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra.

Ce curateur ne pourra pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne placée dans l'établissement.

J. — Enfin, les chefs, directeurs ou préposés qui retiendraient une personne, dès que sa sortie a été ordonnée par le préfet ou le tribunal, ou par la famille, ou, enfin, quand sa guérison est constatée par le médecin, seraient passibles des peines de l'article 120 du Code pénal, réprimant la détention arbitraire, c'est-à-dire de six mois à deux ans de prison et de 16 à 200 francs d'amende.

Insuffisance et critique de la loi de 1838. — On a pu constater combien les précautions prises par la loi pour éviter les séquestrations arbitraires sont nombreuses et minutieuses. Elles occupent, à elles seules, plus de la moitié des articles.

Comment peut-on, dès lors, expliquer que, de l'aveu de presque toutes les personnes compétentes, les garanties que la loi de 1838 donne à la liberté individuelle ne soient pas suffisamment efficaces ? Comment se fait-il que des internements arbitraires, non pas fréquents, mais encore trop

nombreux, puissent se produire, comme en font foi trop souvent, non seulement les faits divers des journaux et les campagnes de presse, mais encore les comptes rendus judiciaires ?

C'est que les rédacteurs de la loi de 1838 ont commis une fâcheuse erreur. La plupart des garanties qu'ils ont édifiées sont *postérieures* à l'internement au lieu de le *précéder*. Ils ont accumulé les prescriptions visant la constatation de l'état des internés et les facilités à donner à leur remise en liberté. Mais ces mesures sont trop souvent illusoires. Une fois que le prétendu aliéné aura été enfermé, à la demande peut-être d'héritiers cupides ou d'un conjoint désireux de s'en débarrasser, il lui sera bien difficile d'obtenir son élargissement. Les décisions à prendre à cet effet par les médecins et l'Administration impliqueraient souvent la *reconnaissance d'une erreur commise*, parfois l'incrimination de fonctionnaires ou de confrères en l'art médical. On hésite donc à les prendre et on s'attache, de préférence, généralement d'ailleurs de très bonne foi, dans l'examen du prétendu malade, plutôt aux symptômes qui peuvent justifier le maintien de l'internement qu'à ceux qui feraient apparaître cette mesure comme illégale.

Au contraire, les précautions antérieures au placement se réduisent, nous l'avons vu, à la production de certaines pièces. Au fond, elles consistent exclusivement dans le certificat médical. Or, ces certificats, qui n'ont même pas besoin d'être délivrés par un spécialiste de la psychiâtrie, s'obtiennent, surtout dans les grandes villes, trop facilement. Les praticiens qui les délivrent ne connaissent souvent le malade que par les explications que leur ont fournies les demandeurs en internement. Ils sont rédigés le plus souvent, s'il faut en croire M. Larnaude, « de la manière la plus sommaire ». De la sorte, aucun contrôle sérieux n'est possible. Là est évidemment la lacune de notre loi. Il faut d'ailleurs reconnaître que cette lacune a été *voulue*. Lors de la préparation de la loi de 1838, le projet du gouvernement subordonnait le placement du malade à une autorisation préalable du préfet. La commission fit repousser toute intervention de l'autorité publique, et cela pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle pourrait retarder un placement parfois urgent. « Un retard de quelques jours, disait-on, peut aggraver le mal au point d'en rendre la guérison quelquefois impossible, toujours beaucoup plus difficile ! » Et, d'autre part, la commission voulait que la responsabilité du placement pesât sur celui qui le demande et non sur l'autorité publique (V. Rapport de M. Vivien, *Moniteur*, 21 mars 1837, p. 630). On s'arrêta donc au système actuel qui, au lieu de déplacer les responsabilités, arrive presque à les supprimer complètement.

Ajoutons qu'une dernière critique est souvent formulée, à l'heure actuelle, non contre la loi de 1838, mais contre les errements tolérés par l'Administration. Cette critique vise l'existence de nombreux établissements dirigés par des médecins, et qui, quoique renfermant des fous, échappent à toute surveillance parce qu'ils n'ont pas été déclarés comme établissements d'aliénés, et s'intitulent simplement maisons de santé ou établissements hydrothérapiques. Il est bien vrai que l'article 5 de la loi de 1838 punit le

fait de recevoir des aliénés dans une maison de santé, sans autorisation administrative, d'un emprisonnement de cinq jours à un an et d'une amende de 50 à 3.000 francs, ou de l'une de ces deux peines. Mais il ne semble pas que l'Administration et les parquets tiennent bien soigneusement la main à l'application de cette disposition.

Projets de réforme. — Il y a plus de cinquante ans que la réforme de la loi de 1838 est sur le chantier, et que l'on réclame ces garanties indispensables de la liberté individuelle qu'elle n'a pas su instituer.

La difficulté est toujours la même :

D'une part il ne faut pas trop compliquer les formalités nécessaires pour le placement ou l'isolement du malade, car, d'après les médecins, ce placement est parfois une mesure urgente, impérieuse, de laquelle peut dépendre la guérison.

Mais, d'un autre côté, le législateur se doit d'instituer les précautions indispensables pour défendre la liberté de l'individu contre la cupidité ou contre la haine possible de ses parents.

Voici quelles sont les solutions qui paraissent devoir concilier ces deux intérêts :

Exiger pour l'internement un certificat signé de *deux* médecins.

Le placement dans l'établissement aura un caractère *provisoire*.

L'individu sera *interrogé*, à la suite de son entrée, par le procureur de la République.

Le *tribunal* statuera en chambre du conseil sur son maintien dans l'asile.

La *surveillance* des établissements sera organisée d'une façon plus sévère et plus effective.

Enfin, il conviendrait de protéger l'aliéné soigné dans sa famille, en imposant une déclaration à ceux qui veulent conserver le malade chez eux, ou même en les obligeant à demander une autorisation, enfin, en établissant une surveillance de ces malades à domicile.

Ce sont des règles de ce genre qui ont été consacrées par le projet, très étudié, dû à l'initiative de M. Dubief, qu'a voté la Chambre des députés et qui attend l'examen du Sénat.

Il convient de signaler une variante intéressante proposée par la commission de la *Société d'études législatives* dans la préparation du projet mis à l'étude par cette Société. Il s'agirait — car, ainsi que pour la tutelle des enfants naturels, on attendrait plus d'un *organe spécialisé* que d'un rouage d'administration générale tel que le tribunal — d'instituer auprès de chaque asile une *commission permanente* appelée à jouer un rôle capital dans les questions de placement et de surveillance des aliénés. Cette commission serait présidée par un juge. Vingt-quatre heures après l'internement, un juge se transporterait auprès du malade, et ferait un rapport à la Commission permanente, qui déléguerait un de ses membres auprès de l'aliéné. Et ce serait le président de cette commission, c'est-à-dire le juge placé à sa tête, qui statuerait sur la maintenue.

SECTION II. — Incapacité et protection des aliénés.

Généralités. Historique. — De tous temps, on s'est préoccupé de protéger les intérêts de l'individu privé de raison, et le meilleur moyen d'y arriver a toujours été de lui nommer un mandataire légal chargé d'administrer son patrimoine.

Le Droit romain considérait le fou comme frappé d'une incapacité complète, tant au moins qu'il était sous l'empire de la maladie. Un curateur lui était nommé en conséquence pour veiller aux soins exigés par son état et pour administrer ses biens. En revanche, le fou redevenait pleinement capable durant les intervalles de lucidité ; il pouvait alors agir seul et ses actes étaient valables (3, 4, Inst. Just. I, 23).

On comprend à quelles difficultés devait donner lieu ce départ entre les périodes de crises morbides et les intervalles de rémission. C'est très sagement que notre Droit l'a écarté, comme nous allons le voir, en établissant une présomption d'incapacité pour le fou, interdit ou enfermé dans un établissement d'aliénés.

C'est notre ancien Droit coutumier qui a introduit cette présomption, avec la mesure de l'interdiction. L'interdiction était prononcée par décision de justice, après interrogatoire de l'intéressé par le juge. Deux arrêts de règlement du Parlement de Paris, en date des 18 mars 1614 et 23 décembre 1621, avaient prescrit et organisé la publicité de la décision. L'interdit était placé en curatelle. Son curateur, véritable tuteur, administrait tous ses biens en qualité de représentant légal. Quant aux actes faits par l'interdit lui-même, le Droit coutumier admettait qu'ils étaient nuls sans que l'on pût soutenir qu'ils avaient été passés dans un intervalle lucide (Argou, liv. I, ch. IX ; Meslé, *Tr. des minorités*, ch. XII ; Ferrière, *Dict. de Droit et de pratique*, V° *Interdit ;* Brissaud, *op. cit.*, p. 193 et s.).

Nous avons déjà indiqué que le Code civil, suivant les traditions de l'ancien Droit, avait voulu que tout aliéné fût placé en état d'interdiction, cet état entraînant pour lui une présomption d'incapacité et la nomination d'un tuteur. Mais nous avons dit également que la disposition du Code, réduite à l'état de simple vœu, faute de sanctions, n'avait pas été observée, si bien qu'une grande partie (la majorité même) des aliénés, internés ou non, n'étaient pas l'objet d'une interdiction. La loi de 1838 établissant des règles spéciales pour les aliénés placés dans un établissement sans être interdits, il y a lieu d'étudier successivement la situation juridique de trois catégories d'aliénés :

1° Les aliénés non interdits ni internés ;
2° Les aliénés interdits ;
3° Les aliénés non interdits mais internés.

§ 1. — Aliénés non interdits ni internés.

Deux règles fondamentales dominent la situation juridique des aliénés non interdits qui ne sont pas soignés, ou le sont à domicile, ou (irrégulièrement) dans des maisons de santé non qualifiées établissements d'aliénés.

Première règle : Preuve de l'incapacité au moment de l'acte. — Supposons qu'un aliéné de la catégorie qui nous occupe ait accompli un acte juridique, et qu'il veuille ensuite, une fois revenu à la raison, en contester la validité. Quelle sera la démonstration à faire ? L'acte, à première vue, n'a pas été accompli par un incapable, car il n'y a d'incapables que ceux qui sont déclarés tels par la loi : or, il n'en est ainsi que pour les interdits, et, depuis la loi de 1838, pour ceux qui ont été placés dans un établissement d'aliénés. La décision judiciaire ou administrative, qui est intervenue dans l'un ou l'autre cas, est la constatation officielle de la folie et de l'incapacité. Mais s'il n'y a ni interdiction, ni internement, les actes du prétendu fou, le Code civil ne s'en occupant pas, ne peuvent être nuls qu'en vertu des principes généraux du Droit, par cette raison qu'il leur manque cet élément essentiel, primordial de tout acte juridique, qui est la volonté d'agir. Il faudra donc prouver que l'auteur de l'acte était fou *au moment précis où il a effectué l'acte critiqué*. Peu importerait, à défaut de cette démonstration, qu'on rapportât la preuve de désordres fréquents de son cerveau, constituant un *état habituel* de démence. Cet état habituel en effet, à le supposer démontré, n'entraîne pas une incapacité ; il n'en résulte pas, comme cela devrait être établi pour que l'acte fût nul, que l'auteur de cet acte s'est trouvé, au moment où il a agi, sous l'empire d'une crise morbide et, par conséquent, dénué de volonté juridique.

On comprend aisément toutes les difficultés d'une pareille preuve. Certaines législations, plus soucieuses de la protection des intérêts du fou, ont donc établi une règle différente. Le Code civil allemand, dans son article 105, 2e al., subordonne bien, comme nous le faisons, à la démonstration d'un désordre concomitant à l'acte, la nullité de l'acte souscrit par une personne atteinte d'un trouble mental *passager*. Mais l'article 104-2° du même Code fait résulter du trouble mental *non passager*, en d'autres termes de l'*état habituel* de démence, une présomption d'incapacité qui dispense le demandeur en nullité de toute démonstration autre que celle de cet état habituel. En cela, le Code allemand peut paraître supérieur au nôtre. En revanche, il est défectueux, croyons-nous, en ce qu'il n'exige pas, pour que le trouble mental non passager entraîne cette incapacité, qu'il soit *notoire*. Il en résulte un danger réel pour les tiers, exposés à des nullités sans que rien les avertisse. La meilleure législation serait celle qui permettrait l'annulation des actes de l'aliéné libre moyennant deux conditions, la démonstration de son état habituel de démence, et la notoriété de cet état. Mais telle n'est pas, quoiqu'on ait soutenu ingénieusement le contraire, la législation française (V. note de M. Lacoste, S. 95.2.227). Encore

une fois, il ne suffit pas chez nous que l'aliéné libre se trouve, fût-ce de la manière la plus notoire, soumis à des troubles cérébraux fréquents, même habituels. L'acte qu'il a fait n'en restera pas moins valable, si l'on ne peut pas prouver qu'il y a eu crise *au moment de son accomplissement*.

Reste à déterminer qui peut se prévaloir, le cas échéant, de la nullité. Le dément seul ou son contractant avec lui ? En d'autres termes, la nullité est-elle relative ou absolue ? La Doctrine enseigne en général qu'elle est absolue. En effet elle repose sur cette allégation que l'acte manque d'un élément essentiel à son existence même, à savoir la volonté d'agir. Mais la Jurisprudence paraît se fixer en sens contraire et n'admettre comme demande d'annulation que celle qui vient du côté de l'aliéné, en la soumettant, de plus, à la prescription décennale de l'article 1304, sans doute parce qu'il ne s'agit ici, en somme, que d'une nullité de protection. La nullité est donc relative (Nîmes, 29 janvier 1890, D. P. 91.2.97 ; Bordeaux, 22 avril 1896, D. P. 96.2.455, S. 96.2.232, P. F. 97.2.321, note de M. Carré de Malberg).

Seconde règle : Irrecevabilité d'une demande en nullité pour démence formée après la mort de l'individu. — Les actes d'un individu qui n'a pas été interdit ne peuvent pas être attaqués, pour cause de démence, après sa mort. Tel est le principe posé par l'article 504.

Des motifs très divers expliquent cette règle. On pourrait craindre d'abord que les héritiers n'allèguent trop aisément la démence de leur auteur, lorsqu'ils se trouvent en face d'un acte de ce dernier qui leur cause quelque gêne ou quelque préjudice. Si l'auteur de l'acte était fou, pourquoi ne l'ont-ils pas fait interdire de son vivant ? Que penser de cette sollicitude qui ne s'éveille que lorsque le prétendu dément n'est plus là pour en bénéficier ? Ajoutons qu'une fois l'auteur d'un acte décédé, l'appréciation de son état mental, au moment où il a agi, devient presque impossible pour le tribunal.

La complexité de ces motifs explique les exceptions que reçoit la règle de l'article 504 :

1° Aux termes de l'article 504 lui-même, l'irrecevabilité de la demande est écartée et la nullité pourra être sollicitée *lorsque l'interdiction avait été provoquée* ou prononcée du vivant de l'auteur de l'acte. Dans ces cas, en effet, les héritiers ne sont pas en faute ; la critique qu'ils élèvent actuellement contre l'acte de leur auteur échappe à toute suspicion.

On remarquera qu'il y a certaines hypothèses que la loi n'a pas envisagées, et où, cependant, une exception à la règle se comprendrait tout aussi bien. Les héritiers peuvent n'avoir pas provoqué l'interdiction du défunt de son vivant, parce qu'alors ils étaient eux-mêmes mineurs ou absents. Ou bien encore, la folie qu'ils allèguent ne s'est manifestée que par une crise tout à fait passagère. Comment, dans ces divers cas, peut-on leur faire grief de leur inaction ? Et n'est-il pas trop sévère de leur dénier l'action en nullité ? C'est cependant la solution qui découle du silence gardé par l'article 504 sur les hypothèses en question.

2° La demande en nullité sera encore recevable *lorsque la preuve de la*

démence résulte de l'acte même qui est attaqué, nous dit l'article 504 *in fine*. Dans le cas, en effet, où l'on se trouve en présence d'un acte dénotant par lui-même l'extravagance, l'aberration de son auteur, aucune des difficultés de preuve qui contribuent à justifier la règle de l'article 504 n'existe plus; cette règle doit donc être écartée.

3° Il résulte de l'article 901 ainsi conçu : « Pour faire une donation entre vif ou un testament, il faut être sain d'esprit » que l'article 504 ne s'applique pas aux *actes à titre gratuit*. Ces actes, donation ou testament, peuvent donc être attaqués pour cause de démence, après la mort de leur auteur, quand bien même ils ne dénoteraient pas l'aliénation par eux-mêmes, et quoique l'interdiction n'ait pas été antérieurement provoquée. Cette exception qui enlève beaucoup de son importance pratique à la règle de l'article 504, se justifie par cette considération que les actes à titre gratuit sont ceux pour lesquels il est le plus à redouter que des tiers peu délicats n'abusent de la faiblesse d'esprit d'un malade. Et, pour ce qui est des testaments en particulier, comme ces actes n'ont de valeur qu'à partir de la mort du testateur, ils ne pourraient jamais être attaqués pour cause de folie, si l'on exigeait qu'ils le fussent seulement du vivant de leur auteur.

4° Enfin, la règle de l'article 504 ne s'applique, d'après une opinion générale, qu'aux actes concernant le patrimoine des aliénés. Elle reste étrangère aux *actes concernant leur personne*, tels que le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc... (V. cependant, pour l'adoption, Req., 1er mai 1861, D. P. 61.1.213, S. 61.1.514).

§ 2. — Aliénés interdits.

Généralités. Statistique. Division. — On peut définir l'interdiction l'acte par lequel une personne majeure est rendue incapable des actes de la vie civile et placée sous l'autorité d'un tuteur chargé de la représenter. Cette définition embrasse à la fois l'interdiction dite *légale* et l'interdiction dite *judiciaire*. L'interdiction *légale*, on le sait, est celle qui résulte de plein droit de certaines condamnations dont elle a pour but de corroborer, d'assurer l'efficacité répressive. L'interdiction *judiciaire*, ainsi nommée parce qu'elle résulte d'une décision de justice, est celle qui, dans une pensée de protection, et non plus de répression, s'applique aux aliénés. C'est de celle-là seule que nous allons traiter. Les règles que nous allons dégager constituent d'ailleurs le *droit commun de l'interdiction*, car on les applique à l'interdiction légale comme à l'interdiction judiciaire, chaque fois que cette application n'est pas contraire à un texte formel ou à la nature même de l'institution.

Nous avons vu que, dans la pensée des auteurs du Code civil, l'interdiction devait constituer la condition générale de tous les aliénés. La protection de ces malheureux se trouvait, dès lors, assurée, puisque, d'une part, l'internement apparaissait comme normalement consécutif à l'interdiction, et que, d'autre part, l'interdit, rendu incapable de tous actes, était dorénavant, comme un mineur, représenté par un tuteur.

Mais nous avons dit aussi que la pratique n'avait pas répondu aux intentions du législateur. Les familles, préoccupées surtout de tenir secrète la terrible maladie dont on connaît le caractère fréquemment héréditaire, ne recoururent pas volontiers à l'interdiction. De nos jours, le nombre des jugements qui la prononcent, s'il ne diminue pas, est loin d'augmenter en proportion du nombre des cas de folie.

Voici une statistique moyenne annuelle des demandes en interdiction :

Années	Demandes formées par les familles, par le Ministère public
1851 à 1855	587 42
1856 à 1860	647 31
1861 à 1865	744 27
1866 à 1870	700 22
1871 à 1876	687 19
1876 à 1880	767 21
1888	772 5
1900	678 8
1909	613 12

Le chiffre des demandes ne correspond d'ailleurs pas à celui des interdictions. Car, dans nombre de cas, les demandeurs après avoir entamé la procédure, puis obtenu les mesures provisoires, notamment, la nomination d'un administrateur, renoncent à pousser plus loin l'instance. C'est ce qui a lieu le plus souvent lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur un cas de démence sénile.

Nous étudierons successivement :

I. — Le mécanisme et l'organisation de l'interdiction judiciaire.

II. — L'incapacité de l'interdit et la sanction de cette incapacité.

I. **Organisation de l'interdiction. Ses conditions.** — Deux questions se rattachent à ce premier point :

1° *Quelles sont les causes de l'interdiction ?* — L'article 489 semble indiquer plusieurs causes d'interdiction, car nous lisons qu'elle atteint le majeur qui est dans un état habituel d'*imbécillité*, de *démence* ou de *fureur*. En réalité, toutes ces causes se ramènent au même fait, à savoir le dérangement des facultés intellectuelles rendant l'individu incapable d'exercer lui-même ses droits avec discernement et l'exposant, dès lors, à commettre des actes préjudiciables à sa fortune et à sa dignité personnelle. Mais — et le point est d'importance — il faut et il suffit que cette privation des facultés intellectuelles soit *l'état habituel* du malade, c'est-à-dire, d'une part, qu'il ne suffirait pas d'un dérangement passager, de quelques accès accidentels, et, d'un autre côté, que le dérangement des facultés intellectuelles n'a pas besoin d'être continu, que peu importent, en conséquence, les *intervalles lucides*. C'est surtout peut-être lorsque la maladie présente de ces intervalles que le fou a le plus besoin d'être protégé, parce que son état mental est moins ouvertement révélé au dehors.

Telle est la seule cause de l'interdiction ; ni la simple *faiblesse d'esprit*, ni la *vieillesse*, ni une *infirmité physique*, comme la *surdi-mutité*, ni la prodigalité, ni le désordre de la vie privée ne sont des causes suffisantes, tant qu'elles n'enlèvent pas à l'individu la possession de ses facultés mentales.

Le point de savoir s'il y a ou non dérangement d'esprit, aliénation mentale, est d'ailleurs une pure question de fait que les juges du fond apprécient souverainement par une décision qui échappe, dès lors, au contrôle de la Cour de cassation, du moment où elle indique d'une façon suffisamment explicite les motifs sur lesquels elle se fonde (Req., 23 février 1898 et 5 novembre 1900, D. P. 98.1.220 et 1900.1.24, S. 1901.1.123 et 124). Et il n'est aucunement nécessaire que la démence soit totale et affecte l'ensemble des facultés de l'individu ; il suffit d'un trouble assez profond pour que l'individu soit exposé aux dangers contre lesquels l'interdiction doit le garantir (Req., 13 mars 1876, D. P. 76,1.343, S. 76.1.421).

On s'est demandé si un mineur peut être interdit. L'article 489, qui débute par ces mots « *Le majeur*, etc... », paraît l'exclure, sans doute parce que le mineur est déjà pourvu d'un tuteur ou placé sous l'autorité paternelle, ce qui rend l'interdiction inutile pour lui. Cependant, c'est l'opinion contraire qui prévaut, et on admet en général la possibilité d'interdire un mineur aliéné. En effet, il peut s'écouler un intervalle assez long entre la cessation de la minorité et le prononcé du jugement d'interdiction. Cet intervalle pourrait suffire à l'aliéné pour accomplir des actes qui lui seraient préjudiciables, et dont on ne pourrait peut-être pas toujours obtenir facilement l'annulation (V. Bordeaux, sol. impl., 25 septembre 1910, *Le Droit*, 4 février 1911).

2° *Qui peut provoquer l'interdiction ?* — D'après l'article 490, peuvent provoquer l'interdiction :

A. — Le conjoint.

B. — Tout parent quelconque jusqu'au douzième degré, et sans qu'il y ait d'ordre hiérarchique entre les parents. On remarquera que les alliés, même les plus proches, n'étant pas héritiers présomptifs de l'aliéné et, dès lors, n'étant pas intéressés à son interdiction, ne sont pas admis à la provoquer.

C. — Le procureur de la République. Mais l'article 491 limite son initiative aux deux cas suivants :

a) *Si l'aliéné n'a ni parents ni conjoints ;* dans ce cas, le ministère public *peut* provoquer l'interdiction.

b) *Si l'aliéné est dangereux* ; alors, aux termes de l'article 491, le ministère public *doit* provoquer l'interdiction. Cependant, cette partie du texte est peu appliquée aujourd'hui, et les instances en interdiction introduites par l'initiative des parquets se font rares. L'article 491, en effet, avait été écrit en un temps où l'interdiction devait précéder l'internement ; on comprenait donc que le souci de la sécurité publique, dont le ministère public doit se préoccuper, commandât de faire toujours interdire les aliénés furieux. Mais, depuis la loi de 1838, l'internement pouvant être ordonné sans interdiction, le parquet se contentera le plus souvent de cette

mesure. Cependant, il aurait encore le devoir de demander l'interdiction, s'il paraissait qu'elle fût utile aux intérêts de l'aliéné (Req., 23 juillet 1903, D. P. 1904.1.138, note de M. Planiol, S. 1904.1.217, note de M. Naquet).

Procédure de l'interdiction. — La procédure de l'interdiction, réglée, non seulement par le Code civil (art. 492 à 501), mais par certaines dispositions du Code de procédure civile (art. 890 à 897), est combinée avec soin, de manière à empêcher qu'une décision ne soit prise légèrement et sans garanties pour le prétendu fou. Elle comprend deux phases : la première, non contradictoire et secrète, la seconde, contradictoire et qui se termine par un jugement rendu en audience publique.

Première phase. — 1° Le demandeur adresse au président du tribunal une *requête*, accompagnée de pièces justificatives (art. 493, C. civ. et 890, C. proc. civ.). Cette requête contient des *articulations*, c'est-à-dire l'indication précise des faits allégués comme dénotant la folie et des témoins de ces faits.

2° Le président communique la requête au ministère public et nomme un juge rapporteur (art. 891, C. proc. civ.).

3° Le tribunal, réuni en chambre du conseil, entend le rapport du juge et les conclusions du procureur, puis il ordonne que le conseil de famille donne son avis sur l'état de la personne (art. 892, C. proc. civ., 494, C. civ.). Ceux qui provoquent l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil (art. 495). Cependant, le conjoint et les enfants y sont admis, avec voix simplement consultative, si c'est d'eux qu'émane la demande d'interdiction. Le conjoint ne peut, de plus, faire partie du conseil, lorsqu'il est en instance en séparation de corps contre le prétendu dément (Civ., 13 avril 1910, D. P. 1911.1.46, S. 1911.1.257, note de M. Gaudemet).

4° Signification de la requête et de l'avis du conseil de famille est faite à la personne de l'intéressé (art. 893-1°, C. proc. civ.).

5° Il est procédé à l'*interrogatoire* de l'intéressé, non point par les soins d'un juge commis, mais par le tribunal tout entier, en chambre du conseil (art. 496, C. civ.). La loi veut en effet que tous ceux qui sont appelés à concourir à la décision puissent recevoir une impression personnelle de l'état mental de l'individu. Ce n'est qu'au cas où le malade ne pourrait se déplacer qu'il y aurait lieu à interrogatoire par les soins d'un seul juge assisté de son greffier. Ces précautions sont louables en ce qu'elles dénotent le souci d'un sérieux examen. Mais il est incontestable, d'autre part, qu'un tel appareil est de nature à effrayer le dément et peut influer fâcheusement sur la marche de sa maladie.

6° Le tribunal peut, s'il y a lieu, après le premier interrogatoire, commettre un *administrateur provisoire* pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur en attendant une solution définitive du procès (art. 497). Cet administrateur, qui sera librement choisi par le tribunal, mais, en fait, sera souvent le futur tuteur, bornera son action aux actes d'administration et, le cas échéant, à ceux d'un caractère différent que, vu leur urgence, le jugement portant sa nomination l'autoriserait à accom-

plir. (Paris, 7 mars 1924, D. P. 1925.2.25, note de M. Ripert). Il restera en fonctions jusqu'à la nomination du tuteur auquel il rendra ses comptes, s'il n'est lui-même le tuteur (art. 505).

Deuxième phase. — Si l'instance est poussée plus loin, ce qui, nous l'avons dit, n'arrive pas toujours, elle se déroule ensuite suivant des règles plus voisines du droit commun, en débutant par une assignation au défendeur. En principe, il y aura lieu à audience publique (Civ., 16 février 1875, D. P. 76.1.49, S. 75.1.193). En tout cas, le jugement *devra* être rendu publiquement (art. 498). Il pourra être attaqué par la voie de l'appel (art. 500, C. civ., art. 894, C. proc. civ.).

La décision rendue par le tribunal ou par la cour peut :

1° Prononcer l'interdiction,

2° Rejeter la demande purement et simplement ;

3° Rejeter la demande d'interdiction, mais nommer au défendeur un conseil judiciaire (art. 499).

Publicité du jugement d'interdiction — Il est nécessaire d'assurer la publicité de la décision qui prononce l'interdiction, afin d'avertir les tiers de l'incapacité dont l'aliéné est désormais atteint.

Le Code civil y pourvoyait dans l'article 501, en ordonnant l'affichage de la décision dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement. Mais cette publicité (qui est d'ailleurs humiliante pour les familles) a le défaut d'être très insuffisante, car l'interdit peut se livrer à des opérations qui ne concernent pas les notaires, et, de plus, les personnes en relations avec un individu ignorent l'arrondissement où on peut se renseigner sur une situation qui leur inspirerait des doutes. La loi du 16 mars 1893 a donc, en complétant l'article 501, organisé un mode nouveau et très pratique de publicité, appuyé sur le lieu de naissance de l'individu, qu'il est toujours facile de connaître en demandant à celui dont on soupçonne l'incapacité un extrait de son acte de naissance. Un registre spécial des interdictions est, en conséquence, institué au greffe du tribunal de chaque arrondissement. Sur ce registre, dont toute personne peut prendre communication et se faire délivrer copie, sont mentionnées toutes les décisions d'interdiction concernant les individus nés dans l'arrondissement. Celles qui ont trait aux individus nés hors de France sont portées au registre du département de la Seine. De la sorte, rien n'est désormais plus facile que de se renseigner.

D'ailleurs, on remarquera que la publicité nouvelle s'ajoute à celle qu'avait prescrite le Code civil sans la supprimer.

Plusieurs règles complémentaires achèvent d'assurer la publicité voulue par le législateur.

C'est à l'avoué qui a obtenu l'interdiction qu'il appartient de faire parvenir la décision au greffier chargé du registre. La garantie d'exécution des formalités requises est, d'abord, une amende de 50 francs contre l'avoué ou le greffier ou contre l'un et l'autre, en cas de défaut de publicité (art. 501, dernier al.).

En second lieu, l'incapacité de l'interdit, dont l'interdiction est demeurée

cculte, reste néanmoins complète et opposable aux tiers qui traitent avec lui ; mais ceux-ci, trompés par le défaut de publicité, auront un recours en dommages intérêts contre l'avoué ou le greffier.

En troisième lieu, le demandeur en interdiction doit, lui aussi, veiller à l'affichage du jugement prescrit par le 1er alinéa de l'article 501, sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard des tiers.

Enfin, le tuteur est, de son côté, tenu d'assurer l'accomplissement des formalités requises, et s'il ne le fait pas, les tiers lésés peuvent lui réclamer des dommages intérêts (Req., 7 juin 1896, D. P. 96. 1.448).

Tutelle de l'interdit. — L'effet principal de l'interdiction est de placer l'interdit en tutelle. La loi nous dit que les règles relatives à la tutelle des mineurs s'appliqueront à celle des interdits (art. 505, 509). Il s'en faut cependant que cette transposition soit complète. Et il y a entre les deux tutelles les différences suivantes :

1° Tandis que la tutelle des mineurs est tantôt dative, tantôt légale, tantôt testamentaire, *celle des interdits est toujours dative*, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille. L'article 505 dit, en effet, « qu'il sera pourvu à la *nomination* d'un tuteur ». Le Tribunat avait demandé qu'il y eût tutelle légale, lorsque l'interdit a des ascendants, et il proposait, en conséquence, d'effacer le mot *nomination* du texte de l'article 505 (Fenet, t. X, p. 701-702). Mais le mot fut maintenu.

On remarquera que le conseil de famille appelé à choisir le tuteur de l'interdit est, d'après l'article 505, celui que déterminent les règles du *Titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. En conséquence, si le défendeur est un enfant naturel, le conseil de famille appelé à donner son avis sur l'interdiction et à désigner le tuteur sera, non pas le tribunal, nonobstant la loi de 1907, mais un conseil composé conformément aux articles 494 et 495, c'est-à-dire ne pouvant comprendre, en dehors du père et de la mère et des frères et sœurs, que des amis (Bordeaux, 25 septembre 1910, précité).

Le principe qu'il n'y a pas de tutelle légale des interdits comporte une seule exception. En vertu de l'article 506, *le mari est, de droit, tuteur de la femme interdite*. La raison de cette exception c'est que, sous presque tous les régimes matrimoniaux, et même, en fait, le plus souvent, sous le régime de la séparation de biens, c'est le mari qui administre les biens de la femme ; il est naturel qu'il continue à le faire après l'interdiction. D'ailleurs, si les pouvoirs qu'il tient du contrat sont plus étendus que ceux d'un tuteur, sa nouvelle qualité ne les diminuera pas ; il continuera donc à administrer les biens de la femme *comme mari*. Mais les actes qu'il ne pouvait faire qu'avec le concours de sa femme requerront, dorénavant, l'autorisation du conseil de famille et, suivant les cas, l'homologation du tribunal.

Etant donnés les motifs de l'article 506, on doit décider que le mari ne serait pas tuteur légal, si, au moment de l'interdiction, les époux étaient séparés de corps.

Si on suppose que c'est le mari qui est interdit, *la femme n'est pas sa tutrice de droit*; mais l'article 507, devançant en cela la réforme qui a rendu les femmes aptes à la tutelle, décide que l'épouse *pourra* être nommée tutrice du mari. Pour remplir ses fonctions comme telle, elle n'aura pas besoin d'être autorisée; en effet, les actes qu'elle accomplit ne l'obligent pas personnellement, et nous avons vu que les incapables peuvent valablement accomplir les actes de représentation d'autrui. Bien plus, si, avant l'interdiction, l'administration de ses biens personnels appartenait au mari, la femme assumera cette administration en tant que représentant son propre mandataire légal, et elle pourra ainsi passer, sur ses propres biens, comme tutrice, des actes qu'elle n'aurait pas eu le droit de faire auparavant.

L'article 507 ajoute que le conseil de famille, en désignant la femme comme tutrice, peut régler la forme et les conditions de l'administration, et que la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille aura un recours devant les tribunaux. Il y a ici une dérogation au droit commun (art. 883, C. proc.), en ce que la femme peut *toujours* déférer au tribunal la délibération du conseil de famille, même si elle a été rendue à l'unanimité. Le grief qu'elle est recevable à invoquer ne serait pas de n'avoir point été désignée comme tutrice, car le choix du conseil de famille est souverain; mais la femme, si elle a été choisie pour tutrice, pourrait se plaindre de ce que cette assemblée aurait trop restreint ses pouvoirs, ou fixé à une somme trop minime le chiffre des dépenses courantes.

2° La tutelle des mineurs a pour effet de *domicilier le pupille chez son tuteur*. Au contraire, en cas d'interdiction, le conseil de famille détermine si l'aliéné sera soigné à son domicile, dans une maison de santé ou dans un hospice (art. 510). *Le tuteur n'est donc jamais forcé de le recevoir chez lui.*

3° Le tuteur de l'interdit reçoit de la loi une mission qui n'incombe pas au tuteur du mineur, c'est de *recevoir les comptes de l'administrateur provisoire* (art. 505).

4° *L'usage des revenus* n'est pas le même sous les deux tutelles. Les revenus du mineur, en dehors des dépenses courantes, doivent être placés. Ceux de l'interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison (art. 510).

5° Aucune *libéralité ne peut être faite par le tuteur d'un mineur* au nom de son pupille. Au contraire, au cours de la tutelle d'un interdit, *en cas de mariage d'un de ses enfants*, l'article 511 porte que la dot et les conventions matrimoniales seront réglées par le conseil de famille, avec homologation du tribunal. Il n'est pas tout à fait correct d'ailleurs de dire que le conseil de famille règle les conventions matrimoniales, car celles-ci sont débattues par les futurs époux eux-mêmes, fussent-ils mineurs (art. 1398). Ce qu'il faut retenir de l'article 511, c'est que le conseil de famille peut faire à l'enfant une donation prise sur le patrimoine de l'interdit, à titre de dot (ce qui lui permettra en fait d'influer grandement sur les conventions matrimoniales). Et on admet sans difficulté qu'il peut user de ce pouvoir même quand il s'agit d'établir l'enfant autrement que par mariage.

6° Le tuteur du mineur ne peut résigner ses fonctions, en dehors des cas d'excuse. Au contraire, le tuteur d'un interdit, étant donné qu'on ne peut lui imposer une charge indéfinie, a le droit de demander et devra *obtenir son remplacement au bout de dix ans*. Sont cependant privés de cette faculté l'époux, les ascendants ou les descendants de l'aliéné, à qui leur proximité fait un devoir de supporter jusqu'au bout le fardeau de la tutelle (art 508).

Mainlevée de l'interdiction. — « L'interdiction cesse, porte l'article 512, avec les causes qui l'ont déterminée », c'est-à-dire en cas de guérison de l'interdit. Mais il faut que cette guérison soit constatée par un jugement dit de *mainlevée*, lequel sera prononcé en observant les mêmes formes que celles qui ont été suivies pour arriver à l'interdiction. Il y a cependant cette différence que l'interdiction peut être poursuivie par le conjoint, les parents et le ministère public dans certains cas, tandis que la mainlevée peut être certainement demandée, non seulement par les mêmes personnes, mais encore par l'interdit lui-même. Malgré ces facilités, le nombre des jugements de mainlevée est extrêmement restreint. Il ne s'est élevé qu'à 45 en 1900, à 47 en 1905.

« L'interdit reprend ses droits à partir du jugement », porte l'article 512 *in fine*. Cette disposition, étant favorable, doit être prise à la lettre, et il ne faut point, dès lors, attendre, pour l'appliquer, que la décision judiciaire soit passée en force de chose jugée. Si donc l'interdit vient à mourir une fois le jugement rendu, mais dans le délai d'appel et avant que l'appel ait été interjeté, les actes faits par lui depuis le jugement doivent être néanmoins tenus pour valables (Cass, Belgique, 29 novembre 1900, S. 1902. 4. 17, note de M. Lacoste).

II. **Incapacité de l'aliéné interdit. Etendue de l'incapacité.** — L'incapacité de l'interdit, reposant sur une présomption d'insanité permanente, est plus étendue, plus radicale que celle du mineur. Aux termes de l'article 502, elle s'étend en effet à *tous les actes* postérieurs au jugement d'interdiction.

Ainsi, d'une part, il n'y a pas à distinguer suivant que l'acte a été fait ou non dans un intervalle lucide. Il devra toujours être annulé. C'est précisément pour éviter des difficultés de preuve inextricables, relativement à l'état mental du malade au moment de l'accomplissement de l'acte, que la loi a érigé une présomption d'insanité qui, à partir du jugement, plane sur tous ses actes. Cette présomption, étant l'une de celles sur le fondement desquelles « la loi annule certains actes », est absolue et ne comporte aucune preuve contraire (art. 1352, 2e al.).

D'un autre côté, il n'y a pas lieu ici, comme pour le mineur, de faire des distinctions suivant les actes de l'incapable. On se souvient que le mineur est capable d'accomplir un assez grand nombre d'actes, du moment qu'il est parvenu à un degré de développement intellectuel suffisant. Notamment, tous les actes d'administration qu'il a passés demeurent

valables, du moment qu'ils ne lui causent pas une lésion. La formule absolue de l'article 502 ne fait pas ces distinctions, incompatibles d'ailleurs avec les motifs sur lesquels se fonde l'incapacité de l'interdit. La règle est donc que l'interdit ne peut plus faire aucun acte juridique. Et ce ne sont pas seulement les actes qu'il passe qui sont annulables. Ce seront aussi tous les actes que les tiers auront accomplis *à son encontre*, tels que significations, interruptions de prescription, etc...

N'y a-t-il pas lieu cependant de faire exception pour certaines catégories d'actes : 1° ceux pour lesquels la représentation est impossible, comme le mariage, le testament ; 2° ceux qui exigent une appréciation personnelle de l'intéressé peu compatible avec l'idée de représentation légale, tels que l'adoption, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'action en divorce, en désaveu de paternité ; 3° ceux enfin qui sont interdits au tuteur, comme la donation entre-vifs ? Etant donné que l'incapacité de l'interdit est, comme celle du mineur, une incapacité d'*exercice* et non de *jouissance*, on irait, semble-t-il, contre l'esprit de la loi, qui s'inspire d'une pensée de protection et, dès lors, de bienveillance envers l'aliéné interdit, en considérant *a priori* celui-ci comme incapable d'accomplir les actes en question. Au point de vue purement textuel, on peut dire que la règle de l'article 502 doit se combiner avec celle des articles 450 et 509, d'où il résulte que l'interdit *doit être représenté* par le tuteur pour les actes qu'il est incapable d'accomplir. Là donc où la représentation est impossible, ne doit-on pas admettre que l'acte fait par l'interdit serait valable, à la seule condition d'avoir été accompli dans un intervalle lucide ?

Cette question, plus classique que pratique, car elle donne lieu à une jurisprudence très peu abondante, ne laisse pas de présenter une certaine complexité.

Il convient, d'abord, de se demander quelle est la limite des pouvoirs de représentation qui appartiennent au tuteur de l'interdit. Il y a certaines actions, notamment, dont l'exercice apparaît comme impliquant une décision à prendre sur des questions toutes personnelles. Le tuteur peut-il les exercer ? Nous citerons l'action en divorce ou en séparation de corps et l'action en désaveu de paternité. La loi ne s'est prononcée que sur l'action en *séparation de corps*. L'article 307, 2e alinéa, permet au tuteur de l'interdit de présenter la requête et de suivre l'instance, avec l'autorisation du conseil de famille. Mais, du silence gardé sur le Code en ce qui concerne le *divorce*, on conclut que ni le tuteur ni l'interdit ne peuvent le demander. En revanche, et bien que la loi n'ait rien dit non plus de ces actions, la Cour de cassation admet que le tuteur d'un interdit peut intenter en son nom une *action en nullité de mariage* (Civ., 26 février 1890, D. P. 90.1.290, S. 90.1.216), ou en *désaveu de paternité* (Civ., 24 juillet 1844, D. P. 44.1.424. S. 44.1.626).

En second lieu, une fois déterminée la catégorie des actes dans lesquels la représentation de l'incapable par son tuteur est impossible, on doit se demander si ces actes ne pourront être accomplis par l'interdit à ses moments de lucidité. Certains auteurs ont soutenu l'aptitude de

l'interdit à les accomplir tous, même les donations et les testaments, dans un intervalle lucide. Ils se sont fondés, notamment en ce qui concerne les libéralités, sur le texte de l'article 901 qui, exigeant chez le donateur la seule condition d'être « sain d'esprit », semble faire de sa capacité une question de fait à trancher dans chaque hypothèse et sans qu'il y ait à se demander s'il est ou non interdit.

Mais cette opinion excessive doit être écartée. Il n'est jamais indispensable pour un interdit de donner ou de tester. La loi, dans l'article 511, a pourvu au seul cas où il serait désirable qu'il pût faire une libéralité, à savoir celui où il s'agit d'établir un de ses enfants, et cet article décide que la donation sera faite par le conseil de famille sans distinguer suivant qu'il y a ou non intervalle lucide. Quant au texte de l'article 901, il n'a pas la signification qu'on lui prête ; loin de restreindre les effets de l'interdiction, il a pour but de permettre la critique des libéralités faites par l'aliéné non interdit, même après sa mort. Donc, une donation ou un testament émanant d'un interdit, même dans un intervalle lucide, seront nuls. C'est en ce sens qu'a statué un arrêt de la Cour de Nancy du 8 mai 1880 qui, à propos du testament fait par un *interdit légal*, déclare que l'article 502 C. civ., ne distinguant pas, s'applique à tous les actes pécuniaires quels qu'ils soient, c'est-à-dire aux testaments comme aux donations entre-vifs, même à ceux que l'on prétendrait avoir été accomplis dans un intervalle lucide. Il est vrai que cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Chambre Civile du 27 février 1883 (D. P. 83.1.113, S. 84.1.65, note de M. Villey), mais uniquement parce que la Cour de Nancy avait assimilé la condition de l'interdit légal à celle de l'interdit judiciaire. Et on conçoit en effet que le testament d'un interdit légal puisse être valable, puisque cet acte, efficace seulement après sa mort, ne porte pas atteinte à l'application de la peine dont l'interdiction légale n'est que l'un des aspects.

Est-ce à dire qu'il ne faille faire exception à l'incapacité de l'interdit judiciaire pour aucun acte de caractère patrimonial ? Non assurément. Il y a en effet toute une catégorie d'obligations que l'interdit peut valablement assumer. Ce sont celles qui résultent de ses *délits* ou de ses *quasi-délits*. S'il les a accomplis dans un intervalle lucide, sa responsabilité sera en jeu, conformément au principe formulé pour le mineur par l'article 1310 et que l'équité comme le bon sens commandent de généraliser. Les mesures établies pour la protection de l'incapable ne doivent pas lui permettre de nuire impunément à autrui, lorsqu'en fait il a conscience de la faute qu'il commet (Crim., 29 novembre 1902, S. 1904.1.301).

Restent alors les *actes extra-patrimoniaux*, ceux qui présentent un intérêt moral autant ou plus qu'un intérêt pécuniaire, *adoption*, *mariage*, *reconnaissance d'enfant naturel*, etc. Pour ceux-là, la Jurisprudence semble hésitante. On trouve un arrêt belge décidant que tous les actes de l'interdit, sans distinction, y compris le mariage, sont nuls (Cass. Belgique, 21 février 1895, S. 97.4.6). Au contraire, la Cour de Lyon a décidé que l'auteur d'un testament peut valablement, pendant un intervalle lucide, pardonner l'injure grave d'un légataire et, par là, redonner force et vigueur à une

disposition du testament dont cette injure aurait dû entraîner la révocation (Lyon, 14 janvier 1870, D. P. 76.5.272). Et l'on est à peu près unanime pour admettre la validité de la *reconnaissance d'enfant naturel* effectuée par un interdit pendant une période de lucidité.

Mais c'est surtout relativement au *mariage* que la controverse a été vive. Ici interviennent des considérations et des arguments spéciaux. D'une part, l'article 174 du Code civil permet de fonder une opposition au mariage sur l'état de démence d'un futur époux, ce qui paraît dénoter chez le législateur une pensée défavorable au mariage des aliénés. Mais, d'un autre côté, ne serait-il point quelquefois regrettable de rendre impossible le mariage d'un interdit, par exemple, lorsque ce mariage a pour but la légitimation des enfants qu'il aurait eus auparavant? Enfin, en matière de mariage, n'est-ce pas une règle souvent invoquée, qu'en dehors des cas où les caractères essentiels de l'institution elle-même l'exigent, il n'y a pas de nullité sans texte? C'est cette dernière considération, si contestable soit-elle, que nos tribunaux semblent considérer comme péremptoire et qui justifie les décisions, assez rares à la vérité, rendues plus ou moins directement en faveur de la validité du mariage des interdits lucides (Req., 12 novembre 1844, D. P. 45.1.98, S. 45.1.246 ; Trib. Vervins, 21 juillet 1910, D. P. 1911.5.6, S. 1911.2.125).

Caractère de la nullité des actes de l'interdit. — L'article 502 nous dit que tous les actes passés par l'interdit à partir du jugement d'interdiction sont « *nuls de droit* ». Cette expression pourrait faire croire qu'ils sont nuls d'une nullité absolue, d'autant plus que, l'interdiction établissant une présomption d'insanité permanente, l'acte de l'interdit semble devoir logiquement être considéré comme manquant d'un élément essentiel de l'existence de tout acte juridique, à savoir l'intervention d'une volonté consciente d'elle-même.

Cependant, il n'en est rien. Et il suffit de rapprocher de l'article 502 les articles 1125 et 1304, absolument formels, pour voir que la nullité des actes de l'interdit est une nullité *relative*, invocable, durant l'interdiction, seulement par le tuteur de l'aliéné, par lui-même après la mainlevée de l'interdiction, ou par ses ayants cause. Celui qui a traité avec l'interdit n'est pas admis à réclamer l'annulation de l'acte irrégulier. Et cet acte produira ses effets normaux tant que l'annulation n'aura pas été prononcée par le tribunal (Crim., 29 novembre 1902, S. 1904.1.301). Vainement on invoque la présomption d'insanité résultant de l'interdiction, présomption qui aboutirait à l'inexistence ou à la nullité absolue de l'acte. Nous avons vu que cette déduction de pure logique n'est pas admise dans notre Droit, qui considère toute *incapacité de protection* comme donnant lieu à une nullité relative. Or, tel est certainement le cas de l'incapacité de l'interdit.

Quel est donc le sens des mots « *nuls de droit* » employés par l'article 502 ? On peut les expliquer de deux façons. Ils signifient d'abord que, pour obtenir l'annulation de l'acte, il suffit de démontrer qu'il est postérieur

à l'interdiction et qu'on n'a pas besoin, comme lorsqu'il s'agit des actes d'un mineur, de prouver en outre la lésion. Et ces mots signifient encore que la nullité doit être prononcée par le juge, sans que celui contre qui on la demande puisse être admis à faire la preuve contraire, c'est-à-dire à démontrer que l'interdit était dans un intervalle lucide et en possession de ses facultés lorsqu'il l'a accompli.

Contentons-nous de signaler, en passant, la question posée par certains interprètes, pour le cas où, en fait, il serait possible de démontrer que l'acte de l'interdit a été accompli au moment et sous l'empire d'un accès de folie. On s'est demandé si, en ce cas, la nullité ne serait pas absolue, si, dès lors, elle ne pourrait pas être invoquée par celui qui a traité avec l'interdit, et par ce dernier lui-même, une fois passés les dix ans de la prescription établie par l'article 1304. Il faut répondre négativement à ces questions. L'idée d'une nullité absolue doit être, en tous cas, écartée, quelles que soient les circonstances de fait, du moment qu'il s'agit d'une nullité reposant sur l'aliénation mentale.

Point de départ de la nullité. — A partir de quel moment les actes de l'interdit sont-ils nuls? La loi dit que l'interdiction « aura son effet du jour du jugement » (art. 502, *in princ.*). Cette formule si précise et si nette doit être appliquée à la lettre. Il en résulte les deux conséquences suivantes :

1° L'effet de l'interdiction ne remonte pas au jour de la demande. C'est d'ailleurs la règle en ce qui concerne les jugements qui ne sont pas *déclaratifs* de droit, mais *constitutifs* d'un état nouveau. Ajoutons que le jugement d'interdiction seul est entouré de publicité. La demande ne l'est pas. Rien n'avertirait donc les tiers si le jugement avait un effet rétroactif.

2° A l'inverse, l'incapacité de l'interdit commence au jour du jugement et dès qu'il est prononcé. Peu importe donc l'appel qui serait formé contre ce jugement. Par dérogation au droit commun, on n'attribuera pas ici d'effet suspensif à cette voie de recours. L'incapacité subsistera dans l'intervalle compris entre l'appel et l'arrêt de la Cour, quitte à prendre fin à ce moment si l'arrêt est infirmatif. C'est la solution que commande le bon sens, car il serait certes bien imprudent de restituer à l'aliéné sa capacité depuis l'appel jusqu'à l'arrêt confirmatif. C'est aussi celle qui découle du texte de la loi; car l'article 502, dans le projet, ne faisait partir l'incapacité que du jour du jugement *définitif*. C'est avec intention que ce dernier mot a été supprimé (V. note de M. Lacoste, S. 1902.4.17).

Effet de l'interdiction sur les actes antérieurs au jugement. — L'interdiction produit cependant, dans une certaine mesure, des effets qui remontent en deçà du prononcé du jugement et même de l'introduction de la demande. L'article 503 porte, en effet, que « *les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction* », c'est-à-dire le dérangement des facultés mentales « *existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits* ». Cette disposition était rendue nécessaire par la manière

dont le Code a organisé l'interdiction. Celle-ci, on l'a vu, ne peut être prononcée qu'à raison d'un état de démence *habituel*. Il est donc impossible de mettre l'aliéné à l'abri de toute surprise en lui faisant nommer un tuteur, dès que se manifestent les premiers accès de sa maladie. Ses intérêts seraient exposés à se trouver gravement compromis, si la loi, conformément à la règle que nous avons rencontrée plus haut, subordonnait l'annulation des actes de l'aliéné, durant ce que nous appellerons la *période d'attente*, à la démonstration de sa folie au moment précis de l'accomplissement de l'acte. Aussi la loi permet-elle au tuteur, une fois l'interdiction prononcée, de faire tomber les actes antérieurs de l'interdit en prouvant seulement deux choses : d'abord, que ce dernier était alors *dans un état habituel de démence*, et, en second lieu, que cet état habituel était *notoire*. S'il y avait, en effet, notoriété de la démence habituelle, celui qui a contracté avec l'aliéné a été au moins imprudent ; il est juste qu'il supporte les conséquences de cette imprudence. Et il en sera ainsi quand bien même le contractant n'aurait pas été personnellement au courant d'une situation qu'il *devait* connaître, puisqu'elle était notoire (V. cependant Lyon, 18 novembre 1898, D. P. 99.2,103, S. 99.2.172).

Deux observations achèveront de déterminer la portée de cet effet rétroactif donné en quelque sorte au jugement d'interdiction.

1° On admet, en se fondant sur le mot *pourront* employé par l'article 503, que les juges, saisis de la demande en nullité d'un acte antérieur à l'interdiction, auront un pouvoir d'appréciation. Ils prendront, par exemple, en considération l'existence ou l'absence d'une lésion, la bonne ou la mauvaise foi des tiers. S'ils le jugent bon et équitable, il leur sera loisible de refuser l'annulation, quand bien même le demandeur en nullité aurait satisfait aux deux conditions requises par l'article 502, en démontrant à la fois la démence habituelle et sa notoriété. Et leur appréciation, portant sur un point de fait, sera souveraine (Req., 7 novembre 1898, D. P. 98 1. 565, S. 99.1.223).

2° La nullité qui résulte de l'article 503 doit-elle, comme celle qui se fonde sur l'article 502, atteindre non seulement les actes faits *par l'interdit*, mais encore les actes faits *contre* lui, tels que les significations, les assignations que des tiers lui auraient adressées, alors qu'il était dans un état de démence habituel et notoire ? On peut en douter à bon droit. La situation, en effet, n'est pas la même qu'une fois l'interdiction prononcée. L'interdit a un tuteur contre lequel les tiers peuvent valablement agir pour la sauvegarde de leurs droits. Le *candidat à l'interdiction* n'est représenté par personne. On ne peut exiger des tiers qu'ils laissent dormir leurs droits en attendant l'interdiction. D'ailleurs, un argument décisif contre la nullité des actes accomplis à l'encontre de l'aliéné non encore interdit se tire de l'article 2252. Ce texte suspend la prescription au bénéfice, non pas des déments en général, mais seulement des interdits. Le temps qui a couru, avant l'interdiction, contre l'aliéné habituel et notoire, comptera donc, nonobstant le prononcé ultérieur de l'interdiction, dans le calcul de la prescription. Et, cependant, en faveur de la suspension de la prescription

on pouvait invoquer les mêmes motifs qu'en faveur de l'annulabilité des actes accomplis par des tiers, durant la période d'attente, à l'encontre de l'interdit. (V. en ce qui concerne les *jugements* rendus contre l'aliéné, Limoges, 8 décembre 1919, *Gaz. Pal* 3 septembre 1920).

§ 3. — Aliénés simplement internés.

Nous nous occuperons aussi en ce qui les concerne : 1° de la gestion de leurs intérêts ; 2° de leur incapacité et de la nullité des actes qu'ils auraient accomplis.

I. **Gestion des intérêts des aliénés simplement internés.** — La loi du 30 juin 1838 organise un système évidemment défectueux. Cela tient à ce que, dans la pensée des auteurs de la loi, l'internement devait être, au cas où la démence se prolongerait, le prélude de l'interdiction. En bonne législation, étant donné que le simple internement tend à devenir en fait, vu les préférences des familles, le régime normal des aliénés, ceux-ci, à partir de leur placement, devraient recevoir un tuteur chargé de les représenter dans tous les actes qui les intéressent. Mais cette solution n'existe, et encore d'une manière, croyons-nous, plus nominale qu'effective, que pour une catégorie d'aliénés, ceux qui sont placés dans un établissement public de la Ville de Paris. La loi du 10 janvier 1849 (art. 3) confère à l'administration de l'Assistance publique la *tutelle* de ces aliénés. Mais, depuis la création d'une commission de surveillance de quinze membres pour tous les asiles de la Seine, un membre de cette commission exerce les fonctions d'*administrateur provisoire* pour les aliénés du département, si bien que leur condition se trouve, croyons-nous, au point de vue qui nous occupe, assimilée à celle des aliénés des autres départements (V. Derouin et Gory, *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, t. 1er, p. 184 à 189).

Le régime général établi par la loi de 1838 a comme caractéristique d'instituer, pour représenter l'aliéné, *un administrateur investi de pouvoirs très-incomplets*, lequel n'est pas même toujours nommé. Et, à côté de lui, *d'autres personnes peuvent être appelées à intervenir* pour des hypothèses spéciales. Ainsi, la *complication* se trouve unie à l'*insuffisance*.

Voici, en effet, les personnes dont la loi prévoit et organise l'intervention, en vue de protéger l'aliéné et de gérer ses biens. Elles peuvent être au nombre de cinq !

1° Un *administrateur* dit *provisoire*, épithète qui révèle la prévision, démentie par les faits, du législateur de 1838. Pour les aliénés placés dans un établissement public, l'administration provisoire appartient de droit à la commission de surveillance de l'établissement, qui désigne un de ses membres pour en remplir les fonctions (L. 1038, art. 31). Pour les aliénés placés dans un établissement privé, l'administrateur est nommé par le tribunal du domicile de l'aliéné, à la requête d'un parent quelconque ou du ministère public, après délibération du conseil de famille et sans que la décision du tribunal puisse être frappée d'appel (art. 32). Mais cette nomination n'a pas toujours lieu. En fait, les parents ne la provoquent que lorsqu'elle leur paraît indispensable, et le tribunal, saisi d'une demande

de nomination, peut se refuser à y faire droit, s'il estime qu'elle n'est pas nécessaire. Ajoutons que la commission administrative des établissements publics peut, si elle le juge à propos, se décharger de l'administration, en provoquant la nomination par justice d'un administrateur pris hors de son sein.

L'administrateur provisoire n'est pas assisté par un subrogé administrateur. Lorsqu'il est nommé par le tribunal, il exerce ses fonctions pendant un délai de trois ans, à l'expiration duquel elles cessent de plein droit ; mais il peut être renommé (art. 37). Le jugement qui le nomme peut, pour la garantie de l'aliéné, instituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale soumise à inscription, pour une somme qu'il détermine (art. 34, 2e al.).

Les pouvoirs d'un administrateur provisoire se restreignent aux *actes de conservation et d'administration*. L'article 31, 1er alinéa, porte qu'il procède au recouvrement des sommes dues à l'aliéné et à l'acquittement de ses dettes, passe des baux qui ne peuvent excéder trois ans, et peut faire vendre le mobilier, mais avec une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil. En dehors de ces pouvoirs très restreints, la loi du 27 février 1880 (art. 8) l'autorise à aliéner les valeurs mobilières, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites pour cette aliénation, la commission de surveillance devant jouer le rôle du conseil de famille en ce qui concerne les aliénés placés dans un établissement public. On admet aussi que l'administrateur peut procéder à la cession d'un office ministériel appartenant à l'aliéné, avec autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal (Lyon, 22 juin 1865, S. 66.2.16), et il y a controverse sur le point de savoir s'il peut procéder de même à l'aliénation d'un fonds de commerce. Enfin, l'administrateur provisoire représente valablement l'aliéné dans les comptes, liquidations et partages (art. 36).

Ajoutons que, si l'aliéné est placé dans un établissement public, les deniers perçus pour son compte et non employés à son usage doivent être versés dans la caisse de l'établissement (art. 31, 2e al.), et que la loi ne règle pas le placement des deniers des aliénés internés dans un asile privé, ce qui, d'après certains auteurs, semble impliquer la faculté pour l'administrateur légal de les employer librement.

On le voit, nombreux sont les actes qu'un administrateur provisoire ne peut pas faire (vente d'immeubles, baux à long terme, acceptation de succession, etc...). Pour quelques-uns de ces actes, la loi de 1838 a prévu, comme nous le verrons, l'intervention d'un autre mandataire. Lorsqu'elle ne l'a pas fait, ce qui est le cas le plus fréquent, la famille de l'aliéné, le jour où un acte de ce genre sera nécessaire, n'aura pas d'autre moyen que de provoquer l'interdiction.

2° Un *mandataire ad litem* doit être nommé à l'aliéné par le tribunal, lorsqu'il s'agit de plaider, soit pour poursuivre une instance engagée avant son internement, soit pour défendre à une action dirigée depuis contre lui (L. 1838, art. 33). La loi ne parle pas du cas où il s'agit d'*intenter*

une action au cours de l'internement. Mais on admet en général que le tribunal peut désigner un mandataire dans les cas d'extrême urgence. Ce mandataire peut être l'administrateur provisoire lui-même.

La loi n'a prévu l'intervention du mandataire *ad litem*, ainsi d'ailleurs qu'en fait foi le terme servant à le désigner, que pour les instances judiciaires. On doit donc, croyons-nous, considérer comme mal fondées certaines décisions visant la nomination d'un mandataire spécial en vue d'accepter une succession au moins sous bénéfice d'inventaire au nom de l'aliéné, ou encore de faire, en son nom, l'acceptation d'une communauté de biens (Paris, 26 janvier 1892, D. P. 92.2.87, S. 92.2.185 ; 9 août 1892, D. P. 92.2.600, S. 93.2.47). Ces arrêts ne peuvent s'expliquer évidemment que par le désir d'éviter la nécessité d'une interdiction. Mais, à la rigueur, il eût été, semble-t-il, moins incorrect de faire procéder aux opérations jugées ainsi indispensables par l'administrateur provisoire, muni d'une autorisation spéciale du tribunal.

3° Quelquefois, les intérêts de l'aliéné interné sont confiés à un *notaire* agissant comme mandataire spécial. Il en est ainsi (L. 1838, art. 36) lorsqu'il n'y a pas d'administrateur provisoire et que l'aliéné recueille une succession. Alors, ses cohéritiers pourront demander au tribunal de désigner un notaire qui sera chargé de le représenter dans les opérations du partage. C'est également un *notaire* qui sera nommé pour représenter l'aliéné dans la réception des comptes d'un administrateur qui cesserait ses fonctions avant la fin de l'internement (Req , 23 mai 1882, D. P. 82.1.367, S. 93.1.97, note de M. Labbé).

4° L'article 38 prévoit l'intervention d'un autre personnage, un *curateur*, qui peut être nommé à l'aliéné par le tribunal, à la requête de l'aliéné lui-même, d'un de ses parents ou amis, ou du ministère public, et qui ne peut pas être choisi parmi les héritiers présomptifs. Les fonctions de ce curateur, qui semble être rarement employé en pratique, sont de veiller à ce que les revenus de l'aliéné soient dépensés dans son intérêt et à ce que l'interné soit relâché dès que son état le permettra.

5° Enfin, d'après la Jurisprudence, il peut y avoir un *administrateur provisoire ad hoc*. Il en est ainsi lorsque l'aliéné interne est une femme mariée. En principe, on ne lui nomme pas d'administrateur provisoire, mais il y aura lieu d'en désigner un *ad hoc*, pour les affaires où la femme se trouvera en opposition d'intérêts avec son mari (Req., 14 février 1881, D. P. 81.1. 375, S. 81.1.104 .

Il conviendrait évidemment de simplifier tous ces rouages. C'est ce que fait le projet voté par la Chambre en 1907. Il en résulterait que les intérêts de l'aliéné interné seraient provisoirement gérés par un curateur des aliénés du département, désigné par l'Administration sur une liste présentée par le tribunal civil. Le tribunal ou le conseil de famille pourrait, lorsqu'il y a un patrimoine de quelque importance à gérer, désigner à l'aliéné un mandataire, qui, bien que dénommé administrateur, aurait tous les pouvoirs d'un tuteur, et auprès duquel le curateur départemental remplirait les fonctions de subrogé tuteur.

II. **Incapacité de l'interné et nullité de ses actes.** — L'internement de l'aliéné entraîne évidemment une présomption d'incapacité. Cette incapacité s'étend-elle à tous les actes, notamment, à ceux dont l'exercice paraît devoir être tout personnel ? C'est la question que nous avons rencontrée déjà pour l'interdit. Elle se pose ici encore, mais la Jurisprudence ne nous fournit de réponse que relativement à certaines variétés d'actes. D'une façon générale, elle ne paraît pas admettre que l'interné puisse *agir personnellement*, même dans les instances qui présentent un caractère tout personnel, comme les instances en divorce ou en séparation de corps. Dans les procès de ce genre, comme dans les autres, l'interné doit être représenté par un mandataire *ad litem* (Civ., 20 mars 1878, D. P. 78.1.180, S. 78.1.305 ; 7 juin 1899, D. P. 1900.1.8, S. 99.1.404). Cependant, on décide que l'interné doit être personnellement mis en cause, en même temps que son administrateur provisoire, dans l'instance qui serait poursuivie en vue de son interdiction (Paris, 13 avril 1875, D. P. 75.2.233 ; Angers, 6 novembre 1899, D. P. 1900.2.335, S. 1900.2.128). Et les significations qui lui seraient adressées, à sa personne ou à son domicile, seraient valables, au moins s'il n'a pas d'administrateur ou s'il n'a qu'un administrateur légal (Civ., 13 mars 1865, D. P. 65.1.123, S. 65.1.233).

Quant à la *nullité des actes accomplis par l'aliéné interné*, par exemple, au cours d'une *sortie d'essai*, elle est réglée par l'article 39 de la loi de 1838, aux termes duquel les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, *pourront être attaqués pour cause de démence*, conformément à l'article 1304 du Code civil.

Quel est, au juste, le caractère de la nullité ainsi prononcée ? C'est là un point délicat et sur lequel on a beaucoup discuté.

Tout le monde est d'accord pour admettre que ce n'est pas une nullité absolue, et qu'elle ne peut, par conséquent être invoquée par celui qui aurait traité avec l'aliéné. Mais on se demande quelle preuve doit être administrée, lorsque la nullité est réclamée du côté de l'aliéné. Certains auteurs soutiennent qu'il faut démontrer l'état de folie du dément au moment où il a accompli l'acte critiqué (V. note de M. Lacoste, S. 95.2.225). Ce système ne nous paraît pas admissible. S'il était exact, le législateur, en écrivant l'article 39 de la loi de 1838, aurait parlé pour ne rien dire, puisque la règle qu'il aurait établie serait celle du droit commun, celle qui, nous l'avons vu, s'applique aux actes accomplis par un aliéné qui n'a jamais été ni interné ni interdit. Il est évidemment beaucoup plus raisonnable de faire résulter de l'internement, acte notoire et qui renseigne les tiers sur l'état mental du malade, une présomption d'incapacité analogue à celle qui résulte de l'interdiction. Et n'est-ce pas là ce que semble faire l'article 39, lorsqu'il nous renvoie à l'article 1304 du Code civil, dans lequel il est question de la nullité des actes passés *par l'interdit* et non point par un aliéné quelconque ?

Nous écarterons donc la première des règles applicables à la nullité des actes de l'aliéné libre, à savoir la nécessité de prouver l'état de folie au moment de l'accomplissement de l'acte incriminé. Nous écarterons de

même l'article 504, et nous admettrons les héritiers à critiquer les actes de l'interné même après sa mort, sans qu'ils aient eu besoin de provoquer antérieurement son interdiction. En effet, les motifs qui justifient cet article ne s'appliquent pas ici. Lorsque la famille a provoqué l'internement du malade, on ne peut pas dire qu'elle s'est désintéressée de son état durant sa vie, et qu'elle a attendu, pour s'en émouvoir, d'être lésée par un des actes qu'il a pu accomplir.

Cependant, il y a une différence entre la nullité des actes de l'interné simple et celle des actes de l'interdit. Cette différence, qui résulte du mot *pourront* employé par la loi, c'est qu'ici la nullité n'est pas encourue *de droit*, en d'autres termes, que les juges, à qui on demande de la prononcer, possèdent un certain pouvoir d'appréciation. Ils pourront se refuser à annuler l'acte à raison de telle ou telle considération, par exemple, à cause de la bonne foi du tiers avec qui l'interné aurait contracté, surtout si aucun administrateur provisoire ne lui avait été nommé, ou, encore, à raison de l'existence dûment démontrée d'un intervalle lucide, au moment où l'acte a été passé.

On le voit, en somme, la présomption de folie et d'incapacité résultant de l'internement n'est pas une présomption *légale absolue*, analogue à celle qui découle de l'interdiction, mais une présomption *relative*, dont l'application plus ou moins stricte est laissée à la prudence et aux lumières des magistrats. Et la nullité des actes passés par un fou simplement interné ressemble beaucoup à celle que prononce l'article 503 pour les actes passés *antérieurement* à l'interdiction, par un aliéné qui aurait ensuite été interdit.

CHAPITRE II

PRODIGALITÉ ET FAIBLESSE D'ESPRIT

Généralités. Historique. — Nous avons vu que le tribunal, saisi d'une demande d'interdiction, peut, en rejetant la demande, ordonner néanmoins, si les circonstances l'exigent, c'est-à-dire si le prétendu dément lui apparaît comme étant non pas fou, mais *faible d'esprit*, lui nommer un *conseil judiciaire*, sans l'assistance duquel il ne pourra pas accomplir les actes énumérés par la loi (art. 499).

L'article 513 permet de recourir à la même mesure, cette fois sur demande principale, envers les *prodigues*, dont les agissements sont, on le voit, considérés par notre loi comme l'indice d'un véritable dérangement d'esprit.

Les statistiques démontrent que ce sont les prodigues qui fournissent le plus fort contingent à la catégorie des personnes pourvues d'un conseil judiciaire[1]. C'est à leur sujet que le système actuel de notre Droit a besoin d'être rattaché tout d'abord à ses origines historiques.

Sous l'empire du *Droit romain* et de l'*ancien Droit français*, législations dominées par le souci de la conservation des biens dans les familles, la prodigalité était considérée comme une véritable infirmité mentale, très voisine de l'aliénation. C'est pourquoi, dans l'ancienne France, les prodigues étaient, en principe, frappés d'interdiction judiciaire comme les aliénés.

Toutefois, il était admis que c'était là une mesure extrême, à laquelle on ne recourait que dans des cas exceptionnels. Dans la plupart des hypothèses, il y avait lieu à une sorte d'*interdiction partielle*, consistant dans la nomination d'un *conseil judiciaire* ou d'un autre assistant analogue. Il appartenait aux juges de proportionner le remède à la gravité du mal. Parmi les prodigues, nous dit le Nouveau Denizart, reproduisant les paroles de Cochin, « les uns sont absolument interdits de toute disposition, les autres ne le sont que par rapport à l'aliénation des fonds ; on leur donne un simple conseil, sans l'avis duquel ils ne peuvent contracter ; il y en a qui ne sont gênés que dans un seul genre d'action, par exemple, à qui on défend d'entreprendre aucun procès sans l'avis par écrit d'un avocat qui leur est nom-

Années	Jugements de nomination d'un conseil judiciaire	sur demande principale	sur demande accessoire
1846 à 1880 (moyenne annuelle).	363	292	71
1880.	452	394	58
1900.	352	306	46
1905.	331	292	93

mé. Le remède change suivant les circonstances, et c'est la nature de chaque affaire qui règle la manière dont on doit pourvoir aux besoins de ceux à qui ces secours sont nécessaires. » (Nouv. Denizart, t. V, V° *Conseil nommé par justice*, § 2 ; Cf. Merlin, *Répertoire*, V° *Prodigue*, § 1 ; Meslé, *Tr. des minorités*, ch. 13, p. 449, 453, 467 et suiv.).

Il est utile de remarquer d'ailleurs que l'ancien Droit organisait un autre moyen d'empêcher les dilapidations du prodigue. C'était la *substitution*. Le père de famille pouvait, en effet, par une disposition de ce genre, imposer à son enfant la charge de conserver les biens qu'il lui laissait et de les rendre à sa mort à ses propres enfants ; par là, les biens *grevés* devenaient inaliénables et insaisissables entre les mains du prodigue.

Le *Droit intermédiaire*, qui abolit les substitutions comme entachées d'esprit aristocratique, supprima aussi l'interdiction pour cause de prodigalité par le décret du 2 septembre 1793. Cette suppression fut implicitement renouvelée par l'acte constitutionnel du 5 fructidor an III, dont l'article 13 était ainsi conçu : « L'exercice des droits de citoyen est suspendu par l'interdiction judiciaire pour cause de fureur, démence ou imbécillité ». Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 24 nivôse an X, interpréta ce texte comme impliquant que les tribunaux n'avaient plus la faculté, non seulement d'interdire un prodigue, mais même de recourir aux mesures diminutives de cette interdiction usitées sous l'ancien Droit, en plaçant sous l'autorité d'un conseil judiciaire des personnes qui ne seraient pas en état d'être interdites.

Lors de la rédaction du *Code civil*, il y eut, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, une réaction contre les idées révolutionnaires et un retour aux traditions de l'ancienne France.

D'une part, on en revint, avec, il est vrai, des restrictions très sensibles, à la pratique des substitutions. Les articles 1048 et 1049 permirent aux père et mère ainsi qu'aux frères et sœurs d'imposer à leurs enfants ou à leurs frères et sœurs, en leur donnant leurs biens, la charge de les rendre, à leur mort, à leurs propres enfants nés ou à naître. Cette clause, qui a pour effet de rendre les biens inaliénables et insaisissables entre les mains du *grevé* de substitution, ne doit, il est vrai, porter que sur la partie disponible des biens du donateur, et ne peut être étendue à la réserve.

En même temps, la question de l'interdiction des prodigues se posa devant le Conseil d'État. Elle y fut longuement discutée. On contesta l'opportunité et même la légitimité de toute mesure restrictive de la liberté des prodigues. La propriété, disait-on, ne comprend-elle pas le droit d'user et d'abuser ? « Comment punir un homme parce qu'il a fait de sa chose non pas le meilleur, non pas même un bon usage, mais enfin un usage qui n'était pas défendu, et qui lui convenait à lui propriétaire, maître, à ce titre, de disposer de sa propriété selon son bon plaisir ? » Mais ce raisonnement ne convainquit pas le Conseil d'État. L'interdiction des prodigues fut d'abord votée. Puis, trouvant avec raison qu'il y avait quelque exagération dans le remède, on décida qu'ils pourraient être pourvus d'un conseil judiciaire, dont l'assistance leur serait nécessaire pour les actes les

plus graves, et par conséquent les plus dangereux de leur gestion patrimoniale, à savoir « plaider, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, aliéner, grever leurs biens d'hypothèques ». La même faculté fut donnée aux tribunaux, dans des termes identiques, pour les faibles d'esprit (V. art. 499 et 513 ; Fenet, t. X, p. 684, 693, 714).

Depuis la promulgation du Code, la critique contre ses dispositions relatives au prodigue a été reprise avec vigueur. Des juristes, reproduisant la thèse soutenue devant le Conseil d'État, ont reproché à notre Code d'avoir abusivement empiété sur la liberté de l'individu (Batbie, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1866, t. 28, p. 132). Des économistes ont affirmé que les faits de prodigalité, en amenant un simple déplacement de valeurs et en favorisant la circulation des richesses, ne sont pas contraires à l'intérêt social (Cauwès, *Cours d'écon. polit.*, 3e éd., t. I, nos 415, 424). Ces considérations ne sont pas assurément sans valeur, mais elles ne peuvent prévaloir contre les deux raisons qui, au point de vue social, défendent, croyons-nous, notre loi française, et qu'on peut ainsi formuler :

1° On doit considérer d'abord l'intérêt de la famille et surtout des descendants, qui ont bien quelque droit à la conservation d'un patrimoine que le prodigue tient lui-même le plus souvent de ses auteurs.

2° Le souci de la moralité publique exige que les êtres, incapables de résister aux entraînements, soient défendus contre les tiers qui abuseraient de leur faiblesse et les ruineraient par des opérations malhonnêtes.

L'institution du conseil judiciaire continue donc à se justifier. Il convient d'ajouter que la Jurisprudence en a, surtout dans le dernier demi-siècle, considérablement modifié la physionomie, en s'écartant d'une manière indéniable et souvent heureuse des conceptions du Code civil.

On traitera dans deux sections successives, d'abord de la nomination du conseil judiciaire, et ensuite de son rôle, ainsi que de l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit qui en est pourvu.

SECTION I. — Nomination du conseil judiciaire.

Qui peut recevoir un conseil judiciaire. — Les causes de nomination d'un conseil judiciaire sont, nous l'avons vu, au nombre de deux, la *faiblesse d'esprit* et la *prodigalité*.

1° Il est à remarquer que l'expression de *faiblesse d'esprit* n'est pas employée par l'article 499, qui se contente de dire : « En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, etc... sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement. » La formule est donc très large. Elle embrasse tout individu qui, sans être frappé d'aliénation mentale, est incapable d'administrer seul ses

1. V. Barillot, *Le conseil judiciaire d'après la loi et la Jurisprudence*, thèse, Paris, 1907.

biens, soit parce que ses facultés sont insuffisamment développées, soit parce qu'il est atteint d'une infirmité grave, surdité, ivrognerie, soit parce que son grand âge a affaibli son intelligence. De même, la monomanie processive peut être une cause de nomination d'un conseil judiciaire (Toulouse, 21 juillet 1909, S. 1910.2.43).

On remarquera d'ailleurs que les intéressés pourraient ne pas conclure subsidiairement à la nomination du conseil judiciaire, au cours d'une procédure d'interdiction, seule marche que le Code semble prévoir, mais intenter *directement* une demande à cet effet.

2° La *prodigalité*, visée par l'article 513 comme seconde cause de dation d'un conseil judiciaire, consiste à anéantir son patrimoine par des dépenses disproportionnées. La Jurisprudence fournit, quant à la définition du prodigue, quelques indications de principe qui ne nous paraissent pas, d'ailleurs, avoir une portée absolue. Ainsi, des pertes subies dans des spéculations ne seraient pas une cause de nomination d'un conseil, lorsque l'intéressé ne s'est livré à aucune dépense folle et déraisonnable (Paris, 25 mars 1897, D. P. 97.2.287, S. 98.2.49). De même, des dépenses inutiles et désordonnées, qui, vu la grande fortune de l'intéressé, n'égaleraient pas encore ses revenus, ne sauraient donner lieu à nomination d'un conseil judiciaire (Paris, 31 janvier 1894, D. P. 94.2.233, note de M. Planiol, S. 95.2.84).

Le plus souvent, la personne à qui on nomme un conseil judiciaire est un *majeur* jouissant de la capacité juridique. Mais il y a des cas où il est utile de donner un conseil judiciaire même à un incapable. Rien ne met obstacle à ce que cette nomination soit alors sollicitée.

A. — Il en sera ainsi d'abord pour les *mineurs* à la veille de leur majorité.

B. — En second lieu, *la femme mariée* peut, malgré la nécessité de l'autorisation maritale, avoir besoin d'un conseil judiciaire. En effet, il se peut qu'elle soit mariée sous un régime, tel que la séparation de biens, qui lui confère une certaine indépendance, dont elle abuse pour faire des dépenses exagérées chez ses fournisseurs. Et, de plus, il se peut que le mari, loin de la retenir, la pousse lui-même à la dépense. Aussi, la Jurisprudence admet-elle avec raison :

a) Que le tribunal peut nommer un conseil judiciaire à la femme sur la demande de son mari ; dans ce cas le conseil judiciaire pourra être, soit le mari lui-même, soit un tiers (Paris, 20 avril 1875, D. P. 76.2.238, S. 75.2.138).

b) Que le tribunal peut nommer un conseil judiciaire à la femme contre le gré de son mari, ou encore maintenir un conseil à une fille ou à une veuve prodigue qui se marie. Dans ces divers cas, le conseil sera évidemment un autre que le mari (Poitiers, 18 mai 1881, D. P. 82.2.247, S. 83.2.8).

Les arrêts précités décident très justement que l'article 506 du Code civil, aux termes duquel le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite, ne s'applique pas au conseil judiciaire, parce qu'il existe une différence essentielle, d'une part, entre la situation de l'interdit, incapable de toutes espèces d'actes, et celle du prodigue, et, d'autre part, entre la fonction du

tute ur et celle du conseil judiciaire. Le conseil judiciaire est donc toujours *datif*.

Comment est nommé le conseil judiciaire. — Les personnes qui peuvent provoquer la nomination d'un conseil judiciaire sont les mêmes que celles qui peuvent demander l'interdiction, c'est-à-dire tous les parents du prodigue, son conjoint, ou le ministère public (art. 514).

La procédure de la demande est également empruntée aux règles relatives à l'interdiction (art. 514). Elle comporte, notamment, un avis du conseil de famille et l'interrogatoire du défendeur par le tribunal tout entier.

Par son jugement, le tribunal désigne librement le conseil judiciaire soit parmi les parents, soit parmi les étrangers.

En cas d'urgence, le tribunal peut nommer un conseil judiciaire provisoire, de même qu'il peut désigner un administrateur provisoire en cas de demande en interdiction (art. 514 et 497). Cette désignation d'un conseil provisoire paraît fréquente dans la pratique (Civ., 29 avril 1885, D. P. 85. 1.375, S. 86.1.157 ; Nancy, 27 janvier 1900, P. F. 1901.2.305, note de M. Kahn).

Le jugement est rendu public de la même façon que celui qui prononce l'interdiction (art. 501 modifié par la loi du 16 mars 1893). On comprend en effet que la publicité est d'autant plus utile qu'aucun signe extérieur ne révèle au public l'incapacité dont est frappé le prodigue.

Enfin, le jugement produit son effet, c'est-à-dire entraîne l'incapacité du prodigue, comme le jugement d'interdiction, à partir de son prononcé (art. 502). Et il en sera ainsi alors même que le jugement aura été frappé d'appel.

La loi ne dit rien de particulier sur les caractères de la fonction du conseil judiciaire, et la Jurisprudence a dû suppléer à ce silence. Elle admet, sans difficulté, que les fonctions du conseil judiciaire sont *gratuites* comme celles du tuteur. En revanche, on trouve des décisions portant qu'elles ne sont pas *obligatoires*, un mandat pouvant toujours être décliné, lorsqu'aucun texte ne l'impose formellement (V. Trib. Nancy, 30 avril 1868, D. P. 69.2.200, S. 70.2.184).

SECTION II. — Fonctions du conseil judiciaire et incapacité du prodigue ou du faible d'esprit

Le système du Code civil. — Le système du Code civil, tel qu'il avait été conçu par ses rédacteurs, peut se ramener aux trois propositions suivantes :

1° Le conseil judiciaire, à la différence d'un tuteur, ne *représente* pas le prodigue ou le faible d'esprit. Il ne fait que l'*assister*. En cela il ressemble au curateur d'un mineur émancipé. Seulement, il y a entre lui et ce curateur cette différence essentielle, qu'à côté du curateur, les pouvoirs de haute tutelle interviennent pour la protection du mineur émancipé. Ce dernier

ne peut accomplir les actes les plus importants de la gestion de son patrimoine qu'avec l'autorisation du conseil de famille, parfois même l'homologation du tribunal. Au contraire, l'assistance du conseil judiciaire, lorsqu'elle est *nécessaire*, est toujours *suffisante* pour valider les actes du prodigue. Ajoutons que le conseil judiciaire n'est pas appelé à manier des deniers appartenant à celui qu'il assiste. C'est pour cela que la loi n'a pas établi d'hypothèque légale sur ses biens, pas plus que sur ceux du curateur d'un mineur émancipé.

2° La loi énumère *limitativement* les actes pour lesquels la personne pourvue d'un conseil judiciaire se trouve désormais incapable d'agir seule. Il y a donc, entre l'incapacité de celle-ci et l'incapacité du mineur émancipé, une seconde différence essentielle. Pour l'émancipé, qui est un mineur, *l'incapacité est la règle et la capacité l'exception* : donc, lorsque la loi ne se prononce pas formellement pour un acte déterminé, c'est l'incapacité qui doit être présumée. Au contraire, pour les prodigues ou les faibles d'esprit, qui sont des majeurs, *la capacité est la règle*, *l'incapacité est l'exception*. En cas de silence de la loi, on doit se prononcer en faveur de la capacité. (V. Civ. 15 janvier 1908, D. P. 1909.1.105, note de M. Binet, S. 1909.1.357).

3° La demi-incapacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'existe qu'à partir du jugement. Elle ne remonte pas à une époque antérieure. On ne rencontre en effet à propos du conseil judiciaire aucune disposition analogue à celle de l'article 503, que nous avons vu attacher un certain effet rétroactif au jugement d'interdiction.

Mais nous ne tarderons pas à voir combien la Jurisprudence a élargi ou déformé les trois règles que nous venons d'indiquer.

Actes pour lesquels le Code exige l'assistance du conseil judiciaire. — Voici l'énumération, donnée par les articles 499 et 513, des actes que le prodigue ou le faible d'esprit ne peut accomplir sans l'assistance de son conseil judiciaire.

1° *Emprunter.* — L'emprunt est naturellement interdit au prodigue comme un acte essentiellement dangereux pour lui, étant données les dispositions dont il a fait preuve. Il n'y a pas de distinction à faire suivant le plus ou moins d'importance de l'emprunt, non plus que suivant la forme employée pour le réaliser. Ainsi, la signature d'un billet à ordre par le prodigue ou le faible d'esprit serait nulle, si ce billet avait pour cause un prêt d'argent.

Divers arrêts ont décidé cependant qu'un prodigue a le droit de confirmer, seul, un emprunt fait antérieurement, alors qu'il était mineur, et, par conséquent, entaché de nullité, s'il ne s'engage à rembourser la somme prêtée que sur ses revenus, et si, à raison du chiffre considérable de ceux-ci, il peut s'acquitter sans effort par des prélèvements annuels (Civ., 15 janvier 1908, D. P. 1909.1.105, note de M. Binet, S. 1909.1.357 ; Douai, 13 mai 1909, S. 1910.2.107). Nous n'hésitons pas à repousser la doctrine de ces arrêts. Il en résulte, en effet, implicitement qu'un prodigue pourrait emprunter seul une somme d'argent, s'il s'engageait à l'acquitter sur ses

revenus, et si l'importance de ceux-ci lui permettait de la rembourser aisément. Or, cette solution nous paraît contraire à la prohibition d'emprunter, édictée par l'article 513, laquelle, nous l'avons vu, est absolue et sans réserve. De plus, c'est un principe, en matière d'obligations, que pour pouvoir valablement confirmer un acte, il faut posséder la capacité qui serait nécessaire pour l'accomplir. Les arrêts en question nous semblent avoir transgressé cette règle élémentaire.

2° *Aliéner ses biens.* — Ici encore, la loi ne distingue pas. Elle interdit au prodigue et au faible d'esprit toute espèce d'aliénation, qu'elle soit mobilière ou immobilière, à titre gratuit ou à titre onéreux, faite par acte principal ou à titre accessoire dans un contrat de mariage (Cass. réun., 21 juin 1892, D. P. 92.1.369, S. 94.1.449, note de M. Bufnoir ; Req., 10 mai 1898, D. P. 98.1.388 ; S. 99.1.433, note de M. Esmein ; Trib. Seine, 14 août 1895, P. F. 97.2.33, note de M. Lambert). On devrait cependant, admet-on, faire exception pour les aliénations de récoltes ou de meubles sujets à dépérissement, parce qu'elles constituent essentiellement des actes d'administration, et que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire a, d'une manière générale, la capacité d'administrer.

3°. *Grever ses biens d'hypothèques.* — Cette incapacité est le corollaire obligé de celle d'aliéner et d'emprunter.

4° *Recevoir un capital mobilier et en donner décharge.* — Il y a là un acte considéré, on s'en souvient, comme rentrant dans l'administration, lorsqu'il s'agit de la gestion du tuteur. La loi l'interdit cependant au prodigue et au faible d'esprit non assisté, parce qu'il y a, de leur part, un danger spécial de gaspillage. En ne leur permettant de toucher les capitaux qui leur reviennent qu'avec l'assistance du conseil judiciaire, la loi a cru les protéger suffisamment, parce que le conseil judiciaire pourra subordonner son concours à l'obligation de faire emploi, et même exiger qu'au moment de la remise des fonds ceux-ci soient immédiatement employés.

5° *Plaider.* — La loi ne fait pas de distinction. Par conséquent, la prohibition s'étend à la fois aux actions mobilières et aux actions immobilières, aux défenses comme aux demandes. C'est une différence importante avec le mineur émancipé, qui peut plaider sans assistance dans les actions mobilières, tant en demandant qu'en défendant (art. 482, *a contrario*). Le motif de cette différence est sans doute que les rédacteurs du Code civil, suivant en cela les traditions de nos anciens auteurs, ont considéré la manie processive comme une des faces de ce dérangement du cerveau, diminutif de la folie, dont la prodigalité ou la faiblesse d'esprit sont des manifestations. Aussi, la Jurisprudence applique-t-elle très rigoureusement, peut-être même avec quelque excès, cette défense de plaider sans assistance. Elle l'étend, par exemple, aux demandes en partage et en licitation (Rennes, 3 janvier 1880, D. P. 80.2.254, S. 82 2.174), et même aux actions de caractère extra-patrimonial, telles qu'une demande en nullité de mariage (Paris, 3 mars 1898 sous Civ., 4 novembre 1901, D. P. 1902.1. 185), aux demandes en séparation de corps ou en divorce (Amiens, 21 juillet 1880, D. *J. G. Interdiction*, n° 232, S. 82.2.76), aux demandes en mainlevée d'opposition

au mariage (Trib. Grenoble, 21 janvier 1909, *Rec. Grenoble*, 1909, p. 177) et cela, bien que le consentement du conseil judiciaire ne soit pas du tout nécessaire pour le mariage.

Il y a cependant quelques exceptions à cette incapacité de plaider. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'a pas besoin de son assistance pour défendre à l'action civile devant une juridiction répressive (Crim., 22 février 1896, S. 98.1.377, note de M. Roux), parce que l'on ne peut entraver la défense devant les tribunaux répressifs, et que la faculté de défendre à l'action publique entraîne nécessairement celle de repousser l'action civile. De même, et pour des raisons analogues, le prodigue et le faible d'esprit peuvent, sans assistance, faire appel du jugement de nomination de leur propre conseil judiciaire (Rennes, 14 décembre 1893, D. P. 94.2.88, S. 95.2.135), ou défendre à une demande d'interdiction (Paris, 3 mars 1898, sous Civ., 4 novembre 1901, D. P. 1902.1.185). Enfin, on admet qu'ils ont le droit d'intenter les instances purement conservatoires, par exemple, de citer en référé un occupant d'un immeuble leur appartenant, pour en faire constater la dépréciation (Req., 22 janvier 1901, D. P. 1901.1.94. S. 1901.1.331); un acte de ce genre, en effet, loin de pouvoir leur préjudicier, ne peut que sauvegarder leurs intérêts.

6° La *transaction*. Transiger c'est toujours aliéner, puisque la transaction consiste dans un abandon réciproque des droits prétendus par les parties.

7° Enfin, à la transaction il faut assimiler le *compromis* dont les articles 499 et 513 ne parlent pas mais qui est, en général, soumis à des conditions d'aptitude plus sévères que la transaction, et qui d'ailleurs ne peut émaner que d'une personne ayant la faculté de disposer du droit qu'il s'agit de soumettre à la décision des arbitres (art. 1003 C. Pr. Civ.).

Nous avons dit que l'énumération des actes requérant l'assistance du conseil judiciaire est limitative. Il en résulte que le prodigue doit être réputé capable d'accomplir seul tous les actes non compris dans la liste ci-dessus. Et, en effet, on applique cette règle :

D'abord, à tous les actes non relatifs aux biens, mais à la personne, comme le *mariage*, l'*adoption*, la *reconnaissance* d'un enfant naturel ;

Ensuite, aux actes patrimoniaux ne constituant pas des aliénations actuelles, comme les actes *conservatoires* ou d'*administration courante*, les *testaments*, l'*acceptation* ou la *répudiation* des *successions*, des *donations* ou des *legs*.

Enfin, le prodigue et le faible d'esprit doivent avoir la disposition d'un *recours contre le refus d'assistance* de leur conseil judiciaire, d'abord, parce que ce refus peut être abusif, ensuite et surtout, parce que, même justifié par de bonnes raisons, il pourrait avoir indirectement pour résultat de contrarier, chez l'individu placé sous le contrôle d'un conseil, l'exercice de certains droits purement personnels et soustraits à ce contrôle, tels que celui de se marier, de reconnaître un enfant naturel, etc... Il suffirait pour cela que le conseil judiciaire suscitât une opposition, même mal fondée, au mariage, une contestation purement vexatoire de la reconnaissance de l'enfant naturel, etc... et qu'il refusât ensuite son assistance, quand l'inté-

rossé voudrait faire renverser ces obstacles par la justice. On admet donc sans conteste que l'incapable, après avoir essuyé le refus de son conseil judiciaire, a le droit de recourir au tribunal. Mais celui-ci ne pourrait pas l'autoriser à se passer d'assistance et à agir seul (Req., 10 novembre 1897, D. P. 98.1.310, S. 1901.1.524). Pour venir au secours de l'incapable, s'il jugeait le refus d'assistance mal fondé, il ne pourrait employer qu'un moyen indirect. Ce serait, ou bien de prononcer la destitution du conseil judiciaire et d'en nommer un autre (Req., 16 mai 1899. D. P. 99.1.399, S. 99.1.500), ou bien, (et ce second moyen sera plus fréquent que le premier), de désigner à l'incapable un *conseil judiciaire ad hoc*, chargé spécialement de l'assister dans l'acte à accomplir (Riom, 23 décembre 1908, D. P. 1909.2.272, S. 1909.2.46). On invoque en faveur de cette solution un argument d'analogie tiré de l'article 2208, al. 3, aux termes duquel, lorsqu'une expropriation immobilière est poursuivie contre une femme mineure que son mari majeur refuse d'assister, il doit être nommé à la femme par le tribunal un *tuteur spécial* contre lequel il sera procédé. Mais il faut reconnaître que l'expédient est un peu bien compliqué. Il serait plus simple et tout à fait correct, pensons-nous, que le tribunal enjoignît au conseil judiciaire de fournir son assistance, et décidât que, faute par lui d'obtempérer, son jugement en tiendrait lieu.

Nous venons de parcourir les solutions qui découlent directement des textes ou de ce que nous appellerons leur *interprétation classique*. Il nous reste à voir celles qui sont l'œuvre d'une jurisprudence qu'on peut, sans lui faire tort, qualifier ici de *prétorienne*, parce qu'elle s'est montrée en cette matière, plus peut-être qu'en aucune autre, hardiment progressive et presque créatrice.

Première extension du système du Code : Incapacité étendue aux obligations. — Les obligations sont au nombre des actes que les articles 499 et 513 passent sous silence, et, par conséquent, étant donné le caractère limitatif de l'énumération, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire devrait être considéré comme capable de contracter librement et sans assistance toute espèce d'obligations. Mais on aperçoit aussitôt à quelles conséquences désastreuses on pourrait se trouver ainsi conduit. S'obliger exagérément, c'est justement ce que font la plupart des prodigues pour se ruiner. Et il ne servirait à rien de leur interdire de faire des dettes par voie d'emprunts, si on leur permettait d'en contracter par voie d'achats à crédit. La Jurisprudence a donc résolûment comblé la lacune de la loi, et a étendu aux obligations l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit. Dans quelle mesure et avec quels arguments ? Il semble qu'on puisse, à cet égard, discerner deux systèmes dans les arrêts.

Un premier système consiste à subordonner la validité de l'obligation assumée par le prodigue ou le faible d'esprit non assisté, à une certaine proportion avec ses ressources. Ainsi, d'après un arrêt de la Cour de cassation (Req., 7 juillet 1902, D. P. 1902.1.422, S. 1902.1.504), lorsqu'il est constaté en fait que les marchandises (dans l'espèce des voitures),

dont le prix est réclamé à un prodigue, ont été effectivement commandées par lui, qu'il en a reçu la facture sans protestation et qu'une telle commande n'a rien d'exagéré eu égard à sa condition sociale et à sa situation de fortune, c'est à bon droit qu'un arrêt valide l'engagement contracté envers le fournisseur sans l'assistance du conseil judiciaire (Cf. Civ., 2 décembre 1885, D. P. 86.1.128, S. 86.1.120). Ce système, outre les *ressources* du prodigue, prendra encore en considération ses *besoins*, la *bonne* ou la *mauvaise foi* des tiers avec qui il a contracté. En un mot, il transportera en cette matière le *pouvoir de réduction* conféré au tribunal par l'article 484 contre les engagements excessifs du mineur émancipé, transposition peut-être un peu bien hardie dans une matière où, puisqu'il s'agit d'incapacité, les textes devraient être interprétés étroitement.

Un autre système, trouvant une base, croyons-nous, plus solide dans le texte même des articles 499 et 513, s'appuie sur ce que ces dispositions interdisent au prodigue et au faible d'esprit d'*aliéner*, sans préciser davantage, pour en conclure qu'il n'a le droit d'accomplir seul que les actes d'*administration*. Donc (et le critérium, on le voit, sera non plus subjectif, mais objectif), les obligations contractées par l'incapable sans assistance seront annulables, lorsqu'elles dépasseront la portée d'actes d'administration (Civ., 1er août 1860, D. P. 60.1.316, S. 60.1.929). Ainsi, on le comprend aussitôt, des achats à crédit purement somptuaires, même effectués par un prodigue riche, sans assistance, devront être annulés. C'est une solution qui nous paraît à la fois plus morale et plus rationnelle. Reste à savoir quelles obligations présentent le caractère d'actes d'administration et lesquelles dépassent ce niveau. Le critérium sera évidemment parfois délicat à appliquer. Citons, parmi les actes qui ont pu embarrasser à bon droit les tribunaux, l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. La validité de l'assurance ainsi contractée par un prodigue non assisté a été admise, au cas du moins où les primes à verser ne dépasseraient pas ses revenus, par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation dn 9 mars 1896 (D. P. 96.1.391, note L. S., S. 97.1.235, note de M. Esmein ; cf. Paris, 2 décembre 1904, D. P. 1905.2.385, note de M. Dupuich, S. 1906.2.7). Il y avait ici une raison décisive qui eût pu écarter toute controverse ; c'est que l'assuré ne contracte pas une obligation proprement dite, étant donné qu'il a toujours le droit de cesser le paiement des primes en renonçant à l'assurance.

Il faut ajouter que l'incapacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire de s'obliger au delà de l'administration, comporte un tempérament pour le cas où il se serait rendu coupable d'agissements frauduleux, afin de dissimuler aux tiers son incapacité ; il ne pourrait plus en ce cas demander la nullité, car, pas plus que le mineur (art. 1310), il n'est restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Toutefois, il ne faudrait pas pousser trop loin cette idée ; le seul fait de ne pas faire connaître son incapacité n'est pas un délit. La simple réticence ne serait donc pas un obstacle à la nullité (Paris, 30 novembre 1897 et Civ., 13 mars 1900, D. P. 1900.1.588, S. 1903.1.26).

Deuxième extension : Actes antérieurs à la nomination du conseil judiciaire. — Nous avons vu que les rédacteurs du Code n'avaient pas cru utile de faire remonter dans le passé les effets de la demi-incapacité résultant du jugement de nomination d'un conseil judiciaire. Or, c'est là parfois une lacune regrettable, surtout en cas de prodigalité, car on ne recourt à la nomination du conseil judiciaire qu'après que le prodigue a commis des actes de dissipation. De plus, dès l'instance commencée ou dès la nouvelle qu'elle va être intentée, le prodigue se hâte souvent de multiplier les opérations désastreuses ; et il trouve facilement des complaisants intéressés pour l'aider à profiter des derniers jours de sa pleine capacité.

La Jurisprudence ne pouvait rester insensible à ce danger. Pendant longtemps, cependant, les tribunaux ont respecté scrupuleusement le texte de la loi, et plusieurs arrêts anciens déclarent que les actes antérieurs à la dation du conseil ou passés pendant l'instance ne peuvent être annulés, même si le tiers a eu connaissance des poursuites commencées. Et, aujourd'hui encore, la Jurisprudence décide parfois qu'on ne peut pas attaquer les engagements antérieurs du prodigue, pour le seul motif que la cause de la nomination du Conseil existait déjà d'une manière notoire au moment où les engagements ont été contractés. Mais, le plus souvent, les tribunaux ont trouvé le moyen d'intervenir en utilisant, d'abord à propos des opérations effectuées dans l'intervalle compris entre la demande et le jugement de nomination, puis à propos des opérations même antérieures à la demande, l'idée de *fraude à la loi.* Tout acte est nul, ont-ils dit, lorsqu'il est fait en vue de tourner la loi, d'échapper à une prohibition qu'elle édicte. En conséquence, les actes passés avant le jugement sont nuls, toutes les fois que les tiers qui ont traité avec le prodigue ou le faible d'esprit savaient qu'une demande en nomination était ou allait être formée et se sont hâtés de conclure l'acte avant le jugement (Req., 15 juillet 1903, D. P. 1904.1.129, note de M. Capitant, S. 1903.1.446 ; Bordeaux, 24 mai 1896. P. F. 99.2.33, note de M. Charmont ; Req., 11 décembre 1911, D. P. 1913.1.430 ; 10 novembre 1919, *Gaz. Pal.*, 30 décembre 1919).

Troisième extension : Développement de l'intervention personnelle du conseil judiciaire. — C'est peut-être à ce point de vue que les intentions des rédacteurs du Code ont été le plus visiblement dépassées par la Jurisprudence. Nous avons montré que le conseil judiciaire avait été créé pour jouer le rôle d'un simple assistant, sans jamais intervenir en personne dans les actes intéressant l'incapable. Nous allons voir maintenant la pratique et les décisions judiciaires l'affranchir peu à peu de cette fonction purement consultative, lui conférer de plus en plus un rôle propre, une activité parallèle à celle du prodigue, et indépendante, parfois même rivale, de celle du demi-incapable aux côtés duquel il a été placé. Nous ne relèverons pas moins de trois manifestations de cette conception toute nouvelle de la mission du conseil judiciaire.

1° Tout d'abord, étant donné que le prodigue ou le faible d'esprit ne peut

plaider sans l'assistance de son conseil, et que, dès lors, celui-ci doit être mis en cause dans les actes de procédure dirigés contre l'incapable, les tribunaux ont admis de bonne heure que le conseil judiciaire pourait, dans les instances où l'incapable est défendeur, présenter, *dans des conclusions formées de son chef*, les moyens de défense qu'il jugerait convenables, en l'absence, à l'insu, et même contre le gré du défendeur ; qu'il aurait également le droit de former contre les décisions rendues à l'encontre de l'incapable les voies de recours telles que l'opposition et l'appel ; qu'il aurait enfin le droit de former personnellement une tierce-opposition contre les jugements rendus dans des instances où il n'aurait pas été mis en cause (Lyon, 9 mai 1882, D. P. 83.2.21 ; Gand, 17 février 1894, D. P. 95.2.331).

2° Alors qu'en principe les actes d'aliénation ou du même ordre accomplis par l'incapable non assisté sont nuls, d'une nullité relative, et ne devraient, dès lors, être attaquables que par l'incapable lui-même, la Jurisprudence a fini par reconnaître au conseil judiciaire *le droit d'en demander la nullité* (Paris, 7 mars 1895, D. P. 95.2.425, note de M. Glasson ; Req., 24 juin 1896, D. P. 97.1.404, S. 97.1.113, note de M. Lyon-Caen ; Paris, 7 mars 1895, sous Civ., 15 février 1898, S. 98.1.305, note de M. Lyon-Caen). Les objections ne manquaient pas cependant contre cette solution. D'une part, en effet, le conseil judiciaire ne représente pas le prodigue et le faible d'esprit ; il ne peut donc poursuivre la nullité en leur nom. Et, d'un autre côté, il semble bien qu'il ne puisse la demander en son propre nom, puisqu'aucun texte ne lui en donne le droit, comme le fait l'article 225 pour le mari en lui ouvrant en termes formels la faculté d'attaquer personnellement les actes passés par la femme sans son autorisation. A ces objections les arrêts se contentent de répondre par des motifs d'utilité et de bon sens. « Attendu, lisons-nous dans l'arrêt du 24 juin 1896, que la loi, en restreignant par la nomination du conseil judiciaire la capacité du prodigue, a entendu le protéger contre sa propre faiblesse et le préserver de la ruine ; que ce but ne serait pas obtenu si, en présence de l'inaction et du refus du prodigue, le conseil ne pouvait attaquer les actes faits par celui-ci à une époque et dans des conditions qui les rendent annulables, etc... » C'en est assez pour justifier l'action personnelle du conseil judiciaire, comme d'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu précédemment, celle du curateur du mineur émancipé.

3° Enfin, les conseils judiciaires, devant obligatoirement assister les prodigues dans les réceptions de capitaux, se sont souvent servis de cette fonction, non seulement pour veiller à ce que les fonds fussent dûment employés, mais encore pour choisir eux-mêmes le placement qui serait effectué. Et on trouve des décisions qui déclarent nul l'emploi, même raisonnable et avantageux, fait par le prodigue, du moment qu'il n'a pas été effectué avec le concours du conseil judiciaire (Agen, 9 novembre 1881, S. 82.2.233, note de M. Labbé). De là, certains conseils judiciaires, en cas de recouvrement à effectuer par le prodigue, en sont venus *à se faire remettre les fonds*, pour les conserver en attendant leur emploi. Il y a là évidemment une pratique irrégulière, mais qui, trop souvent répandue en fait, a permis

à certains conseils judiciaires de ruiner les prodigues dont la protection leur avait été confiée. Est-il besoin de dire qu'à notre avis il y a lieu de désapprouver ici les errements de la pratique ? Un conseil judiciaire ne devrait jamais manier les fonds appartenant à l'incapable, que la loi ne lui a pas donné mission de représenter. Autrement, on ne comprendrait pas qu'il fût, comme il l'est, exempt de tout contrôle, et que ses biens fussent, comme ils le sont, exempts de l'hypothèque légale destinée à sauvegarder les intérêts des incapables auxquels échappe le maniement de leurs propres deniers.

TROISIÈME PARTIE

LES FEMMES MARIÉES

SECTION I. — Généralités

L'incapacité des femmes mariées est la principale conséquence de la *Puissance maritale*, l'une des institutions les plus caractéristiques et, ajoutons-le aussitôt, les plus critiquables de notre Droit privé. Chose remarquable, le Code civil n'emploie pas l'expression de *puissance maritale* dans le chapitre qu'il consacre à l'étude des *Droits et des Devoirs respectifs des époux*. On ne l'y rencontre qu'une fois, dans l'article 1388, au titre du *Contrat de mariage* : « Les époux, porte cette disposition, ne peuvent déroger (dans leurs conventions matrimoniales) aux droits résultant de la *puissance maritale* sur la personne de la femme et des enfants. » Mais l'article 213 indique bien l'état de subordination de la femme quand il dit : « Le mari doit *protection* à sa femme, la femme *obéissance* à son mari. »

Quelles sont les conséquences de la puissance maritale ? Nous le rechercherons plus loin. Dès à présent, nous pouvons avancer que son effet le plus tangible, le seul qui ait une véritable portée juridique, en ce sens qu'il n'a pas, comme les autres, trouvé dans le progrès des mœurs des restrictions et des tempéraments de nature à le rendre, en fait, à peu près négligeable, c'est l'*incapacité de la femme mariée*. C'est parce que la femme est placée par la loi sous la dépendance du mari qu'elle ne peut, dès lors qu'elle est mariée, accomplir valablement les actes de la vie juridique, à moins d'y être autorisée par son mari ou, à son défaut, par la justice. Comment justifier cette assimilation de la femme mariée à un mineur ou à un dément, si singulière lorsqu'on réfléchit que la femme célibataire et la veuve jouissent de la plus entière capacité ? C'est là un problème à notre avis à peu près insoluble dans l'état actuel de notre civilisation. Tout au plus peut-on, sinon *justifier*, au moins *expliquer* la règle actuelle en interrogeant l'histoire. On constatera ainsi que l'incapacité de la femme mariée se rattache, par son origine, à des mœurs tout à fait différentes des nôtres, et aussi qu'elle s'est de plus en plus déformée à mesure qu'elle s'éloignait de ses origines, de telle sorte qu'elle peut être considérée aujourd'hui comme une *survivance* attardée de conceptions sociales à jamais disparues.

La femme mariée sous le Droit romain. — Dans toutes les sociétés primitives fondées presque exclusivement sur la force brutale, la femme,

à cause de sa faiblesse physique, se trouve placée dans un état d'infériorité juridique. Il en est ainsi en Grèce, à Rome, chez les Germains. La femme est soumise, sa vie durant, à une *tutelle perpétuelle*. Et la puissance maritale n'est qu'une variante de cette tutelle, le mari devenant naturellement le tuteur de la femme.

Mais, à Rome[1], la tutelle perpétuelle des femmes a vite dégénéré. Elle avait disparu dès les premiers siècles de l'Empire. Il en fut de même, quoique sensiblement plus tard, du mariage avec *manus* qui faisait entrer la femme dans la famille du mari et la plaçait, dès lors, à l'égard de celui-ci, dans un état de soumission analogue à celui des enfants, *loco filiæ*. Dorénavant, toutes les femmes mariées (et même, avant la disparition de la *manus*, les femmes mariées *sine manu*) ont été considérées comme pleinement capables. Elles n'ont pas plus besoin de l'*auctoritas* du mari, pour accomplir valablement les actes du commerce juridique, que les filles majeures n'ont besoin de celle d'un tuteur. La déférence et le respect que les mœurs imposent aux femmes à l'égard de leur mari n'ont aucune influence sur leur capacité juridique.

On voit apparaître, il est vrai, à une certaine époque du Droit romain, certaines *incapacités spéciales*, destinées à réprimer l'influence exagérée des femmes et à les maintenir dans la réserve convenable à leur sexe. Mais ces incapacités les atteignent toutes, et ne s'appliquent pas seulement aux femmes mariées. La principale de ces incapacités est celle qui résulte du *sénatus-consulte Velléien*, que l'on pense avoir été rendu sous Claude, en l'an 46 après J.-C., disposition interdisant aux femmes d'*intercéder*, c'est-à-dire de s'engager et d'engager leurs biens dans l'intérêt d'autrui. Il est vrai que cette interdiction, originairement générale et applicable à toutes les femmes sans distinction, devait finir par se restreindre aux femmes mariées. En fait, c'était surtout celles-ci qui devaient se trouver atteintes, car les maris de Rome, comme ceux d'aujourd'hui, cherchaient naturellement à augmenter leur crédit en faisant intervenir leurs femmes dans les engagements qu'ils contractaient. En droit, la limitation fut consacrée à l'époque de Justinien, car, à ce moment, il était devenu de règle que l'*intercessio* n'était frappée de nullité que lorsqu'elle se produisait de la part de la femme au profit de son mari. Intervenait-elle, au contraire, au profit d'un étranger, elle était valable, pourvu qu'elle eût une juste cause.

En résumé, on le voit, l'*incapacité générale* de la femme mariée n'existe pas en Droit romain. Dans le dernier état de cette législation, on ne rencontre à son égard qu'une *incapacité spéciale*, celle de cautionner son mari. Cette incapacité, vu son objet, offre le caractère d'une protection *contre les abus d'influence du mari*. Très inexactes sont les explications, d'ailleurs isolées, de certains jurisconsultes qui représentent l'incapacité velléienne comme une mesure de protection *contre la faiblesse du sexe* (*propter imbecillitatem sexus*, 1, D. *De senat. Vell.*, XVI, 1); à moins que, dans leur

1. Girard, *Manuel de Droit romain*, 5e édit., p. 221 et s.; Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 1re éd., p. 159 et suiv. — Cf. Lefebvre, *Introduction à l'histoire du Droit matrimonial français*, p. 82-83.

pensée, cette faiblesse contre laquelle il y a lieu de prémunir la femme ne soit celle dont elle fait généralement preuve *à l'égard de son mari*. On peut, en tout cas, considérer que l'incapacité générale de la femme mariée, telle qu'on la rencontre dans le Code civil, ne vient pas du Droit romain.

Ancien Droit français[1]. **Région du Droit écrit.** — Elle ne vient pas non plus des pays de Droit écrit. « De coutume, écrit Desmares, la femme est en puissance de son mari ; *autrement est de Droit écrit.* » Et, en effet, on ne rencontre pas dans les régions du Midi de la France la nécessité d'une autorisation du mari. Il n'y a d'exception que dans les pays de Droit écrit dépendant du ressort du Parlement de Paris (Forez, Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais). Seule fonctionne l'incapacité spéciale d'intercession du sénatus consulte Velléien.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que, dans les pays de Droit écrit, la femme mariée fût placée dans une situation d'indépendance faisant contraste avec celle des femmes mariées des pays du Nord. Ce serait une erreur de le croire. Il y avait en fait, dans toute la France, subordination de la femme à son mari. Nos anciens auteurs nous parlent volontiers du droit de correction qui, dans toutes les régions, permet au mari de battre au besoin sa femme, de la « *castier* (châtier) *rasnablement* (raisonnablement) *et sans méhaing* » (sans l'estropier) (V. Gide, *op. cit.*, p. 413), mais cet état de soumission vient de la rudesse des mœurs, de l'état social, non de la loi.

Et il ne serait pas plus exact, croyons-nous, de rattacher comme l'a fait cependant un éminent auteur (Lefebvre, *op. cit.*, p. 102) la puissance maritale à l'influence du christianisme si dominante au Moyen âge ; car, si l'autorité de l'homme venait de la conception du mariage chrétien (*erunt duo in carne una*, etc...), on ne s'expliquerait pas comment elle ne se serait pas développée, avec les mêmes caractères et les mêmes conséquences, notamment celle de l'autorisation maritale, dans toutes les contrées pénétrées par la civilisation chrétienne, notamment, dans les pays du Midi de la France qui l'avaient cependant reçue et adoptée bien avant les régions du Nord.

Droit germanique. Ancien Droit coutumier. — C'est du Droit germanique, à travers les coutumes qui en restèrent imprégnées, que nous vient la puissance maritale actuelle, avec son corollaire de l'incapacité de la femme mariée. Non que la tutelle perpétuelle des femmes, pratiquée par les Germains primitifs, se soit conservée en France autrement que par quelques vestiges locaux ; mais, si les femmes non mariées y devinrent indépendantes de tout *mundium* (c'est-à-dire du pouvoir de tutelle et de protection qui, en Droit germanique, s'étendait sur tous les incapables), les

1. Brissaud, *Manuel*, p. 87 et s. ; Meynial, *Nouv. Rev. Histor. de Droit français et étranger*, 1901, p. 268 ; Rousseaud de La Combe, *Recueil de jurisprudence*, v° Autorisations ; Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, 1899 ; Siramy, *Etude sur les origines et le caractère de l'autorisation maritale dans l'histoire du Droit français*, thèse, Paris, 1901.

femmes mariées demeurèrent, en Droit coutumier, soumises à la *main bournie* du mari, et ce pouvoir, sous le nom de *puissance maritale*, entraîna, comme conséquences, l'incapacité générale de l'épouse et la nécessité de l'autorisation maritale.

Que cette autorisation se rattache à la dépendance dans laquelle la femme est placée à l'égard de son mari, c'est ce que les auteurs coutumiers ne se font pas faute d'affirmer : « La nécessité de l'autorisation du mari, écrit Pothier (*Traité de la puissance du mari*, nos 2 et 3), n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme qui ne permet à sa femme de rien faire que dépendamment de lui » ; et il en conclut que l'autorisation d'un mari est très différente de celle d'un tuteur, car cette dernière n'est requise uniquement *qu'en faveur* du mineur « pour empêcher qu'il ne soit surpris ».

Plusieurs traits de l'autorisation maritale coutumière ne peuvent d'ailleurs s'expliquer que par cette origine. Nous en citerons les principaux :

1° Si la femme agit sans autorisation, qui pourra demander la nullité de l'acte ainsi accompli ? Le mari seul, dont l'autorité a été méconnue. La femme, elle, n'est pas admise à s'en prévaloir.

2° La nullité de l'acte non autorisé ne se couvre pas par une ratification ultérieure de la femme, une fois celle-ci devenue veuve ; les héritiers du mari pourront toujours la faire prononcer.

3° Peu importe que le mari soit mineur. Il n'en devra pas moins autoriser sa femme, car la puissance maritale réside aussi bien entre ses mains qu'entre celles d'un mari majeur.

4° Qu'on suppose, au contraire, le mari absent ou interdit, la femme recouvre sa capacité entière et peut agir sans aucune autorisation.

Ces solutions parfaitement logiques, et dont quelques-unes (les trois premières) se perpétuèrent jusqu'à la fin de l'ancien Droit, peuvent être considérées comme l'expression du Droit coutumier *pur et sans altération*. Mais, dès le XVIIe siècle, une nouvelle idée, issue manifestement d'une interprétation mal comprise des textes précités du Digeste relatifs à l'incapacité velléienne, s'était glissée dans les écrits de nos anciens auteurs, celle d'une protection due à l'*imbecillitas sexus*, à la faiblesse et à l'inexpérience de la femme. C'est à cette déformation évidente de l'institution que se réfère la règle nouvelle d'une autorisation subsidiaire émanant de la justice, qui doit suppléer à l'autorisation du mari, lorsque celui-ci est, par l'effet de l'absence ou de la folie, hors d'état de la fournir, bien plus, quand il refuse de la donner (V. Pothier, *op. cit.*, n° 12).

La puissance et l'autorisation maritale dans le Code civil. — Dans le projet de Code civil de Cambacérès, en 1793, on supprimait la puissance maritale. Le Code civil abandonna cette réforme, sans doute par réaction contre la liberté excessive des mœurs sous la Révolution, et particulièrement à l'époque du Directoire, peut-être aussi grâce à l'influence de Bonaparte, qui se faisait, des rapports entre le mari et la femme, une conception aussi simpliste qu'autoritaire. N'est-ce pas lui qui se laissa aller, dans la

discussion du Code, jusqu'à comparer la femme, essentiellement vouée, dans son esprit, à la procréation des enfants, à « l'arbre fruitier qui, produisant des fruits, est la propriété du jardinier » ? (V. Roguin, *Le mariage*, p. 181). La puissance maritale survécut donc, avec sa conséquence coutumière de l'incapacité des femmes mariées. Mais le caractère tutélaire de cette incapacité fut encore accentué. On en a le témoignage dans les Travaux préparatoires, au cours desquels il fut dit et répété (par les tribuns Mouricault et Favart) que, si l'autorisation est exigée des femmes mariées comme une marque de déférence due à leurs maris, elle s'explique aussi « par la protection que requiert un sexe faible et inexpérimenté » (V. Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, p. 80). Certaines dispositions caractéristiques du Code affirment mieux encore les intentions du législateur. Ainsi :

1° L'autorisation de justice est toujours supplétive de celle du mari. Notamment, elle doit intervenir lorsque le mari, étant mineur, se trouve dénué de la maturité nécessaire pour protéger efficacement sa femme (art. 224).

2° La nullité des actes faits par la femme sans autorisation est une nullité relative qui peut être invoquée soit par le mari, soit par la femme ou par leurs héritiers (art. 225). En d'autres termes, l'incapacité de la femme mariée est assimilée, à ce point de vue, aux différentes incapacités de protection, desquelles elle est d'ailleurs constamment rapprochée dans les textes (V. notamment, art. 1124, 1125, 1304).

En somme, l'incapacité de la femme mariée apparaît dans notre législation actuelle comme une institution bâtarde, issue de deux tendances bien différentes : sur le vieux tronc de la puissance maritale qui est à sa base, s'est greffée une idée nouvelle, celle de protection.

Critique de l'institution. Son démantèlement progressif par la législation française moderne[1]. — Que faut-il penser, en législation, de l'incapacité de la femme mariée ? Soit qu'on l'envisage comme un corollaire de l'autorité maritale, soit qu'on y voie une institution de protection, c'est une règle vieillie en désaccord avec nos mœurs et notre état social. On comprend à la rigueur que le Code civil l'ait consacrée, à une époque, où, en dehors des classes élevées, la femme ne recevait aucune culture ou à peu près, où elle ne travaillait pas hors de son ménage, où le législateur se préoccupait avant tout d'assurer aux familles la conservation du patrimoine déjà acquis et où l'on pouvait craindre, par conséquent, que la femme, si on la laissait libre d'agir sans contrôle, ne pût compromettre ce patrimoine par ses prodigalités et par ses dissipations. Mais aujourd'hui les choses ont singulièrement changé. La femme est devenue l'égale de l'homme intellectuellement. Dans la plupart des ménages, elle subit, comme le mari, la loi du travail. La nécessité d'une autorisation pour la validité de ses actes juridiques est devenue, moins une protection pour le patrimoine familial, qu'un moyen offert aux femmes et aux maris de mauvaise foi de

1. V. Ch. Turgeon, *Le féminisme français*, 1901.

rejeter les conséquences d'un acte préjudiciable, en dupant la confiance des tiers. Ceux-ci sont donc condamnés à la méfiance lorsqu'il s'agit pour eux de traiter avec des femmes mariées. Dès lors, l'incapacité de ces dernières nuit plus en définitive à leurs intérêts qu'elle ne leur profite. Nous croyons qu'en bonne législation cette incapacité devrait disparaître de notre loi. Ou plutôt, elle devrait être affaire de droit conventionnel. On conçoit que la femme, en se mariant, soit laissée libre d'abdiquer une partie de sa personnalité et de confier, si elle le juge à propos, la gestion de ses intérêts, voire même la direction totale de sa vie juridique à son mari. Mais il est abusif autant qu'inutile d'imposer cette solution par la loi, et de faire *a priori* dépendre la validité des actes d'une femme de l'autorisation fournie par un mari souvent moins prudent et moins intelligent qu'elle.

Certains jurisconsultes essaient encore cependant de justifier les solutions du Code civil ; mais les raisons qu'ils invoquent en faveur de l'incapacité de la femme mariée ne nous paraissent pas décisives.

Ils disent notamment que, dans l'association conjugale, il faut un chef et que ce chef est tout naturellement le mari. Mais c'est là une simple affirmation sans fondement réel. Dans une association, ce n'est pas la *subordination*, mais *l'égalité* qui est la règle. Les associés ont en principe les mêmes droits. Sans doute, ils peuvent déléguer à l'un d'eux (ce que du reste ils ne font pas toujours) le soin de gérer les intérêts communs, mais cela ne veut pas dire que le délégué soit un *chef* et qu'il ait le pouvoir d'agir sans l'assentiment de ses coassociés. Et, de plus, il y a des sociétés, comme les sociétés en nom collectif, où il n'y a pas délégation, mais *concurrence*, *concomitance* de pouvoirs égaux.

D'autres jurisconsultes, tout en se déclarant partisans de la suppression de l'autorisation maritale, proposent d'en maintenir cependant la nécessité pour les actes qui sont de nature à compromettre la dignité du ménage ou à détourner la femme de ses devoirs domestiques (engagement théâtral, entreprise d'un commerce, etc.). Il y a dans cette réserve, nous le reconnaissons sans peine, quelque chose de fondé, mais à la condition qu'on la généralise et qu'on l'applique aux deux époux. Certains actes intéressent de si près la vie de famille qu'ils devraient, en bonne législation, exiger l'accord des deux conjoints. Le mari, pas plus que la femme, ne devrait être en droit d'entreprendre un commerce, de contracter un engagement hypothécaire, d'aliéner un immeuble, de sa seule volonté. On remarquera ici (et nous reviendrons ultérieurement sur cette idée) que la pratique a, en cette matière, devancé, dans une certaine mesure, la législation. L'institution de l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles de son mari aboutit, en effet, chez nous, à ce résultat singulier que les tiers ne se prêtent à faire crédit à un homme marié, que si l'épouse consent à renoncer en leur faveur à l'hypothèque dont la loi la gratifie sur les biens du mari, ou, ce qui revient au même, à les *subroger* dans cette garantie. De la sorte, le mari ne peut en fait contracter qu'avec le concours de sa femme.

Quoi qu'il en soit, nous le répétons, l'incapacité de la femme mariée

nous paraît une institution dès à présent condamnée. Au reste, il y a longtemps que son démantèlement a commencé et que diverses lois modernes l'ont, chez nous, battue en brèche. Nous nous contenterons, pour le moment, de mentionner ces lois qui sont les suivantes :

1° La loi du 9 avril 1881, qui a créé la *Caisse nationale d'épargne postale,* a (art. 6, 5° al.) autorisé les femmes mariées à faire des dépôts dans cette caisse et à les retirer sans l'autorisation de leur mari. Cette loi a été ensuite modifiée et améliorée par celle du 20 juillet 1895 sur les Caisses d'épargne, (art. 16, 5e et 6e al., et 17).

2° La loi du 20 juillet 1886 sur la *Caisse nationale des retraites* pour la vieillesse a accordé (art. 13) une capacité analogue aux femmes qui font des versements à cette caisse.

3° La loi du 6 février 1893 a, on l'a déjà vu, donné à la femme *séparée de corps* le plein exercice de sa capacité civile.

4° Enfin et surtout, la loi du 13 juillet 1907 relative au *libre salaire de la femme mariée* et à la contribution des époux aux charges du ménage, a supprimé l'incapacité pour tous les actes de la femme concernant les gains qu'elle peut retirer de sa profession, et pour les opérations juridiques relatives aux économies provenant des gains en question[1].

Il résulte de cette législation spéciale qu'une femme mariée est aujourd'hui tantôt capable, tantôt incapable, situation boiteuse, compliquée, qui ne pourra durer et conduira fatalement, croyons-nous, à l'abolition totale de l'incapacité. Ce n'est pas d'ailleurs seulement l'incapacité de la femme mariée qui est ébranlée par la très importante loi de 1907, c'est, comme on le verra par la suite, l'organisation traditionnelle de notre régime de communauté. Or, cette organisation, telle que le Code civil l'a empruntée aux jurisconsultes coutumiers, peut être considérée comme un des corollaires du principe de la puissance maritale.

Les législations étrangères[2]. — Il y a longtemps que les législations étrangères ont précédé la nôtre dans la voie de l'émancipation juridique de la femme mariée. Ainsi, le principe de la libre disposition pour les femmes des produits de leur travail avait été consacré par un acte anglais du 9 août 1870, par une loi suédoise de 1874, par une loi danoise de 1880, par une loi norvégienne de 1888, par les lois suisses de Neufchâtel et de Genève, avant que cette réforme n'eût été opérée par notre loi de 1907.

En Angleterre, en vertu de l'ancien *Common Law,* la puissance maritale était si fortement établie qu'elle se traduisait par un véritable anéantissement de la personnalité de la femme durant le mariage. La femme, en effet, était représentée dans tous les actes de la vie civile par le mari ; elle ne pouvait rien faire par elle-même. Cet état de choses a duré jusque vers

1. V. aussi les lois du 12 juillet 1909 et du 28 décembre 1922 citées à la page 634.

2. V. Bertheau, *De la capacité de la femme mariée anglaise.* Thèse, Paris, 1902 Chéron. *Etude sur l'adage mulier non est socia,* Thèse, Paris, 1901, p. 319 et s.; Saleilles. *Réf. Sociale* 1901, t. 2, p. 717 et s.; Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande,* Thèse, Paris, 1903.

la fin du XIX[e] siècle. Mais, depuis, une révolution complète s'est produite. Commencée par le bill précité de 1870, elle a été accomplie surtout par le bill du 18 août 1882 (*The married women's property act*) qui affranchit complètement la femme mariée et lui permet d'acquérir, d'aliéner, d'ester en justice sans aucun contrôle du mari.

De même, aux Etats-Unis, la législation de presque tous les États accorde à la femme mariée une capacité pleine et entière, sauf parfois certaines restrictions spéciales rappelant l'incapacité velléienne. C'est ainsi qu'en Pensylvanie, la loi du 8 juin 1893 ne permet aux femmes de consentir une hypothèque ou un cautionnement qu'avec le concours de leur mari.

En Allemagne, le Code civil établit une complète égalité entre les deux époux ; la femme garde donc sa pleine capacité. Toutefois, si elle contracte un engagement par lequel elle s'oblige à *une prestation qu'elle doit exécuter en personne*, le mari peut en demander la résiliation. L'article 1354 du Code civil allemand ajoute que le mari a la décision dans toutes les affaires de la vie conjugale. Ce texte ne vise que les affaires relatives à la *vie commune*, non celles qui concernent l'épouse personnellement. Et, même dans les opérations qui constituent sa sphère d'action exclusive, la femme aurait un recours devant la justice contre les décisions du mari qui constitueraient un *abus de son droit*.

Le Code civil suisse de 1907 consacre, lui aussi, la pleine capacité civile de la femme mariée. L'exposé des motifs explique (p. 95) qu'il n'y a aucune bonne raison pour que la femme soit mise en tutelle par le fait de son mariage, alors qu'auparavant elle possédait l'exercice des droits civils. « Son mariage, dit cet exposé avec raison, ne l'a dépouillée ni de son intelligence, ni, en particulier, de son expérience des affaires. Un observateur attentif constatera même souvent le contraire... »

Enfin, en Italie, l'incapacité de la femme mariée a été totalement supprimée par une loi du 17 juillet 1919[1].

Cette incapacité ne subsiste donc plus que dans certaines législations, latines en général (Code civil espagnol, art. 57 à 66 ; Code civil portugais, art. 1192 et 1201 ; Code civil roumain, art. 950, § 3 ; 199 et s.).

SECTION II. — Effets de la puissance maritale sur la personne de la femme mariée[2].

Quelle est l'étendue des pouvoirs du mari. La loi tempérée par les mœurs. — La loi, nous l'avons vu, place évidemment la femme dans une situation de dépendance personnelle à l'égard de son mari, puisqu'aux termes de l'article 213, la femme lui doit *obéissance* Mais ce principe, abstraction faite de la règle de l'incapacité de la femme et de l'autorisation

(1) Voir *Annuaire de législation étrangère*, 1920, p. 64, avec la notice de M. Henri Capitant.

(2) Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, 1899.

maritale qui en est le principal corollaire, n'offre pas une très grande portée. C'est ce qui résulte des deux observations suivantes :

1° Ici, plus qu'en toute autre matière, la loi est tempérée par les mœurs. On a dit avec raison, en parlant de la disposition de l'article 213, qu'il n'y en a peut-être pas dans tout le Code qui soit plus mal appliquée. De fait, les femmes mariées jouissent dans la société française, nonobstant la rigueur des textes, d'une liberté d'allures et de conduite presque illimitée. Les *tenailles* qui les compriment ne sont pas bien rigides. Et leur indépendance, ainsi que leur influence sociale, sont assurément plus grandes dans notre pays qu'en Allemagne, quoique le Code civil allemand se montre, dans sa lettre, beaucoup plus libéral envers elle que le nôtre.

2° On rattache communément à la puissance maritale certaines règles de notre Code qui sont les suivantes :

A. — La femme prend le nom de son mari.

B. — La femme doit suivre son mari partout où il va se fixer (art. 214)[1].

Mais chacune de ces règles peut aisément s'expliquer, sans qu'on se réfère à l'idée de la subordination de la femme :

L'usage qui donne à la femme le nom de son mari répond à un besoin, et s'explique par le rôle différent assigné aux deux époux durant le mariage. C'est presque nécessairement le mari qui, aux yeux des tiers, représente le ménage dans la vie juridique. C'est lui qui, par son activité, par son travail, est chargé de subvenir aux besoins de la femme. Il est donc tout à fait normal que ce soit son nom qui constitue, en quelque sorte, la *firme* extérieure, l'étiquette sociale par laquelle le ménage sera désigné. Ajoutons d'ailleurs que, s'il est d'usage que la femme prenne le nom du mari, la réciproque peut se produire et se produit quelquefois : l'on voit des maris qui ajoutent à leur nom celui de leur épouse, sans que cette pratique ait rien de répréhensible ni d'irrégulier.

La règle de l'article 214 est également une application de la même idée. Il faut bien que ce soit la femme qui suive le mari, car le domicile du mari est normalement le centre des affaires du ménage.

Par conséquent, on peut dire que ces deux règles survivraient à l'abolition de la puissance maritale ; elles n'en sont pas à proprement parler des conséquences.

Nous rapporterons plutôt à la puissance maritale d'autres conséquences qui nous paraissent s'y rattacher par un lien plus apparent : la prépondérance du père dans l'exercice de l autorité paternelle sur les enfants com-

[1]. D'après le Code civil (art. 12), la femme, en se mariant, acquérait la nationalité de son mari. La loi du 10 août 1927, sur la nationalité a abrogé cette règle. D'après l'article 8 de cette loi, la femme étrangère qui épouse un Français n'acquiert la qualité de Française que sur sa demande expresse, ou si, d'après sa loi nationale, elle suit nécessairement la condition de son mari. De même la Française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, à moins qu'elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier.

muns ; les pouvoirs si exorbitants du mari relativement aux biens de la communauté ; l'inégalité choquante établie dans la sanction de l'adultère commis par l'un ou par l'autre des époux. Ce sont là des dispositions qui ne peuvent s'expliquer que par la suprématie du mari.

Mais, comme elles ont été étudiées ou doivent l'être ailleurs, nous ne nous attacherons ici qu'à deux points qui, au moins, au regard de la Jurisprudence et de la pratique, offrent une certaine importance : l'obligation pour la femme d'habiter avec le mari, et le droit du mari sur la correspondance de la femme. Ajoutons que nous retrouverons plus loin, à propos de l'incapacité de la femme, et partant des effets *patrimoniaux* de la puissance maritale, une troisième règle qui, elle aussi, pourrait en somme être envisagée comme une conséquence de cette puissance quant à la personne de la femme, à savoir le droit de contrôle du mari sur le choix à faire par la femme de telle ou telle profession.

Habitation de la femme chez le mari. — Aux termes de l'article 214, « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. »

Il résulte, on le voit, de ce texte deux obligations réciproques. La femme, si elle est tenue de *suivre* le mari partout où il juge à propos de résider, peut, à l'inverse, exiger que son mari la *reçoive* et lui fournisse une habitation convenable. Ce sont là les effets naturels et essentiels du mariage. Le seul côté par lequel l'article 214 peut être considéré comme se rattachant à l'institution de la puissance maritale, c'est par le pouvoir discrétionnaire qu'il attribue au mari quant au choix et à l'établissement du domicile conjugal. Mais cette règle prête à diverses observations qui vont en restreindre la portée.

1° Il suffit de rappeler que l'obligation de la femme cesse en cas de séparation de corps, et même, dès l'instance en divorce ou en séparation de corps, à partir du moment où l'ordonnance du président du tribunal lui assigne un domicile séparé.

2° Si, en principe, le mari peut se faire suivre de la femme partout où il lui plaît de fixer son domicile, fût-ce à l'étranger, les premiers interprètes du Code civil avaient soin d'ajouter, ce qui s'explique assez par l'époque où ils écrivaient, qu'il en est autrement lorsqu'il existe des lois politiques interdisant l'émigration.

3° L'assujettissement de la femme est tempéré, dans une certaine mesure, par le lien que la loi établit entre son obligation et celle du mari. La femme ne sera pas en effet tenue de suivre son mari, si celui-ci est un nomade ou seulement s'il manque à lui fournir un domicile convenable et décent, « selon ses facultés et son état », comme dit l'article 214, *in fine*.

C'est là une nouvelle application très intéressante du principe de l'exception *non adimpleti contractus*, dont nous avons déjà signalé une conséquence analogue, en traitant de l'obligation alimentaire entre époux. Ce principe veut que, lorsqu'il y a des obligations réciproques entre deux personnes,

celle qui n'est pas en mesure d'exécuter la prestation qui lui incombe ne puisse exiger de l'autre l'exécution de sa propre obligation. Donc, la femme qui ne reçoit pas au domicile conjugal les sommes nécessaires à son entretien, suivant sa condition sociale, ou qui y subit des traitements offensants pour sa dignité d'épouse, peut, sans introduire de demande en divorce ou en séparation de corps, prendre une habitation séparée et même contraindre son mari à lui servir une pension (Req , 2 janvier 1877. D. P. 77.1.162, S 77.1.257 ; Limoges, 4 avril 1921, *Gaz. Pal* , 29 octobre 1921).

4° La possibilité d'une sanction positive pour l'obligation de la femme mariée de suivre son mari, comme d'ailleurs pour celle du mari de la recevoir, est assez difficile à déterminer. Certes, le fait, de la part d'une femme, d'abandonner le domicile conjugal et de se refuser à le réintégrer, comme celui d'un mari qui mettrait sa femme à la porte de chez lui, constitueraient des injures graves de nature à justifier une demande en divorce ou en séparation de corps. Mais quel moyen de *contrainte directe* aurait le mari ou la femme qui réclamerait de son conjoint l'exécution de l'obligation contenue en l'article 214 ? La Cour de cassation décide que les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation (Req., 26 juin 1878, D. P. 79. 1.80, S. 79.1.176). Il y a là, croyons-nous, quelque chose d'excessif, car la légalité de tel ou tel procédé employé pour procurer l'exécution d'une obligation est bien une question de droit sur laquelle doit pouvoir s'exercer le contrôle de la Cour de cassation. Or, les différents moyens de contrainte dont on rencontre des exemples dans la pratique nous semblent ou peu efficaces ou peu juridiques.

Le premier de ces moyens est l'emploi de la force publique. Certes il appartiendrait à un tribunal, saisi d'une demande en ce sens, de prescrire à une femme récalcitrante de rentrer au domicile conjugal, ou à un mari d'ouvrir les portes de son domicile à sa femme. Et, pour l'exécution de cette sentence, comme pour celle de toute décision judiciaire revêtue de la formule exécutoire, la force publique, la *manus militaris* devrait, au besoin, être mise à la disposition du requérant (Paris, 7 janvier 1903, D. P. 1903. 2.16 ; Trib. civ. Quimper, 15 mars 1905, S. 1905.2.252). Mais, outre les inconvénients du scandale et du ridicule, cette solution offre évidemment celui de l'inefficacité pratique. Une fois la femme réintégrée de force, *manu militari*, dans le domicile du mari, qui empêchera celui-ci, si c'est contre lui que le jugement a été rendu, de mettre son épouse une seconde fois à la porte ? Si c'est la femme qui a été contrainte à la réintégration, comment le mari s'opposera-t-il à une seconde évasion, étant donné qu'il n'aurait pas le droit d'enfermer sa femme, et que, s'il s'avisait de le tenter, il tomberait sous le coup des dispositions pénales visant la *séquestration arbitraire* ? On l'aperçoit aussitôt : la réintégration *manu militari* peut être employée avec quelque chance de succès à l'égard d'un mineur, d'un enfant, parce que le père puise ensuite, dans son autorité paternelle, un certain pouvoir de séquestration ; elle est sans portée sérieuse à l'égard d'une femme mariée.

Un autre moyen consiste, de la part du tribunal, à autoriser le mari à

pratiquer une saisie sur les biens de sa femme jusqu'à sa réintégration (V. Cass. Belgique, 18 mai 1899, D. P. 1901.2.161). Mais ce procédé prête, croyons-nous, à de légitimes objections. Une saisie suppose un créancier. Que le mari saisisse les revenus des biens de la femme, voire ces biens eux-mêmes, pour assurer le recouvrement de la contribution à laquelle elle est tenue dans les charges du ménage, rien de mieux. On peut même admettre que le mari se fasse allouer par le tribunal des dommages-intérêts à raison du préjudice moral que sa femme lui cause par l'abandon du domicile conjugal, et qu'il procède, à ce titre, à des mesures d'exécution. Mais, en dehors de ces hypothèses, quel titre de créance pourra invoquer le mari ? Certes, le jugement qui prescrit à la femme la réintégration du domicile conjugal pourra contenir une *astreinte*, c'est-à-dire une condamnation à des dommages-intérêts calculés à tant par jour de retard dans l'exécution de la décision. Mais ce procédé, quoique très usité dans la pratique, pour procurer l'exécution des prestations auxquelles un débiteur ne peut être contraint directement, soulève d'abord, en soi, des critiques (que nous examinerons en traitant de la matière des obligations). Et il est surtout extrêmement contestable quand on prétend en faire usage dans le domaine des obligations purement morales ou, en tout cas, non pécuniaires, du genre de celles que consacre l'article 214.

Une dernière considération domine d'ailleurs le problème. Du moment que les époux en sont parvenus à ce point de mésintelligence que la communauté de domicile doit être imposée à l'un d'eux qui n'en veut plus, sur la poursuite de l'autre, le lien conjugal est si profondément atteint que le divorce ou la séparation paraissent inévitables. Et telle est bien, croyons-nous, la seule sanction pratique de l'article 214.

Droit du mari sur la correspondance de la femme. — Plus positive est la conséquence que la Jurisprudence tire du principe de la puissance maritale, en ce qui concerne la correspondance de la femme. Il a été plusieurs fois jugé en effet que le mari possède à cet égard un pouvoir de contrôle, en ce sens qu'il est en droit de se faire remettre par la poste les lettres, cartes et télégrammes adressés à son épouse, sans qu'on puisse lui objecter cette règle, cependant fondamentale, que les correspondances, une fois sorties de la main de l'expéditeur, sont la propriété exclusive du destinataire (V. Bruxelles, 28 avril 1875, D. P. 76.2.25, S. 77.2.161, note de M. Labbé). Toutefois, diverses restrictions doivent être ici apportées au droit du mari.

1° L'usage d'aucun droit ne peut impunément dégénérer en abus. Ici, il n'est pas douteux, croyons-nous, que, si le mari, par une inquisition blessante dans la correspondance de sa femme, manifestait envers cette dernière une méfiance non justifiée par sa conduite, ce fait pourrait être relevé comme une injure grave à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps (V. Req., 6 août 1907, D. P. 1907.1.512, S. 1908.1.165).

2° Nous croyons que le pouvoir de contrôle du mari sur la correspondance de sa femme est une conséquence de la communauté d'existence et

de la reponsabilité qui pèse sur le mari quant à la direction du ménage. Ce pouvoir doit donc disparaître avec le motif qui le justifie. Donc, et bien que la loi du 6 février 1893, restituant à la femme séparée le plein exercice de sa capacité civile, n'ait pas d'effet sur le devoir de fidélité, nous croyons que le mari n'a aucun droit sur la correspondance de la femme *séparée de corps*. Toute inquisition de sa part, en pareil cas, serait inconciliable avec l'indépendance d'allures qui doit résulter pour la femme de sa nouvelle situation légale. Et nous estimons qu'il faut admettre la même solution, au cours de l'instance en divorce ou en séparation, dès le moment où la femme a acquis le droit d'avoir un domicile séparé (Trib. Sainte-Menehould, 22 mars 1905, D. P. 1907.2.113. Cf. Bruxelles, 19 juin 1909, D. P. 1911.2.28).

3° Il paraît également difficile d'admettre que le mari conserve son droit sur la correspondance de sa femme, lorsque celle-ci exerce une profession séparée dont l'exercice pourrait être gêné par l'inquisition du mari (par exemple, la profession commerciale), à plus forte raison lorsque la profession de la femme est de celles qui requièrent le secret professionnel (avocat, médecin, sage-femme). Ici, une restriction aux pouvoirs du mari s'impose absolument, et nous croyons qu'elle doit être complète, car il serait pratiquement impossible de faire un départ entre la correspondance professionnelle de la femme et ses communications privées. Mais il reste à trouver un fondement à cette restriction nécessaire. On a cru pouvoir le découvrir dans l'abdication implicite de son droit, qu'aurait consentie le mari en autorisant la femme à exercer une profession indépendante. Mais une telle explication ne saurait nous satisfaire. La puissance maritale est au nombre des droits auxquels on ne peut valablement renoncer dans une tractation particulière (art. 6, 1388, C. civ.) La seule justification admissible se référerait, croyons-nous, à l'idée générale que nous avons précédemment exposée. Le droit du mari sur la correspondance de sa femme disparaît, *parce que sa raison d'être n'existe plus*, chaque fois qu'en vertu d'une circonstance quelconque (exercice d'une profession séparée, aussi bien que séparation), la femme doit *légalement* acquérir une indépendance de conduite et de vie incompatible avec le contrôle du mari[1].

SECTION III. — Effets de la puissance maritale sur le patrimoine. Incapacité de la femme mariée.

L'étude de l'incapacité de la femme mariée et de l'autorisation maritale comprend l'examen des questions suivantes :

1° Quels sont les actes que la femme mariée est incapable de faire sans l'autorisation de son mari ? Quels sont les exceptions et les tempéraments que la loi apporte au principe de l'incapacité de la femme mariée ?

1. Sur ce point et sur tout ce qui touche aux questions de correspondances, nous renvoyons au beau livre de notre collègue, M. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, p. 208 et s.

En d'autres termes quelle est l'étendue de l'incapacité de la femme mariée ?

2° Comment fonctionne l'autorisation maritale ?

3° Quelle est la sanction du défaut d'autorisation ?

§ 1. — Étendue de l'incapacité.

Les textes relatifs à l'incapacité de la femme mariée visent deux séries d'actes, les *actes extrajudiciaires* et les *actes judiciaires*.

Actes extrajudiciaires. — L'article 217 porte que « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » L'énumération contenue dans cet article n'a rien de limitatif. On s'en convaincra aisément en la rapprochant d'autres dispositions du Code conçues en termes tout à fait généraux. Ainsi, il résulte des articles 221 et 222 que ce que la femme ne peut faire sans l'autorisation du mari, c'est « contracter ». Il est impossible d'employer une expression plus générale. Donc, en principe, la femme a besoin de l'autorisation du mari, non seulement pour tous les actes d'*aliénation ou de disposition* expressément visés par l'article 217, mais encore pour les *obligations* (toute obligation contenant d'ailleurs une aliénation éventuelle); pour les actes d'administration, tels que la signature des baux, qu'elle y intervienne soit comme locataire, soit comme locatrice; pour accepter ou répudier une succession (art. 776); pour faire ou recevoir un paiement (art. 1238, 1241), en un mot, pour tous les actes concernant le patrimoine.

De même, on doit rapprocher de l'article 217 l'article 4 du Code de commerce, aux termes duquel la femme ne peut être *marchande publique* sans le consentement du mari. Ce texte a toujours reçu l'interprétation la plus extensive. Et on en fait découler cette conséquence que la femme a besoin de l'autorisation du mari, non seulement pour embrasser la profession de commerçante, mais encore pour en exercer une quelconque, médecin, sage-femme, avocat, actrice, professeur, etc..., quand bien même ces professions ne pourraient pas entraîner, comme celle de marchande publique, des conséquences préjudiciables pour ses intérêts patrimoniaux. En effet, à la considération de ces intérêts se joint cette raison d'ordre général (et qui apparente nettement la solution, admise ici par la pratique, à l'institution de la puissance maritale) que l'exercice par la femme d'une profession indépendante peut soulever des objections d'ordre moral dont le mari, chef et directeur du ménage, doit être le souverain juge. Ajoutons que, pour les mêmes raisons, cette autorisation *peut toujours être retirée*. La rédaction de l'article 4 du Code de commerce (la femme ne peut *être* marchande publique sans l'autorisation du mari) favorise cette interprétation.

Signalons en dernier lieu qu'aux termes des articles 405, 2e al. 4,420, 2e al. et 480, 2e al. du Code civil, modifiés par la loi du 20 mars 1917, la femme

mariée ne peut accepter les fonctions de tutrice, de subrogée tutrice, de curatrice, sans l'autorisation de son mari.

Actes judiciaires. — « La femme ne peut ester en jugement (c'est-à-dire qu'elle ne peut plaider) sans l'autorisation de son mari... », nous dit l article 215. Cette prohibition, à laquelle le Code attache une grande importance, à cause sans doute du danger des mauvais procès, est aussi générale que possible.

Elle s'applique :

1° *Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance*, qu'elle plaide comme demanderesse ou comme défenderesse. Mieux vaut en effet ne pas se défendre et se laisser condamner par défaut dans un mauvais procès perdu d'avance que de faire les frais d'une défense inutile.

2° *Quels que soient le degré et l'ordre de juridiction*. Ainsi, la femme a besoin d'une autorisation pour former un appel ou pour se pourvoir en cassation, aussi bien que pour intenter une demande en première instance. Toutefois, la femme n'a pas besoin d'autorisation, lorsqu'ayant gagné son procès en première instance elle est assignée en appel et doit répondre à cette assignation en qualité d'*intimée* (de défenderesse) (Civ., 25 février 1879, D. P. 79.1.158, S. 79.1.273). Cette solution est très raisonnable. Et il faut l'admettre lorsqu'il s'agit pour la femme de *défendre* à un pourvoi en cassation.

3° *Quel que soit l'adversaire de la femme*. Celle ci a besoin d'autorisation pour plaider même contre son mari. Toutefois nous avons vu qu'il y a exception pour les instances en divorce et en séparation de corps au début desquelles l'autorisation est remplacée par le permis de citer du président du tribunal.

4° *Quel que soit le régime matrimonial* sous lequel la femme est mariée. L'article 215 *in fine* porte que la femme a besoin de l'autorisation maritale « quand même elle serait non commune ou séparée de biens ».

5° *Quel que soit l'intérêt en jeu dans le procès*. La femme qui plaide a besoin d'autorisation, quand bien même le procès aurait trait à des opérations pour lesquelles elle est relevée de son incapacité. Ainsi, comme on le verra plus loin, sous certains régimes matrimoniaux, particulièrement sous celui de séparation de biens, la femme est investie de la capacité de faire seule les *actes d'administration* relatifs à son patrimoine. Cependant, moins favorisée que le mineur émancipé qui, nous l'avons vu, peut intenter une action mobilière sans l'assistance de son curateur (art. 482, *a contr.*), la femme mariée aura besoin d'autorisation pour les procès même relatifs à l'administration, par exemple, s'il lui faut assigner un locataire ou un fermier en paiement de ses fermages. Le Code l'exige, car il ne distingue pas. En quoi il se montre plus rigoureux que la Coutume de Paris, dont l'article 227 donnait à la femme séparée de biens la capacité de plaider relativement à l'administration. De même, l'article 215 dit, en termes formels, que la femme a besoin d'autorisation pour plaider « quand même elle serait marchande publique ». Et cependant, nous verrons que la femme, autori

sée par le mari à faire le commerce, acquiert le droit de faire seule tous les actes relatifs à son commerce. Il est excessif d'exiger, comme le fait la loi, qu'elle soit autorisée pour les procès relatifs à ce commerce, par exemple, si elle a besoin de plaider contre un fournisseur, un client, ou encore contre l'un de ses employés ou ouvriers.

Cas exceptionnels où la femme mariée peut plaider sans autorisation. — A l'incapacité judiciaire de la femme, si étendue qu'elle soit, il y a cependant des exceptions. Nous en avons déjà rencontré deux, celles qui ont trait à la femme défendant à un appel ou à un pourvoi en cassation, ainsi qu'à la femme plaidant en divorce ou en séparation. Il y en a deux autres, dont l'une résulte de l'article 216 et l'autre de la loi du 13 juillet 1907.

Aux termes de l'article 216, « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police ». On suppose que la femme a commis une infraction et doit en répondre devant les tribunaux répressifs. On ne saurait exiger ici l'autorisation du mari. Il est bien évident que la femme ne peut se soustraire à la poursuite, et elle a toujours intérêt à comparaître pour se défendre et solliciter au moins l'indulgence des juges.

Mais le texte de l'article 216 ne vise que l'exercice de l'action *publique* intentée par le ministère public pour faire prononcer la peine édictée par la loi pénale. Or, il se peut que, l'infraction commise par la femme ayant causé un préjudice à un tiers, celui-ci intente contre elle une action en dommages-intérêts. Ici, la nécessité de l'autorisation redevient la règle, au moins quand l'action est portée devant la juridiction civile. Il faut apprécier, en effet, si la femme a intérêt à plaider ou, au contraire, à payer, sans contestation, l'indemnité réclamée.

En revanche, si, comme la chose est possible et se produit souvent en fait, l'action en réparation est portée devant la juridiction répressive (cour d'assises, tribunal correctionnel ou de simple police), il y a lieu de faire une distinction.

Si l'action est intentée *incidemment* à l'action publique, c'est-à-dire si le tiers lésé se porte *partie civile* devant le tribunal répressif saisi par les poursuites du ministère public, l'autorisation n'a plus d'utilité, car la femme en défendant à l'action publique, ce à quoi l'habilite de plein droit l'article 216, défend en même temps à l'action civile.

Mais la partie lésée a la faculté de porter *directement* son action devant le tribunal correctionnel ou de simple police, quelquefois même devant la cour d'assises (quand il s'agit d'injures ou de diffamation, loi du 29 juillet 1881, art. 47, n° 6), sans que le ministère public ait intenté l'action publique. En pareil cas, il peut y avoir grand intérêt à ne pas laisser entamer le procès et à arrêter la poursuite intentée contre la femme par voie de *citation directe*, en désintéressant le plaignant, car le ministère public ne manquera pas, au cours du débat, si ce débat révèle l'existence d'une infraction, de requérir l'application de la peine écrite dans la loi. Cependant, on admet en général qu'il faut revenir dans ce cas à la nécessité de

l'autorisation. Pratiquement, dans la citation, la partie lésée devra assigner à la fois la femme et le mari.

Une autre exception au principe de l'article 215 résulte, avons-nous dit, de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1907. Nous en parlerons quand nous traiterons de cette loi et de la brèche considérable qu'elle a faite dans le système du Code civil.

Actes extra-judiciaires pour lesquels la femme mariée n'a pas besoin d'autorisation. — C'est surtout en cette matière que l'incapacité de la femme mariée a subi de profondes restrictions, soit du fait du Code civil, soit du fait des lois postérieures.

I. — **Code civil.** — Tout d'abord, le Code civil admet lui-même, soit expressément, soit virtuellement, un certain nombre d'exceptions au principe de l'incapacité de la femme mariée.

1° *Actes relatifs aux droits de famille.* — La subordination de la femme au mari ne va pas jusqu'à l'effacement complet de sa personnalité. Lorsqu'il s'agit pour la femme d'exercer certains droits de famille ou certaines facultés toutes personnelles, indépendantes de la gestion des intérêts du ménage, elle ne doit pas dépendre du mari. Ainsi, la femme mariée peut certainement se passer de l'autorisation maritale pour *reconnaître un enfant naturel* qu'elle aurait eu avant le mariage. De même, elle n'a pas besoin d'autorisation pour accomplir les actes relatifs à la puissance paternelle qu'elle exercerait, soit sur ses enfants issus d'un lit précédent, soit sur des enfants naturels qu'elle aurait eus avant le mariage, soit sur les enfants nés de son mariage actuel. On peut supposer, en effet, pour ces derniers, ou bien que le mari a encouru la déchéance de la puissance paternelle et que celle-ci appartient à la mère, ou bien que, le mari n'étant pas déchu, la mère exerce cependant un certain droit concurremment à celui du père, comme celui d'autoriser, pour sa part, le mariage des enfants mineurs (art. 148, 149), ou d'accepter pour eux une donation (art. 935). Cette indépendance de la femme existera pareillement pour les actes que la femme accomplirait en qualité de tutrice, quoique, dans ce cas, elle ait son mari comme co-tuteur. De même, la mère investie de l'administration légale des biens de ses enfants mineurs n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour les actes de cette administration (art. 389, 2e al.).

2° *Testament.* — « La femme peut tester sans l'autorisation de son mari » (art. 226, 905. 2e al.). Le testament est un acte qui n'a d'effet qu'après la mort, après la cessation du mariage, par conséquent. La subordination de la femme envers le mari n'est donc pas atteinte par le fait qu'un acte de ce genre échappe au contrôle de celui-ci. Ajoutons que le testament est essentiellement *secret*, et que ce qu'il faut craindre lorsqu'une femme veut tester, c'est l'abus d'influence du mari plutôt que l'insubordination de la femme. La révocation du testament de la femme doit être aussi libre que le testament lui-même. Et, pareillement, la femme pourra, seule, révoquer une *donation* qu'elle aurait faite à son mari pendant le mariage, les dona-

tions de ce genre étant analogues à des testaments par leur caractère de révocabilité (art. 1096, 2e al.).

3° *Actes conservatoires.* — On sait quels sont ces actes : faire sommation de payer à un débiteur, inscrire une hypothèque, transcrire une donation d'immeuble qu'on a reçue, ou la vente d'un immeuble qu'on a acheté. La femme mariée, comme tout incapable, comme le mineur en particulier, est évidemment apte à accomplir régulièrement des actes de ce genre. La loi le dit expressément à propos de l'inscription de son hypothèque légale sur les immeubles de son mari (art. 2139). Et il n'est pas douteux que cette solution doit être généralisée et s'étendre à tous les actes conservatoires.

4° *Obligations légales, spécialement obligations délictuelles. Actes frauduleux de la femme.* — La femme mariée est encore, indépendamment de toute autorisation, tenue des obligations qui résultent pour elle, non pas d'un acte volontaire, mais d'une disposition de la loi. Par exemple, si ses intérêts ont été avantageusement gérés par un tiers, elle sera obligée envers les personnes avec lesquelles a traité, en son nom, le gérant d'affaires, ou envers ce gérant lui-même, conformément à l'article 1375 qui établit la responsabilité du *maître* dont les affaires ont été utilement gérées. Dans ce cas, en effet, ce n'est pas la femme qui *s'oblige* ; c'est la loi qui la déclare obligée ; aucune atteinte n'est portée à l'autorité maritale.

Par application de la même idée, la femme est tenue des conséquences de ses délits ou de ses quasi-délits (art. 1382, 1383). L'obligation de réparer le préjudice causé injustement à autrui par mauvaise volonté ou par simple négligence est en effet, elle aussi, une obligation légale. C'est d'ailleurs une règle générale, dont nous avons déjà rencontré une application relative aux mineurs (art. 1310), que les incapables s'obligent valablement par leurs délits ou quasi-délits.

La règle que nous venons d'indiquer a une grande importance pratique ; elle aboutit à restreindre très sensiblement l'incapacité *contractuelle* de la femme mariée. Tout d'abord, on peut supposer qu'un contrat, par exemple, un emprunt qu'elle a passé sans autorisation de son mari, et qui, dès lors, est annulable, a, en fait, tourné à son profit. La femme sera tenue alors envers son contractant dans la mesure de son enrichissement, *quatenus locupletior facta est.* En effet, l'obligation qui pèse sur toute personne *de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* est une obligation légale ; elle est encourue par les incapables et spécialement par la femme mariée comme par tous autres, indépendamment de toute habilitation. En second lieu, et même en l'absence de tout enrichissement, la femme mariée qui a contracté sans autorisation, sera néanmoins valablement obligée lorsque, *par ses manœuvres frauduleuses,* elle aura induit son contractant en erreur, soit en se faisant passer pour veuve ou divorcée, soit en produisant une fausse autorisation de son mari. La validité de son obligation lui est alors imposée à titre de réparation du préjudice qu'elle a fautivement causé à son contractant en lui faisant conclure un contrat annulable. Nous avons déjà rencontré cette théorie en parlant de l'incapacité des mineurs, et la Jurisprudence en a fait relativement aux femmes mariées de nombreuses

applications. Mais il se présente, en ce qui concerne ces dernières, deux difficultés :

A. — Une *simple déclaration* de la femme, insérée dans l'acte et affirmant sa capacité, suffirait elle pour écarter l'action en nullité ? Nous ne le pensons pas, et il nous paraît qu'il faut ici appliquer à la femme mariée la solution de l'article 1307, d'après lequel la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. S'il en était autrement, une telle déclaration deviendrait de style dans les contrats passés par les femmes mariées, et on aboutirait ainsi, pratiquement, à effacer leur incapacité. Il faut donc des manœuvres caractérisées constituant, de la part de la femme, une fraude contre les tiers, pour que celle-ci perde le droit de demander l'annulation de son acte (V. cependant, Civ., 3 juin 1902, D. P. 1902.1.452, S. 1902.1.485).

B. — Si la femme, qui a frauduleusement trompé les tiers sur sa qualite, perd le droit d'attaquer l'acte qu'elle a passé sans l'autorisation de son mari, celui-ci ne peut-il pas, en ce qui le concerne, en demander la nullité ?

faut distinguer. Le mari conserve son action en nullité, s'il a été étranger à la fraude de la femme. Il la perd au contraire, s'il a commis une faute personnelle qui engage sa responsabilité à l'égard du contractant. Cette faute peut consister, non seulement dans une participation personnelle aux manœuvres dolosives de l'incapable, mais encore dans une simple négligence, ce qui sera le cas, par exemple, pour un mari qui a laissé s'établir, de longue date, une séparation de fait entre lui et sa femme, et s'est complètement désintéressé des opérations juridiques accomplies par cette dernière, facilitant ainsi, par son indifférence, les manœuvres frauduleuses qui ont induit les tiers en erreur (Req., 8 novembre 1905, D. P. 1906.1.14, S. 1907.1.145, note de M. Hémard).

5° *Restriction contractuelle à l'incapacité de la femme : Capacité d'administration résultant du contrat de mariage.* — Enfin, l'étendue de l'incapacité de la femme dépend du régime matrimonial sous lequel elle est mariée, en ce sens que, suivant le régime choisi par les époux (communauté, séparation de biens, régime dotal, régime sans communauté), tantôt l'administration de ses biens personnels est confiée par la loi à son mari, tantôt au contraire c'est elle qui les administre, sans avoir besoin pour cela d'être autorisée par son mari.

Sous le régime de la *communauté des biens*, qui est le plus fréquent, parce que c'est celui que la loi attribue de plein droit aux époux qui se marient sans faire de contrat, et que c'est aussi le plus souvent choisi, la loi donne au mari l'administration de tous les biens personnels de la femme (art. 1428). Et il en est de même sous le *régime sans communauté*, lequel est, à la vérité, fort peu usité (art. 1530 à 1535).

Sous le *régime dotal*, la situation est différente. Les biens personnels de la femme se divisent en deux groupes : les *biens dotaux* c'est-à-dire les biens qu'elle se constitue en dot ou qui lui sont donnés en contrat de mariage (art. 1541), et les *biens paraphernaux* (art. 1574). Des premiers, le mari seul a l'administration pendant le mariage (art. 1549, 1er al.) ; au contraire, c'est

la femme qui administre ses paraphernaux librement, c'est-à-dire sans avoir besoin d'autorisation (art. 1576).

Enfin, la femme qui adopte la *séparation de biens* conserve la libre administration de tous ses biens (art. 1449).

En résumé donc, le régime matrimonial influe sur l'incapacité de la femme, en ce sens que tantôt il lui enlève, tantôt il lui laisse la libre administration de ses biens personnels.

Il faut encore ajouter que, même quand elle se marie sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, la femme peut stipuler dans le contrat de mariage, que c'est elle, et non son mari qui administrera ses biens personnels ou ses biens dotaux. C'est ce que veut dire l'article 223 : « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'*administration* des biens de la femme. » Il résulte de ce texte que la femme ne pourrait pas stipuler le droit d'*aliéner* ses biens sans autorisation : ce serait là faire échec à l'article 1388 qui interdit aux époux de déroger aux droits résultant de la puissance maritale.

6° *Séparation de biens judiciaire.* — Une décision judiciaire peut enfin élargir la capacité de la femme mariée. En effet, sous tous les régimes matrimoniaux, lorsque le mari, par sa mauvaise administration, compromet les intérêts de sa femme, celle-ci peut demander en justice la séparation de biens. Le jugement qui prononce la séparation confère à la femme la même capacité que celle qui résulterait d'un contrat de mariage établissant, entre les futurs époux, le régime de la séparation conventionnelle (art. 1449).

II. — Exceptions à la règle de l'incapacité résultant de lois postérieures au Code civil. — Nous avons déjà signalé le mouvement si important de législation qui, s'ajoutant aux nombreuses exceptions au principe consacrées déjà par le Code, aboutit de nos jours à rétrécir de plus en plus le domaine de l'incapacité et de l'autorisation maritale.

1° *Femmes séparées de corps.* De ces lois d'émancipation, la plus radicale est celle du 6 février 1893 qui a restitué à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile (art. 311, 3e al.), l'affranchissant sans réserve de la nécessité de l'autorisation maritale. Nous l'avons, précédemment, déjà rencontrée et analysée.

2° *Dispositions diverses relatives au maniement des économies faites par la femme.* Depuis longtemps, on signalait que c'étaient surtout les femmes ouvrières qui avaient à souffrir des vices du système adopté par le Code civil envers les femmes mariées, système les soumettant, d'une part, à l'autorisation maritale et, d'autre part, leur imposant le régime de la communauté, en cas de mariage non précédé d'un contrat. Lorsqu'une femme gagnait sa vie par son travail, le mari avait en effet le droit de mettre la main sur ses salaires, ce qu'il faisait trop souvent pour les dissiper sans profit aucun pour elle-même ni pour les enfants. Le législateur français s'est donc, depuis une trentaine d'années, justement préoccupé de restituer aux femmes des classes pauvres un certain pouvoir sur le produit de leur travail et, plus généralement, sur leurs modestes économies. De là tous les

textes ci-après visant, en somme, les uns et les autres, l'usage par la femme du produit de son épargne.

A. — La loi du 9 avril 1881, sur la *caisse d'épargne postale*, permet aux femmes (art. 6) de se faire délivrer des livrets par cette caisse, d'y opérer des dépôts et des retraits de fonds sans autorisation du mari. Toutefois cette loi réservait au mari la faculté de *faire opposition* à ces retraits. Une telle faculté avait été critiquée comme pouvant prêter à des abus. Aussi, l'administration des caisses d'épargne employa-t-elle divers moyens plus ou moins empiriques pour empêcher, en fait, les maris de former une telle opposition. Par exemple, elle exigeait d'eux la justification de leur mariage, ou encore elle ne se contentait pas d'une opposition verbale ou écrite, mais requérait un acte d'huissier. Bien plus, elle ne consentait à faire le remboursement au mari qu'autant que celui-ci avait obtenu un jugement le lui enjoignant. Enfin, la loi du 20 juillet 1895, applicable à toutes les caisses d'épargne (art. 16), a permis aux femmes déposantes de se pourvoir en justice contre les oppositions du mari, lesquelles doivent dorénavant leur être dénoncées, aussitôt formées, par lettre recommandée. C'est seulement si la femme n'use pas de son droit, et après un délai d'un mois, que le mari pourra toucher le montant du livret, si toutefois le régime matrimonial sous lequel les époux sont mariés lui en donne le droit (art. 17).

B. — La loi du 20 juillet 1886 sur la *Caisse nationale des retraites pour la vieillesse* porte (art. 13, 4e al.) que « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari ».

C. — La loi du 1er avril 1898 sur les *Sociétés de secours mutuels* (art. 3, 2e al.) dispose que « la femme mariée peut s'affilier à une société de secours mutuels sans autorisation de son mari ».

D. — La loi du 28 décembre 1922 (art. 26) permet aux femmes mariées titulaires d'une pension servie par l'Etat, par un département, une commune ou un établissement public, ou d'une allocation d'ascendant dans les termes de la loi du 31 mars 1919, d'en percevoir les arrérages sans être astreintes à la production de l'autorisation maritale.

E. — La loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un *bien de famille insaisissable* décide (art. 3) que « la constitution peut être faite par la femme, sans l'autorisation du mari ou de justice, *sur les biens dont l'administration lui a été réservée* ». Ces derniers mots font allusion à la loi, de portée autrement considérable, à laquelle nous arrivons.

3° *Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée.* Longuement préparée par les travaux des rapporteurs officiels et des commissions parlementaires ainsi que par ceux des corps savants et des auteurs[1], la loi

1. On trouvera un exposé de ces travaux dans le rapport présenté par M. Tissier et dans les discussions et communications qui l'ont suivi à la Société d'Etudes lé-

du 13 juillet 1907 a donné aux femmes mariées, lorsqu'elles exercent une profession *distincte de celle du mari*, un droit d'administration et de disposition sur leurs gains et salaires, ainsi que sur tous les biens, même sur les immeubles, qu'elles auraient acquis au moyen d'économies réalisées sur ces gains et salaires. L'ensemble des éléments d'actifs ainsi soustraits à la main mise du mari est qualifié par la loi elle-même (art. 3, 1er al.) de *biens réservés*. L'article 1er de la loi dit, fort inexactement, que la femme possède sur ces biens les mêmes droits d'administration que l'article 1449 donne à la femme séparée de biens. Ce n'est pas assez dire, et les alinéas suivants élargissent singulièrement les pouvoirs de la femme, en lui conférant, non seulement l'administration et la jouissance exclusive de ces biens (à charge de contribuer, pour sa part, aux dépenses du ménage), mais encore le droit d'en disposer et même de les hypothéquer (V. loi du 8 juin 1923, modifiant l'article 1er de la loi de 1907) librement et sans aucune autorisation du mari. Le seul acte qu'elle n'aurait pas le droit d'accomplir relativement à ces biens, ce serait une donation entre vifs (art. 1er, 3e al. *a contr.*)[1].

L'article 6 ajoute que la femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi, c'est-à dire à l'occasion du règlement de ses gains et salaires et relativement à l'acquisition, à l'administration ou à l'aliénation des biens qu'elle aurait acquis en emploi desdits gains et salaires.

Enfin, l'article 7 dispose que, « faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins ». La faculté ainsi accordée aux époux par ce texte appartient concurremment à l'un et à l'autre. Mais il n'est pas douteux que, pratiquement, elle est appelée à être surtout utilisée par les femmes .

La capacité partielle ainsi conférée à la femme qui exerce une profession séparée est d'ordre public. L'article 1er, en effet, interdit toute stipulation restrictive de cette capacité.

Plusieurs observations sont nécessaires pour préciser la portée de la loi.

A. — Tout d'abord, la loi ne s'applique qu'à la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari. Elle ne s'applique pas aux gains résultant du *travail commun* des deux époux (art. 1er 5e al.). Ainsi, notamment, la femme qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, comme le prévoit l'article 220, 2e al. C. civ., ne peut pas se prévaloir de ses dispositions.

gislatives (*Bulletin*, 1901-1902). Sur la loi du 13 juillet 1907, Cons. Ad. Pichon, *Rev. crit. de législ.* 1908 ; Jean Sourdois. *Rev. trim. de Droit Civil*, 1907 ; Margat, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, 1913.

1. Par exception, une loi du 19 mars 1919 (art. 2) autorise la femme mariée qui n'a ni enfants ni descendants et est âgée de plus de 45 ans, à disposer, sans autorisation, de ses biens réservés en faveur d'œuvres d'assistance publique ou privée, spécialement de celles qui ont pour objet le développement de la natalité, la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre.

B. — Le législateur de 1907 n'a point pourvu à la combinaison à établir entre les règles nouvelles qu'il édictait et les textes anciens, déjà extensifs de la capacité de la femme, notamment ceux qui ont trait à la femme commerçante. Il peut en résulter des difficultés d'interprétation. Il n'est pas douteux que la loi nouvelle doit s'appliquer à la femme commerçante (car elle exerce bien une profession distincte de celle du mari). Par conséquent, la capacité de la femme marchande publique se trouve élargie aux deux points de vue ci-dessous :

a) D'après le Code civil (art. 220), la femme autorisée par le mari à faire le négoce devenait par là capable de tous les actes concernant ce négoce. Dorénavant, elle possède, de plus, le droit d'aliéner à titre onéreux les biens qu'elle aurait acquis avec ses bénéfices.

b) L'article 215, on l'a vu, exigeait que la femme négociante sollicitât l'autorisation de son mari pour ester en justice, même si le procès avait trait aux opérations de son commerce. Cette règle est abolie, au moins partiellement, par l'article 6 de la loi de 1907 qui dispense la femme de toute autorisation pour les procès relatifs aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi. Si donc la femme a un procès relatif aux gains déjà retirés d'une opération commerciale, elle pourra désormais plaider sans autorisation.

C. — La femme qui exerce une profession séparée ne devenant capable que partiellement, c'est-à-dire en tant qu'il s'agit de ses biens réservés, mais restant incapable pour tout le reste, comment les tiers qui traitent avec elle pourront-ils discerner les cas où elle est capable et ceux où elle a besoin d'être autorisée ? Supposons, par exemple, que la femme veuille donner à bail, vendre ou hypothéquer un immeuble. Si cet immeuble provient de ses économies, elle peut agir seule ; sinon, elle a besoin d'autorisation. Par quel moyen donc les tiers pourront-ils faire la distinction ? S'ils se trompent, ils ont à craindre que l'acte qu'ils ont conclu ne soit entaché de nullité, et que le mari ou la femme ne l'attaque en justice ou ne se dérobe à son exécution. Dans le doute, n'est-il pas à supposer qu'ils exigeront toujours une attestation du mari, c'est-à-dire un acte ressemblant fort à l'antique autorisation, et que, de la sorte, la réforme opérée par la loi risquera de demeurer sans effet, ou du moins de perdre une grande partie de son utilité ?

La loi a tranché la difficulté de la manière suivante : « La validité des actes faits, par la femme, nous dit l'article 1er, alinéa 4, sera subordonnée à la seule justification faite par un acte de notoriété, ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; la responsabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification n'est pas engagée. »

La preuve, on le voit, est fort simple, trop simple même et, de plus, insuffisante, car elle ne prouve pas que le bien de la femme ait été acquis avec ses gains, et c'est justement là la démonstration qu'il faudrait faire. La loi n'y a point pourvu ; elle se borne à décharger les tiers de toute responsabilité. En pratique, il est à craindre que cette facilité n'aboutisse à permettre à la femme, du moment où elle exercera une profession, — et il en est de bien vagues ! — de disposer librement de *tous ses biens* moyennant la

simple production d'un acte de notoriété, document très facile à obtenir.

D. — On remarquera que la loi de 1907, en abolissant le contrôle du mari sur les actes de la femme relatifs aux bénéfices de sa profession, a laissé subsister la dépendance de la femme quant au choix de cette profession. Elle continue à avoir besoin de l'autorisation de son mari pour se faire avocat, médecin, commerçante, professeur, artiste, couturière, etc... Bien plus, le mari reste toujours libre de lui retirer son autorisation et de la forcer ainsi à abandonner la profession qu'elle exerce. Représailles trop tentantes pour le mari indélicat à qui la femme aurait refusé de faire sa part dans les produits de son travail !

E. — En dernier lieu, la capacité donnée à la femme n'est pas soustraite à tout contrôle. En effet, les pouvoirs accordés à la femme lui étant conférés *dans l'intérêt du ménage* (art. 2, *in princ.*), en cas d'abus de sa part, notamment, de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait par le tribunal soit en totalité, soit en partie (art. 2). Le tribunal, saisi de la plainte du mari, fera appeler la femme en chambre du conseil, et, après avoir entendu le ministère public, statuera sur la demande. Bien plus, s'il y avait urgence à empêcher un acte que la femme se proposerait de passer avec un tiers, le mari pourrait agir en référé auprès du président du tribunal, pour en obtenir une ordonnance l'autorisant à s'opposer à l'acte en question.

Ajoutons que, d'après la loi du 8 juin 1923, la décision prononçant le retrait des pouvoirs de la femme doit être inscrite en marge de l'acte de mariage et recevoir la même publicité que les jugements d'interdiction.

4° *Hypothèse d'autorisation donnée par la femme au mari.* — La loi, déjà citée plus haut, du 12 juillet 1909, loi relative à la constitution d'un bien de famille insaisissable, à l'imitation du *homestead* américain, a réalisé une innovation encore plus radicale que les précédentes en instituant, dans une hypothèse spéciale, la nécessité pour le mari de requérir le consentement de la femme. Elle décide, en effet (art. 11) que, lorsque le mari a constitué un de ses immeubles personnels ou un immeuble de la communauté comme bien insaisissable, il ne peut l'aliéner en tout ou en partie ou renoncer à l'insaisissabilité qu'avec le consentement de la femme donné devant le juge de paix.

5° *Droit de s'affilier à un syndicat.* — La loi du 12 mars 1920 (art. 4) permet à la femme mariée d'adhérer à un syndicat sans autorisation de son mari. On remarquera que le même texte la dispense d'autorisation pour participer à l'administration et à la direction du syndicat. Au contraire, la loi du 1er avril 1898 (art. 3) ne permet pas à la femme d'administrer ou de diriger une société de secours mutuels dont elle ferait partie sans l'autorisation du mari.

Exception à la règle de l'incapacité résultant de la Jurisprudence. Théorie du mandat domestique . — A côté des diverses restric-

1. Binet, *La femme dans le ménage,* thèse, Nancy, 1901.

tions, de plus en plus nombreuses, à la règle de l'incapacité, restrictions que l'on vient d'énumérer, il en est une autre, toute traditionnelle, et peut-être la plus importante de toutes, qui n'est consacrée par aucun texte formel, mais qui a été imposée par les exigences de la vie et des mœurs. Dans tous les ménages, on voit la femme accomplir quotidiennement tous les actes qui intéressent la vie domestique, acheter les denrées et les vêtements, au comptant ou à crédit, traiter avec les domestiques et les fournisseurs, sans que l'on ait jamais pu songer à critiquer la validité de ces actes, qu'elle passe cependant sans autorisation du mari ni de justice. Comment donc expliquer cette situation ?

On pourrait concevoir l'idée d'une *autorisation tacite et générale* que le mari aurait, une fois pour toutes, et par le fait même du mariage, accordée à sa femme pour tout ce qui concerne ses attributions de ménagère et de directrice de la vie domestique. De fait, on rencontre cette explication dans certaines décisions judiciaires. Mais elle n'est pas conciliable avec les règles de notre Code concernant l'autorisation maritale, car nous n'allons pas tarder à voir que cette autorisation ne peut précisément être ni *générale* ni *tacite*, sauf dans les cas où la loi le permet formellement, et notre hypothèse n'est pas l'un de ces cas.

Une autre justification des errements de la pratique a donc été cherchée et trouvée dans l'idée d'un *mandat présumé*, que le mari conférerait à sa femme pour toutes les opérations relatives au ménage. Déjà nos anciens auteurs, notamment Dumoulin et Lebrun, s'étaient attachés à cette conception, un peu artificielle assurément, mais d'une incontestable ingéniosité et qui ne prête pas aux mêmes objections juridiques que la précédente, car d'une part, le mandat peut être tacite, et, d'un autre côté, on sait que les incapables peuvent valablement être pris comme mandataires. La Jurisprudence et les auteurs, s'appuyant sur cette tradition, et sur un texte du Code civil (l'article 1420) dans lequel, avec un peu de complaisance, on peut, à la rigueur, trouver une trace du maintien de la tradition, ont donc adopté, de nos jours, la théorie du *mandat domestique*. Il en résulte qu'il n'y a pas, de par la libre activité de la femme comme ménagère, une exception proprement dite au principe de l'incapacité. La femme, lorsqu'elle accomplit les actes de son domaine, ne cesse pas d'être incapable. Seulement, elle agit *au nom du mari*. C'est, juridiquement, le mari qui fait les actes en question par son intermédiaire.

Diverses conséquences, plus ou moins heureuses, se rattachent à cette conception.

1° La femme *ne s'oblige pas personnellement*. C'est la communauté et le mari lui-même qui, seuls, sont obligés par les actes rentrant dans le mandat domestique. Il en est ainsi dans tous les cas, alors même qu'il s'agit de dépenses faites pour la toilette de la femme !

2° Tout mandat peut être révoqué par la volonté du mandant. Le mari pourra donc, s'il estime que la femme fait de trop fortes dépenses, *révoquer les pouvoirs* qu'il est censé lui avoir conférés. Cette révocation n'est, en soi, soumise à aucune forme. Mais elle n'est opposable aux tiers que

si elle a été portée à leur connaissance. Et là réside la difficulté du problème. En pratique, le mari peut adresser des notifications aux fournisseurs chez qui sa femme a l'habitude de contracter des obligations. Mais il est trop clair que ce mode de publicité ne peut le mettre bien complètement à l'abri des fantaisies ruineuses de sa femme. Des insertions dans les journaux peuvent constituer une publicité efficace dans les petites villes de province, mais leur effet est moins sûr dans les grands centres ; elles constituent, de plus, un procédé quelque peu scandaleux et profondément blessant pour la femme. Si bien que la faculté de révocation appartenant au mari risque fort, dans bien des cas, de demeurer presque entièrement théorique.

3° Le mandataire n'a la faculté d'engager le mandant que dans la mesure des pouvoirs qui lui ont été délégués. Il en résulte, théoriquement, la faculté pour le mari de repousser les conséquences des engagements pris par la femme, *lorsqu'ils dépassent une certaine mesure*. La Jurisprudence a parfois fait accueil à cette idée. Reste à savoir quel sera le critérium. Pour être considérés comme liant le mari, les engagements de la femme devront-ils correspondre à la fortune du ménage, ou à sa situation sociale apparente ? On trouve des décisions dans les deux sens. Et il est clair que le second sytème offrirait aux tiers une sécurité plus grande que le premier. Mais il est, en somme, très difficile de dégager une vue bien nette de la Jurisprudence, telle qu'elle s'est développée jusqu'à présent.

4° Si les initiatives de la femme non autorisée, en matière domestique, s'expliquent par un mandat tacite du mari, il devient plus difficile de justifier la validité des actes, cependant pratiquement indispensables, qu'accomplit, dans l'intérêt de sa subsistance et de l'éducation des enfants, la femme abandonnée ou séparée de fait d'avec son mari. Et cependant, les tribunaux n'ont pas hésité à admettre, ici encore, que les actes de la femme doivent être considérés comme valables ; tant il est vrai que les nécessités de la vie sont plus fortes que les principes même les plus rigides et les plus formels du Droit positif (V. sur tous ces points, Paris, 5 janvier 1904, D. P. 1905.2.249, note de M. Binet ; Req. 8 novembre 1905, D. P. 1906.1.14, S. 1907.1.145, note de M. Hémard ; *Adde* Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 196 et s.).

La *construction* juridique élevée, en cette matière, par la Jurisprudence demeure, en somme, insuffisante. Bien préférables sont les solutions des lois étrangères (Code civil allemand, art. 1356, 1357 ; Code civil suisse, art. 163 et s.) qui accordent à la femme, pour les besoins courants du ménage, un pouvoir, une capacité propre, un *droit de clefs (Schlüsselgewalt)*, comme disent les Allemands. Une telle règle correspond à la réalité des faits. Elle offre cet autre avantage que, si la femme mésuse de ses pouvoirs, le mari peut les lui faire enlever, mais par le moyen d'une décision judiciaire, faculté qui constitue comme la *réplique* du droit appartenant à la femme de requérir, en cas de besoin, sa séparation de biens d'avec le mari. Le jugement prononçant le retrait des pouvoirs de la femme peut être entouré des formalités de publicité nécessaires pour qu'il soit, à la fois, pleinement efficace et sans dangers pour les intérêts des tiers.

§ 2. — Fonctionnement de l'autorisation.

L'autorisation nécessaire pour relever la femme de son incapacité doit être donnée : 1° *par le mari ;* 2° subsidiairement par la *justice*, lorsque le mari refuse son autorisation, ou lorsqu'il est hors d'état de la donner.

I. **Autorisation émanant du mari. Ses formes.** — L'ancien Droit professait une distinction très nette, quant à la manière dont devait être fournie l'autorisation du mari, entre les *actes judiciaires* et les *actes extrajudiciaires*. S'agissait-il de ces derniers, l'autorisation devait être formelle, bien plus, solennelle : il fallait un acte écrit, dans lequel figurât le mot *autoriser* ou, à la rigueur, son synonyme *habiliter*. Une autorisation simplement tacite, résultant, par exemple, du concours du mari dans l acte accompli par la femme, eut été inopérante. La raison de cette exigence était qu'on voulait écarter d'avance toute difficulté, toute chicane sur le point de savoir si la femme avait, ou non, été autorisée. Au contraire, l'autorisation pour les actes *judiciaires* pouvait être fournie de n'importe quelle façon ; il suffisait, pour que les procédures de la femme fussent valables, que l'assentiment du mari à ces procédures fût démontré, de quelque manière qu'il se fût manifesté. Car on considérait sans doute que les procès étaient des actes trop graves et trop publics pour que le mari laissât sa femme les engager sans protestation, lorsqu'il les désapprouverait (Pothier, *De la puissance du mari*, n° 68 ; Lebrun, *De la communauté*, Liv. II, ch. I, sect. IV, n^{os} 14, 15).

Le Code civil, très éloigné, en principe, de tout formalisme, n'a pas consacré ces solutions. Et il est certain que l'autorisation du mari n'est pas un acte solennel, dans lequel l'emploi de telle ou telle expression soit requis à peine de nullité. Pourtant, il subsiste dans nos règles actuelles quelque chose de celles de notre Droit coutumier ; et du rapprochement des articles 215 et 217 il ressort une certaine différence, quant aux formes de l'autorisation, entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires.

1° S agit-il des *actes judiciaires,* l'article 215 se contente de dire, de la façon la plus générale, que « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari ». Il en résulte que cette autorisation n'est soumise à aucune condition, qu'elle peut être indifféremment expresse ou tacite, qu'elle peut s'induire de ce que tel ou tel acte de procédure a été accompli par la femme au su et au vu du mari et sans protestation de la part de ce dernier, ce qui a lieu, par exemple, lorsque la femme agit comme défenderesse dans une instance engagée contre elle par le mari lui-même, ou lorsque le mari et la femme procèdent ensemble dans une instance comme demandeurs ou défendeurs (Req. 1er août 1923, D. P. 1924.1.182).

2° Pour les *actes extrajudiciaires*, au contraire, l'article 217 nous dit qu'il faut *le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*. D'où découlent les deux règles suivantes :

A. — L'*autorisation tacite* n'est point prohibée en principe, mais elle ne peut résulter que d'*un fait unique*, le seul qui, aux yeux du législateur,

paraisse ne prêter à aucune équivoque, à savoir *le concours du mari dans l'acte*. Nul autre fait ne pourrait être invoqué comme impliquant l'autorisation du mari. Peu importerait, par exemple, que l'acte de la femme eût été, sans aucun doute, accompli à la connaissance du mari, voire même sur son conseil formel ou dans son propre intérêt (V. Civ., 18 octobre 1909, S. 1911.1.489). Bien plus, la signature du mari apposée sur l'instrument relatant l'acte de sa femme ne constituera point, à elle seule, une autorisation valable, car il se peut que cette signature ait été apposée postérieurement à la conclusion de l'acte, auquel cas elle ne vaut pas autorisation. Il serait donc nécessaire que l'acte portât, outre la signature du mari, la mention de cette circonstance que le mari était présent au moment même de sa passation (Civ., 22 février 1893, D. P. 93.1.295, S. 93.1.182 ; Req., 30 décembre 1902, D. P. 1903.1.150, S. 1903.1.188 ; Req., 19 mai 1908, D. P. 1908.1.359).

B. — Quant à l'*autorisation expresse*, il faut, nous dit l'article 217, qu'elle soit donnée *par écrit*. Est-ce à dire qu'une autorisation simplement verbale serait inopérante, et que la rédaction d'un écrit soit ici exigée comme une formalité substantielle ? On ne l'admet pas généralement. Une telle solution, outre qu'elle serait contraire aux tendances généralement peu formalistes de notre Code, se concilierait mal avec ce fait que la loi permet, nous l'avons vu, au moins une variété d'autorisation tacite. La formule employée par l'article 217 n'a donc de portée que *quoad probationem*, quant à la preuve de l'autorisation. Elle déroge au droit commun en matière de preuve, aux deux points de vue suivants :

a) Il n'y a pas de distinction à faire, quant à la preuve de l'autorisation du mari, suivant que l'intérêt engagé est supérieur ou inférieur à 150 francs ; dans tous les cas la preuve testimoniale de l'autorisation serait inadmissible.

b) Même l'existence d'un commencement de preuve par écrit ne permettrait pas de démontrer, par témoins ou par présomptions, le fait que le mari aurait autorisé l'acte de la femme.

Mais il ne faut pas aller plus loin et l'autorisation simplement verbale, efficace en principe, bien que non susceptible d'être prouvée en justice, produirait son effet, si elle venait à être établie par le moyen de l'*aveu* ou du *serment judiciaire*, procédés de démonstration que la loi considère comme supérieurs même à la preuve écrite (V. art. 1350, 4e al.). Et c'est en cela que la nécessité d'un écrit, *comme mode de preuve*, telle que l'établit l'article 217, se différencie par une nuance importante de ce que serait la nécessité d'un écrit exigé comme formalité substantielle (Paris, 28 juin 1851, D. P. 52.2.22, S. 51.2.337).

Exception à la nécessité d'une autorisation écrite. — La règle de l'article 217 reçoit une exception importante. Lorsque la femme a besoin de l'autorisation du mari pour être marchande publique, ou, plus généralement, pour embrasser une profession quelconque (médecin, sage-femme, avocat, etc...), l'autorisation n'a pas besoin d'être écrite ; même elle résultera de ce fait que la femme a accompli les actes de sa profession à la con-

naissance du mari et sans opposition de sa part. Cette exception, fort rationnelle, puisqu'il n'y a pas lieu, dans les hypothèses auxquelles elle s'applique, à la passation d'un acte auquel le mari puisse *concourir*, est consacrée par les termes de l'art. 4 du Code de commerce portant, en termes généraux, que la « femme ne peut *être* marchande publique sans le *consentement* du mari ».

La Jurisprudence a appliqué la même solution dans tous les cas où l'acte que le mari doit autoriser n'est pas de ceux qu'il soit d'usage de rédiger par écrit, par exemple, lorsque la femme conclut un *contrat de travail*, ou encore lorsqu'elle accepte de prendre un enfant en garde (Paris, 23 août 1851, D. P. 52.2.10, S. 51.1.517 ; Req., 22 juillet 1891, D. P. 92.1.5, note de M. Planiol, S. 93.1.65, note de M. Labbé).

Quand il s'agit de faire des actes de commerce isolés et non d'exercer la profession de commerçante, l'autorisation doit être donnée dans les formes exigées par l'art. 217 (Civ., 7 mars 1922, S. 22.1.5, note de M. Lyon-Caen).

Principe de la spécialité de l'autorisation et exceptions au principe. — Dans tous les cas, l'autorisation du mari (et la même règle s'appliquera à l'autorisation fournie par la justice) doit être *spéciale*, c'est-à-dire viser tel ou tel acte déterminé et non pas un groupe, une catégorie d'actes. Ainsi, une autorisation générale donnée à la femme d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles serait inopérante ; à plus forte raison, une autorisation donnée d'avance à la femme de faire tous les actes qu'il lui plairait d'accomplir. La règle de la spécialité est traditionnelle. Elle nous vient du Droit coutumier (Pothier, *Puissance du mari*, n° 63), et le Code la consacre à plusieurs reprises (art. 223, 1538, 1er et 2e al.). Elle se justifie d'ailleurs aisément. Une autorisation qui ne serait pas spéciale à tel ou tel acte déterminé, non seulement par sa nature (vendre, acheter, hypothéquer), mais par son objet (hypothéquer tel immeuble et pour telle somme, vendre telle valeur mobilière) serait en réalité une abdication du mari.

C'est par application du principe de la *spécialité* que les tribunaux, s'ils admettent que le mari puisse autoriser la femme par l'entremise d'un mandataire qu'il a chargé, par écrit, de le représenter, exigent, au moins, que les actes, pour lesquels ce mandataire pourra autoriser la femme, soient formellement déterminés dans son mandat (Req., 27 mars 1907, D. P. 1907.1.387, S. 1909.1.33, note de M. Charmont).

Le Code contient cependant deux dispositions dérogeant ou paraissant déroger à la règle de la spécialité de l'autorisation maritale.

La première est celle de l'article 223, relative aux *actes d'administration* à accomplir par la femme mariée. Nous avons vu quel est le sens réel de ce texte qui vise non pas les autorisations que le mari donne à la femme au cours du mariage, mais les stipulations du contrat de mariage antérieur au mariage même, qui peuvent conférer à la femme la capacité d'administrer ses biens personnels.

La seconde disposition, au contraire, apporte une véritable et importante exception à la règle de la spécialité. C'est l'article 220, aux termes duquel la femme, lorsqu'elle est marchande publique, peut, sans une autorisation

spéciale, *s'obliger pour ce qui concerne son négoce*. La loi considère que tous les actes faits en vue du commerce sont couverts par l'autorisation générale, que le mari a dû fournir à son épouse pour lui permettre d'embrasser la profession de commerçante. Cette solution est tout à fait raisonnable, car l'exercice du commerce, auquel le mari a habilité sa femme, serait évidemment impossible si la commerçante, pour chacune de ses opérations, avait besoin de solliciter une autorisation.

C'est par une extension, d'ailleurs toute logique et équitable, de cet article 220 qu'on peut à notre avis justifier cette solution admise par la Cour de cassation que la femme, artiste dramatique, peut contracter un engagement théâtral sans l'autorisation du mari (Req., 11 novembre 1907, D. P. 1908.1.25, note de M. Ambroise Colin, S. 1908.1.225, note de M. Charmont). Cet engagement est, à notre avis, validé par l'autorisation générale, expresse ou implicite, en vertu de laquelle la femme a pu se livrer à la profession d'artiste. Et nous croyons que, de même, la femme professeur, médecin, avocat, etc... n'a pas besoin d'une autorisation particulière pour les obligations ou autres actes qu'elle contracte en vertu de sa profession. Tous ces actes sont couverts par l'autorisation d'ensemble et initiale qui a permis à la femme de se consacrer à la carrière qu'elle suit actuellement

II. Autorisation de justice. Dans quels cas elle intervient. — Nous avons dit que l'autorisation de justice intervient *subsidiairement*. En d'autres termes, elle est *supplétive* de celle du mari. Les cas où la femme peut ou doit y recourir sont les suivants :

1° *Refus du mari.* — Si le mari refuse d'autoriser sa femme, celle-ci a le droit de s'adresser au tribunal qui accordera l'autorisation, si le refus du mari lui paraît injustifié (art. 218 et 219).

Les formes de ce recours sont réglées par l'article 219 et par diverses dispositions du Code de procédure (art. 861 à 864).

La femme commence par adresser au mari une sommation d'avoir à l'autoriser. Sur son refus, ou s'il garde le silence, elle adresse une requête au président du tribunal civil de l'arrondissement où est domicilié le mari. Celui-ci rend une ordonnance l'autorisant à assigner son mari devant le tribunal (art. 219). Le mari peut ou non comparaître. Le débat a lieu en chambre du conseil. Le tribunal entend les explications du mari, s'il se présente, puis il rend un jugement accordant ou refusant l'autorisation.

Ce jugement est susceptible d'appel soit de la part du mari, soit de celle de la femme.

Lorsque la femme est assignée en justice par un tiers, celui-ci assigne en même temps le mari à fin d'autorisation. Si le mari fait défaut, le demandeur prend des conclusions demandant au tribunal d'autoriser la femme défenderesse à plaider. Dans ce cas, l'autorisation peut même être tacite et résulter de la condamnation prononcée au profit du demandeur.

Deux lois récentes ont apporté des exceptions aux règles précédentes :

La loi du 12 juillet 1905, relative aux *justices de paix* (art. 16), décide que les juges de paix peuvent eux-mêmes autoriser une femme mariée

à ester en jugement devant leur tribunal, lorsqu'elle n'obtient pas cette autorisation de son mari entendu ou dûment appelé par voie de simple avertissement.

La loi du 27 mars 1907 sur les *conseils de prud'hommes* dispose également, dans son article 36, que, en cas d'absence, d'empêchement ou de refus d'autorisation du mari, le conseil peut autoriser la femme mariée à se concilier, à demander ou défendre devant lui.

Cette seconde dérogation a, nous semble-t-il, perdu son intérêt depuis la loi du 13 juillet 1907 ; la femme commerçante, ouvrière ou employée a, en effet, le droit de plaider sans autorisation devant le conseil des prud'hommes comme devant toutes les juridictions, lorsqu'il s'agit de contestations relatives à son salaire (art. 6 de la loi du 13 juillet 1907).

2° *Incapacité du mari.* — Quand le mari est hors d'état de donner lui-même l'autorisation, la femme *doit* s'adresser à la justice. En pareil cas, il n'est pas nécessaire que la femme fasse d'abord une sommation au mari, ni l'assigne en justice.

Les choses se passent de la sorte dans les hypothèses ci-après :

A. — *Absence du mari* art. 222). — Faut-il entendre ici l'absence au sens technique et étroit du mot, ou, au contraire, permettre à la femme de s'adresser directement à la justice lorsque le mari est simplement *non présent* et qu'il y a urgence ? L'article 863 du Code de procédure civile milite en faveur de l'interprétation la plus stricte, car il nous parle de *déclaration* et de *présomption* d'absence. Cependant, l'opinion extensive, la plus pratique et la plus équitable, est unanimement admise. L'ancien Droit était déjà en ce sens (Pothier, *Puiss. du mari*, n° 12).

B. — *Folie du mari* (art. 222). — La loi ne vise que le cas où le mari est *interdit* ; mais tout le monde est d'accord pour admettre qu'il faut assimiler à cette hypothèse toutes celles où il y a démence du mari, soit qu'il soit interné dans un établissement public ou privé, soit même qu'il reçoive des soins à domicile.

C. — *Mari pourvu d'un conseil judiciaire.* — La loi ne parle pas de cette difficulté, que l'on doit résoudre par une distinction. S'agit-il d'actes pour lesquels le prodigue ou le faible d'esprit est capable, il pourra autoriser sa femme. La femme veut-elle, au contraire, accomplir un acte ne rentrant pas dans la demi-capacité possédée par son mari, il ne peut appartenir à ce dernier de l'autoriser. Mais qui doit fournir l'autorisation ? Un arrêt de la cour de Paris (10 juillet 1890, P. F. 91.2.271) a décidé que l'autorisation serait donnée par le mari, assisté de son conseil judiciaire. C'est, à notre avis, une mauvaise solution. Il serait préférable de décider que c'est au tribunal que la femme devra s'adresser.

D. — *Minorité du mari.* — « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter » (art. 224). La formule de la loi est trop générale et doit subir une restriction par ce fait que le mari mineur est forcément émancipé et bénéficie à ce titre d'une certaine capacité. En conséquence, c'est à lui qu'il appartiendra d'autoriser la femme

à agir, lorsqu'il y aura lieu pour celle-ci d'accomplir un des actes pour lesquels l'émancipation confère capacité au mineur, par exemple, pour exercer une action mobilière. Mais cette rectification n'a pas grande importance pratique. Les actes relevant de la capacité du mineur émancipé sont des actes d'administration. Or, de deux choses l'une : ou ces actes sont accomplis par le mari lui-même comme mandataire de sa femme, ou il appartient à la femme de les accomplir, ce qui ne peut arriver que si elle est séparée de biens, auquel cas elle peut se passer d'autorisation pour administrer.

E. — *Condamnation du mari à une peine afflictive ou infamante.* — L'article 221 porte que, pendant la durée de la peine, la femme sera autorisée par la justice. Rien de plus rationnel. L'individu condamné à une peine afflictive est en état d'interdiction légale ; donc, il ne peut pas autoriser sa femme, car il est lui-même incapable de faire aucun acte. L'article 221 applique la même règle à l'individu condamné par contumace, c'est-à-dire au condamné en fuite. Cela se comprend d'ailleurs aisément ; comment la femme pourrait-elle s'adresser à lui ? Il en est de même pour l'individu condamné au bannissement, peine simplement infamante.

F. — L'autorisation de justice peut enfin suppléer celle du mari au cas où celui-ci a été condamné pour *abandon de famille* (art. 222, al. 2, ajouté par la loi du 7 février 1924).

Observation sur les cas où la femme contracte avec son mari ou s'oblige à son profit. — On remarquera que la liste des cas où la femme doit s'adresser à la justice, pour être autorisée à plaider ou à contracter, n'embrasse pas une hypothèse où cette solution se comprendrait cependant à merveille. C'est celle où la femme contracte *en même temps que le mari lui-même*. Ces cas sont en pratique extrêmement fréquents et exposent souvent les femmes à de graves mécomptes. C'est ainsi qu'on les voit s'engager envers un tiers comme codébitrices solidaires du mari, renoncer au profit de celui-ci à leur hypothèque légale, accepter un remploi que le mari a fait pour leur compte, etc... Le Code civil italien (art. 136) avait soin de décider que, dans tous ces cas, et chaque fois qu'il y avait opposition d'intérêts entre le mari et la femme, c'est par le tribunal que celle-ci devait être autorisée. Chez nous, c'est le mari qui autorise sa femme dans son propre intérêt, à lui, mari, même s'il s'agit d'habiliter la femme à lui faire une donation (art. 1091 et suiv.) ! Par là notre Code rattache nettement, comme notre vieux Droit coutumier, l'incapacité de la femme à l'idée de *subordination* ; et cependant, par d'autres solutions, par exemple, en faisant intervenir la justice lorsque le mari est mineur, il s'est séparé de l'ancien Droit et a penché vers l'idée de *protection*. C'est un nouveau témoignage de l'incertitude des directions que le législateur a suivies en cette matière.

Des cas où l'autorisation de justice ne peut suppléer celle du mari. Il en est ainsi pour les actes suivants :

1° Lorsque la femme, mariée sous le régime dotal, demande à être relevée de son incapacité d'aliéner les biens dotaux en vue de *doter les enfants issus de son mariage*. Il résulte de la combinaison des articles 1555 et 1556 que la femme ne pourra faire cette opération qu'avec l'autorisation du mari et sans pouvoir, sur son refus, s'adresser à la justice. En revanche, elle pourrait se faire autoriser par le tribunal, s'il s'agissait de doter, non les enfants communs, mais les enfants qu'elle aurait eus d'un *lit précédent*. La raison de cette différence est très claire : la loi a considéré que, lorsqu'il s'agit de l'établissement de ses propres enfants, les sentiments du mari à leur égard sont une garantie qu'il ne refusera qu'à bon escient. Le motif de la règle devant en déterminer la portée, on ne l'appliquera qu'en cas de *refus* d'autorisation du mari et non au cas d'*incapacité* de sa part. La femme, alors, pourra s'adresser à la justice, même s'il s'agit d'établir les enfants communs.

2° Pour accepter la charge d'une *exécution testamentaire*, la femme ne pourra, de même, s'adresser à la justice en cas de refus d'autorisation du mari (art. 1029). L'exécution testamentaire, en effet, est un acte de pur dévouement et, dès lors, les intérêts de la femme ne peuvent être compromis par le refus du mari. Toutefois, la règle reçoit exception si la femme est séparée de biens.

3° L'autorisation du mari est également seule opérante pour permettre à la femme de passer un *compromis* (art. 83, 6°, C. proc. civ.).

4° L'autorisation du mari ne peut, croyons-nous, être suppléée par celle de la justice quand il s'agit pour la femme d'accepter les fonctions de *tutrice*. En effet, dans ce cas, le mari devient nécessairement co-tuteur de sa femme (art. 405, 2e al.). Il est évidemment inadmissible que le tribunal puisse lui imposer malgré son refus cette charge et cette responsabilité.

5° La Doctrine enseignait naguère que le mari seul peut autoriser la femme lorsqu'il s'agit pour elle d'*entreprendre un négoce*, ou, plus généralement, de se livrer à une profession indépendante. Des raisons d'ordre divers étaient produites à l'appui de cette solution. La principale était cette considération que l'exercice d'une profession séparée par la femme entraîne toujours pour elle une certaine indépendance et peut, dès lors, prêter à des objections dont seul le mari doit être juge. On ajoutait que les créanciers de la femme, si elle est commerçante et si les époux sont mariés sous le régime de communauté, peuvent poursuivre tant les biens de la communauté que ceux du mari ou de la femme (art. 220, 1er al. et 1419). Enfin, on invoquait des arguments de texte, notamment, la rédaction de l'article 4 du Code de commerce, qui nous dit que la femme ne peut être marchande publique sans l'autorisation du mari, et n'ajoute pas « ou de justice ».

A cette solution rigoureuse, les auteurs et certains arrêts apportaient parfois, il est vrai, des tempéraments. Ainsi, on admettait assez généralement que la femme, si elle ne peut s'adresser à la justice pour se faire habiliter à embrasser une profession, a le droit de la saisir, lorsque le mari veut lui *retirer* une autorisation précédemment donnée. Le recours à la justice était également admis de la part de la femme désireuse d'entre-

prendre une profession lui procurant des moyens d'existence, dans le cas où le mari était absent ou incapable, et dans celui où il y avait, entre les époux, une séparation de corps (certains lui assimilaient la séparation de biens) permettant d'imputer le refus du mari à un sentiment de rancune ou d'animosité.

Nous estimons que la question doit être résolue par une distinction. S'il s'agit pour la femme d'exercer un négoce et si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, nous estimons que les articles 220, alinéa 1er et 1419 ne permettent pas à l'autorisation supplétive de la justice d'intervenir en cas de refus du mari. Mais, dans toutes les autres hypothèses, nous admettrons la solution contraire. La femme peut avoir besoin de travailler pour vivre, pour nourrir ses enfants. Comment accepter que le mari lui en refuse arbitrairement la permission ? Certes il peut y avoir des objections d'ordre divers contre le choix de telle ou telle carrière par la femme. Ces objections, le mari les ferait valoir devant le tribunal qui apprécierait. Et, quant à l'argument tiré de l'article 4 du Code de commerce, il est entièrement infirmé par le texte de l'article 219 qui, sans aucune distinction, permet à la femme, à qui le mari refuse son autorisation, de s'adresser à la justice. Le courant des idées actuelles, de plus en plus favorable à la liberté d'allures de la femme laborieuse, surtout depuis la loi du 13 juillet 1907, ne pourrait que renforcer encore la jurisprudence libérale qui se formerait sur ce point (Cf. Paris, 3 janvier 1868, D. P. 68.2.25, S. 68.2.65 ; 4 mars 1903, D. P. 1903.2.144, S. 1903.2.165, ; 24 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 2 août 1911).

Différence entre l'autorisation maritale et l'autorisation de justice quant à leurs effets. — Au surplus, les effets attribués par la loi à l'autorisation de justice sont calculés de manière à sauvegarder les intérêts pécuniaires du mari.

Lorsque c'est le mari qui autorise, les conséquences pécuniaires des actes de la femme ne se restreignent pas au patrimoine de celle-ci. En effet, l'intervention du mari, bien que personnellement il ne s'oblige pas (*qui auctor est se non obligat*), aboutira ordinairement à atteindre sa propre situation pécuniaire. En effet, nous avons vu que, si les époux sont mariés sous le régime de communauté, ce qui est le cas ordinaire, les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme (art. 1419, 220). Et, d'autre part, quand les époux sont mariés sous le régime sans communauté, le créancier à l'égard duquel la femme s'est obligée avec l'autorisation du mari peut poursuivre la pleine propriété des biens personnels de la femme, sans avoir à respecter le droit de jouissance du mari.

Au contraire, lorsque la femme a été autorisée par le tribunal, l'effet des actes passés par elle se restreint *à ses biens personnels*, abstraction faite même du droit de jouissance qui peut appartenir au mari sur les biens en question, de telle sorte que le tiers, créancier de la femme, n'a action que

sur la nue propriété de ses biens propres (art. 1426). C'est là une distinction qu'il suffit de poser ici et que nous développerons et expliquerons plus complètement, lorsque nous traiterons des *conventions matrimoniales.*

§ 3. — Sanction judiciaire de l'incapacité de la femme mariée. Nullité des actes non autorisés.

On sait que nous entendons par *sanction judiciaire* la nullité des actes que la femme aurait accomplis sans autorisation. Cette nullité peut être invoquée soit par voie d'*exception*, soit par voie d'*action*. Quel est le caractère de cette action (ou exception) en nullité ?

Sous l'ancien Droit, la nullité avait un caractère absolu (Pothier, *Puissance du mari*, nos 5, 78). Elle tenait à l'ordre public, et cela à cause du fondement sur lequel reposait l'incapacité de la femme, à savoir sa subordination nécessaire à l'égard du mari. Le tiers qui avait contracté avec la femme, pouvait donc se prévaloir de la nullité, aussi bien que le mari.

D'après le Code civil — et en cela se manifeste clairement le progrès accompli par l'idée que l'incapacité de la femme est une incapacité tutélaire ou de protection — la nullité des actes non autorisés est une nullité relative (art. 225, 1125). Nous allons étudier les conséquences diverses qui découlent de ce principe.

Première conséquence du caractère relatif de la nullité : Qui peut l'invoquer. — Aux termes de l'article 225, « la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée (ajoutons : ou demandée) que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers ».

La nullité, disons-nous, peut être invoquée *par le mari*. Peu importe le régime matrimonial sous lequel les époux sont mariés. Même le mari séparé de biens pourrait faire annuler l'acte dépassant la capacité d'administration de sa femme que celle-ci aurait accompli sans autorisation. Peu importe aussi que le mari ait ou non un intérêt pécuniaire à cette nullité. Un intérêt moral fondé sur la restauration de son autorité méconnue, suffirait, au moins s'il agit pendant le mariage, pour justifier l'action du mari. Une fois le mariage dissous, au contraire, le mari ne pourrait invoquer cet intérêt moral, puisque son autorité sur la femme a pris fin, il ne serait admis à réclamer la nullité que s'il avait un intérêt pécuniaire en jeu, et cette hypothèse se rencontrera fort rarement.

Rappelons ici que si le mari avait, par son indifférence et par l'abandon de son épouse, contribué à induire les tiers en erreur, il serait destitué, d'après la Jurisprudence, du droit d'invoquer la nullité des actes passés par la femme délaissée.

La nullité peut encore être demandée *par la femme* elle-même, à moins, comme nous l'avons vu, qu'elle n'ait induit les tiers en erreur en se faisant frauduleusement passer pour capable dans ses tractations avec eux. Bien entendu, si la femme entend se prévaloir de la nullité pendant le mariage, elle ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice.

Les *héritiers* du mari et ceux de la femme peuvent aussi, nous dit l'article 225, invoquer la nullité. On comprend aisément l'intérêt qu'auraient à l'annulation de l'acte de leur auteur les *héritiers de la femme*. Il est plus difficile au contraire, de saisir l'intérêt que peuvent avoir les *héritiers du mari*, car l'annulation de l'acte ne semble pas pouvoir leur profiter. Il faut, pour s'expliquer le droit que la loi leur accorde, supposer des hypothèses compliquées et fort rares, dans le détail desquelles il est superflu d'entrer.

Ajoutons, bien que le Code ne les vise pas, que les *créanciers* des bénéficiaires de l'action en nullité auraient également qualité pour se prévaloir de cette nullité, si leur intérêt le leur commandait. Il n'y a, en effet, aucune raison pour ne pas appliquer ici la règle générale de l'article 1166, qui donne aux créanciers le droit d'exercer les actions que leur débiteur néglige d'utiliser. Les créanciers du mari pourront donc agir pour faire annuler la renonciation faite par la femme de leur débiteur à une succession mobilière qui devait enrichir la communauté et, par là, fortifier leur gage, si la femme l'avait acceptée (Paris, 14 novembre 1887, D. P. 88.2.225). De même pour les créanciers de la femme (Civ. 10 mai 1853, D. P. 53.1.160, S. 53.1.572).

En revanche, les *tiers* qui ont contracté avec la femme non autorisée, n'auront pas qualité pour invoquer la nullité. Ces tiers sont donc à la discrétion de celle-ci et du mari. Mais on doit admettre ici, pensons-nous, comme on le fait dans toutes les situations analogues, que celui qui a contracté avec la femme non autorisée pourrait se refuser à exécuter son obligation tant que celle-ci garderait le silence sur ses intentions, et qu'il aurait même la faculté de la mettre en demeure de se prononcer pour la nullité ou pour la ratification du contrat intervenu entre eux.

Deuxième conséquence : Possibilité d'une confirmation ultérieure. — Comme toute nullité relative, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation de la femme mariée peut se couvrir par une confirmation ultérieure, soit expresse, soit tacite. Mais certaines difficultés proviennent de ce que, dans cette matière, l'action en nullité appartient cumulativement à deux personnes, le mari et la femme, et qu'on peut se demander si la renonciation émanant de l'une d'elles est susceptible d'avoir quelque effet sur les droits de l'autre. Aussi est-il nécessaire de faire certaines distinctions.

On peut supposer d'abord que la confirmation de l'acte annulable, en d'autres termes, la renonciation à l'action en nullité, émane *de la femme pendant le cours du mariage*. Dans ce cas il faut sous-distinguer.

L'acte confirmatif a-t-il été autorisé par le mari : alors, sans aucun doute la nullité dont l'acte était virtuellement atteint, se trouve radicalement effacée et l'acte est valable *erga omnes*.

Si, au contraire, l'acte confirmatif n'a été autorisé que par la justice, le droit qui appartient au mari de demander ou d'opposer, de son côté, la nullité, ne peut être atteint par une confirmation à laquelle il a refusé de prêter les mains. La femme seule a perdu la faculté de réclamer l'annulation.

On peut supposer, en second lieu, que la confirmation expresse ou tacite de l'acte annulable émane du mari. Ce qu'on doit se demander alors, c'est

si cette confirmation a pour résultat de faire perdre à la femme son action en nullité. Il ne faudrait pas hésiter à répondre affirmativement, si l'incapacité de la femme reposait encore exclusivement, comme sous l'ancien Droit, sur l'idée de subordination de la femme. Du moment qu'il y a assentiment du mari, dirait-on, — et peu importe que cet assentiment soit intervenu après coup, — rien ne manque plus à la régularité de l'acte de la femme. De ce que la femme a désobéi, une première fois, à son mari en agissant sans son autorisation, il ne peutrésulter pour elle le droit de commettre une seconde désobéissance, en invoquant la nullité de son engagement contrairement à la volonté du mari. Mais nous avons vu que, dans notre législation actuelle, le fondement de l'incapacité de la femme est plus complexe; il s'y mêle, pour une large part, uue pensée, bien ou mal comprise, de protection. Dès lors, on conçoit mal que le mari puisse, par la renonciation qu'il consent en ce qui le concerne, dépouiller la femme d'un véritable droit acquis, en la privant du droit de se prévaloir de la nullité. Aussi, la Jurisprudence a-t-elle consacré l'effet purement unilatéral de l'assentiment donné après coup par le mari (Douai, 10 décembre 1872, D. P. 73.2.92, S. 73. 2.139; Paris, 14 novembre 1887, D. P. 88.2.225). Peut-être y a-t-il quelque exagération dans cette solution. La loi en consacre une toute différente dans un cas très analogue à celui que nous venons d'examiner, en ce sens qu'on y rencontre aussi une incapacité fondée tout à la fois sur une pensée de dépendance et sur une pensée de protection. Nous voulons parler de l'hypothèse où un mariage aurait été contracté par un mineur non autorisé par ses parents. La nullité du mariage repose certes, dans ce cas, autant et plus sur l'intérêt de l'enfant que sur l'autorité des parents. Et cependant, l'article 183, nous l'avons vu, refuse à l'enfant le droit d'agir en nullité lorsque les parents ont ratifié le mariage irrégulier.

Enfin, la dernière hypothèse à supposer est la plus simple. Une confirmation expresse ou tacite de l'acte annulable, émanant de la femme, alors que celle-ci a repris le plein exercice de sa capacité, c'est-à-dire soit *après la dissolution du mariage*, soit *après la séparation de corps*, doit produire un effet complet et mettre l'acte à l'abri de toute demande en annulation d'où qu'elle vienne.

Troisième conséquence : Prescription de l'action en nullité. — Comme pour toutes les actions en nullité relative, la prescription est, ici, celle de *dix ans* (art. 1304).

Le point de départ du délai se place, nous dit l'article 1304, al. 2, *in fine*, « au jour de la dissolution du mariage ». Cette solution doit être rectifiée, car elle n'est pas toujours exacte.

En ce qui concerne l'action de *la femme*, il est vrai que la prescription ne peut commencer à courir que du jour où la femme serait capable d'agir elle-même en nullité. *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Mais, si ce jour est bien, en général, celui de la *dissolution du mariage*, il y a un cas où il en est autrement, c'est celui de la *séparation de corps*. Pour la femme séparée de corps, et recouvrant, par là, le plein exercice de sa

capacité civile, le point de départ de la prescription de l'action en nullité devrait être le jour de la séparation.

Quant à l'action *du mari*, il n'y a aucune bonne raison pour retarder jusqu'au jour de la dissolution du mariage le point de départ de la prescription, et la logique comme l'équité exigent qu'on compte le délai à dater du jour où l'acte a été conclu, ou, mieux encore, du jour où cet acte, qu'il n'a pas autorisé, est parvenu à sa connaissance (Pau, 14 juin 1898, D. P. 99.2.141, S. 98.2.280).

Exceptions ou restrictions aux règles précédentes. — Il y a lieu de s'écarter des règles précédentes à propos de deux catégories d'actes :

1° D'après la Jurisprudence, lorsque l'acte accompli par la femme sans autorisation est l'*acceptation d'une donation*, la nullité de cette acceptation offre alors le caractère d'une nullité *absolue*. Elle est donc invocable par toute personne intéressée, y compris le donateur lui-même (Civ., 30 novembre 1896, D. P. 97.1.449, note de M. Sarrut, S. 97.1.89 ; Paris, 12 mai 1898, D. P. 99.2.313). Cette solution, qui a d'ailleurs soulevé des objections doctrinales (V. note de M. Labbé, S. 81.2.49), s'appuie sur ce que, en matière de donations, l'acceptation et tout ce qui s'y rattache tient à la solennité des formes requises ; la nullité est donc celle qui atteint toute donation à laquelle fait défaut une des formes substantielles requises par la loi, non seulement pour la validité, mais pour l'existence même des donations.

2° *Lorsqu'il s'agit d'un jugement*, ou plus généralement d'une décision judiciaire rendue dans une instance où la femme a plaidé sans avoir été autorisée, la sanction de cette irrégularité ne peut être la *nullité du jugement*. Cette solution, que certains arrêts semblent fonder — à tort, croyons-nous — sur la responsabilité de la faute que la femme aurait commise en se qualifiant de célibataire (V. not., Civ., 3 juin 1902, D. P. 1902.1.452, S. 1902.1.485), repose en réalité sur un autre principe, qui est celui de la *force de chose jugée* appartenant à toutes les décisions de la justice, lorsqu'elles sont devenues définitives. Quelle sera donc la conséquence de ce fait que la femme aura plaidé sans autorisation ? Le jugement rendu dans ces conditions pourra être attaqué par le mari ou par la femme (non par son adversaire), à l'aide d'un moyen tiré du défaut d'autorisation, par toutes les voies de recours qui s'ouvrent contre les décisions judiciaires, opposition, appel, pourvoi en cassation. La Jurisprudence admet que ce moyen, tenant à l'ordre public, peut être invoqué pour la première fois en appel et même devant la Cour de cassation (V. not., Civ., 5 novembre 1895, D. P. 95.1.535, S. 96.1.180 ; 9 mars 1896, D. P. 96.1.152 ; 29 octobre 1912, S. 1913.1.17, note de M. Ruben de Couder). Mais, si les époux n'ont pas usé en temps utile des voies de recours qui s'ouvraient devant eux, s'ils laissent le jugement devenir définitif, acquérir l'autorité de la chose jugée, tout est fini, et c'est en vain qu'ils prétendraient en écarter l'application en invoquant le défaut d'autorisation (Civ., 13 janvier 1903, D. P. 1903.1.48, S. 1903.1.497, note de M. Tissier).

Cette règle ne comporte-t-elle aucune exception et n'y aurait-il pas quelque moyen pour les époux de faire tomber, bien qu'il soit devenu définitif, le jugement faisant grief à une femme qui a plaidé sans assistance ou autorisation du mari ?

De la part de la femme, certains auteurs ont soutenu qu'un recours serait possible, par la voie de la *requête civile*. Mais nous croyons cette opinion erronée. On invoque en sa faveur l'article 480-2° du Code de procédure civile, qui autorise la requête civile « si les formes prescrites *à peine de nullité* ont été violées ». Il nous semble que cette argumentation aboutit à trancher la question par la question.

En revanche, le mari serait admis à former une *tierce opposition*, et cela pendant tout le temps nécessaire à la plus longue prescription, mais seulement s'il n'avait pas été appelé en cause dans l'instance, auquel cas, d'ailleurs, il ne pourrait, en ce qui le concerne, attaquer la décision rendue ni par la voie de l'appel ou de l'opposition, ni par celle du pourvoi en Cassation (Req., 28 mars 1888, D. P. 88.1.361).

TITRE COMPLÉMENTAIRE

DES PERSONNES JURIDIQUES OU PERSONNES MORALES[1]

§ 1. — Notions générales.

La notion de personnalité en elle-même est une abstraction. Elle désigne en somme l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations. Etre doué de la personnalité, c'est être capable de participer à la vie juridique, d'acquérir des droits, de s'obliger.

Nous avons déjà dit que tous les êtres humains, depuis la suppression de l'esclavage, sont des personnes, mais que cette qualité n'appartient pas seulement aux êtres humains. En effet, l'homme ne vit pas isolé au milieu de ses semblables ; il fait partie de groupements, les uns nécessaires, qui sont les Etats et leurs subdivisions administratives, les autres, de jour en jour plus nombreux, groupements volontaires créés pour des raisons très diverses, associations religieuses, politiques, littéraires, scientifiques, charitables, sociétés de prévoyance, sociétés de secours mutuels, enfin sociétés formées en vue de réaliser des bénéfices. L'homme est obligé de

1. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. 2 vol., 2e édit., 1924 ; Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, 1910, et *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, dans Ann. de Droit comm., 1895 ; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7e édit., p. 24 et s. ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 7e édit., *passim* ; Béquet, *Répertoire 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*, 2e édit. ; de Vareilles Sommières, *Les personnes morales* (1902) ; Valéry, *Contribution 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 ; Lévy Ullmann et Grünebaum-Ballin, *Essai sur les fondations*, Revue trimest. de droit civil, 1904, p. 253. Sur les fondations, V. aussi *Bulletin de la Société d'études législatives*. années 1907, 1908, 1909, *passim*.

Parmi les nombreux ouvrages allemands traitant cette matière, nous citerons seulement les suivants : 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 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 58 à 80 ; *Das deutsche Genossenschaftsrecht* ; Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 75 et s. ; Hölder, *Natürliche und juristiche Personem* ; Binder, *Das problem der juristichen Persönlichkeit* ; Meurer, *Die juristischen Personen nach dem Reichsrecht*. V. 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.

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 ; A. Mestre, *Les personnes morales et leur responsabilité*, Paris, 1899 ; Coquet, *Des fondations*, Paris, 1908.

s'associer, d'unir ses efforts à ceux de ses semblables pour créer des œuvres durables.

Or, ces collectivités ne peuvent agir, remplir la fonction en vue de laquelle elles ont été établies qu'à la condition de participer, elles aussi, au commerce juridique. Comme les hommes, elles ont besoin de posséder des biens, de passer des contrats, de s'obliger, d'avoir un patrimoine, afin de mieux se consacrer à la défense des intérêts collectifs qu'elles représentent. C'est qu'en effet une collectivité, dans les actes qu'elle conclut, doit se distinguer de ses membres, posséder un patrimoine propre, avoir une sphère d'action à elle personnelle. Elle doit constituer un centre d'activité juridique propre. Mais elle n'y parviendra que si le Droit lui reconnaît la capacité juridique, l'aptitude à posséder des droits, en un mot, la personnalité.

Ajoutons-le aussitôt, ce ne sont pas seulement les associations qui ont besoin de la capacité pour jouer leur rôle dans les sociétés humaines. On rencontre, chez toute nation civilisée, des œuvres d'intérêt général créées en vue de satisfaire certains besoins sociaux, d'ordre scientifique, littéraire, charitable, de prévoyance. Ces œuvres ne se présentent plus à nous sous la forme d'associations ; ce sont des *établissements* institués par l'Etat, ou des *fondations* créées par des particuliers. Tels sont un bureau de bienfaisance, un hôpital, un hospice de vieillards, un asile, une caisse d'épargne, un institut de recherches scientifiques, etc... De telles œuvres ont besoin, elles aussi, pour atteindre le but qu'elles poursuivent de prendre part à la vie juridique, de passer des contrats, de devenir propriétaires. Elles représentent, elles aussi, un centre d'activité juridique. La personnalité leur est donc nécessaire comme aux groupements organisés d'individus dont nous parlions tout à l'heure.

Pour résumer ce premier aperçu de la question, nous dirons que, pour permettre à l'homme vivant en société de développer pleinement son activité, de poursuivre la satisfaction de ses besoins matériels, intellectuels et moraux, le Droit est nécessairement conduit à accorder la personnalité, d'abord, aux différents groupements humains organisés, ensuite, aux établissements créés en vue de l'utilité publique.

Notions historiques. Droit romain[1]. — Il est vraisemblable qu'à Rome la conception de la personnalité juridique n'apparut qu'assez tard ; mais elle est certainement admise à l'époque classique. Dans le dernier état du Droit romain, on reconnaît, en somme, deux sortes de personnes morales correspondant aux deux catégories que nous avons nous-mêmes rationnellement distinguées : d'une part, les groupements d'individus ou *universitates personarum*, collèges de prêtres, sociétés de publicains, confréries d'artisans, d'autre part, les *universitates bonorum*, établissements ou fondations, et, depuis les empereurs chrétiens, couvents, hôpitaux, établissements pieux et charitables.

1. Girard, *Manuel du Droit romain*, 5e éd., p. 235 et suiv. ; Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guénoux, t. 2 § LXXXV à CII.

C'est aussi au Droit romain que remonte une idée qui, depuis cette époque a toujours dominé la matière, à savoir que la formation d'une personne morale, au moins quand il s'agit d'un groupement, requiert une autorisation du Gouvernement. A quelle époque remonte cette règle ? Est-ce seulement à la *lex Julia de collegiis*, décidant que, pour la fondation d'un collège, il fallait l'approbation d'un sénatus-consulte (1, pr. D. *Quod cujusc.*, III, 4) ? Quel était le caractère, la portée de cette approbation, spéciale ordinairement, globale pour certaines associations privilégiées présentant un caractère d'utilité générale, telles que les collèges funéraires ? La nécessité d'une autorisation s'étendait-elle ou non aux personnes morales du second ordre, c'est-à-dire aux fondations et établissements, en particulier aux *piæ causæ* c'est-à-dire aux institutions pieuses et charitables? Ce sont là des détails d'un intérêt purement historique. Ce qui est certain, c'est que la notion d'une capacité aussi étendue que possible paraissait aux Romains inhérente à l'idée même de groupement ou d'établissement organisé. Du moment que l'organisme avait une existence légale, licite, il jouissait de la personnalité, il possédait un patrimoine distinct de ceux des individus qui le composaient ou l'administraient.

Ancien Droit français[1]. — En négligeant l'époque du Moyen-Age, sur laquelle les renseignements sont rares et obscurs, il semble bien que le Droit de l'ancienne Monarchie française, à une époque où l'influence considérable de l'Eglise et le grand nombre des communautés religieuses avaient multiplié les associations et établissements, suivit en somme des errements identiques à ceux du Droit romain. Ce qui est particulier, c'est l'âpreté, l'obstination avec laquelle, mis en face de nombreuses communautés, corporations souvent riches et puissantes, le pouvoir royal cherche 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, parce que leur patrimoine va toujours en augmentant et peut devenir un véritable danger public. Mettant leur érudition au service de cette pensée politique, les légistes trouvèrent, dans les textes du Digeste, la justification de la prérogative royale, et 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. « L'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi », dit Loisel. Mais c'est surtout à partir du XVII[e] siècle, que la royauté, redoutant la puissance et le développement excessif des communautés et corporations, et voulant arrêter l'accroissement ininterrompu de leur fortune, les soumet

1. Loisel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. III, max. 23 ; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Corps et communautés* ; Domat, *Droit public*, liv. I, tit. II, sect. 2, n° 15 ; Pothier, *Traité des personnes*, n° 210, éd. Bugnet, t. IX, p. 78 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. I, tit. IV ; Tardif, *Etude historique sur la capacité civile des établissements ecclésiastiques*, Revue de législation ancienne et nouvelle, 1872, p. 492 ; Viollet, *Histoire du droit*, 3° édit., p. 805 et s. — Conf. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 859 et s.

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 permission 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. L'édit de 1666 reproduit les mêmes dispositions. Enfin, l'ordonnance d'août 1749, œuvre de d'Aguesseau, 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'ordonnance de 1749 pose en effet 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, elle les déclare absolument incapables d'acquérir, par libéralité testamentaire, des biens immobiliers.

Ainsi, 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 existence 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'avait pas pour but de conférer la personnalité morale à la corporation; elle était simplement destinée à rendre licite son existence. L'association ne peut vivre, fonctionner régulièrement et légalement, qu'autant qu'elle est autorisée ; mais, une fois qu'elle a obtenu cette autorisation, elle jouit de la personnalité civile. Les deux conceptions de corporation et de capacité ne sont pas séparées ; la personnalité n'est pas quelque chose de distinct de la corporation ; par cela seul que la corporation existe légalement, elle est personne morale. L'autorisation ne constitue pas une concession de la personnalité, faite par le pouvoir, mais seulement une reconnaissance juridique de la corporation.

La nécessité de l'autorisation préalable existe d'ailleurs aussi dans l'ancien Droit pour les fondations.

Notons toutefois qu'il y a, dans l'ancien Droit, certains groupements d'individus qui échappent à la nécessité d'une autorisation. Ce sont les sociétés à but lucratif, les *sociétés commerciales*. C'est que, en effet, ces sociétés ne sont pas considérées comme des personnes abstraites, distinctes des individus qui les composent. C'est pour cela qu'elles peuvent se constituer librement, sans autorisation. Le patrimoine de la société de commerce n'est pas distinct de celui de ses membres. Les biens sont la copropriété de ceux-ci. Seulement, cette copropriété présente, vue l'idée déjà aperçue d'une *affectation spéciale* des biens en question, des caractères particuliers aboutissant, en pratique, à des résultats analogues, sinon semblables à ceux auxquels conduit l'idée de personnalité. C'est ainsi que le patrimoine social, formé de la réunion des parts afférentes à chaque associé, est conçu comme affecté au gage exclusif des créanciers de l'entreprise, et qu'il est

indisponible pour tous autres associés que ceux qui sont chargés de la gestion de l'entreprise.

Droit moderne. — Deux périodes doivent être distinguées.

Première période. La Révolution voulait faire table rase des anciennes associations, soit religieuses, soit économiques, des congrégations et des corporations. Elles n'admettait pas que des forces, que des organismes vivants et actifs pussent se dresser entre l'individu et l'Etat. Elle avait hérité des encyclopédistes, Turgot et autres, un sentiment de dédain et de méfiance contre les fondations. Cependant, d'autre part, la liberté d'association, confondue souvent, d'ailleurs, alors avec la liberté de réunion, ne pouvait pas ne pas figurer au nombre des *droits de l'homme.*

La combinaison de ces deux tendances aboutit à une conception nouvelle et singulière. D'une part, la Constituante et la Convention supprimèrent successivement toutes les personnes de mainmorte ecclésiastiques et laïques, et attribuèrent leurs biens à l'Etat. D'autre part, les mêmes assemblées proclamèrent à l'envi et à plusieurs reprises la liberté d'association (Décr. 13-19 novembre 1790 et 18-22 juillet 1791, titre I, art. 14 ; Const. de l'an III, art. 360). Ainsi, les groupements d'individus étaient tolérés, mais ces groupements ne pouvaient posséder de patrimoine ; ils ne pouvaient agir, se comporter comme des personnes humaines, acquérir, contracter, vivre ; en un mot, ils n'avaient pas la personnalité.

Dorénavant, on le voit, 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 capacité devient un privilège, qui est concédé, par un acte spécial du pouvoir, aux associations qui en sont jugées dignes. Dès lors, les associations vont se diviser en deux groupes, celles qui sont personnes morales et celles qui ne le sont pas. Et comme, d'autre part, la nécessité d'une autorisation ne va pas tarder à reparaître pour la formation même des groupements, il en faudra désormais *deux* distinctes, l'une pour qu'une association puisse exister, l'autre pour qu'elle s'élève au rang des personnes juridiques.

Pendant tout le XIX[e] siècle, cette conception nouvelle ne fait que s'accentuer. Elle apparaît clairement dans les dispositions des Codes napoléoniens. 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 pu-

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 (art. 21).

blique. 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, et, plus généralement, qu'ils ont seuls cette aptitude à faire des actes juridiques, à acquérir, à s'obliger, qui constitue la personnalité ; or, il n'est pas douteux que, par ces mots d'*établissements d'utilité publique*, les rédacteurs du Code ont voulu désigner les établissements légalement reconnus par le pouvoir. Une expression nouvelle est introduite dans la langue juridique pour désigner cette autorisation spéciale qui, seule, peut conférer à un groupement la personnalité juridique. Elle résulte d'un décret de *reconnaissance d'utilité publique* rendu, en principe, par le chef de l'État. Dans des hypothèses exceptionnelles seulement, le droit de donner la personnalité à tel ou tel établissement est délégué aux préfets. Mais toujours un acte du pouvoir est nécessaire. Les organismes investis de ce privilège sont appelés *établissements d'utilité publique*.

Notons toutefois que, dès cette première période du Droit moderne, certains groupements d'individus, non seulement peuvent fonctionner sans autorisation, mais encore sont considérés comme jouissant de plein droit de la personnalité morale. Ce sont les *sociétés de commerce*. Les textes du Code de commerce et du Code civil qui les concernent, sont en effet interprétés par la Jurisprudence comme impliquant cette idée que ces *sociétés* — très distinctes des *associations* en ce qu'elles poursuivent un but lucratif, c'est-à-dire de simple utilité privée, fins très rassurantes pour le pouvoir le plus soupçonneux — possèdent un patrimoine distinct de ceux des associés, peuvent agir, contracter, plaider, en un mot, que ce sont des *personnes morales*. Mais cette exception confirme la règle. Ne peut-on pas dire que les textes d'où découle cette personnalité constituent une concession globale faite d'avance par l'Etat ?

Ajoutons que, jusqu'en 1891, la Jurisprudence fera entre les sociétés une distinction fondamentale. La personnalité qu'elle attribue aux *sociétés commerciales*, elle la refusera aux *sociétés civiles*. Celles-ci, comme les associations autorisées (le terme d'*association* ayant dorénavant le sens spécifique de groupement à but non lucratif), ne sont pas des personnes morales ; leur patrimoine ne se distingue pas de celui des associés.

Deuxième période. — Cette nouvelle période est caractérisée par la loi du 1er juillet 1901, qui substitue un régime de liberté à celui de la double contrainte antérieurement en vigueur.

D'une part, la formation des associations est dorénavant, en principe, libre de toute entrave ; elles sont seulement placées sous le contrôle et la surveillance de l'Etat.

D'autre part, la loi concède de plein droit la personnalité juridique à toute association légalement constituée.

Enfin, 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, pour des causes prévues à l'avance par la loi.

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 ester en justice. Cette anomalie ne pouvait pas durer indéfiniment. Elle était d'autant plus choquante, que, dans le dernier tiers du XIX[e] siècle, une véritable renaissance de l'esprit d'association s'était produite en France. De tous côtés, s'étaient formés des groupements de défense et de protection, sous la forme de syndicats professionnels, de sociétés de secours mutuels et de crédit agricole, d'associations de fonctionnaires, etc. Le législateur a donc 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 outre, au lieu de les obliger à demander individuellement la reconnaissance d'utilité publique, il a concédé à l'avance, en bloc, la personnalité à toutes les associations de ce genre.

Accomplissant une seconde étape, la loi du 1[er] juillet 1901 applicable cette fois à toutes les associations, a généralisé l'application du nouveau procédé. Tout d'abord, la loi de 1901 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 préalable, De plus, *toute association devient personne juridique sans avoir besoin d'obtenir une autorisation spéciale, à la condition de remplir certaines formalités de publicité*, constituant ce qu'on appelle la *déclaration*.

Ainsi, 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 formation, ses statuts, ses administrateurs. Le vieux système de la concession se trouve remplacé par un système nouveau, celui de la *réglementation légale*.

La loi nouvelle 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 la loi encourage désormais la formation des associations et facilite leur fonctionnement.

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 1[er] avril 1898, sur les sociétés de secours mutuels.

Néanmoins, le législateur, tout en se montrant libéral à l'égard des associations, ne leur a pas donné une entière indépendance. C'est que 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 grand détriment de la richesse générale et du fisc. De là, le nom de biens de *mainmorte* sous lequel on les désigne. La 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, et, par cet apport incessamment renouvelé qu'elle fournit à la collectivité, elle corrige en partie ce qu'il peut y avoir d'antisocial dans sa formation. En même temps, elle est une source de profits pour le fisc, qui prélève un droit sur chaque transmission.

Mais 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 contradictoire 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.

Au point de vue politique, il est facile de comprendre que l'association, en unissant les efforts de ses membres, surtout en supprimant cette brusque rupture que la mort produit dans toute œuvre humaine, et en permettant à des générations successives de poursuivre sans arrêt et sans défaillance la réalisation d'une idée, représente une force considérable qui pourrait parfois devenir dangereuse pour l'Etat. Or, l'Etat, c'est la personnification des intérêts généraux, tandis que les associations « ne représentent jamais que des intérêts locaux ou des groupements particls ». De là certaines autres restrictions de caractère et de portée politiques. C'est ainsi que les congrégations religieuses sont soumises, par le titre III de la loi, à un régime particulièrement restrictif et ne peuvent se former sans une autorisation donnée par une loi. De là aussi l'incapacité des associations de recevoir des dons et legs, sauf pour celles qui, ayant obtenu la reconnaissance d'utilité publique par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, constitueront une catégorie privilégiée (art. 10 et 11).

On remarquera enfin que le régime libéral de la loi de 1901 ne s'applique qu'aux associations. 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 pour les *fondations* privées. Celles ci, n'ayant pas été visées par les textes de la loi de 1901, continuent à ne pouvoir

acquérir la personnalité que par la reconnaissance d'utilité publique. Or, pour les fondations, patrimoines sans titulaires, qu'on a pu qualifier de *patrimoines constitués en vue d'un but* (Zweckvermögen), la personnalité morale et l'existence même se confondent. Sans doute, le législateur a-t-il considéré que la liberté pour l'homme de se survivre par des fondations était moins essentielle que celle de pouvoir constituer des associations vraiment viables. Il n'y en a pas moins là dans la loi une lacune qu'il serait urgent de combler [1].

§ 2. — Critique de la notion de personnalité appliquée aux associations et aux établissements.

Système de la fiction. — Jusqu'à ces dernières années, la notion de la personnalité juridique ou morale n'avait guère suscité de discussions en France entre les jurisconsultes. Tous s'accordaient à dire que c'était une simple *fiction*, un procédé intellectuel employé pour expliquer le fonctionnement des associations et des établissements d'intérêt général. Il n'y a de vraies personnes, disait-on, que les hommes eux-mêmes. Les droits sont des prérogatives reconnues à l'homme à l'égard de ses semblables, et l'usage de ces prérogatives suppose nécessairement une volonté pensante et agissante. Pour pouvoir, il faut vouloir. On ne comprendrait pas du reste que les droits pussent appartenir à d'autres qu'aux hommes. Donc, reconnaître la personnalité à des abstractions, c'est supposer qu'elles sont capables de vouloir, c'est-à-dire créer une *fiction*.

Cette théorie de la *fiction* se conciliait à merveille avec le régime restrictif et jaloux qui a été celui de notre loi à l'égard des personnes morales pendant tout le XIX^e^ siècle. En effet, du moment qu'il s'agit d'une fiction, le législateur est libre de lui faire dans son système juridique la place qu'il estime nécessaire, en vue d'assurer, dans la mesure où il le juge utile, le fonctionnement des corporations et des établissements. C'est donc lui qui dispensera souverainement la faveur de la personnalité, et qui l'accordera, dans la mesure où il le croira indispensable au but de l'œuvre qu'il élève à la dignité de personne fictive. En d'autres termes, du moment que les personnes morales ne sont pas de vrais sujets du Droit, le législateur est libre de leur accorder ou de leur refuser toute capacité ; il est libre aussi de ne leur reconnaître que les droits qu'il juge nécessaires à leur mission. Et voici la conséquence pratique de la conception : c'est que, quand il s'agit des personnes morales, à l'opposé du principe admis pour les hommes, la capacité devra être considérée comme l'exception et l'incapacité comme la règle [2].

1. La *Société d'études législatives* a rédigé sur cette question des fondations un remarquable projet de loi. V. surtout les rapports de M. Saleilles (*Bulletin*, 1908, p. 357) et de M. Larnaude (1909, p. 26 et 285).

2. M. Laurent est, de tous les auteurs, celui qui a développé ce système avec le plus de rigueur (*Principes de droit civil*, t. I, p. 367 et suiv) : « Tout est fictif, dit-il, dans la conception de la personne morale. Ces prétendus êtres ne sont même pas

Cette explication de la personnalité des associations paraissait d'autant plus naturelle qu'elle correspondait exactement à notre système législatif d'après lequel l'Etat concédait, quand il le jugeait à propos, la personnalité juridique, et que le nombre des personnes morales se trouvait par là même assez réduit.

Mais si, en France, le système de la fiction répondait fort bien à nos conceptions législatives et au nombre très réduit, en fait, de nos associations, en Allemagne, au contraire, où, l'esprit d'association n'ayant pas été refoulé comme chez nous, les corporations étaient beaucoup plus nombreuses, l'attention des jurisconsultes, grands bâtisseurs de systèmes, devait se porter bien plus volontiers sur la notion de la personnalité civile des groupements, et ils devaient la soumettre à une minutieuse analyse. Aussi, la théorie traditionnelle de la fiction qu'adoptaient encore, pendant la première moitié du XIX^e^ siècle, les plus illustres réprésentants de l'école historique, Savigny, Puchta, Windscheid, fût-elle vivement attaquée par leurs successeurs.

Une évolution analogue bien que plus tardive s'est manifestée dans la Doctrine française pendant la fin du XIX^e^ siècle. Chez nous comme en Allemagne, on s'est ingénié au cours de ces dernières années à donner aux groupements corporatifs une base juridique plus solide, moins arbitraire que celle de la fiction, à prouver que leur capacité juridique découle, non pas d'une pure concession de l'Etat, mais de la véritable nature des choses. Mais, si les adversaires de l'idée traditionnelle se sont trouvés unis pour la détruire, il n'en a pas été de même quand il s'est agi de la remplacer. Deux courants opposés se sont alors produits.

Système négatif : Il n'y a pas de personnes morales mais des patrimoines collectifs. — Certains jurisconsultes, au premier rang desquels il faut citer Ihering[1], ont soutenu que la notion de personnalité juridique ne possède aucune valeur scientifique. C'est, disent-ils, un échafaudage inutile, qu'il faut jeter bas. Dans une association, il n'y a pas de personnalité autre que les sociétaires ; il y a des *hommes groupés* et rien de plus. Ce sont ces hommes qui sont propriétaires du patrimoine collectif, titulaires des droits, tenus des obligations qu'acquiert ou qu'assume la soi-disant personne morale. Ce sont eux qui, par l'intermédiaire d'un ou plusieurs représentants, traitent avec les tiers, acquièrent, aliènent, font ou soutiennent des procès. Imaginer au-dessus d'eux un être abstrait, une personne morale, c'est céder à une illusion, c'est perdre de vue la réalité et se lancer dans l'abstraction.

des personnes. En réalité, la loi reconnaît quelques droits à certains corps ou établissements publics pour qu'ils puissent remplir leur mission, mais ces droits ne leur donnent pas la qualité de personnes. » Et il conclut de là que les personnes civiles n'ont ni droits véritables, ni obligations véritables, et même qu'elles n'existent pas en dehors de l'Etat où elles sont instituées, et qu'elles ne peuvent invoquer aucun droit en dehors de ses limites, car le législateur étranger ne connaît pas et n'est pas tenu de respecter les fictions créées par d'autres que par lui !

1. *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 2^e^ édit., t. 4, p. 340 et suiv.

Ainsi, il n'y aurait pas de personnes morales ou juridiques. Il y aurait, à côté des patrimoines privés, des *patrimoines collectifs* appartenant à des groupements plus ou moins étendus. L'Etat français, c'est la réunion de tous les Français. La commune, c'est le groupement de tous ses habitants. Une Université, ce sont les professeurs et étudiants composant cette Université.

Ce système peut séduire par sa simplicité et sa hardiesse. Mais, dès qu'on en pousse un peu loin l'examen, on éprouve une assez grande difficulté à déterminer quelle est la nature juridique de ces droits collectifs qui, nous dit-on, reposent sur la tête des associés, et non sur celle de l'association. Notre Droit civil ne connaît, en effet, du moins il ne réglemente qu'une sorte de copropriété: c'est la propriété indivise, celle qui se produit notamment au cas où plusieurs héritiers recueillent une succession. Dans une telle circonstance, les créances et les dettes du défunt se partagent de plein droit entre les héritiers, mais les biens héréditaires forment une indivision tant qu'ils n'ont pas été partagés effectivement. Les cohéritiers en sont copropriétaires, c'est-à-dire qu'ils ont un droit idéal de propriété, correspondant à la valeur de leur droit héréditaire, une moitié, un tiers, un quart, etc. de chaque objet de la succession. Chacun peut disposer de ce droit, en le cédant à un tiers qui deviendra copropriétaire indivis à sa place; chacun peut aussi demander le partage des biens, car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815, C. civ.). Or, il est bien évident que ce régime de copropriété ne peut pas convenir à l'association. Si chaque sociétaire devenait créancier et débiteur des créances et dettes contractées dans l'intérêt de l'œuvre commune, personne ne voudrait faire partie d'une association, par crainte des responsabilités. Si, d'autre part, chaque adhérent pouvait demander le partage du patrimoine social, il y aurait là pour l'association un risque qui entraverait sa marche régulière et ferait peser à tout instant sur elle un danger de mort.

D'autre part, l'individu qui entre dans un groupement à but désintéressé, tel qu'une association religieuse, politique, littéraire, aliène les sommes qu'il verse mensuellement sous forme de cotisations, et ne possède plus sur le fonds commun aucun droit analogue à un droit de copropriété, aucun droit, en tout cas, qui lui permette de demander le partage du fonds social et de s'en faire attribuer une part, même en cas de dissolution. Cela est encore bien plus évident quand il s'agit de bureaux de bienfaisance, d'hôpitaux, dont la fortune a pour source exclusive les libéralités qui leur sont faites par des tiers. On ne voit même pas ici à quelles personnes pourrait appartenir le patrimoine de l'institution, à moins qu'on ne l'attribue aux pauvres secourus, aux malades soignés, ce qui serait une évidente confusion d'idées.

Ce n'est donc pas d'indivision qu'il s'agit quand on se trouve en face d'associations ou d'établissements d'intérêt général. Les droits qui appartiennent à la masse des sociétaires forment bien en réalité un patrimoine distinct de leurs patrimoines individuels, affecté au but poursuivi par l'œuvre et sur lequel ils n'ont aucun droit privatif.

Néanmoins, beaucoup d'auteurs français, civilistes ou publicistes, se sont rattachés, dans ces dernières années, au système dont nous venons d'esquisser la critique. Ils désignent volontiers sous le nom de *propriété collective* les biens affectés au but poursuivi par l'association. Mais il ne leur est pas aisé de nous dire ce que c'est au juste que cette propriété collective, car rien ne ressemble moins à la propriété proprement dite que le droit (s'il y en a un) des membres d'un groupement personnifié sur les biens de celui-ci. Comment voir en eux des *propriétaires*, alors qu'il ne leur revient, sur les biens de l'association, aucun des avantages qui font l'utilité économique et constituent les éléments mêmes d'une définition de la propriété? On ne nous donne de la propriété collective du groupement que des formules vagues et imprécises. C'est, nous dit-on, un *état particulier de la propriété, dans lequel les parts individuelles n'existent pas*, dans lequel, il y a usage commun de la chose ou affectation complète à l'utilité générale. *Cela revient à dire, au fond, que c'est le groupe lui-même, et non pas les individus, qui est le propriétaire des biens communs.* Quoi qu'ils fassent, les négateurs de la personnalité juridique sont donc malgré eux ramenés à la *notion de collectivité propriétaire.* Les mots de *propriété collective* ne veulent pas dire autre chose. Ils sont précisément l'opposé des mots propriété individuelle. Affirmer qu'il y a propriété collective, c'est reconnaître que les droits d'un groupe ne reposent pas sur la tête de chacun des individus du groupe, mais sur le groupe lui-même[1].

Système de la réalité des personnes juridiques. — A l'opposé de cette théorie négative, un autre système soutient au contraire la *réalité* de la personnalité juridique. A l'appui de cette conception, les jurisconsultes allemands ont échafaudé les plus diverses, les plus subtiles explications. Quelques-uns sont allés jusqu'à soutenir que le groupe avait une *volonté propre*, distincte de celle de ses adhérents.

Un tel système qui aboutit à prendre à la lettre des fantaisies paradoxales de psychologues en mal d'originalité, ou des expressions purement métaphoriques, comme celle de l'*âme des foules*, ne peut s'expliquer que par le besoin de répondre à l'argumentation favorite des négateurs de la personnalité juridique. Le droit subjectif, disent en effet ceux-ci, suppose le pouvoir de vouloir et le pouvoir d'imposer aux autres le respect de sa volonté ; donc, tout sujet de droit doit être capable de vouloir. Or, une soi-disant personne morale, simple abstraction, pure entité, n'a pas de volonté.

Mais il y avait un meilleur moyen de réfuter, l'objection. D'autres auteurs, M. Michoud, notamment, dans son beau livre sur la *Personnalité*

1. Une autre critique doit être faite à cette théorie. C'est dénaturer le véritable caractère d'une association que de la réduire à l'idée de *patrimoine collectif*. Les biens communs ne sont pas toute l'association ; ils ne sont que le moyen d'atteindre le but poursuivi par elle. Le groupement représente des intérêts, dont quelques-uns peuvent être d'ordre purement moral ou intellectuel, qui ne se synthétisent pas dans la possession d'un patrimoine collectif. De ces intérêts, l'association seule est le véritable défenseur, le véritable représentant. N'est-ce pas évident pour l'État ? Qui donc le définirait : une masse de biens appartenant à tous les nationaux ?

morale, l'ont prise corps à corps et en ont démontré l'inexactitude. Il est faux, ont-ils prouvé, de prétendre que l'acquisition d'un droit suppose nécessairement l'existence d'une volonté consciente et libre. L'*in/ans*, le fou sont des sujets de droits, comme les autres hommes ; ils prennent part à la vie juridique, et pourtant ils sont privés de raison et par conséquent de volonté. Bien plus, un enfant non encore né, mais simplement conçu, peut, lui aussi, devenir titulaire de droits, acquérir par voie de donation, de legs, de succession. Enfin, il y a des cas où notre loi admet qu'un droit peut prendre naissance au profit d'êtres à venir, qui ne sont même pas conçus. L'exemple le plus frappant est celui de l'institution contractuelle (art. 1082, C. civ.). Un donateur peut, dans un contrat de mariage, conférer au futur époux et *aux enfants à naître du mariage*, la qualité irrévocable d'héritiers de ses biens, et cette qualité, non seulement se fixe aussitôt sur la tête du futur époux gratifié, mais prend naissance dès à présent au profit des enfants qui naîtront du mariage, de telle sorte que, au cas où l'époux donataire mourrait avant le donateur, ce sont les enfants qui succéderont à ce dernier.

En réalité, l'objection des négateurs de la Personnalité morale confond l'acquisition ou la *jouissance* avec l'*exercice* des droits. Pour acquérir un droit, il n'est pas nécessaire d'être doué de volonté, mais cette condition est indispensable pour l'exercer. Il est bien évident que l'homme seul, et l'homme capable de comprendre ce qu'il fait, peut *user* d'un droit, profiter de la prérogative qu'il renferme. C'est pour cela que la loi nomme un représentant aux individus privés de raison, représentant qui est chargé d'agir en leur lieu et place. De même, les associations, les œuvres douées de la personnalité juridique ont des représentants chargés d'administrer leurs biens, de gérer leur patrimoine, en un mot d'exercer leurs droits, mais cela n'empêche pas que c'est à l'association, au groupement que ces droits appartiennent et non pas aux associés.

Conclusion. — En résumé, il n'y a rien d'absurde, rien d'antirationnel à soutenir que les associations, les établissements d'utilité publique et autres, voire même les fondations, sont des personnes juridiques. Sans doute, les droits subjectifs sont faits pour régler les rapports des hommes, et l'on ne comprendrait pas que l'on considérât un animal comme titulaire de droits, comme jouissant de la personnalité. Mais, en accordant la qualité de sujets de droits aux collectivités créées par l'homme, aux établissements fondés par lui, on ne fait qu'élargir ses moyens d'action, que garantir et assurer d'une façon plus efficace le libre épanouissement de l'activité humaine. Institués par des hommes pour défendre et développer des intérêts collectifs, il est logique, naturel, indispensable de considérer les groupements et les œuvres d'intérêt général comme les titulaires des droits destinés à servir à cette défense et à ce développement.

Qu'on dise si l'on veut que c'est là un simple *procédé de technique juridique*, nous n'en disconvenons pas, mais c'est à nos yeux un *procédé technique indispensable.*

Il ne faut pas d'ailleurs attacher une importance excessive à la discussion qui s'est élevée sur la nature de la personnalité juridique. Elle est de plus en plus enfermée dans le domaine de la théorie pure, et n'a plus aujourd'hui d'effet sur la détermination des droits accordés aux personnes morales. Il est en effet intéressant de constater que les auteurs, partis des conceptions les plus opposées, s'accordent cependant à reconnaître que les groupements et établissements jouissent de la capacité juridique proprement dite, et qu'on ne rencontre plus aujourd'hui de partisans de la conception étroite développée par Laurent. La seule différence, c'est que les uns attribuent ces droits à la personne morale elle-même, tandis que les autres leur donnent comme sujets les individus intéressés au fonctionnement de cet organisme.

Cependant, les auteurs qui ne voient dans la personne morale que le masque d'un patrimoine collectif, auront tendance à restreindre son champ d'activité à la défense de ce patrimoine, et à lui refuser le pouvoir de se comporter comme le représentant des intérêts collectifs de la communauté présentant un autre caractère d'ordre moral. Cette divergence s'est manifestée dans ces dernières années à propos du droit d'agir en justice des *syndicats professionnels*. Ces syndicats peuvent-ils poursuivre en justice la défense des intérêts *professionnels proprement dits* et attaquer tous les actes qui mettent en danger ces intérêts ? Les auteurs qui nient la personnalité morale refusent volontiers ce droit aux syndicats, et soutiennent qu'ils ne peuvent plaider que pour la défense de leurs intérêts purement patrimoniaux, c'est-à-dire des biens qu'ils possèdent. Heureusement, la pratique n'a pas adopté cette vue trop étroite, et une jurisprudence aujourd'hui établie proclame le droit des syndicats de se porter défenseurs des intérêts professionnels ou collectifs de leurs membres (Cass. ch. réun , 5 avril 1913, avec le rapport de M. le Conseiller Falcimaigne et les conclusions de M. le Procureur général Sarrut, D. P. 1914.1.65). Il y a donc à la personnalité morale des groupements un autre intérêt que celui de pouvoir posséder et administrer, sous une certaine forme, un patrimoine commun.

Observation finale : Groupements ou établissements non personnifiés. — La personnalité juridique n'est pas un attribut nécessaire, indispensable au fonctionnement de toute association, de tout établissement. On comprend que certains groupements, que certaines œuvres puissent vivre sans avoir besoin d'être élevées au rang de sujets de droit.

1° Tout d'abord, dans l'ordre du Droit privé, la *communauté conjugale*, association de biens entre deux époux, fonctionne sans que jamais les jurisconsultes ait ressenti le besoin d'en faire une personne juridique. On a toujours admis qu'il s'agit ici d'une simple copropriété indivise, au moins *lato sensu*, établie par les époux pour la durée de leur union, et dont le Code civil a réglé le mode particulier d'administration.

De même, on comprendrait très bien qu'une société civile, ou même une société de commerce faite *intuitu personæ*, c'est-à-dire formée entre per-

sonnes nommément désignées, pût fonctionner sans qu'on eût recours à la notion de personnalité juridique. Pendant de longues années, la Jurisprudence et la doctrine ont admis notamment que les sociétés civiles n'étaient pas des personnes morales, et la Cour de cassation, nous l'avons déjà dit, n'a introduit en cette matière l'idée de personnalité qu'en 1891.

Au contraire, il est impossible à un *groupement ouvert*, dont les membres sont appelés à se remplacer incessamment, de prendre part au commerce juridique et de poursuivre un but vraiment sérieux sans être doté de la personnalité.

2° De même, dans l'ordre du Droit administratif, les *départements*, les *communes*, dont les attributions administratives sont fort nombreuses, fort importantes, sont considérées comme des personnes juridiques, tandis qu'on n'a pas ressenti le besoin d'accorder le même caractère aux *arrondissements* et aux *cantons*.

3° Enfin, parmi les *services publics*, on voit fonctionner côte à côte certains services qui sont doués de la personnalité et d'autres qui ne l'ont pas. Par exemple, l'*Assistance publique de la Ville de Paris* est dotée de la personnalité juridique, tandis que le service de l'*Assistance publique d'Etat*, qui relève du Ministère de l'intérieur, n'a pas cette qualité.

§ 3. — Diverses espèces de personnes juridiques.

On divise les personnes juridiques en deux classes : les personnes juridiques du *Droit public* et celles du *Droit privé*.

1° Personnes juridiques du Droit public. — On les appelle aussi *personnes administratives*.

A leur tête, se trouve *l'Etat*, et, au-dessous de lui, les groupes moins étendus, *départements*, *communes*, *colonies*, qui représentent des intérêts spéciaux aux personnes comprises dans leurs limites.

Chacune de ces personnes administratives est chargée d'organiser, dans la mesure de ses attributions respectives, les services publics nécessaires à la vie sociale.

Elles sont aidées dans cette mission par des organismes spécialisés, qu'on appelle les *établissements publics*, institués pour remplir un office déterminé, se rattachant soit à l'instruction publique, soit à l'assistance des indigents, à l'hospitalisation des vieillards, etc.

Il y a des établissements publics d'Etat : tels sont, par exemple, les grands établissements littéraires et scientifiques : l'Institut, le Collège de France, les Universités, les Facultés ; les Chambres de commerce ; l'Ordre national de la Légion d'honneur, etc. Tels étaient les corps ecclésiastiques, menses curiales et épiscopales, fabriques, 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 sont assez rares. On peut citer les dépôts de mendicité.

Enfin, il y a beaucoup d'établissements publics communaux, tels que bureaux de bienfaisance, hôpitaux, hospices, offices d'habitations à bon marché, etc.

Tous les services publics, on le voit, ne forment pas des personnes juridiques distinctes de l'Etat, de la commune. La loi n'attribue cette qualité qu'aux établissements auxquels elle juge utile d'accorder une vie propre et de concéder l'autonomie financière.

2° **Personnes juridiques du Droit privé**. — On les répartira en trois groupes :

A. — *Etablissements d'utilité publique*. — Ce sont les œuvres ou associations fondées par les particuliers en vue d'un but désintéressé, et dont le pouvoir exécutif reconnaît l'utilité publique par une décision spéciale. Cette décision leur confère la personnalité ou, s'il s'agit d'associations, complète la capacité qu'elles ont acquises en faisant la déclaration prescrite par la loi du 1er juillet 1901.

On trouve dans ce groupe des sociétés savantes, artistiques, littéraires, des institutions charitables, des sociétés amicales, des ligues, des sociétés de secours mutuels, etc. L'Etat n'accorde la reconnaissance d'utilité publique qu'aux institutions qui existent depuis un certain temps, possèdent déjà un capital suffisant, et se donnent des statuts rédigés suivant un modèle adopté par le Conseil d'Etat.

B. — *Associations ordinaires personnifiées*. — Ce sont celles qui ont accompli les formalités prescrites soit par les lois antérieures, soit par la loi du 1er juillet 1901, c'est-à-dire les associations syndicales libres entre propriétaires, les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, et, depuis le 1er juillet 1901, toutes les associations quelconques qui ont fait la *déclaration* prescrite par l'article 5 de cette loi.

L'association diffère de la simple réunion en ce qu'elle est permanente, tandis que la réunion est momentanée. Elle diffère de la société par le but. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, *en vue de partager les bénéfices* qui pourront en résulter (art. 1832, C. civ.) ; elle est faite pour gagner de l'argent ; elle a un but lucratif. Au contraire, l'association poursuit un but non lucratif. Elle peut être fondée sans doute dans l'intérêt exclusif de ses adhérents, comme une société de secours mutuels, une société d'assurance mutuelle, mais, même alors, elle diffère de la société, parce qu'elle n'a pas pour objet de réaliser des bénéfices[1].

C. — Les *sociétés civiles et commerciales*. — On a toujours admis, depuis la promulgation des Codes Napoléoniens, que toutes les *sociétés commerciales*, non seulement les sociétés de capitaux, mais les sociétés formées *intuitu personæ* possèdent la capacité juridique.

Pour les *sociétés civiles*, la Doctrine leur refusait ordinairement cette qua-

1. La loi du 1er juillet 1901 définit ainsi l'association dans son article 1er : « L'association est la convention par laquelle 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. »

lité, mais la Cour de cassation la leur a définitivement reconnue par plusieurs arrêts. (Req., 23 février 1891, D. P. 91.1.337, S. 92.1.73, note de M. Meynial ; 2 mars 1892, D. P. 93,1.169, S. 92.1.427, note de M. Meynial ; 2 janvier 1894, D. P. 94.1.81, S. 94.1.129, note de M. Lyon-Caen). Elle déclare en effet que les textes du Code personnifient la société d'une manière expresse, vu qu'ils n'établissent jamais des relations d'associé à associé, mais mettent toujours les associés en rapport avec la société.

§ 4. — Naissance et extinction des personnes juridiques.

I. **Naissance.** — 1° *Etablissements publics.* — La plupart 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 celle-ci s'élargissait. Quant à ceux qui sont d'origine moderne, ils reçoivent leur capacité de la loi.

2° *Personnes juridiques privées.* — A. *Fondations.* — On comprend sous ce nom toutes les œuvres charitables, artistiques, littéraires, scientifiques, morales, religieuses, créées par les particuliers, soit à l'aide de donations, soit surtout par voie de libéralités testamentaires.

Notre Droit, avons-nous dit, ne reconnaît pas *ipso jure* la personnalité juridique à ces créations. Il laisse au pouvoir exécutif le soin de juger de leur utilité et de leur concéder la reconnaissance d'utilité publique.

B. — *Associations.* — Avant la loi du 1er juillet 1901, elles ne pouvaient acquérir la personnalité que par un décret de reconnaissance d'utilité publique, à l'exception de certaines associations auxquelles des lois antérieures avaient concédé en bloc cette qualité, sous la seule condition de publier leurs statuts[1].

Depuis la loi de 1901, toute association licite jouit de la capacité sous la seule condition qu'elle ait été rendue publique[2]. Mais cette capacité est assez restreinte. La reconnaissance d'utilité publique garde donc son intérêt, car elle élargit les pouvoirs de l'association. Elle lui permet notamment de recevoir des dons et legs[3].

C. — *Sociétés civiles et commerciales.* — Elles jouissent de plein droit de la personnalité, par le seul fait de leur constitution ; c'est la loi elle-même qui leur concède la capacité juridique.

II. **Extinction.** — Les personnes juridiques peuvent durer indéfiniment. C'est là ce qui fait leur force. Elles peuvent poursuivre, grâce à la

1. Ce sont notamment les associations syndicales de propriétaires (art. 5 à 8, lois du 21 juin 1865, du 22 décembre 1888 et du 5 août 1911) qui sont de véritables établissements publics ; les syndicats professionnels (lois du 21 mars 1884 et du 12 mars 1920) ; les sociétés de secours mutuels (loi du 1er avril 1898) ; les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles (loi du 4 juillet 1900).

2. Les formalités de publicité sont énumérées dans l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901, complété par les articles 1 à 7 du décret du 16 août 1901.

3. Nous rappelons que les congrégations religieuses ont été soumises à un régime spécial par la loi du 1er juillet 1901 (art. 13 à 18).

suite des générations qui les composent, un but que la brièveté de sa vie ne permettrait pas à l'homme isolé d'atteindre.

Cependant il y a des causes qui en emportent l'extinction.

Il y en a une première, spéciale aux établissements d'utilité publique : c'est le *retrait de la reconnaissance*, lequel est toujours possible, quand l'œuvre sort de ses attributions ou ne présente plus d'utilité. En ce cas, s'il s'agit d'une fondation, elle est contrainte de disparaître ; si c'est une association, elle retombe au rang des associations ordinaires, à moins que sa dissolution ne soit prononcée par les tribunaux.

Quant aux associations, elles peuvent se dissoudre de plusieurs façons.

Dissolution volontaire. — Les statuts prévoient ordinairement les causes de dissolution. L'assemblée générale des adhérents peut toujours, de son côté, prononcer la dissolution.

Dissolution forcée. — La dissolution d'une association, pour cause de violation de la loi, ne peut être prononcée que par les tribunaux et non par le pouvoir exécutif, ce qui est une garantie contre l'arbitraire.

Dévolution des biens. — La dissolution de la personne juridique emporte dévolution de ses biens.

Quand il s'agit d'une association, les statuts prévoient presque toujours cette dévolution. A défaut de statuts, l'assemblée générale règle le sort des biens.

Pour les fondations, le patrimoine en est attribué à une œuvre similaire.

§ 5. — Domicile et capacité des personnes juridiques.

Domicile. — La détermination du domicile présente, en Droit civil et, spécialement, en matière de procédure, la même utilité pour les personnes juridiques que pour les personnes physiques. Leur domicile se détermine, du reste, de la même façon. Il est au lieu où elles ont leur principal établissement (art. 102, Civ.), c'est-à-dire au lieu où est centralisée leur administration. (V. Nîmes 24 juillet 1917, *Gaz. Trib.*, 25 avril 1918). Ce sera le chef-lieu pour les circonscriptions administratives, et, en général, le siège social pour les associations et établissements.

Beaucoup de personnes publiques et de sociétés de commerce, comme les sociétés de crédit, d'assurances, les compagnies de chemins de fer, étendent leurs opérations sur tout le territoire et souvent même à l'étranger. Elles possèdent donc une série de centres d'opérations ou d'agences, où elles sont représentées par des agents. Néanmoins, d'après les règles de notre Droit civil, elles n'ont, en principe, qu'un domicile, lequel est au lieu de leur principal établissement. Or, la pratique ne saurait s'accommoder de cette règle. Les personnes qui traitent avec ces établissements dans un de ces centres secondaires, et qui ont à plaider contre eux, ne peuvent être contraintes de les poursuivre devant le tribunal de leur domicile. D'où les tempéraments suivants au principe de l'unité du domicile des personnes morales.

Pour l'Etat et les établissements publics, l'article 69 du Code de procé-

dure civile permet de les assigner dans les bureaux de leurs préposés, sur les divers points du territoire.

La Jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu plus haut en traitant du domicile, applique une solution analogue aux grandes sociétés de commerce et aux compagnies d'assurances. 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 et des agents ayant qualité pour les représenter, et qu'elles peuvent être actionnées devant les tribunaux du lieu où se trouvent ces succursales ou agences, pour l'exécution des actes qu'elles y ont passés, et la réparation du préjudice résultant des délits et quasi-délits dont elles sont civilement responsables. Quant aux compagnies de chemins de fer, elles sont valablement assignées partout, où elles ont une gare principale mais sous cette condition nécessaire qu'il ne s'agisse pas d'opérations auxquelles cette gare soit étrangère. (Civ., 3 février 1885, D. P. 86.1.304, S. 85.1.269; 30 juin 1891, D. P. 94.1.539, S. 91.1.479; 9 mars 1897, D. P. 97.1.415; Lyon, 19 mai 1911, S. 1912.2.236).

Capacité. — Distinguons entre la jouissance et l'exercice des droits. Nous nous occuperons d'abord de la jouissance et déterminerons quels sont les droits dont une personne juridique peut être titulaire; nous verrons ensuite quelle est sa capacité d'exercice.

1° *Jouissance des droits civils.* — En règle générale, les personnes juridiques jouissent de la même capacité que les personnes physiques. Elles sont aptes à acquérir tous les droits civils *qui sont compatibles avec le rôle qu'elles ont à jouer.* Cette solution, admise aujourd'hui par la Jurisprudence et la presque unanimité des auteurs, trouve son point d'appui dans les textes. Le Code civil a, en effet, à plusieurs reprises, réglementé l'exercice des droits des personnes juridiques, et soumis leur capacité à certaines restrictions, ce qui suppose implicitement qu'elles ont une pleine capacité. La loi du 1er juillet 1901, de son côté, décide, 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 ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux qui sont nécessaires au but qu'elles poursuivent. Ainsi, la personnalité juridique comporte bien l'ensemble des droits privés, l'aptitude à devenir titulaire de tous les droits civils nécessaires à la vie de l'institution.

Mais, tandis que la loi ne prononce contre l'homme que de rares incapacités de jouissance, elle se montre ici plus sévère. Elle enlève à certaines associations du Droit privé le droit de recevoir des libéralités, elle restreint pour toutes le pouvoir d'acquérir des immeubles.

A. — Les associations *simplement déclarées* ne peuvent pas recueillir de *dons* ou de *legs* (art. 6 et 11 *a contrario* de la loi du 1er juillet 1901). Elle ne peuvent pas non plus fixer le *rachat des cotisations* de leurs adhérents à plus de 500 fr.

B. — Les associations *reconnues d'utilité* publique elles-mêmes ne peuvent posséder ni acquérir d'autres *immeubles* que ceux qui sont néces-

saires au but qu'elles se proposent, et la même prohibition s'applique aux sociétés de secours mutuels (loi du 1er avril 1898, art. 15 et 17), aux associations syndicales libres de propriétaires, aux sociétés d'assurances mutuelles agricoles (loi du 4 juillet 1900). Mais la prohibition que la loi du 21 mars 1884 (art. 6, al. 3) avait édictée pour les syndicats professionnels a été abolie en ce qui concerne ces organes par la loi du 12 mars 1920 (art. 5, al. 1er nouveau de la loi de 1884).

C. — A la différence des associations, les *sociétés civiles et commerciales* jouissent, au contraire, d'une pleine capacité, parce qu'elles ne sont pas des personnes de mainmorte. Elles peuvent recevoir des libéralités et faire des placements immobiliers.

2° *Exercice des droits.* — Une personne juridique, être abstrait, ne peut exercer ses droits que par un intermédiaire, c'est-à-dire à condition d'être représentée par des personnes physiques qui passent les actes en son nom.

Mais il ne faudrait pas conclure de là que les personnes juridiques sont des incapables, comme les mineurs, qui, eux aussi, sont représentés par leur père ou leur tuteur. Les deux situations sont bien différentes. L'inaptitude des personnes morales à agir par elles-mêmes provient, non d'une pensée de *protection*, mais d'une impossibilité naturelle.

Il y a cependant des personnes juridiques que la loi range dans la classe des *incapables*, au moins pour l'exercice de certains droits. Ainsi, toutes les personnes du Droit public autres que l'Etat (départements, communes, établissements publics), sont placées sous ce qu'on appelle la *tutelle administrative*. Elles ne peuvent conclure les actes les plus importants de la vie civile qu'en obtenant l'*autorisation du Gouvernement*.

Les établissements d'utilité publique, de leur côté, ne peuvent accepter les donations ou les legs qui leur sont faits qu'avec la même autorisation (art 910, 937, Civ.).

On remarquera que, par une faveur toute spéciale et sans peut-être tenir assez compte de l'intérêt des familles, la loi du 12 mars 1920 (art. 5, al. 1er nouveau de la loi de 1884) écarte la nécessité de cette autorisation pour les libéralités faites à des syndicats professionnels.

Mais les établissements d'utilité publique et les associations ou fondations autorisées peuvent accomplir tous les autres actes relatifs à l'exercice des droits civils plus ou moins étendus constituant leur personnalité, par l'intermédiaire de leurs représentants légaux, sans aucune autorisation, sans intervention d'aucun pouvoir tutélaire

LIVRE II

LES CHOSES OU LES BIENS

On appelle *biens* les éléments du patrimoine, c'est-à-dire les choses pouvant faire l'objet d'un droit et représentant une valeur pécuniaire.

Nous étudierons successivement, d'abord les Biens et le Patrimoine en général, ensuite les Droits réels principaux dont les biens peuvent être l'objet.

TITRE PREMIER

DES BIENS ET DU PATRIMOINE EN GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER

DIFFÉRENTES ESPÈCES DE BIENS

Il y a plusieurs classifications des Choses ou des Biens. Nous ne nous attacherons qu'à celles qui s'appliquent à *tous les biens* ou *summæ divisiones*. Elles sont au nombre de deux :

1° *Biens corporels* et *biens incorporels ;*

2° *Immeubles et meubles.*

Les autres divisions des biens, choses susceptibles et choses non susceptibles *d'être appropriées*, ou *res communes*, choses *consumptibles* et *non consumptibles*, choses *fongibles* et *non fongibles*, seront seulement mentionnées ici ; nous les retrouverons ultérieurement à l'occasion des théories particulières qui leur confèrent un intérêt juridique.

Première division : Biens corporels, biens incorporels. — En raison, voici comment on doit concevoir cette distinction.

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 la satisfaction de ses besoins, la terre, les métaux, les végétaux, les animaux, etc.

Les biens *incorporels* sont, au contraire, ceux qui n'ont qu'une existence abstraite, créée par l'homme, mais qui représentent néanmoins pour lui une valeur appréciable en argent : par exemple, l'œuvre conçue par le poète ou l'artiste, la découverte faite par le savant, le nom du commerçant, la marque de fabrique, le service que le débiteur a promis de rendre.

Mais les jurisconsultes ont donné à la distinction une portée beaucoup plus large. Ils rangent dans la catégorie des biens incorporels les *droits* : d'abord, tous les droits personnels ou de créance, et, en second lieu, parmi les droits réels, tous les droits autres que le droit de propriété. Cette habitude remonte au Droit romain. *Incorporales autem sunt*, disaient les Institutes de Justinien (2, *De rebus corp. et incorp.*, II, 2), *quæ tangi non pos-*

sunt : qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoque modo contractæ.

Cette confusion manifeste entre deux notions différentes, celles des *choses* et celle des *droits* qui peuvent porter sur les choses, s'explique assez aisément. Les choses en effet ne sont des biens, c'est-à-dire ne présentent pour nous une valeur économique, qu'*à raison des droits dont elles sont l'objet.* Logiquement, il serait plausible de prétendre que les véritables biens, ce sont, non les choses, mais les droits que nous pouvons avoir sur ces choses (droits réels), ou ceux qui aboutissent indirectement à nous les procurer (droits de créance).

D'autre part, parmi les droits qui peuvent nous appartenir sur les choses, il y a une distinction à faire. Il en est un, la *propriété*, qui, absorbant toute l'utilité économique de la chose, se confond avec elle à ce point que, dans l'usage, on ne l'en distingue pas. C'est ainsi qu'au lieu de dire : j'ai un droit de propriété sur cette maison, sur ce cheval, on dit : ma maison, mon cheval. Au contraire, les autres droits réels, comme l'usufruit, les servitudes, l'hypothèque, ne peuvent être confondus avec les choses qu'ils ont pour objet, par cette raison qu'ils ne procurent pas à leur titulaire toute l'utilité de ces choses. Aussi, dans le langage, les distinguera-t-on de leur objet et on ne dira pas : ma maison, pour désigner l'immeuble sur lequel on possède une hypothèque, mon champ pour désigner la terre sur laquelle on exerce une servitude de passage. A plus forte raison, les droits de créance ne peuvent se confondre avec les choses qu'ils doivent, en dernière analyse, aboutir à nous procurer.

C'est pour cela que les Romains et, après eux, les jurisconsultes modernes, tout en rangeant les *droits* dans la catégorie des *biens incorporels*, ont fait exception pour la *propriété*. *Ce dernier droit ne se distingue pas des objets sur lesquels il porte.* Dans la conception logique qui ferait des droits les véritables biens, on pourrait dire que les biens corporels, c'est *la propriété des choses matérielles.*

Deuxième division : Immeubles et meubles. Historique de la distinction[1]. — Ici encore, les expressions à définir ont un sens rationnel ou naturel différent de leur signification juridique.

Rationnellement, les immeubles sont les choses qui ont une assiette fixe et ne peuvent se déplacer, comme une terre, une maison ; les meubles sont les choses qui peuvent être déplacées, transportées d'un lieu dans un autre comme un fauteuil, un cheval, un lingot, une pièce de monnaie.

Ainsi comprise, la distinction des meubles et des immeubles ne serait qu'une *subdivision* des choses matérielles ou biens corporels. Et c'est ainsi que l'entendaient les jurisconsultes romains, pour lesquels elle n'avait,

1. V. Barthou, *De l'origine de l'adage Vilis mobilium possessio*, thèse Paris, 1886; Jacques, *Histoire de la distinction des biens en meubles et en immeubles*, thèse Paris, 1884; Cézar Bru, *De la division des biens en meubles et en immeubles*, thèse Toulouse, 1890; Charles Lefebvre, *Les fortunes anciennes au point de vue juridique*, Cours de doctorat, Paris, 1912; Olivier Martin, *Histoire de la coutume de Paris*, 1922, t. 1er, p. 202 et s.

d'ailleurs, qu'une faible importance pratique, les mêmes règles juridiques s'appliquant, en principe, à la propriété mobilière comme à l'immobilière.

Mais le Code civil, reproduisant sur ce point les conceptions nouvelles du Droit coutumier, a déformé le sens de la distinction. Il en a fait une *summa divisio*, comprenant à la fois les biens incorporels et les biens corporels. « Tous les biens sont meubles ou immeubles », dit l'article 516. Le Code *range donc les biens incorporels, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles.* On peut dire qu'il y a dorénavant quatre classes de biens : 1° les immeubles proprement dits ; 2° les immeubles incorporels ; 3° les meubles proprement dits ; 4° les meubles incorporels ; cette dernière classe étant d'une importance considérable, puisqu'elle comprend *tous les droits de créance,* et, par conséquent, toute la catégorie, d'une valeur économique aujourd'hui incomparable, des titres de bourse, fonds d'Etat, actions et obligations de société, etc...

En passant de notre ancien Droit dans la législation moderne, la division de tous les biens en immeubles et meubles a d'ailleurs sensiblement changé de caractère.

Dans l'ancien Droit français, encore tout imprégné des idées féodales, la propriété foncière, la terre était considérée comme l'élément essentiel du patrimoine. C'est à la terre qu'étaient attachées la dignité et l'importance sociale de la famille. Les meubles, au contraire, vu la faiblesse de la production industrielle, la rareté des métaux précieux, étaient considérés comme choses de faible valeur. *Vilis mobilium possessio.*

Cette supériorité des immeubles sur les meubles entraînait une double conséquence.

D'abord, la propriété immobilière était entourée, par la loi, de garanties et aussi d'entraves qui faisaient défaut à la propriété mobilière. Un nombre infini de règles et d'institutions tendaient à en assurer la conservation dans les familles. C'est ainsi que les immeubles, en cas de mariage de leur propriétaire, ne tombaient pas dans la communauté ; après le décès, leur dévolution par succession, au moins quand ils provenaient des ancêtres ou parents du défunt, n'était pas réglée par les mêmes principes que la dévolution des meubles. Des obstacles juridiques, tels que le retrait féodal, le retrait lignager, gênaient, parfois même annulaient la liberté des propriétaires désireux d'aliéner leurs terres.

En second lieu, l'importance économique et sociale de la terre résultant surtout de la périodicité inépuisable de ses revenus, support stable et paisible de la fortune familiale, la Jurisprudence avait considéré comme des *immeubles fictifs* les divers biens incorporels susceptibles de produire des revenus périodiques, par exemple, les créances affectant la forme de *rentes* (rentes foncières ou rentes constituées), les *droits seigneuriaux,* et, enfin, les *offices*, cet élément si important des fortunes bourgeoises durant les derniers siècles de l'ancien Régime.

Au contraire, les droits de créance ordinaires étaient assimilés à des meubles, traités comme tels dans la communauté conjugale et dans les successions, ce qui se comprend aisément, vu la faible importance des

transactions commerciales et l'interdiction du prêt à intérêt. On pouvait bien dire de cette catégorie de meubles incorporels comme des meubles proprement dits ***Res mobilis res vilis.***

Dans la France contemporaine, la Révolution, en supprimant les droits seigneuriaux et les offices, en assimilant les rentes (désormais très rares) à des créances ordinaires, a fait disparaître une partie considérable de la catégorie des immeubles, telle qu'elle existait sous l'ancien Droit.

En même temps, le prodigieux développement du commerce et de l'industrie qui a caractérisé le XIX^e^ siècle, a donné à la propriété mobilière et, plus spécialement, aux meubles incorporels, c'est-à-dire aux créances affectant la forme de *titres*, de *valeurs*, une importance inconnue autrefois. La fortune mobilière de la France qui était évaluée, en 1789, à une somme de huit à neuf milliards est certainement, de nos jours, plus que décuplée[1].

Le Code civil, rédigé à une époque où cette transformation profonde ne faisait que commencer, a eu le tort de conserver de trop nombreux vestiges de l'ancienne conception *Res mobilis, res vilis.* Il a accumulé les mesures de protection pour la fortune immobilière, mais négligé, en général, de se préoccuper des meubles avec la même attention. Et cette infériorité juridique subsistante de la fortune mobilière est d'autant plus fâcheuse que, nous l'avons vu, les biens incorporels productifs de revenus, jadis considérés fictivement comme des immeubles et protégés à ce titre, sont tous rangés aujourd'hui dans la catégorie des meubles.

Aussi, une réaction s'est-elle produite contre l'erreur commise en 1804. D'une part, dans notre *législation interne*, diverses lois modernes se sont efforcées d'établir, pour certaines catégories de meubles, à tout le moins de meubles incorporels, des mesures de protection correspondant à l'importance qu'ils présentent dans la composition des fortunes. Nous citerons, dans cet ordre d'idées, la loi du 15 juin 1872 sur la perte et le

1. D'après le livre de M. Edmond Théry sur la *Fortune publique de la France*, la valeur des divers éléments de la fortune privée totale de notre pays aurait été la suivante en 1909, avec évaluation, par conséquent en francs-or

	en millions	
I. MEUBLES :		
Meubles corporels, collections d'art.	20.270	
Chevaux, voitures, automobiles	2.017	
Matériel agricole, animaux de ferme	8.930	
Fonds de commerce, entreprises industrielles et minières appartenant à des personnes ou à des sociétés de personnes.	9.520	
Numéraire en or et en argent	8.665	
Valeurs mobilières, titres de rentes, actions obligations.	104.446	
TOTAL		153.848
II. IMMEUBLES :		
Propriété bâtie	57.934	
Propriété non bâtie	75.500	
TOTAL		133.434

Le montant des successions déclarées a donné pour les meubles et les immeubles, les chiffres suivants (en millions) :

En 1906,	meubles :	3.357 ;	immeubles :	3.196
En 1607	»	4.090 ;	»	3.336

vol des titres au porteur et celle du 27 février 1880, relative à l'aliénation et à la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits.

Toutefois on doit reconnaître que cette idée que la possession du sol donne une force économique et sociale plus grande que la possession de valeurs mobilières reste encore dominante, en somme, dans notre législation. Ainsi, la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels dans son art. 6, 3e al., aujourd'hui aboli, décidait que ces organisations ne pourraient acquérir d'autres immeubles que ceux qui seraient nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle. On trouve des dispositions analogues, toujours en vigueur, dans la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels (art. 15, dern. al., art. 17, 2e et 3e al. art. 33). Enfin, la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association décide qu'une association régulièrement déclarée ne peut posséder que les immeubles *strictement nécessaires* à l'accomplissement du but qu'elle se propose (art. 6, 3°) (V. aussi l'art. 11 pour les associations reconnues d'utilité publique).

Les *législations étrangères* plus récentes que la nôtre (Codes civils allemand et suisse) ne donnent pas la même portée à la distinction des immeubles et des meubles. Elles y font bien rentrer les droits réels autres que la propriété (usufruit, servitudes, etc) en les rangeant dans l'une ou l'autre catégorie, suivant la nature mobilière ou immobilière des choses sur lesquelles ils portent. Mais elles se gardent de confondre dans la même catégorie que les meubles proprement dits les droits de créances, non plus que les autres biens incorporels tels que les offices ministériels, les droits de propriété littéraire, artistique, industrielle, etc .. De cette espèce de biens auxquels ne saurait convenir la même réglementation qu'aux objets mobiliers, elles font avec raison une troisième classe à part, étrangère à la division des choses en meubles et en immeubles.

Principaux intérêts actuels de la division des biens en meubles et immeubles. — Nous nous contenterons de citer certains des intérêts que présente actuellement dans notre Droit la division des biens en meubles et immeubles.

1° La *sécurité des acquisitions* est réalisée d'une façon toute différente pour les deux classes de biens.

Lorsqu'un immeuble est aliéné par celui qui n'en est pas propriétaire, le *véritable propriétaire peut le revendiquer* entre les mains de l'acquéreur. Mais, pour protéger l'acquéreur contre ce danger, la loi soumet à la *publicité* les aliénations d'immeubles, au moins quand elles sont faites entre vifs, et les constitutions de droits réels immobiliers, afin que celui qui acquiert un immeuble puisse se renseigner sur l'origine et l'étendue du droit de l'aliénateur.

En matière mobilière, 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. Il est proté-

gé par le seul fait qu'il a acquis de bonne foi (art. 2279, 1er al., C. civ.). Aussi, les aliénations mobilières ne sont-elles pas soumises à la publicité.

2° *La possession des immeubles* est protégée par des actions spéciales, les *actions possessoires*, qui sont accordées au possesseur, abstraction faite du point de savoir s'il est ou non propriétaire de l'immeuble

Il en est autrement pour les meubles. Le possesseur d'un meuble n'a pas d'action possessoire à sa disposition. Il n'en a pas besoin, puisqu'il suffit qu'il ait acquis de bonne foi le meuble pour être considéré comme propriétaire (art. 2279, C. civ.).

3° *L'usucapion* ou prescription acquisitive joue un double rôle pour les immeubles. D'abord, celui qui acquiert un immeuble *a non domino* de bonne foi et avec juste titre, en devient propriétaire après qu'il l'a possédé pendant au moins dix ans (art. 2265). D'autre part, celui qui possède un immeuble de mauvaise foi, acquiert la propriété au bout de trente ans (art. 2262).

En matière mobilière, au contraire, la prescription acquisitive n'intervient que dans ce second cas, c'est-à-dire lorsque le possesseur est de mauvaise foi. En effet, nous venons de dire que celui qui possède un meuble *de bonne foi*, en devient immédiatement propriétaire.

4° *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 et la batellerie fluviale. On n'hypothèque pas les meubles, mais on peut en tirer crédit en les donnant en gage.

5° *L'aliénation des immeubles des incapables* est entourée de formalités que la loi n'impose pas pour l'aliénation de leurs meubles (V. toutefois la loi précitée du 27 février 1880).

6° Le *tribunal compétent* pour connaître d'une contestation est le tribunal de la situation du bien, quand il s'agit d'un immeuble. Au contraire, si l'objet du litige est un meuble, le procès est porté devant le tribunal du domicile du défendeur (art. 59, C. proc. civ.).

7° *La saisie mobilière* entraîne moins de frais, moins de complications, exige moins de temps, que la *saisie immobilière*.

SECTION I. — DES IMMEUBLES.

Il y a plusieurs catégories d'immeubles (art. 517). Tout d'abord, parmi les *choses corporelles*, la loi établit deux classes d'immeubles :

1° Les *immeubles par nature*, c'est-à-dire les choses qui ont une assiette fixe, les fonds de terre, les maisons ;

2° Les *immeubles par destination* : ce sont, en réalité, des choses mobilières, que la loi range parmi les immeubles, à cause de leur destination, parce qu'elles sont placées sur les immeubles à titre d'accessoires.

D'autre part, on sait que notre Droit étend la distinction des meubles et des immeubles aux biens incorporels, c'est-à-dire *aux droits eux-mêmes*. Il y a deux classes de *droits immobiliers*, ce qui nous donne deux nouvelles catégories d'immeubles:

3° Les immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent*. Ce sont les droits autres que celui de propriété qui ont pour objet un immeuble ;

4° Les immeubles *par la déclaration du propriétaire*. Ce sont les actions de la Banque de France qui peuvent être immobilisées par une déclaration du propriétaire. Cette quatrième classe n'est pas indiquée par le Code civil. Elle est de création postérieure.

I. Première catégorie : Immeubles par nature. — Cette classe comprend deux groupes d'immeubles (art. 518) : les *fonds de terre* et les *bâtiments*.

1° Les *fonds de terre* (c'est-à-dire le sol) sont les immeubles par excellence. Ils comprennent à la fois la surface et le dessous (sauf en ce qui concerne les *mines*, qui, nous le verrons ultérieurement, forment un immeuble distinct de la propriété du sol).

De même, les végétaux, herbes, arbres et arbustes qui tiennent au sol par leurs racines, ainsi que les récoltes encore pendantes et les fruits des arbres non encore cueillis sont des immeubles (art. 520, 521), ce qui signifie que, tant qu'ils adhèrent au sol, ils ne forment pas des biens séparés, mais font partie intégrante du fonds auquel ils sont attachés. En revanche, ils prennent une individualité distincte et acquièrent aussitôt le caractère de meubles, dès le moment où ils sont séparés du fonds, quoique non encore enlevés (art. 520, al. 2 et 3, art. 521).

Mais ces principes reçoivent une double série de dérogations :

A. — D'abord, les produits du sol peuvent être, *par anticipation*, envisagés comme meubles dès avant leur séparation du sol, dans certaines hypothèses et à certains points de vue[1].

a) Les ventes de *récoltes sur pied*, ou de *coupes de bois* à effectuer, ou *d'arbres à abattre* sont considérées comme des *ventes mobilières*, ce qui entraîne diverses conséquences :

α) Le tribunal compétent en cas de contestation relative à ces ventes sera celui du domicile du défendeur et non celui de la situation.

β) Le droit fiscal à percevoir sera, non celui des ventes immobilières, mais le droit de 2 0/0 applicable aux ventes de meubles (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, 1°).

b) Les récoltes et les fruits pendants par racines et par branches peuvent être *saisis séparément* du fonds et comme meubles *dans les six semaines qui précèdent la maturité* (art. 626, C. proc. civ.), au moyen d'une saisie moins coûteuse et moins complexe que la saisie immobilière, à savoir la *saisie-brandon*.

c) Enfin, les auteurs admettent que, lorsque le fonds est cultivé *par un fermier*, les fruits doivent être considérés, à son égard, comme étant des meubles, alors même qu'ils pendent par branches et par racines. La raison en est que, le fermier n'ayant aucun droit sur le sol, les fruits, qui cependant lui appartiennent, constituent une propriété spéciale et distincte qui ne peut être que mobilière.

1. V. Chauveau, *Des meubles par anticipation* Rev. crit. de législ. et de jurispr., 1893, p. 573 et s.

B. — Inversement, le principe que les récoltes et les fruits deviennent des meubles par leur séparation du sol, reçoit un tempérament notable par l'effet d'une disposition du Code de procédure civile (art. 682). Il résulte de ce texte que les fruits produits *par un immeuble hypothéqué*, postérieurement à la transcription de la saisie immobilière, sont *immobilisés* : cela signifie que le prix retiré de leur mise en vente est distribué, comme celui de l'immeuble même, au moyen de la procédure de l'*ordre*, et, par conséquent, alloué, par préférence, aux créanciers hypothécaires.

—2° Les *bâtiments* sont, avons-nous vu, le second élément de la classe des immeubles par nature. Cependant, il y a une différence notable entre les fonds de terre et les constructions. Celles-ci, étant composées de matériaux mobiliers, ne deviennent évidemment immeubles que par suite de leur *incorporation au sol*. Mais il faut remarquer que la construction peut former une propriété immobilière ayant une existence propre et distincte de celle du fonds de terre sur lequel elle s'élève.

L'expression de « bâtiment » employé par l'article 518 comprend, non seulement les constructions complètes, mais tous les travaux de maçonnerie ou de fer édifiés *dans* le sol ou *sur* le sol ; par exemple, une canalisation tubulaire faite pour utiliser la force motrice de l'eau, un barrage, un tunnel, une digue, les tuyaux de conduite du gaz, etc. (V. Crim., 18 juin 1891, S. 91.1.488).

Ajoutons que tout ouvrage de ce genre est immeuble par le seul fait qu'il adhère au sol. Peu importe la durée qu'il doit avoir. Ainsi, les bâtiments construits pour une exposition sont immeubles. Par application de cette idée, l'article 519 décide que les moulins à vent ou à eau, *fixés sur piliers* et faisant partie du bâtiment, sont immeubles par nature. Au contraire, les constructions volantes, non incorporées au sol, comme les baraques dressées pour une fête ou pour une foire, sont des meubles.

Spécialement, en ce qui concerne les *canalisations*, on remarquera que l'article 523, placé mal à propos au milieu des articles relatifs aux immeubles par destination, dit que « les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés ». La place occupée par ce texte ne doit pas créer de confusion. Les tuyaux qu'il vise ne sont pas des *immeubles par destination*, mais bien des *immeubles par nature*. Et, d'autre part, il n'est pas douteux qu'il faut assimiler aux canalisations d'eau, les seules auxquelles on pouvait penser en 1804, celles de gaz et celles d'électricité.

Mais une autre précision est nécessaire, si l'on veut bien comprendre la portée de l'article 523. Les canalisations placées dans le sol forment un immeuble distinct et indépendant, pouvant appartenir à un autre qu'au propriétaire du fonds, lorsque les tuyaux ne se rattachent pas, *à titre d'accessoire*, à un bâtiment déterminé, Au contraire, quand ils sont l'accessoire d'un bâtiment, ils ne constituent pas un immeuble distinct, mais bien un élément de l'édifice auquel ils se rattachent. C'est le cas pour les canalisations servant à l'arrivée ou à l'écoulement des eaux dans une maison. De même, les conduites de gaz qui passent sous les voies publiques ne sont ni

des immeubles distincts, ni des dépendances de la voie publique, mais font partie intégrante de l'usine à gaz, cependant parfois très éloignée (Trib. Lyon, 6 mai 1902, sous Req., 15 mai 1905, D. P. 1908.1.329-330).

II. **Seconde catégorie : Immeubles par destination. Leur caractère fictif.** — On appelle ainsi les *objets mobiliers qui ont été attachés à un immeuble pour son service ou son exploitation par le propriétaire de cet immeuble* (art. 524). Ce sont donc des *immeubles fictifs* auxquels la loi fait perdre le caractère mobilier qu'ils tenaient de la nature.

Le but de cette fiction est de fortifier le lien qui unit les meubles en question à l'immeuble et, par là, d'empêcher qu'ils ne puissent en être séparés dans un certain nombre d'hypothèses, telles que la *saisie* des meubles opérée indépendamment de celle de l'immeuble, ou encore le *legs du mobilier* qui ferait passer les choses à un autre qu'à l'héritier de l'immeuble, ou enfin le *mariage du propriétaire* avec adoption du régime de communauté, d'où il résulterait que l'immeuble resterait propre, tandis que les objets mobiliers servant à son exploitation tomberaient dans la communauté. De telles éventualités devaient être évitées parce que, dépouillé de ces accessoires, l'immeuble subirait une grave dépréciation et, parfois même, ne pourrait plus être exploité.

La fiction de la loi offre donc d'incontestables avantages ; son seul inconvénient c'est qu'en cas de vente de l'immeuble, le fisc perçoit sur le prix des meubles immobilisés des droits aussi élevés que sur le prix de l'immeuble même.

L'origine de la fiction se trouve, croyons nous, dans les textes où les jurisconsultes romains, étudiant les effets d'un legs d'immeubles, s'attachaient à déterminer les choses mobilières qui doivent être considérées comme appartenant au légataire, parce qu'elles constituent l'accessoire de l'immeuble, *quæ quasi pars ædium vel propter ædes habentur* (Ulpien 13, § 31, D. *de act. empti et vend.*, XIX, 1. Cf. 14, 15, 16, 17, § 7, 18 *h. t.*). Nos anciens auteurs s'inspirèrent de ces textes, et, comme les règles de la communauté et celles de la succession les obligeaient à ranger toutes choses dans la classe des meubles ou celle des immeubles, ils mirent tout naturellement les choses nécessaires à l'exploitation ou à l'usage du fonds dans la catégorie des immeubles, afin d'éviter qu'elles n'en fussent séparées (V. art. 90, 91 de la Coutume de Paris ; Pothier, *Communauté*, nos 35 à 65). Mais il est à remarquer que ces mêmes auteurs ne rangent pas ces objets, considérés par eux comme des accessoires de l'immeuble, dans une catégorie distincte de celles des immeubles ordinaires ou immeubles par nature.

Ce sont les rédacteurs du Code qui, tout en reproduisant avec plus de précision l'énumération des immeubles fictifs trouvée dans Pothier, ont jugé utile d'en faire une classe spéciale, distincte de celle des immeubles par nature, classe à laquelle ils ont donné le nom d'*immeubles par destination*.

Cette différenciation est d'ailleurs toute logique. Il est clair que les objets servant à l'exploitation d'un fonds, par exemple, les animaux attachés à la culture, ne perdent pas leur individualité en devenant l'accessoire d'un

fonds comme, par exemple, les matériaux qui ont servi à construire le bâtiment de la ferme.

Différences entre les immeubles par destination et les objets devenus immeubles par nature à la suite d'une incorporation. — Divers intérêts pratiques importants se rattachent à cette distinction entre deux catégories d'immeubles qu'il est parfois assez délicat de discerner, à savoir les objets anciennement mobiliers immobilisés par destination, et les objets anciennement mobiliers immobilisés par incorporation et devenus, dès lors, immeubles par nature. (V. Civ., 10 janvier 1912, D. P. 1912.1.391).

1° Un objet mobilier *incorporé* au sol de manière à former un immeuble par nature, acquiert cette qualité *quel que soit celui qui l'a incorporé.* Par exemple, les matériaux servant à des constructions ou à des réfections totales ou partielles du bâtiment effectuées, non point par le propriétaire du sol mais par un simple locataire ou usufruitier, n'en sont pas moins des immeubles par nature.

Au contraire, un objet mobilier ne devient *immeuble par destination* qu'autant qu'il a été affecté à l'exploitation du fonds *par le propriétaire lui-même* (art. 522, 524, *in princ.*).

Cette différence se comprend à merveille. L'incorporation est une opération matérielle, la destination une opération intellectuelle. Lorsqu'il y a incorporation au sol (un locataire, par exemple, faisant refaire le parquet ou placer des boiseries le long des murs), les matériaux ainsi employés perdent leur individualité, et se fondent aussi bien dans l'immeuble que si c'était le propriétaire lui-même qui avait fait faire les travaux. Au contraire, la simple destination émanant d'un autre que le propriétaire, par exemple, le fait du fermier qui amène des bestiaux sur le domaine pour le cultiver, ne peut faire de ces objets des accessoires du fonds, puisque le fonds et les bestiaux *ne font point partie du même patrimoine.*

Cette raison nous explique pourquoi l'immobilisation par simple destination requiert, non seulement que son auteur soit propriétaire de l'immeuble, mais aussi qu'il le soit du meuble à immobiliser. C'est ainsi que le moteur à gaz simplement *loué* à un industriel ne devient pas une dépendance de l'usine, et ne pourra être affecté à la garantie des hypothèques consenties par l'industriel sur l'immeuble dans lequel il a été placé (Lyon, 10 août 1888, S. 90.2.113, note de M. C. Appleton).

2° Celui qui a vendu au propriétaire du fonds les objets qui deviennent immeubles par destination conserve sur ces choses un privilège qui garantit le paiement du prix. L'immobilisation réalisée par la seule volonté du propriétaire ne peut pas être opposable à ses créanciers. Au contraire, le vendeur des matériaux incorporés au sol perd son privilège du moment qu'ils ont été mis en place, car ils cessent d'avoir une existence propre par le fait de leur incorporation.

3° En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'Administration est tenue de comprendre dans le montant de l'indemnité la valeur totale du fonds, y compris tous les matériaux qui s'y sont incorporés. Au con-

traire, il n'y a pas lieu à indemnité pour les meubles immobilisés par destination, car il dépend du propriétaire de leur donner une autre affectation et ils conservent pour lui toute leur valeur.

Quels sont les immeubles par destination. — Nous allons voir, en étudiant l'énumération du Code, que, malheureusement, notre loi n'est pas toujours parfaitement logique dans la classification qu'elle donne aux objets immobilisés.

Le Code envisage deux sortes de destinations. La plus importante est la destination *agricole*, *industrielle* ou *commerciale*. L'autre est celle que nous appellerons la destination *somptuaire*. C'est celle qui porte sur les objets mobiliers servant à l'ornement des habitations.

1° Destination agricole, industrielle ou commerciale. — Les objets immobilisés de cette catégorie sont visés par l'article 524, 1er alinéa, qui les définit « objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds », et qui procède ensuite à une énumération de ces objets.

L'article 524, on le remarquera, insiste surtout sur les objets servant à l'exploitation agricole. En revanche, il ne dit qu'un mot de l'*exploitation industrielle*, ce qui s'explique par le peu d'importance que présentait, en 1804, l'outillage industriel et le petit nombre des grandes usines. Enfin il ne parle pas du tout de l'*exploitation commerciale*, parce qu'il était exceptionnel, au moment où le Code a été rédigé, qu'un fonds de commerce fût exploité dans un immeuble appartenant au commerçant lui-même. Mais ces deux derniers types de destination ont pris aujourd'hui beaucoup d'importance. De plus, le développement des habitudes de confort dans l'habitat des villes a fait apparaître un nouveau type de destination qui doit rentrer dans la même catégorie, celui des choses affectées à l'exploitation des *maisons de rapport* (tapis, ascenseurs, appareils d'éclairage, etc.).

Reprenons les diverses situations que nous venons d'indiquer :

A. — *Fonds rural.* — D'après l'article 524, sont immeubles par destination :

a) Les animaux attachés à la culture. — En ce qui concerne cette première catégorie d'immeubles par destination, l'article 522 dit, d'autre part : « Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. — Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles. » Ainsi, il n'y a pas de distinction à faire suivant que les animaux, bestiaux, chevaux, etc... attachés à la culture le sont par un propriétaire faisant valoir lui-même (hypothèse sans doute visée par l'art. 524, al. 1), ou par un propriétaire amodiant sa terre (art. 522) à un fermier ou métayer (ce dernier mot signifiant un fermier ou colon qui paie son fermage sous forme de part dans la récolte). Dans les deux cas, les animaux sont immeubles. Ils ne peuvent donc être saisis séparément de l'immeuble, et cela par aucune forme de saisie, pas plus par la *saisie-gagerie* que par la saisie mobilière proprement dite (V.

Req., 6 mai 1905, D. P. 1905.1.429, S. 1906.1.401, note de M. Tissier), pas plus par un créancier privilégié sur les meubles que par un créancier ordinaire.

L'article 522 ajoute qu'il en est ainsi, que les animaux aient été *estimés ou non* dans l'acte de location. Cette phrase a pour but d'éviter que, par application d'un adage classique, *Æstimatio facit venditionem*, dont le Code fait, çà et là, diverses applications de détail (V. art. 587, 1551), on ne puisse soutenir que, en raison de l'estimation, le fermier est devenu propriétaire des bestiaux, sous la seule charge d'en rendre la valeur à l'expiration du bail, et que, dès lors, ses créanciers ont le droit de les saisir. D'ailleurs, ce que la loi veut empêcher, c'est une présomption de cession en propriété attachée à l'estimation ; mais il va de soi que les parties seraient libres d'attribuer, par une convention expresse, cet effet à l'estimation qu'elles feraient, dans le contrat, des animaux attachés à la culture.

Enfin, l'article 522 nous dit que les animaux immobilisés par le propriétaire sont immeubles, « tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention ». Si, en effet, le propriétaire changeait la destination, par exemple, vendait le cheptel au fermier, ou encore le rattachait à une autre exploitation, les animaux redeviendraient meubles. Aucun inconvénient n'existerait plus de ceux que nous avons signalés plus haut ; par exemple, peu importerait que les animaux fussent saisis séparément du fonds, parce qu'ils ne feraient plus partie du même patrimoine ou serviraient à la culture d'un autre immeuble.

b) Le matériel agricole. — Ce qui comprend « les *ustensiles aratoires* » et les « *pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes* ». Il convient ici de faire une distinction. Les objets du matériel en question ne sont immeubles par destination qu'autant qu'ils sont destinés à demeurer sur le fonds d'une manière constante ; il n'en est pas de même de ceux dont la destination est d'accompagner les produits de l'exploitation vendus au dehors. Ainsi, les tonneaux employés à contenir le vin provenant des vignes d'un domaine, et non point à être vendus en même temps, constituent des immeubles par destination (Grenoble, 22 janvier 1898, D. P. 1900.2.44). Mais il en serait autrement des tonneaux servant à contenir le vin vendu à des acheteurs ; ceux-là sont des meubles (V. note de M. Valéry, D. P. 1903.2.249).

c) « Les *semences* données aux fermiers ou colons partiaires ». — On remarquera qu'une fois mises en terre, les semences deviennent immeubles par nature.

d) « Les *pailles et engrais* », (du moment qu'ils doivent servir à l'exploitation du fonds). — En effet, les pailles et engrais destinés à être vendus, comme ceux des écuries situées à la ville, sont des objets mobiliers. Deux observations sont ici nécessaires :

α) Le caractère immobilier des pailles et engrais ne semble pas rigoureusement réservé ici, conformément à la règle générale, aux matières placées sur le fonds par le propriétaire. En effet, les pailles et engrais doivent normalement être remplacés, au fur et à mesure de leur consom-

mation ou mise hors d'usage, par les soins du fermier, auquel le Code impose ailleurs (art. 1778) l'obligation de laisser, à la fin de son bail, les pailles et engrais de la dernière année. La Jurisprudence admet donc que les pailles et engrais, même récoltés par les fermiers, sont immeubles par destination, dès lors qu'ils doivent être laissés à l'expiration du bail, soit en vertu de l'article 1778, soit en vertu d'une clause du bail (Civ., 30 août 1882, D. P. 83.1.213, S. 84.1.383). A notre avis, il n'y a là d'ailleurs qu'une exception purement apparente aux principes de la matière. En effet, les pailles et engrais récoltés par le fermier n'en sont pas moins destinés à l'exploitation du fonds *par la volonté du propriétaire* qui a imposé au preneur la charge de les abandonner, volonté formellement exprimée lorsqu'il y a clause du contrat, volonté *supposée* par la loi au cas où, dans le silence du contrat, il y a lieu à application de l'article 1778.

β) Les pailles et engrais doivent être considérés comme l'accessoire du fond pris *dans son ensemble*, et non de certaines parcelles en particulier. D'où résultent diverses conséquences. D'abord que, si le propriétaire détache une parcelle du fonds pour la vendre, l'acheteur n'a droit, en principe, et à moins de convention expresse ou implicite en sens contraire, à aucune part des pailles et engrais. Et, en second lieu, que, si le fonds entier est vendu par lots, les pailles et engrais, faute de pouvoir se rattacher à aucune portion déterminée plutôt qu'à une autre, doivent en principe rester la propriété du vendeur (Req., 1er juillet 1896, D. P. 97.1.388 ; Nancy, 16 mars 1895, D. P. 98.2.25, note de M. de Loynes).

e) Les *animaux non domestiques*, vivant sur le fonds à l'état libre, mais constituant cependant une dépendance de son exploitation. —L'article 524 cite « les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs et les ruches à miel » (avec leurs abeilles). Toutes ces solutions sont logiques. Ces animaux sont l'accessoire du fonds. Ce que le propriétaire de l'immeuble possède, c'est une garenne, un étang, un colombier, une ruche bien peuplés, et non pas des lapins, des pigeons, des poissons et des abeilles. *A contrario*, il résulte de l'article 524 que les pigeons enfermés dans des volières, les lapins des clapiers, les poissons retenus dans des bassins ou des viviers sont des meubles ordinaires.

On remarquera qu'ici, à la différence de ce qui a été décidé pour les pailles et engrais, les animaux assimilés à des immeubles doivent être considérés comme l'accessoire, non du fonds tout entier, mais de la partie spéciale de l'immeuble dont ils dépendent. Il est clair que, si le propriétaire vendait séparément le colombier, la garenne, ou l'étang, on comprendrait mal que l'acquéreur n'eût droit qu'à une partie des pigeons, des lapins ou des poissons, ou bien que le vendeur se vît réserver la propriété de ces animaux.

L'énumération de l'article 524, en ce qui concerne les accessoires mobiliers du fonds rural, n'est pas d'ailleurs limitative. Ainsi, les échalas des vignes, les perches à houblon, les vers à soie placés par le propriétaire en vue de l'exploitation du fonds sont, eux aussi, des immeubles par destination.

B. — *Etablissement industriel.* — Sont immeubles par destination « les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines », dit l'article 524.

La loi du 21 avril 1810, art. 8, ajoute que les chevaux exclusivement attachés aux travaux intérieurs des mines et les agrés, outils et ustensiles servant à l'exploitation sont réputés immeubles. On doit en dire autant de tout le matériel d'une manufacture, d'un atelier, d'une usine, du moment que l'industriel est propriétaire de l'immeuble lui-même. Ainsi, seront immeubles : les machines à vapeur, les chaudières, les voies Decauville (Req. 23 février 1914, D. P. 1914.2.80 ; note de M. Valéry, D. P. 1903.2.249). Il en est de même des chevaux et voitures destinés à assurer le transport des produits.

C. — *Etablissement commercial.* — De même, sans que la loi ait eu besoin de le dire, quand le fonds de commerce est exploité par le propriétaire de l'immeuble, le matériel nécessaire à l'exploitation, tables, comptoirs, rayons, étagères, chevaux, voitures, mobilier d'un hôtel, décors d'un théâtre, est immeuble par destination (Req. 2 août 1886, S. 86.1.417 ; Besançon, 13 avril 1892, D. P. 92.2.551).

A cette destination commerciale on peut rattacher, avons-nous dit, celle qui tient à l'exploitation des *maisons de rapport.* Seront ainsi immeubles par destination les choses que le propriétaire a placées dans la maison pour le service de l'immeuble : l'ascenseur, les téléphones, le tapis d'escalier, les fermetures mobiles des boutiques, les baignoires, appareils de toilette, appareils à douche des appartements. Ces immeubles par destination ne doivent pas être confondus dans la maison, avec les objets mobiliers incorporés ou retenus par une attache fixe, qui sont devenus des immeubles par nature, comme les portes, les fenêtres, les volets fixes, les revêtements des cheminées, etc., ni avec les *meubles meublants* proprement dits, que le propriétaire de la maison met dans son appartement particulier pour son usage personnel, comme les lits, matelas, tables, chaises, fauteuils, tapis, vaisselle, etc., et qui sont évidemment des meubles.

Observations communes aux précédents immeubles par destination. — Deux observations essentielles dominent les précédentes catégories d'immeubles par destination.

D'abord, l'énumération donnée par la loi n'a, on l'a vu, rien de limitatif. Cependant, la jurisprudence française exige, pour qu'il y ait immobilisation, que les objets mobiliers attachés par le propriétaire au service de son fonds apparaissent, par leur nature et leur usage, comme *indispensables* à ce service et à cette exploitation (Req., 31 juillet 1879, D. P. 80.1.273, S. 80.1.409, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 9 décembre 1885, D. P. 86.1.125, S. 86.1.201). Ainsi, les meubles meublants, tels que banquettes, tapisseries, fauteuils, coffres, bahuts, placés par les propriétaires dans les maisons de rapport de grand luxe, sur le palier des escaliers, dans les vestibules, les loges ou avant-loges de concierges, ne paraissent pas devoir être considérés comme des immeubles par destination, bien que ces meubles

soient, en définitive, consacrés au service de l'immeuble. Au contraire, la Jurisprudence belge, plus raisonnable, croyons-nous, n'exige pas que les objets mobiliers attachés par le propriétaire soient indispensables ; il lui suffit que ces objets aient, pour l'exploitation du fonds, « une utilité réelle et incontestable » (Gand, 19 mars 1887, D. P. 89.2.118).

On remarquera, en second lieu, qu'il n'est pas nécessaire, pour que la destination agricole, commerciale, industrielle, entraîne l'immobilisation des objets affectés au service du fonds, que cette affectation soit *perpétuelle*. Ainsi, les rouleaux d'affiches-réclames, la chaux en tonneaux et en sacs placés par le propriétaire dans une usine destinée à la fabrication des phosphates seront des immeubles par destination, encore que ces objets ne puissent être considérés comme attachés au fonds à perpétuelle demeure (Chambéry, 19 janvier 1904, D. P. 1907.2.361, note de M. Poncet).

2° **Destination somptuaire.** — Nous avons opposé à la précédente destination (qu'on pourrait qualifier d'utilitaire), une autre destination, celle qui tend à immobiliser un certain nombre d'objets dont l'article 525 nous fournit des spécimens, les *glaces* des appartements, les *tableaux et autres ornements*, les *statues*. La caractéristique de ces objets est qu'ils servent à *l'ornement*. C'est pourquoi nous avons qualifié leur destination de *somptuaire*. Le Code subordonne leur immobilisation à deux règles spéciales :

A. — Il faut d'abord qu'ils aient été attachés au fonds par le propriétaire avec une vue de perpétuité, « *à perpétuelle demeure* », dit le dernier alinéa de l'article 524, annonciateur des indications complètes de l'article 525.

B. — De plus, l'article 525, déterminant à quel signe se discernera le dessein du propriétaire d'immobiliser à perpétuité ces effets mobiliers, nous dit qu'il n'en sera ainsi que lorsque ces effets « sont scellés en plâtre ou à chaux ou en ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés ». En un mot, le Code exige *une attache matérielle* allant jusqu'à l'incorporation au bâtiment.

Le même article 525 ajoute, il est vrai, deux tempéraments au principe :

a) « Les *glaces* d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Il en est de même des *tableaux* et autres ornements. » Ainsi, les glaces ou peintures ou tapisseries de dimension, encastrées dans des boiseries pleines, suivant le charmant style décoratif du Directoire ou du Consulat auquel devaient naturellement penser les rédacteurs du Code, sont immobilisées, bien qu'en somme on puisse les retirer sans détérioration, en laissant seulement à nu la partie de boiserie pratiquée exprès pour les recevoir.

b) « Quand aux *statues*, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture et sans détérioration. »

Ce régime spécial de la destination somptuaire prête à deux questions :

A') Le législateur n'a-t-il pas commis une véritable confusion, en ran-

geant dans la catégorie des immeubles par destination des objets mobiliers incorporés si étroitement à la construction qu'ils n'en peuvent être détachés sans fracture ou sans détérioration ? Ces objets, tels que des moulures de plafond, des rampes d'escaliers ou des fenêtres, etc... ne sont-ils pas, en tant que parties désormais intégrantes de la bâtisse, des *immeubles par nature*, et n'ont-ils pas, dès lors, le caractère immobilier quand bien même ils auraient été incorporés par un occupant quelconque ? Nous le pensons en effet. Le législateur de 1804 a commis ici une évidente confusion, venant de ce que nos anciens auteurs rangeaient dans une seule et même classe tous les effets mobiliers immobilisés, de quelque manière qu'eût eu lieu l'immobilisation. Les rédacteurs du Code ont oublié un instant la sous-distinction qu'eux-mêmes avaient introduite.

B') Mais comment s'explique la règle elle-même ? Pourquoi avoir exigé une attache perpétuelle et, sinon toujours assez solide pour aller jusqu'à l'incorporation, au moins manifestée par un signe extérieur et matériel irrécusable, tel qu'une niche de statue ou un parquet de glace ou de trumeau ? Evidemment, par l'idée un peu étroite relatée précédemment que les objets immobilisés par leur affectation au service d'un fonds doivent se rattacher à l'exploitation de ce fonds d'une manière évidente, incontestable (nous avons dit plus haut *nécessaire*). Or, lorsqu'il s'agit de choses de luxe, d'ornement, les créanciers gagés sur le mobilier seraient trop aisément frustrés si l'on acceptait trop facilement l'idée d'une immobilisation de ces objets. De là les conditions rigoureuses imposées par les articles 524, dernier alinéa, et 525.

Si tel est le motif de la loi, on comprend que la Jurisprudence moderne ait fait assez bon marché des dispositions de l'article 525, et se soit parfois délibérément affranchie de ses exigences. En effet, les conditions normales d'exploitation et d'usage d'une habitation varient avec le temps, avec les progrès du confort et du luxe. Ce qui était une somptuosité un peu exceptionnelle à l'époque du Consulat est devenu, aujourd'hui, normal et courant dans l'aménagement des maisons. Aussi, la Jurisprudence admet-elle depuis longtemps, en général, que les dispositions de l'article 525 sont purement *démonstratives* et non pas limitatives. Donc, les objets d'ornementation tels que les glaces, statues, trumeaux, etc... seront réputés immeubles par destination à cette seule condition que l'intention du propriétaire de les attacher au fonds à perpétuelle demeure ne puisse être douteuse ; à quoi certains arrêts seulement ajoutent que cette intention doit se manifester *par un signe extérieur*. C'est ce qui aura lieu, par exemple, pour les statues placées, non seulement dans le creux d'une niche spéciale, mais aussi sur un piédestal enfoncé en terre. Mais la plupart des arrêts n'exigent même pas cette condition supplémentaire, et se contentent de la *certitude de l'intention* du propriétaire. C'est ainsi que les glaces placées, sans boiserie, à plat sur un papier de tenture, et fixées au moyen de pattes-fiches, seront des immeubles par destination, car de tels ornements apparaissent aujourd'hui comme *nécessaires* pour la location des maisons (Req., 8 mai 1850, D. P. 50.1.269, S. 50.1.523 ; Nancy, 25 mars 1905, D. P. 1906. 2.366, S. 1905.

2.279. V. cep. Civ., 17 janvier 1859, D. P. 59.1.68, S. 59.1.519. Cf. Douai, 1er février 1900. D. P. 1900.2.447).

Etant donnée une telle modification dans les idées, il est fâcheux et irrationnel que l'on doive continuer à considérer comme meubles les plaques de propreté des portes, le tableau indicateur d'une sonnerie électrique, les piles et sonneries électriques, sous prétexte que ces objets ne sont pas attachés à l'immeuble par du plâtre et du ciment et peuvent en être détachés sans aucune détérioration (V. Nancy, 25 mars 1905, D. P. 1906.2.366, S. 1905.2.279). Une telle solution est conforme à la loi positive, puisque le principe général posé par l'article 525, alinéa 1er, et exigeant une attache matérielle, subsiste pour tous les objets somptuaires autres que ceux qui sont énumérés dans les alinéas suivants du même article. Mais, au point de vue législatif, la solution consacrée par l'arrêt ci-dessus retarde évidemment. Quel est le créancier qui pourrait considérer des objets du genre de ceux dont il est question comme indépendants de la maison dont ils constituent, de nos jours, l'accessoire normal et en quelque sorte obligé? En réalité, ce qui était autrefois immobilisation somptuaire est devenu aujourd'hui immobilisation commerciale, plus généralement *utilitaire*, et devrait cesser, dès lors, d'être soumis aux conditions de l'article 525, alinéa 1er.

III. **Troisième catégorie : Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.** — Cette classe comprend, nous l'avons vu, les *droits immobiliers,* autres toutefois que la propriété, celle-ci se confondant, s'absorbant dans les objets mêmes, immeubles par nature ou meubles immobilisés, sur lesquels elle porte Ainsi, seront immeubles dits *par l'objet auquel ils s'appliquent* (art. 526) :

1° Les *droits réels*, autres que la proprieté, portant sur un immeuble, c'est-à dire :

A. — Les *droits réels principaux :* usufruit, usage, habitation, servitudes, emphytéose, superficie.

B. — Les *droits réels accessoires* : hypothèque, antichrèse.

On remarquera que l'article 526 ne mentionne que l'*usufruit* immobilier, les *servitudes* ou *services fonciers*. Mais cette disposition doit certainement être généralisée.

2° Les *créances immobilières*. — Ici, quelques explications sont indispensables. Un droit de créance est presque toujours mobilier, et c'est pour cela que l'article 526 ne mentionne pas les créances immobilières parmi les *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent*. En effet, un droit de créance a toujours pour objet d'obliger le débiteur à faire, à ne pas faire ou à donner quelque chose.

S'il a pour objet un fait ou une abstention, on admet traditionnellement qu'il faut ranger la créance dans la classe des meubles, parce que l'on considère, non pas la chose même que le débiteur sera tenu de faire, mais son acte lui-même, lequel ne peut être raisonnablement rangé dans la casse des immeubles. Par exemple, si un architecte la promis de construire

une maison, son obligation est mobilière, bien que le résultat soit la construction d'une maison. C'est que l'obligation de l'architecte se compose d'une série de faits successifs, plans, devis, traités avec des entrepreneurs, avec des fournisseurs, etc. Ce qui est l'objet de l'obligation, c'est non pas la maison, mais la dépense d'activité imposée à l'architecte pour arriver à la construire.

Quand l'obligation a pour objet de transférer la propriété d'une chose il semble que, si cette chose est un immeuble, le droit du créancier devrait être immobilier. Pourtant il n'en est rien. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse de l'obligation contractée par le vendeur d'un immeuble; on verra plus loin que, d'après notre législation moderne, au moment même du contrat, l'acheteur *devient propriétaire de l'immeuble et non pas seulement créancier*. L'objet de sa créance n'est donc pas l'immeuble; ou, plus exactement, cette créance a pris fin, s'est éteinte en même temps qu'elle naissait. Quel est donc l'objet de l'obligation du vendeur ? *Livrer* l'immeuble, c'est-à-dire laisser l'acheteur se mettre en possession. Or, cette obligation est une *obligation de faire* laquelle rentre, nous venons de le voir, dans la catégorie des meubles.

Il en serait autrement cependant si l'acheteur ne devenait pas immédiatement, et par l'effet seul de la vente, propriétaire de l'immeuble. Par exemple, je vous vends 300 mètres de terrain à prendre sur un emplacement donné. Tant que les 300 mètres vendus n'ont pas été déterminés par une délimitation du sol, vous ne pouvez pas devenir propriétaire. Vous êtes simplement créancier de l'immeuble dont la propriété vous sera transmise par la détermination de la parcelle achetée. Ici seulement, et dans une hypothèse, on le voit, tout à fait exceptionnelle, nous arrivons à découvrir une *créance immobilière*. Cette créance constituera un immeuble de notre troisième catégorie.

Il y a encore un autre droit qu'on peut aussi qualifier de *créance immobilière*, et qui, dès lors, constitue un immeuble par l'objet auquel il s'applique : c'est la *redevance minière* due par le concessionnaire d'une mine au propriétaire de la surface. Nous retrouverons ce droit, en traçant plus loin les lignes essentielles de la législation sur la propriété des mines.

3° Les *actions immobilières* (l'article 526,3e al. dit « les actions qui tendent à revendiquer un immeuble »). *Actio quæ tendit ad immobile est immobilis.*

Les actions immobilières sont de deux sortes. Elles comprennent en effet :

A. — Les actions qui sont attachées aux droits réels immobiliers. Ce sont :

L'action en *revendication* d'un immeuble, dont est armé le propriétaire à l'encontre d'un usurpateur ;

L'action *confessoire* de l'usufruit d'un immeuble, qui appartient à l'usufruitier ;

L'action en réclamation d'une servitude, dite aussi *confessoire*; appartenant au bénéficiaire de cette servitude ;

L'action du créancier hypothécaire contre le tiers possesseur de l'immeuble hypothéqué en vue de le contraindre à payer ou à délaisser.

Ces actions relatives à la propriété immobilière et aux principaux droits réels portant sur des immeubles se divisent en deux groupes :

a) Les actions *pétitoires*.

b) Les actions *possessoires*. Il sera parlé ultérieurement de cette distinction.

B. — Les actions qui ont pour objet de faire rentrer un immeuble dans le patrimoine du demandeur. Ce seront l'action en rescision, l'action en résolution, l'action en nullité, toutes actions par lesquelles un aliénateur prétend faire annuler ou résoudre par les tribunaux l'aliénation qu'il avait consentie, de manière à recouvrer la propriété de l'immeuble vendu, l'action en révocation ou en réduction d'une donation ou d'un legs immobilier, etc.

On appelle, en procédure civile, ce second groupe d'actions des *actions mixtes*, parce que, bien que n'étant pas des actions réelles, elles ont cependant pour résultat d'anéantir le transfert de propriété qui s'était produit antérieurement.

IV. Quatrième catégorie : **Immeubles par déclaration du propriétaire.** — Ce sont certaines créances mobilières dont la loi organise l'immobilisation fictive. Cette classe d'immeubles ne comprend plus aujourd'hui que les *actions de la Banque de France*. Elles peuvent être *immobilisées* par leur titulaire (Loi du 16 janvier 1808, art. 7).

L'immobilisation résulte d'une déclaration faite à la Banque de France et inscrite sur les registres dans la forme prescrite pour les transferts.

Quant à l'utilité principale de cette immobilisation, elle consiste en ce que les actions immobilisées peuvent être hypothéquées et servir ainsi d'instrument de crédit à leur titulaire. En revanche, les actions de la Banque immobilisées sont assujetties à la contribution foncière (art. 3 et 4, loi de finances du 18 avril 1831).

En fait, les porteurs d'actions de la Banque de France n'usent pas de la faculté que leur accorde la loi du 16 janvier 1808. Au lieu d'hypothéquer une action, il est en effet bien plus simple de la donner en gage à un établissement de crédit ou à un prêteur quel qu'il soit.

Il convient d'ajouter que les auteurs de la loi de 1808 visaient un autre résultat. C était de permettre aux actionnaires de la Banque d'effectuer en actions immobilisées les remplois qui *doivent être faits en immeubles* par des maris, dans le cas où leur contrat de mariage ne les autorise à aliéner les biens de leur femme qu'à condition de faire immédiatement un remploi de ce genre. Mais, postérieurement à 1808, on a accordé la même faveur aux rentes sur l'Etat, par un procédé bien plus simple et sans recourir à la complication de l'immobilisation. En effet, la loi de finances du 2 juillet 1862 (art. 46) a décidé simplement que les sommes, dont le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre vifs ou testamentaire, peuvent être employées en rentes 3 %, à moins de clause contraire du contrat de mariage. Les lois postérieures qui ont autorisé l'émission de

nouveaux types de rentes leur ont étendu la même faculté[1]. Les rentes ainsi acquises en remploi restent des meubles.

SECTION II. — DES MEUBLES.

Les biens sont meubles *par leur nature*, ou par la *détermination de la loi* (art. 527).

Première catégorie : Meubles par nature. — Ce sont les *meubles corporels*, ou (dans une conception plus savante) le droit de propriété sur les meubles corporels.

Rentrent dans cette catégorie tous les « corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées » (art. 528).

L'article 531 ajoute que « les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles ».

Le même caractère d'évidence s'attache à la disposition de l'article 532 d'après lequel « les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction ». Le texte est néanmoins utile en ce qu'il permet d'affirmer que les matériaux un moment détachés d'un édifice, mais devant y reprendre place pour sa réfection ou réparation, ou même devant servir à d'autres constructions du même propriétaire, ne perdent pas leur caractère immobilier.

Deuxième catégorie : Meubles incorporels ou meubles par la détermination de la loi. — Dans cette classe, visée par l'article 529, on range tous les *droits mobiliers* autres que le droit de propriété.

Ces droits sont de nature bien différente :

1° Droits réels portant sur des meubles, et actions en justice ayant pour objet de revendiquer un meuble ou de faire rentrer un meuble dans le patrimoine ;

2° Droits de propriété littéraire, artistique, industrielle ;

3° Offices ministériels ;

4° Fonds de commerce ;

5° Créances ;

6° Rentes ;

7° Parts des associés dans une société commerciale ou civile.

En réalité, aucun principe rationnel n'a présidé à la composition de la catégorie des biens meubles. Tout ce qu'on peut dire pour la justifier, c'est que notre Droit ayant fait (à tort) de la division en meubles ou en immeubles une *summa divisio*, on a refoulé dans la classe des meubles tous

1. Voir notre tome troisième, p. 312, note 1.

les éléments du patrimoine qui ne pouvaient pas être considérés comme des biens immobiliers.

1° **Droits et actions portant sur des meubles.** — Nous rangeons dans cette classe :

A. — Les *droits réels portant sur des meubles*, autres que le droit de propriété, comme l'usufruit d'un meuble, le droit de gage. L'article 529 ne cite pas ces droits dans son énumération. Mais leur caractère mobilier ne fait pas de doute. En revanche, il mentionne :

B. — Les *actions en justice*, qui sont mobilières dans deux cas:

a) Quand elles ont pour objet de revendiquer un objet mobilier, ce qui est le cas pour l'action du propriétaire d'un meuble perdu ou volé, ou encore de faire reconnaître à leur titulaire un droit réel mobilier autre que la propriété ; on citera, comme exemple, l'action confessoire de l'usufruitier d'un meuble, ou l'action du gagiste en vue de réclamer entre les mains d'un tiers l'objet de son gage perdu ou volé.

b) Quand elles ont pour objet de faire acquérir un meuble. Rentreront dans cette catégorie l'action en réclamation d'une créance mobilière, l'action en résolution, en nullité d'une aliénation mobilière, l'action en révocation ou en réduction d'une donation mobilière, d'un legs mobilier, etc.

Une observation est ici nécessaire relativement à la terminologie vraiment défectueuse du Code civil. On a pu remarquer que la première espèce de meubles, dite par *détermination de la loi* (art. 529), dont nous venons de parler, devrait être qualifiée de meubles par l'*objet auquel ils s'appliquent*, si le Code avait apporté quelque concordance dans les nomenclatures qu'il consacre respectivement aux meubles et aux immeubles. En effet, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont les droits réels immobiliers et les actions en justice tendant à obtenir ou à reprendre un immeuble. Rien ne peut expliquer pourquoi le même terme n'a pas été employé dans la classification des meubles incorporels.

2° **Droits de propriété littéraire, artistique, industrielle.** — Sous ce nom inexact mais commode de *propriété* littéraire, artistique, industrielle, on désigne les droits de l'auteur, de l'artiste, de l'inventeur sur l'œuvre intellectuelle qu'ils ont créée ou l'invention qu'ils ont faite. Ce droit consiste dans le profit pécuniaire que l'intéressé peut se procurer en reproduisant son œuvre par l'imprimerie, la gravure, la photographie, ou en fabriquant des objets à l'aide du procédé inventé, ou en vendant ce droit de reproduction ou de fabrication. C'est en définitive un *monopole d'exploitation*, très différent de la propriété, à ce point de vue surtout que c'est un *droit temporaire*.

Quoi qu'il en soit, on range ce droit dans la classe des meubles, parce qu'il aboutit à procurer à l'auteur ou à l'inventeur des bénéfices en argent.

3° **Offices ministériels.** — L'office, ou plutôt le droit de l'officier ministériel (notaires, avoués, avocats à la Cour de cassation, huissiers,

greffiers, agents de change, commissaires-priseurs, courtiers) de *présenter* un successeur à l'agrément du Gouvernement, et d'exiger en conséquence de ce successeur une somme représentant le prix de cette présentation, est rangé, pour la même raison, dans la catégorie des *droits mobiliers*. C'est la loi de finance du 28 avril 1816, art. 91, qui, à une époque où l'Etat avait à faire face à la liquidation des guerres de Napoléon et cherchait partout des ressources nouvelles, a malencontreusement, moyennant un bénéfice dérisoire de quelques millions, rétabli pratiquement la patrimonialité des offices dont la Révolution avait fait table rase. Il est vrai que, théoriquement, l'officier ministériel ne fait que *présenter* son successeur à l'agrément du Gouvernement. Il est vrai aussi que celui-ci exerce un contrôle sur le prix de cession, afin d'éviter qu'une majoration excessive n'induise l'officier ministériel à récupérer au détriment de la clientèle le montant des sacrifices exagérés qu'il se serait imposés pour acquérir l'office. Il n'en est pas moins certain qu'en réalité un grand nombre d'offices, c'est-à-dire de *fonctions publiques*, sont redevenus à peu près ce qu'ils étaient avant 1789. Ils diffèrent d'ailleurs, à beaucoup de points de vue, des offices de l'ancien Régime, notamment en ce qu'ils constituaient autrefois des *immeubles fictifs*, tandis qu'aujourd'hui ils sont un élément de fortune mobilière. On en comprendra l'importance considérable lorsqu'on saura qu'on n'évaluait pas à moins d'un milliard avant la guerre la somme qui serait nécessaire à l'Etat s'il voulait procéder au rachat des offices ministériels. Encore cette évaluation ne table-t-elle que sur les prix de cession officiels, prix parfois majorés en fait au moyen de *contre-lettres*, ou actes secrets, prohibées par la Jurisprudence, mais très difficiles à empêcher en fait.

4° **Fonds de commerce.** — Un fonds de commerce se compose de divers éléments :

Des *objets corporels*, les marchandises et le matériel ; des *biens immatériels*, l'achalandage c'est-à-dire la clientèle, l'enseigne, le droit au bail (car les locaux où s'exerce le commerce ont grand intérêt pour le fonds, quelquefois ils en font toute la valeur, ce qui est le cas pour les cafés, les restaurants, etc.). Les brevets d'invention, les marques de fabrique peuvent être encore d'autres éléments incorporels du fonds.

Ordinairement, on admet que ces divers éléments forment un tout, un ensemble, et que cet ensemble constitue un bien incorporel appelé *fonds de commerce* et rentrant dans la catégorie des meubles (V. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 9e édit., n° 432, et *Traité de droit commercial*, 4e édit., t. 3, n. 240 et s.).

Une autre opinion, moins simple, plus proche peut-être de la réalité, considère que le fonds de commerce n'est pas une universalité juridique, un bien formé d'éléments divers. Chaque valeur qui le compose garderait son individualité propre. Sans doute, les diverses valeurs constitutives du fonds peuvent être groupées dans une opération unique, comme la vente du fonds, son nantissement, mais elles peuvent aussi demeurer distinctes, être par exemple vendues ou engagées séparément. Il ne faut donc pas

établir une indivisibilité entre ces divers éléments (V. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e édit., 1910, nos 86 et suiv.). Dans cette opinion, le fonds de commerce ne serait donc pas un bien, mais un ensemble comprenant plusieurs biens. Et, en conséquence, il n'y aurait pas lieu de lui faire prendre place dans la classification des biens en meubles et en immeubles, pas plus qu'on ne le fait pour l'hérédité d'une personne ou pour le patrimoine lui-même.

Cependant, l'opinion classique, consistant à faire du fonds un bien mobilier, est celle qui prévaut encore aujourd'hui dans la Doctrine et devant les tribunaux. Un arrêt et quelques auteurs ont même poussé si loin l'idée de l'unité juridique du fonds de commerce que, dans le cas, à la vérité assez rare, où ce fonds est exploité dans un immeuble spécialement affecté à cet objet et appartenant au commerçant, ils ont soutenu que cet immeuble lui-même fait partie du fonds de commerce et doit, à ce titre et dans cette mesure, être assimilé à un meuble (V. Montpellier, 29 novembre 1897, sous Civ., D. P. 99.1.353 ; et note de M. Valéry, D. P. 1903.2.249, avec les autorités citées). Cette solution, d'une logique d'ailleurs incontestable, serait de nature à faire ressortir l'inconvénient du système traditionnel qui fait du fonds de commerce un bien indivisible et le range, comme tel, dans la catégorie des meubles par la détermination de la loi.

5° **Créances.** — Nous avons déjà dit que, abstraction faite de la catégorie très restreinte des créances immobilières, les créances sont toujours mobilières, parce qu'elles ont en général pour objet la remise d'un meuble, et parce que, lorsqu'elles ont pour objet soit un fait, soit une abstention, ces prestations, n'étant pas des immeubles, ne peuvent, vu le caractère général de la division des biens en immeubles et en meubles, être assimilées qu'à cette seconde catégorie.

Les termes employés par l'article 529 pour cette catégorie de meubles incorporels doivent être signalés. Le texte, voulant désigner les créances, nous parle des « *obligations*... qui ont pour objet des *sommes exigibles* ou des effets mobiliers. » Il faut faire ici plusieurs remarques :

A. — Le texte oublie les créances qui ont pour objet un *fait* ou une *abstention*.

B. — Cet article pourrait sembler, à première vue, faire une distinction, d'ailleurs inexplicable, entre les créances de sommes *exigibles*, c'est-à-dire les créances dont le terme est échu, et celles qui ont pour objet des sommes non exigibles, c'est-à-dire dont le terme n'est pas encore échu. Cependant il n'est pas douteux que les unes comme les autres sont pareillement des meubles. La vérité c'est que le mot *exigible* a été ici gauchement employé. Ce que la loi a voulu désigner ainsi dans les premiers mots de l'article 529, ce sont les créances de sommes payables *en capital*, par opposition aux créances dont le capital ne peut être réclamé tant que les arrérages en sont payés, c'est-à-dire aux *rentes*, qui font l'objet de dispositions particulières.

C. — Enfin, on remarquera que le mot d'*obligations*, employé dans ce

membre de phrase, a ici un sens général et désigne toutes les créances, y compris certaines créances de nature particulière que, dans la langue financière, on désigne par le mot d'*obligations*, pris, cette fois, en un sens restreint. En effet, quand une société civile ou commerciale veut emprunter une somme d'argent importante, elle divise ordinairement cette somme en un grand nombre de parts égales, par exemple de 500 fr. chacune, qu'elle offre au public, en lui promettant de payer un taux d'intérêt variable suivant son crédit. Ces parts s'appellent des *obligations*. Les obligataires deviennent créanciers de la société, jusqu'à concurrence de la somme totale représentée par le nombre d'obligations qu'ils ont souscrites. La société rembourse cet emprunt dans un délai convenu, généralement par la voie de tirages au sort annuels. Les *obligations*, en prenant cette fois le mot dans son sens restreint, sont donc, elles aussi, des *créances mobilières*.

6° **Les rentes : A. — Définition et classification des rentes.** — La *rente* est une créance d'un genre particulier qui donne le droit au créancier ou crédi-rentier de se faire payer des *arrérages périodiques* soit sa vie durant, soit indéfiniment. Elle diffère donc de la créance ordinaire qui a pour objet une somme d'argent *payable en capital à un terme fixé*. Le crédi-rentier, lui, n'a droit qu'à des arrérages périodiques ; il ne peut jamais exiger le capital représentatif de sa rente.

Une justification de notre terminologie s'impose tout d'abord. On a fait remarquer en effet que le mot arrérages est synonyme de rente. Il n'y a pas, a-t-on dit, dans la rente, deux choses distinctes : 1° le droit abstrait de rente ; 2° les arrérages ou fruits de la rente ; « en réalité, la rente est le revenu annuel, et, sous le nom d'arrérages, c'est toujours de la rente qu'il s'agit. » L'observation est exacte aujourd'hui ; mais dans notre ancien Droit, il n'est pas douteux que la rente, droit réel sur un immeuble, était un bien distinct des arrérages. Nos explications postérieures le prouveront clairement. Nous n'avons donc fait, dans notre définition, qu'appliquer à l'institution actuelle les caractères qu'elle avait autrefois, ce qui, dans une matière dominée par l'histoire, nous paraît assez justifiable.

Il y a deux sortes de rentes bien distinctes :

a) *La rente viagère.* — C'est une variété très usuelle, car le contrat de rente viagère se pratique fréquemment.

Premier exemple : aliénation d'un immeuble moyennant le paiement d'une rente que l'acheteur se charge de servir au vendeur tant que celui-ci vivra.

Second exemple : constitution d'une rente viagère moyennant le versement à une caisse d'assurance, soit de primes annuelles, soit d'un capital unique.

La rente viagère constituée à titre onéreux est un *contrat aléatoire*. D'ailleurs la rente n'a pas toujours le caractère d'un contrat à titre onéreux. Elle peut être créée, et l'est fréquemment en fait, par donation ou par legs.

b) *La rente perpétuelle.* — C'est une opération qui, autrefois, avait une importance considérable, mais qui, aujourd'hui, ne se pratique plus entre particuliers. En revanche, l'Etat français et les Etats étrangers en font fréquemment emploi. C'est leur façon ordinaire d'emprunter. Moyennant le versement d'un capital de 100 fr., par exemple, ils promettent à leur créancier une rente annuelle et perpétuelle de 3, 4, 5 francs, suivant que leur crédit est plus ou moins solide. Le rentier ne peut pas exiger le remboursement de son capital, mais l'Etat emprunteur a le droit de le lui rembourser quand il le veut. C'est un droit dont, en fait, il usera lorsque la prospérité de ses finances ayant augmenté son crédit, il trouvera à emprunter à un taux plus avantageux. Il se servira alors des sommes empruntées au taux nouveau (de 4% par exemple) pour rembourser les rentiers auxquels il sert le taux ancien (de 5% par exemple), à moins que ces derniers ne préfèrent accepter la conversion de leurs rentes 5% en rentes 4%.

Ce que nous venons de dire s'applique aux émissions de rentes ordinaires. Mais l'Etat n'emprunte pas toujours sous cette forme. Il lui arrive aussi de créer des rentes *amortissables*. Dans ce cas, bien qu'on emploie le mot *rente*, *le contrat est un véritable prêt d'argent* à intérêts. L'Etat, en effet, s'engage à rembourser le capital emprunté dans un certain délai, par voie de tirage au sort.

B. — **Les rentes dans l'ancien Droit français. Rentes foncières et rentes constituées**[1]. — Nous avons dit que, dans notre ancienne France, les constitutions de rentes perpétuelles étaient très fréquentes entre particuliers. Elles répondaient à divers besoins et se ramenaient à deux types : la rente foncière et la rente constituée.

a) *Rente foncière.* — Tout d'abord, la rente foncière perpétuelle était un *mode d'aliénation* des immeubles fort usité.

La vente d'un fonds de terre moyennant un capital payable en argent, telle que nous la pratiquons aujourd'hui, a été en effet pendant longtemps une opération fort peu répandue, et cela pour plusieurs raisons. La première, c'était que le numéraire était peu abondant et qu'on ne trouvait pas aisément un acheteur possédant les fonds nécessaires. La seconde, c'est qu'en pays coutumier, le plus souvent, les immeubles à aliéner étaient des fiefs et des censives, et que, si on les vendait, il fallait payer des *profits* au seigneur ou supporter le *retrait*. Le contrat de bail à rente évitait plusieurs de ces inconvénients. De là son succès ; de là les services économiques et sociaux qu'il a rendus, en permettant à une catégorie nombreuse de travailleurs l'accès de la propriété foncière.

Si, maintenant, nous procédons à l'analyse juridique du contrat de rente foncière, nous y verrons que le *bailleur*, c'est-à-dire l'aliénateur, transmettait la propriété au preneur, appelé quelquefois *censitaire*, mais qu'il se

1. Charles Lefebvre, *Les fortunes anciennes au point de vue juridique*, cours de doctorat, 1912, p. 48 et s. ; *Observation sur les rentes perpétuelles dans l'ancien droit*, 1914; Brissaud, *Manuel*, p. 478 et s.

réservait le droit de recevoir une rente annuelle, dont les arrérages devaient lui être servis non seulement par le preneur actuel, mais par tout acquéreur de l'immeuble.

La rente foncière était donc *un droit réel retenu sur l'immeuble* par l'aliénateur, *droit réel immobilier* qui lui permettait de réclamer les arrérages annuels à tous les possesseurs successifs. C'était l'immeuble qui était débiteur, en première ligne, de la rente. Il en résultait que le censitaire pouvait se décharger du fardeau de la rente en *déguerpissant*, c'est-à-dire en délaissant le bien. « Le contrat de bail à rente, dit Pothier, *Traité du contrat de bail à rente*, n° 4 (éd. Bugnet, t. IV, p. 173), tient beaucoup du contrat de vente, mais il en diffère, en ce que, par le contrat de vente, le vendeur s'oblige à transporter à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose vendue ; au lieu que, par le contrat de bail à rente, le bailleur se *retient* un droit de rente sur l'héritage. » Ce n'est pas d'ailleurs la seule charge de la rente qui pesait sur le preneur et ses successeurs, mais encore celle de conserver et entretenir en bon état l'héritage pour la sûreté de la rente.

Le bail à rente pouvait être fait soit à temps, soit à perpétuité. Lorsque la charge était perpétuelle, il arrivait que les contractants introduisaient dans le contrat une clause permettant au preneur de la *racheter*, c'est-à-dire de s'exonérer du service de la rente, en forçant le bailleur à recevoir une somme correspondant à la valeur capitalisée de celle-ci. Comme cette clause dénaturait le droit de rente perpétuelle, elle n'était pas vue avec faveur. Il fallait que le rachat fût opéré dans les trente ans de la création de la rente (Coutume de Paris, art. 120). Sinon, la faculté de rachat était censée prescrite. Aussi l'usage de la clause de rachat était-il assez restreint.

Néanmoins, les inconvénients économiques des charges perpétuelles grevant les propriétés devaient conduire à des errements différents. Un édit de 1441, sous Charles VII, déclara rachetables toutes les rentes établies sur les maisons de Paris. Henri II étendit cette règle à toutes les villes du royaume par un édit de 1553 (Pothier, *Traité du contrat de bail à rente*, n° 24, éd. Bugnet, t. IV, p. 180).

b) *Rente constituée.* — Les *rentes constituées* différaient, comme opération économique, des rentes foncières. Ce n'était pas un moyen d'accéder à la propriété foncière, mais un procédé qui permettait aux capitalistes de tirer profit de leurs capitaux, sans encourir les peines qui, sous l'influence du droit canonique, frappèrent le prêt à intérêt.

A l'origine, la rente constituée différait peu de la rente foncière. Celui qui avait besoin d'argent créait et vendait sur son immeuble une rente foncière. Il y avait cette différence avec le cas précédent que la rente était créée sur un immeuble dont l'emprunteur conservait la propriété, au lieu que, dans la rente foncière, l'emprunteur ou débi-rentier c'était l'acquéreur, le nouveau propriétaire de l'immeuble. Rien n'était plus simple pour éviter les prohibitions canoniques. La création des rentes fournissait un moyen de crédit réel, remplaçant le prêt hypothécaire. De plus, les rentes de ce genre constituaient un placement commode ; elles étaient immeubles et rentraient dans la classe des propres. Toutefois, le système

avait des inconvénients. La charge pesait sur les acquéreurs successifs du bien. Ajoutons que la faculté de rachat de la rente n'était pas au début essentielle ; il fallait qu'il y eût eu une stipulation en ce sens au moment de la constitution. Les maisons et les biens fonds arrivaient ainsi à être chargés d'une quantité de rentes, qui grevaient lourdement les propriétaires successifs, et les empêchaient de consacrer leurs ressources à des améliorations.

Le caractère de la rente constituée ne tarda pas à se dégager de celui de la rente foncière.

Comme il ne s'agissait, dans la rente constituée, que d'une avance de fonds, il était naturel de voir en la personne du constituant le principal obligé, et de ne considérer l'immeuble que comme simplement affecté par hypothèque au service de la rente. Cette nouvelle manière de voir, développée par nos auteurs coutumiers, et notamment par Loyseau, conduisait à des résultats satisfaisants. Plus de profits seigneuriaux à payer pour la mutation, plus de déguerpissement possible du preneur, et, dès lors, sécurité pour le crédi-rentier qui conservait toujours son droit personnel contre son débiteur et les héritiers de celui-ci. Enfin, la possibilité pour un emprunteur d'obtenir des avances de fonds sans assigner tel ou tel immeuble à la rente ou même sans avoir d'immeubles, devait découler logiquement de la nouvelle conception. Toutefois, le Droit canonique résista beaucoup avant d'admettre une telle extension. Une bulle de 1568 vint affirmer que la rente n'était possible qu'à la condition d'être assignée sur un immeuble. Mais cette décision pontificale fut discutée et repoussée par les auteurs français. Pratiquement, le contrat de rente constituée, avec sa physionomie dernière, vint donc remplacer le prêt à intérêt.

Il subsista toutefois entre les deux opérations des différences considérables. D'abord, dans la rente constituée, le créancier ne pouvait pas exiger le remboursement de la somme prêtée. Il restait bien un acheteur ayant acquis *une rente* moyennant une somme d'argent. D'autre part, la charge de la rente constituée était *perpétuelle*. Il y avait là un grave inconvénient. Pour le pallier, il fut admis que le débiteur et ses successeurs auraient toujours la faculté de *racheter* la rente, c'est-à-dire de s'en libérer, en rendant au créancier la somme payée pour le prix de la constitution (Potbier, *Contrat de constitution de rente*, éd. Bugnet, t. III, p. 435 et s.). Ainsi, la rente constituée devint essentiellement rachetable, à la différence de la rente foncière qui ne l'était qu'exceptionnellement.

Dès lors, se posa la question de savoir s'il fallait ranger la rente constituée parmi les meubles ou les immeubles, question qui n'avait pu surgir tant que la création de la rente constituée avait nécessairement comporté la présence d'un immeuble et son affectation au service de la rente

L'article 94 de la Coutume de Paris décida que la rente était immeuble. En effet, disait-on, c'est un droit perpétuel qui produit des fruits successifs ; elle réunit donc tous les éléments de l'immeuble.

C. — **Les rentes dans le Droit intermédiaire.** — On sait que la Constituante a détruit le régime féodal, en abolissant sans indemnité les droits

féodaux représentatifs de la mainmorte personnelle ou réelle, et en déclarant les autres droits féodaux rachetables par ceux qui en étaient grevés (Décret du 15 mars 1790 relatif aux droits féodaux).

Cette Assemblée, pour compléter l'affranchissement de la terre, déclara rachetables les rentes foncières *perpétuelles*, qui grevaient en si grand nombre les immeubles. Il y avait là une œuvre nécessaire. Le réseau des droits fonciers qui, à la fin de l'Ancien Régime, recouvrait la propriété immobilière, paralysait les transactions, et ne convenait plus à l'état économique du pays. Le développement de la richesse, l'augmentation du capital mobilier rendaient beaucoup plus fréquentes les aliénations immobilières. Il fallait désormais les favoriser, les dégager de leurs anciennes entraves, et, par conséquent, permettre aux acquéreurs de délivrer la terre des charges dont ils l'avaient trouvée obérée en l'acquérant. Ce fut l'objet du décret des 18-29 décembre 1790, aux termes duquel « tout propriétaire pourra racheter les rentes et redevances foncières perpétuelles, à raison d'un fonds particulier, encore qu'il se trouve posséder plusieurs fonds grevés de pareilles rentes envers la même personne... »

Ainsi, les rentes foncières qui naguère n'étaient rachetables que si une clause spéciale en avait permis le rachat (et encore cette faculté se prescrivait-elle par un délai de 30 ans), sont dorénavant aussi essentiellement rachetables que les rentes constituées.

Le caractère immobilier des rentes foncières et des rentes constituées devait logiquement disparaître lui aussi dans le Droit nouveau. En effet, à mesure que l'usage du bail à rente se raréfiait, les traits essentiels de la rente foncière s'effaçaient, les liens qui la rattachaient à l'immeuble se desserraient.

Pourtant, ce n'est pas la Constituante qui modifia la nature juridique de la rente foncière. Ce fut seulement le Directoire qui, par la loi hypothécaire du 11 brumaire an VII, prépara la transformation. Les auteurs de cette loi avaient à résoudre la question de savoir si la rente foncière serait ou non susceptible d'hypothèque. L'article 7 vint déclarer que les rentes foncières et les rentes constituées ne pourraient plus à l'avenir être frappées d'hypothèque. Il dénia donc aux rentes leur caractère de *droits réels*.

Nous avons dit que cette transformation était inévitable. Depuis que toutes les rentes étaient devenues rachetables, elles ne présentaient plus en effet, une assiette assez solide pour servir de gage hypothécaire.

Ensuite, la loi de frimaire an VII sur l'enregistrement vint assimiler les rentes aux biens meubles, pour le lieu de la déclaration en cas de décès du titulaire (art. 27, § 3). Ainsi, on tendait à ne considérer la rente que comme une simple créance.

D. — **Les rentes dans le Code civil**. — L'article 529, dernier alinéa, du Code civil décide que les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat, soit sur des particuliers, sont des meubles.

Quant aux rentes foncières, on avait réservé d'abord la question. Lorsque le Code fut terminé, et avant sa promulgation, il fut proposé au Conseil

d'Etat de rétablir les rentes foncières de l'ancien Droit. Mais la proposition fut repoussée comme compliquant le régime de la propriété, et parce que la rente foncière fut estimée contraire à l'esprit du Code en ce qu'elle rappelait les redevances féodales (Fenet, t. XI, page 56 à 71).

Le caractère mobilier de la rente foncière fut-il alors consacré ? S'il en est ainsi, ce fut par simple prétérition, car l'article 530 se contente d'affirmer son caractère essentiellement rachetable. « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, nous dit-il, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. » Cependant, par concession aux partisans de l'ancienne rente foncière, on ajouta à cet article 530 deux alinéas portant : « Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. — Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle. »

Ainsi, la rente foncière, si l'on peut continuer à appliquer cette expression dorénavant peu exacte aux rentes établies comme prix de la vente d'un immeuble, peut être stipulée irrachetable pendant trente ans au maximum. Mais cette ébauche d'un retour aux combinaisons de l'ancien Droit n'a pu galvaniser une institution qui avait perdu sa raison d'être. De nos jours, l'aliénation d'un immeuble moyennant une rente perpétuelle ne se pratique plus que très rarement. Le contrat de rente foncière est tombé en désuétude, parce qu'il ne répond plus aux conditions économiques de notre époque.

Quant aux rentes à prix d'argent, constituées à titre perpétuel, elles ne sont plus usitées non plus entre particuliers. Aujourd'hui que le prêt à intérêt est permis, il serait fort peu pratique pour un capitaliste de prêter de l'argent, en renonçant au droit d'exiger le remboursement du capital. En effet, rien ne garantirait l'avenir au créancier, qui connaît bien son emprunteur actuel, mais ne peut savoir si ses héritiers futurs présenteront la même solvabilité. Une telle opération ne peut se faire qu'avec une personne morale qui, comme l'Etat, offre les garanties de la perpétuité et d'une solvabilité indéfinie. Pourtant, par exception, on rencontre quelquefois encore des constitutions de rentes perpétuelles. Presque toujours, elles sont établies par testament au profit d'une personne morale, ou constituent une fondation effectuée dans une pensée de bienfaisance. Par exemple, un testateur impose à son héritier ou à son légataire universel l'obligation perpétuelle de remettre annuellement une somme à un hospice, à une commune, à un bureau de bienfaisance, à une fabrique (cela avant la loi de 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat), en vue d'un emploi déterminé, pour soigner des malades, distribuer des prix de vertu, faire dire des messes, etc...

En résumé, la rente ne joue plus aujourd'hui le rôle qu'elle jouait dans notre ancienne France.

Il n'y a guère en fait actuellement que des rentes viagères, ou des rentes perpétuelles à prix d'argent sur l'Etat.

Ces rentes sont des *droits mobiliers.*

1° **Parts des associés dans les sociétés civiles ou commerciales.** — La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (art. 1832).

Chacun des associés fait donc un apport et possède dans le capital social une part proportionnelle à la valeur de son apport.

Cette part porte le nom d'*action*, quand la société est une société formée par actions (société anonyme, ou société en commandite par actions). Dans les autres sociétés, (sociétés civiles, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple) elle porte le nom d'*intérêt*. Aussi l'article 529 emploie-t-il les deux termes : « Sont meubles... les *actions ou intérêts* dans les Compagnies de finance, de commerce ou d'industrie... »

L'action diffère de l'intérêt à plusieurs points de vue, notamment, en ce qu'elle est une part sociale transmissible aux héritiers et cessible entre vifs. Ainsi, dans les sociétés par actions, la mort d'un actionnaire ne dissout pas la société. De même, les actionnaires peuvent aliéner leurs actions. Au contraire, dans les sociétés par intérêts, la mort d'un associé dissout la société, et l'associé ne peut pas céder sa part sans l'assentiment de ses co-associés. On dit quelquefois que les sociétés par intérêts sont des sociétés de *personnes*, et les sociétés par actions des sociétés de *capitaux*.

L'article 529 ne dit pas seulement que les parts des associés, actions ou intérêts, sont meubles, il ajoute qu'il en est ainsi, encore que des immeubles appartiennent à la société, fassent partie, par conséquent, du patrimoine social.

Comment justifier cette solution ?

Voici quelle est l'explication ordinairement adoptée. Si le droit des associés est un bien mobilier, cela provient, dit-on, de ce qu'ils ne sont pas copropriétaires des immeubles formant le fonds social. A qui donc appartiennent ces immeubles ? A la société elle-même qui est une *personne juridique*.

Cette explication simple et claire se fonde sur un passage des Travaux préparatoires, le rapport du tribun Goupil-Préfeln, qui dit, à propos de l'article 529 : « Chacune de ces compagnies est une *personne morale* qui agit et régit les affaires de l'association... Chacun des sociétaires ne pourrait sans doute hypothéquer sa portion virile dans ces immeubles. Et son droit se borne à demander, soit son dividende d'après le contrat de société, soit, lors de la dissolution de la société, la liquidation de sa portion afférente dans l'association ; mais, tant que dure la société, il n'est pas propriétaire de sa portion de l'immeuble dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble. » Ainsi, d'après cette très exacte analyse, la part sociale est un simple droit au dividende et à une part de l'actif après liquidation. Ce n'est donc pas un immeuble et, dès lors, c'est un droit mobilier. Ce n'est pas à proprement parler, cependant, *un droit de créance*, comme l'est l'*obligation* (au sens restreint du mot). Car, entre l'obligation et l'action, il y a une différence juridique incontestable. L'obligataire est un créancier ; l'actionnaire est un associé. Le droit de ce dernier comme

de tout associé, tant que dure la société, est un droit *sui generis*, qui n'est ni un droit réel, ni un droit de créance, mais dont le caractère mobilier ne peut pas être mis en doute (Paris, 11 janvier 1895, S. 97.2.241. note de M. Tissier ; Beudant, *Rev. crit. de législ.*, t. 34, p. 135 et s.).

Deux observations sont ici nécessaires.

A. — La solution de l'article 529 ne vise *in terminis* que les sociétés commerciales, « les compagnies de finance, de commerce et d'industrie ». Faut-il donc donner une règle contraire pour les *sociétés civiles*? Non ; la Jurisprudence, comme nous l'avons dit plus haut, à propos des personnes juridiques, admet que la personnalité civile appartient à toutes les sociétés, parce que, dit-elle, il est de la nature des choses qu'une société soit personne morale. De plus, et en ce qui concerne spécialement l'application de l'article 529, la loi du 21 avril 1810 (art. 8, dern. al.) portait que les actions ou intérêts dans une société ou entreprise établie *pour l'exploitation des mines* sont réputées meubles, *conformément à l'article* 529 *du Code civil*. Or, les sociétés de mines étaient alors des sociétés civiles.[1] Les parts d'associés dans la société civile possédant des immeubles, ou même ne possédant que cela, doivent donc être considérées comme des biens mobiliers (V., sur la personnalité morale des sociétés civiles, les notes M. Meynial S. 92.1.73 et 497).

B. — L'article 529 déclare que les actions ou intérêts sont réputés meubles « tant que dure la société ». Il semble, en effet, que le jour où la société est dissoute, les associés se trouvent en état d'indivision jusqu'au moment du partage. Si donc l'avoir social consiste en immeubles, le droit des associés deviendra un droit immobilier. Mais une telle solution serait contraire aux nécessités qui ont fait attribuer la personnalité juridique à la société. Il est indispensable que la société conserve cette personnalité, que ses biens demeurent distincts de ceux des associés, et que ses créanciers gardent un droit exclusif sur ses biens, jusqu'à la liquidation définitive de l'actif et du passif. En conséquence, on admet que la personnalité de la société dure jusqu'à la fin de la liquidation, et, dès lors, le droit des associés (action ou intérêt) conserve jusque-là son caractère mobilier. Il n'y a pas d'ailleurs violation de l'article 529. On considère en effet que la société, même dissoute, se prolonge et par conséquent *dure*, pour les besoins de la liquidation jusqu'à ce que celle-ci soit achevée.

(1) La loi du 9 septembre 1919, modifiant celle du 21 avril 1810, décide, dans son article 4, que l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce.

CHAPITRE II

DES BIENS DOMANIAUX[1]

Le Code civil, dans un chapitre troisième (art. 537 à 543) intitulé « Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent », oppose (art. 537) aux biens des particuliers « les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers », et il nous dit aussitôt que ceux-ci « sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ».

Ces biens n'appartenant pas à des particuliers et faisant l'objet d'une législation spéciale annoncée par l'article 537, législation dont quelques dispositions se trouvent d'ailleurs dans le Code civil lui-même, sont les biens des personnes civiles du Droit public, ou plutôt de trois d'entre elles, l'*Etat*, les *départements*, les *communes*.

Une expression désigne ces biens : on les appelle *biens domaniaux*. Leur ensemble constitue le *Domaine*.

Distinction du domaine public et du domaine privé. Son origine. — A s'en tenir aux biens de l'Etat, dont le régime s'applique d'ailleurs, *mutatis mutandis*, au domaine des départements et à celui des communes, une distinction toute rationnelle et familière à nos esprits domine toute la matière du *domaine public* et du *domaine privé*.

Le *domaine privé* comprend les biens que l'Etat possède et gère comme un particulier, qui lui produisent des revenus, qu'il peut aliéner, du moins en général, et que rien, dès lors, ne différencie extérieurement des choses susceptibles de propriété privée. Une ferme modèle, un haras, une forêt domaniale, une manufacture de tabacs ou d'allumettes, voilà des parties du domaine privé. Le Droit civil apparaît comme normalement applicable aux tractations dont ces biens peuvent faire l'objet.

Le *domaine public*, au contraire, et sans entrer encore dans les discussions épineuses auxquelles donne lieu la détermination d'un critérium pour la domanialité publique, ce sont les biens qui servent à l'usage de tous, comme les rivières, les ports, les routes, les rues, les places publiques.

1. Dalloz, *Répertoire pratique*, 1912, V[is] *Domaine de l'Etat, Domaine public*. — V. les traités de Droit administratif de MM. Berthélemy, 8[e] édit., p. 408 et s. ; Ducrocq, 7[e] édit., t. IV, p. 85 et s., 465 et s. ; Dufour, Suppl. par Taudière, 1901, t. III, p. 130 et s. ; Hauriou, 7[e] éd., p. 650 et s., 910 et s. ; Barckhausen, *Théorie générale du Domaine public* (Rev. de Droit public, 1902 et 1903) ; Blanche et de Mony, *Dictionnaire général d'administration*, V[e] *Domaine* ; Maguéro, *Dictionnaire des Domaines*, 1911 ; de Récy et Tisserand, *Traité du Domaine public*, 1893.

Ces biens ne sont évidemment pas soumis aux règles du droit civil concernant la propriété. On ne peut même dire que l'Etat en soit propriétaire. En effet, la propriété se compose de trois éléments, l'*usus* ou droit d'usage, le *fructus* ou droit de recueillir les fruits et revenus, l'*abusus* ou droit d'aliéner. Or, de ces trois éléments, l'*usus* n'appartient pas à l'Etat mais au public, à tout le monde, même aux étrangers ; le *fructus* n'existe pas, car ces biens ne produisent pas de revenus. Quant à l'*abusus* ou droit de disposition, il ne peut non plus en être question, car l'usage public auquel ces biens sont affectés ne permet pas qu'ils puissent être aliénés ou grevés de droits réels.

Si l'on veut préciser les intérêts pratiques de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, on aperçoit entre ces deux portions du domaine les différences suivantes :

1° Le domaine public est *inaliénable* (Civ., 20 décembre 1897, D. P. 99.1. 257, note de M. Sarrut, S. 98.1.94 ; Civ., 29 octobre 1900, D. P. 1901.1.183, S. 1901.1.48). Au contraire, le domaine privé peut être aliéné sous les conditions et moyennant les formes déterminées par les lois administratives. Cependant, par exception, les forêts domaniales ne peuvent être aliénées que moyennant une loi (L. 22 novembre-1er décembre 1790, art. 12 ; L. 25 mars 1817, art. 145 et s.).

2° Le domaine public est *imprescriptible*. Le domaine privé peut au contraire être prescrit (art. 2227, C. civ.).

3° Le domaine public ne peut être grevé d'*aucune servitude*. Les immeubles du domaine privé, au contraire, peuvent être grevés de servitudes comme ceux des particuliers.

4° On dit quelquefois que le domaine public est *insaisissable*. Mais il y a là une solution qui ne se rattache pas aux principes de la domanialité publique. Pas plus que le domaine public, le domaine privé ne pourrait être saisi. Cela tient à ce principe que les dettes de l'Etat se liquident et se recouvrent selon des règles particulières consistant, notamment, en ce que les voies d'exécution ordinaires ne peuvent être exercées contre l'Etat, présumé toujours solvable et, en tout cas, soustrait à l'autorité des magistrats et auxiliaires de la justice, ses propres préposés.

Cette distinction des deux domaines n'est pas, malgré certaines apparences, d'origine ancienne. En tout cas, elle a été méconnue par le Droit révolutionnaire et par les auteurs du Code civil. Elle est l'œuvre de la Jurisprudence et de la Doctrine.

Ce qui pourrait faire illusion toutefois sur l'ancienneté de la notion de domanialité publique, c'est qu'on trouve, dans notre ancien Droit, cette règle, formulée par l'édit de Moulins de février 1566, que le domaine est *inaliénable*. Mais on s'aperçoit bien vite que cette inaliénabilité ne s'appliquait pas à ce que nous appelons aujourd'hui le domaine public. Ce que l'édit de Moulins entend par domaine de la Couronne, ce sont tous les biens unis à la Couronne et dont le roi devient propriétaire à son avènement au trône en raison de son titre royal, les terres, les forêts, les palais et châteaux, les droits composant les finances de l'Etat, enfin *les écheoites ca-*

suelles attribuées au fisc royal, telles que droits de confiscation, de déshérence, d'aubaine, de bâtardise (Domat, *Le Droit public*, liv. I, titre VI, sect. I, éd. Remy, t. III, p. 111). De ces biens, correspondant à la fois au domaine privé de l'Etat actuel et aux ressources de notre budget national, le roi avait longtemps disposé avec la même liberté qu'un particulier peut user de son patrimoine. Mais, comme les nécessités de l'Etat, dont les biens du domaine constituèrent longtemps l'unique ressource, commandaient de restreindre les prodigalités royales, les cours souveraines prirent l'habitude de refuser l'enregistrement des lettres royales contenant des aliénations ; et les rois eux-mêmes ne se firent pas faute de révoquer les donations faites par eux ou par leurs prédécesseurs. On arriva ainsi à la règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne formulée expressément en 1566. Cette inaliénabilité ne comportait que deux exceptions, l'une en faveur de constitutions d'apanages, dont le roi se réservait de gratifier les princes de sa famille, l'autre relative au cas de guerre. Encore ces deux exceptions étaient-elles limitées dans leurs effets. Les apanages devaient faire retour à l'Etat après la mort des princes apanagés, et les aliénations faites en cas de guerre devaient l'être à charge de rachat.

Lors de la Révolution, la Constituante, tout en réservant les biens particuliers du roi, décida, dans le préambule de son décret des 22 novembre-1er décembre 1790, que le domaine public appartient *à la nation*, et elle supprima, sauf en ce qui concerne les forêts, la règle de l'inaliénabilité, en déclarant (art. 8) que les biens du domaine national « pourront être vendus ou aliénés à titre perpétuel et incommutable en vertu d'un décret formel du Corps législatif ». Ainsi, la nation, substituée au roi, peut faire de son domaine ce que celui-ci n'aurait pas eu le droit d'accomplir, à savoir, l'aliéner. Mais par domaine on entend à la fois tout ce qui, à nos yeux, rentre aujourd'hui dans le domaine public et tout ce qui constitue le domaine privé. En effet, l'article 1er du décret range indistinctement dans le domaine national tout l'ancien domaine du roi et, de plus, les rues, places, fleuves et rivières navigables.

La même confusion a été évidemment commise par les rédacteurs du Code civil. En effet, son article 538 nous dit : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables et flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. » Or, ce premier texte énumère, à côté des rues, routes, ports, fleuves, éléments certains du domaine public, les lais et relais de la mer qui font certainement partie du domaine privé. Et la confusion apparaît encore plus manifeste à la lecture des dispositions consécutives : Art. 539 : « Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public. » Art. 540 : « Les ports, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public. » Art. 541 : « Il en est de même des terrains, des fortifications

et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : *ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pu être prescrite contre lui.* » La pensée des rédacteurs du Code civil n'est pas douteuse. Ils ont entendu par domaine public *tout ce qui appartient à l'Etat*, aussi bien les choses considérées aujourd'hui comme constituant le domaine privé et qui, comme telles, sont aliénables et prescriptibles (lais et relais de mer, successions en déshérence, fortifications déclassées), que les choses que nous rangeons dans le domaine public et auxquelles nous appliquons, en conséquence, la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité (routes, fleuves, ports, etc.).

C'est donc la Doctrine et la Jurisprudence qui ont, de nos jours et par le seul effort des déductions rationnelles, *construit* la théorie de la domanialité publique et de la distinction du domaine public d'avec le domaine privé. Ce sont elles également qui ont tiré de la notion de domanialité publique les conséquences pratiques qui s'y rattachent : inaliénabilité, mise hors du commerce juridique, etc...

Quel est le critérium de la domanialité publique. Etendue du domaine public. — Que contient au juste le domaine public ? Nous avons vu que notre loi ne donne qu'une énumération et une énumération inexacte, puisqu'elle n'attribue pas à l'expression de domaine public le sens que nous lui conférons aujourd'hui. Il faut donc trouver un critérium, et, sur ce point, il y a controverse entre les auteurs.

Une première opinion consistant à dire que le caractère de domanialité publique résulte de l'affectation d'une chose à un service d'utilité publique (V. Hauriou, *op. cit* , p. 677 et s., et Cazalens, note sous D. P. 77.2.161), bien qu'elle repose sur bon nombre de décisions judiciaires (V. not. Lyon, 10 juillet 1894, S. 95.2.185, note de M. Saleilles ; Cons. d'Et., 28 juin 1901, *Roland*, D. P. 1902.3.104, S. 1904.3.62), nous paraît beaucoup trop large, et doit, croyons nous, être rejetée. On ne voit point pourquoi on soustrairait aux règles relatives à la propriété privée tous les bâtiments affectés à un service public comme une école, tous les objets mobiliers ayant la même destination comme les livres des bibliothèques publiques. Quel inconvénient y a-t-il à ce qu'une servitude puisse être acquise par un particulier, en vertu d'un usage prolongé, à l'encontre d'une école ou de tel autre édifice communal que rien extérieurement ne distingue d'une école privée ou de toute autre bâtisse appartenant à un particulier ?

Un autre système restreint, au contraire, considérablement la domanialité publique. Il n'y fait rentrer que les biens qui, *par leur nature même*, apparaissent comme non susceptibles de propriété privée (Berthélemy, *op. cit.*, p. 412). On peut invoquer à l'appui de cette opinion des arguments très sérieux. Elle se trouve en germe, semble t-il, chez l'un de nos anciens auteurs, Domat. Cet écrivain qui, nous l'avons vu, donne au domaine de la Couronne une compréhension toute différente de celle que nous attribuons aujourd'hui au domaine public, a soin (*op.* et *loc. cit.*, n° 7, et *Lois civiles*, Livre prélim., t. III, sect. 2, éd. Remy, t. I, p. 115) de dire qu'il ne faut

pas y faire entrer les fleuves, les rivages, les places publiques, les grands chemins, car, dit-il, « ces sortes de choses n'appartiennent à personne et sont hors du commerce ». Et le Code civil, lui-même, malgré la confusion évidente qui lui fait entasser indistinctement dans ce qu'il appelle domaine public toutes les choses appartenant à la nation ou, en d'autres termes, soustraites à la propriété des particuliers, contient le germe de la distinction édifiée, depuis, par la Doctrine et la Jurisprudence, quand il nous parle, dans l'article 538, de « *toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* ». De ces portions, il ne dit pas positivement qu'elles font partie du domaine public ; il dit qu'elles en sont *les dépendances*, expression significative prouvant que les immeubles de ce genre n'appartiennent pas à l'Etat de la même manière que les autres biens énumérés comme constituant le domaine public. Ce mode particulier d'appropriation (sans pouvoir de disposition ni d'exploitation), c'est la *domanialité publique*, au sens technique et précis que nous lui donnons aujourd'hui.

Nous estimons, quant à nous, que ce second système doit être accepté, mais sensiblement élargi. Si le domaine public ne comprenait que les choses qui, *par leur nature*, sont insusceptibles de propriété privée, il serait singulièrement restreint. Il ne comprendrait pas les ports, les chemins, les rivières, car un port, un chemin, une rivière peuvent appartenir à des particuliers ou à des sociétés de particuliers. Il n'y a guère que l'air de l'atmosphère terrestre, la chaleur et la lumière des rayons solaires, l'eau à puiser dans les rivières ou sur les bords de la mer qui, *par leur nature*, échappent nécessairement à une appropriation. A notre avis, la source de la domanialité publique, c'est l'*affectation* d'une chose, non pas à un service public, mais *à l'usage direct du public*. On s'explique ainsi, d'une part, l'inaliénabilité et l'indisponibilité de cette sorte de biens, des ports, des routes, des fleuves, objets qui, s'ils étaient livrés au commerce juridique, ne pourraient remplir leur destination, et, d'autre part, cette solution incontestable, que le caractère de la domanialité publique cesse de s'attacher aux biens faisant partie de cette fraction du domaine, lorsque leur affectation à l'usage du public vient à cesser (par exemple, le terrain d'une route nationale pourra être vendu après que cette route aura été déclassée) (V. en ce sens, Lyon, 10 juillet 1894, S. 95.2.185 ; Paris, 26 décembre 1895, P. F. 96.2.281 ; Trib. Lyon, 25 janvier 1899, D. P. 99.2.230).

Bien entendu, la volonté du législateur pourra, en dehors même des conditions indiquées, imprimer à tel ou tel bien qui, normalement, devrait rentrer dans le domaine privé, tout ou partie des caractères de la domanialité publique. C'est ainsi que les fortifications, bien qu'elles ne soient pas affectées à l'usage libre du public, font partie du domaine public, au sens strict du mot, car elles ne peuvent être aliénées, et cela en vertu d'une disposition formelle du Code civil (art. 540, 541 cbn.). Ce caractère cesse naturellement de leur appartenir quand la forteresse est *déclassée ;* alors les murs, remparts, fossés de l'ancienne place de guerre peuvent être aliénés, ils rentrent dès lors dans le domaine privé (art. 541).

Le domaine public comprend-il des constructions et des meubles? — La solution de ces questions controversées dépend évidemment, dans une large mesure, du système que l'on adopte quant au critérium de la domanialité publique.

1° En ce qui concerne les *constructions*, *bâtisses*, *édifices* publics, appartenant à l'Etat, aux départements ou aux communes, tels que lycées, universités, ministères, hospices, prisons, tribunaux, mairies, etc..., les partisans du premier des systèmes exposés plus haut les considèrent comme faisant partie du domaine public, à raison du *service public* auquel ils sont affectés.

Au contraire, les partisans du *critérium purement naturel* refusent le caractère de la domanialité publique à tous les édifices quels qu'ils soient, sauf peut-être aux monuments publics proprement dits, tels que les arcs de triomphe, les colonnes commémoratives, les statues qui sont des *dépendances* de la voie publique.

Quant à nous, nous rangerons dans le domaine public, outre les édifices qui viennent d'être indiqués, celles des constructions nationales, départementales ou communales dans lesquelles le public peut être admis librement et sans justification, telles que les bourses, musées, abattoirs, halles, marchés, asiles de nuit et chauffoirs publics (Comp. Pondichéry, 30 juin 1894, sous Civ., 11 mai 1897, D. P. 97.1.609, note de M. Sarrut, S. 98.1.435).

En conséquence, nous classerons dans le domaine public et considérerons, dès lors, comme inaliénables et imprescriptibles, les édifices du culte, puisqu'ils sont affectés directement à l'usage du public pour la célébration du culte (L. 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, art. 4 et 5). Au contraire, les partisans du critérium le plus extensif devront exclure du domaine public les édifices cultuels, puisque, depuis la loi de 1905, le culte auquel ces édifices sont affectés a cessé de constituer un service public (V. plusieurs décisions citées sous D. P. 1910.2.25).

2° Les mêmes divergences se produisent sur le point de savoir si des *objets mobiliers* peuvent faire partie du domaine public. Autrefois, les meubles dépendant de la *liste civile* étaient inaliénables et imprescriptibles. La suppression de la liste civile a-t-elle fait disparaître cette garantie précieuse pour la sauvegarde des richesses de notre patrimoine scientifique et artistique ? Un grand nombre de décisions judiciaires ont admis que les objets faisant partie des collections publiques, tableaux, statues, meubles des musées, livres des bibliothèques, archives des dépôts publics, etc., doivent être considérés comme inaliénables et imprescriptibles par suite de leur affectation à l'utilité générale. A ce titre, ils pourront être revendiqués entre les mains de tout possesseur même de bonne foi, perpétuellement, sans que le possesseur puisse jamais opposer à l'autorité revendiquante la règle : « En fait de meuble possession vaut titre », ni réclamer, en aucun cas, une indemnité (V. not., Lyon, 10 juillet 1894, S. 95.2.185, note de M. Saleilles ; Trib. Lyon, 25 janvier 1897, D. P. 99.2.230, et les renvois. *Adde*, note de M. Guénée, D. P. 97.1.257).

Nous croyons cette opinion inexacte. Aucun objet mobilier ne peut ré-

pondre à la définition que nous avons donnée du domaine public. Mais la législation positive est ici intervenue. La loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, remplaçant celle du 30 mars 1887, permet de rendre inaliénables et imprescriptibles les choses mobilières rentrant dans ces catégories, moyennant leur *classement* comme objets protégés. C'est ainsi, notamment, que peuvent être aujourd'hui protégés contre les déprédations les objets d'art placés dans les édifices cultuels. Certains objets mobiliers peuvent donc être assimilés à des choses du domaine public[1], preuve manifeste, à notre avis, que ces objets n'auraient pu être considérés comme en faisant partie, si le texte en question n'était pas intervenu.

Nature du droit de la personne morale sur le domaine public. — Nous avons déjà indiqué qu'à notre avis le droit de la personne morale, État, département, commune, sur les biens de son domaine public, n'est pas un droit de propriété, puisqu'il ne comprend pas les attributs essentiels de la propriété, *usus*, *fructus*, *abusus*. Le domaine public appartient, tant que dure son affectation, à l'usage du public plutôt qu'à la personne morale dont il dépend. La personne morale n'a, sur cette partie de son domaine, qu'un droit de *garde, de gestion et de surintendance* (V. note de M. Sarrut, D. P. 99.1.257) et non, comme on l'a plusieurs fois jugé — à tort, croyons-nous — un droit de propriété (Trib. confl., 28 janvier 1899, D. P. 99.3.41, S. 1901.3.82; C. d'État, 16 juillet 1909, D. P. 1911.3.73, S. 1909.3.97).

Toutefois, cette idée que le domaine public ne fait pas l'objet d'un droit de propriété et se trouve, dès lors, *hors du commerce*, reçoit plusieurs tempéraments notables.

1° L'Etat, le département ou la commune exercent un véritable droit de propriété, non seulement sur les biens de leur domaine privé, mais encore sur les *accessoires du domaine public* qui, naturellement, échappent à cette affectation à l'usage public dans laquelle nous avons cherché notre critérium. C'est ainsi que les produits naturels écrus sur les voies et promenades du domaine public (fruits et émondage des arbres, herbe des allées, etc...) peuvent être vendus ; que les droits de pêche et de chasse sur les rivières navigables et flottables peuvent être affermés ; que la personne morale reçoit dans son domaine privé, avec faculté de libre disposition, les alluvions déposées par les eaux le long du sol appartenant à son domaine public ; qu'elle a droit à la redevance tréfoncière due par le concessionnaire d'une mine située en sous-sol de la voie publique, etc ..

2° La personne morale peut exercer pour la protection du domaine pu-

1. L'assimilation n'est d'ailleurs pas complète. La loi de 1913 (art. 20, al. 2) prescrit d'allouer, dans certains cas, une indemnité au détenteur de bonne foi d'objets classés entre les mains duquel ils auront été revendiqués. Or, les principes de la domanialité publique, si on les avait appliqués ici, auraient dû conduire à refuser au possesseur toute indemnité, car, pas plus que l'article 2279, l'article 2280 n'aurait pu lui être appliqué. (Voir sur cette loi, Eygout, *Revue de Droit Public*, 1922).

blic les mêmes actions et défenses qu'un propriétaire proprement dit, notamment les actions possessoires (Req., 9 janvier 1872, D. P. 72.1.41, S. 72.1.225). Elle a, de même, droit à l'action en cession de mitoyenneté, le cas échéant, contre les propriétaires voisins (Paris, 11 novembre 1897, D. P. 1900.1.593, note de M. de Loynes, S. 1900.2.105, note de M. Wahl).

3° La personne morale, qui ne peut aliéner les biens de son domaine public, peut faire sur ces biens des *concessions* ou autorisations d'occupation temporaire, ayant d'ailleurs un caractère précaire en ce sens qu'elles sont essentiellement temporaires, et, en général, révocables ou rachetables (Lois des 21 décembre 1872, art. 2 ; 29 juillet 1881, art. 5 ; 29 février 1912, art. 20). Ces concessions donnent lieu à la perception d'une redevance présentant tous les caractères d'un loyer et conférant au concessionnaire un droit qu'il peut défendre à l'encontre des tiers comme une propriété privée, notamment au moyen d'une action possessoire (Civ., 25 juin 1889, D. P. 90.1.151).

Deux sortes de concessions, vu leur importance, mériteraient de faire l'objet de développements spéciaux qui relèvent plutôt du Droit administratif. Ce sont, sur le domaine de l'Etat, les concessions de la voirie nationale faites aux compagnies de chemins de fer, et, dans le domaine communal, les concessions de cimetières.

4° Enfin, certains auteurs et plusieurs décisions admettent que, lorsqu'une dépendance du domaine public change de destination pour être rattachée à une autre partie du domaine public, au profit soit d'une autre personne morale, soit d'un concessionnaire d'une autre fraction du domaine public, comme une compagnie de chemins de fer, la privation de jouissance qui est ainsi infligée à la personne morale dépouillée d'une partie de son domaine, constitue une véritable expropriation, laquelle donne lieu à une indemnité déterminée conformément aux règles de la loi du 3 mai 1841. Cependant, cette solution est très contestée, et de nombreuses autorités repoussent l'application à cette matière des règles du droit commun, par cette raison qu'il n'y aurait pas ici expropriation, celle-ci impliquant l'idée d'une aliénation, mais simple *changement d'affectation* (V. note de M. Sarrut, D. P. 99.1.257, et concl. de M. Teissier, comm. du gouv., C. d'Etat, 16 juillet 1909, D. P. 1911.3.73).

Distinction des différents domaines. — Nous avons dit qu'il y a trois personnes publiques auxquelles s'applique la distinction du domaine public et du domaine privé : l'*Etat*, le *Département*, la *Commune*. Les autres personnes morales de Droit public (établissements publics) n'ont qu'un domaine ou patrimoine privé.

Nous ne reviendrons pas sur le domaine de l'Etat.

Les biens du domaine public *départemental* sont les *routes* faisant partie de la voirie départementale, c'est-à-dire celles qui ont été créées par le budget du département, ou qui, anciennement nationales, lui ont été rétrocédées par application du décret du 16 décembre 1811 qui a fait des départements des personnes morales ; les *chemins de fer* d'intérêt départemental.

Font au contraire, à notre avis, partie du domaine privé du département, les édifices affectés à un service départemental, palais de justice, prisons, casernes de gendarmerie, asiles d'aliénés, haras et fermes modèles, préfectures, etc...

Les biens du domaine public *communal* sont les chemins vicinaux et ruraux, les places, rues, passages, les églises et autres édifices cultuels, les cimetières, les musées. Rentrent, au contraire, dans le domaine privé, les mairies, hospices, hôpitaux, écoles, etc...

C'est une question de savoir s'il faut comprendre dans le domaine privé communal ce qu'on appelle les *biens communaux*, prés, bois, marais, forêts, immeubles dont la jouissance en nature appartient aux habitants. L'article 542 du Code civil se contente de nous dire que ces biens « sont ceux à la propriété ou à la jouissance desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Vestige des anciennes communautés d'habitants, remontant peut-être plus haut encore, par leurs anciennes origines historiques qui les rattacheraient à la *mark* de la tribu germanique, les communaux sont en France encore considérables, puisqu'ils comprennent, malgré les aliénations inconsidérées qui en ont été longtemps faites, plus de onze millions et demi d'hectares. On admet ordinairement qu'ils font partie du domaine privé de la commune. Quelques auteurs prétendent qu'ils sont la propriété collective des habitants.

TITRE II

LES DROITS RÉELS PRINCIPAUX

Ce titre se divisera naturellement en quatre parties. La première sera consacrée à l'étude des *droits réels envisagés en eux-mêmes*. Dans la seconde et la troisième, on traitera de leurs *modes d'acquisition et d'extinction*, et, dans la quatrième, on étudiera la *garantie* ou *protection judiciaire des droits réels*, c'est à dire les actions par lesquelles on les fait valoir en justice et les modes de preuves qui s'y rattachent.

PREMIÈRE PARTIE

LES DROITS RÉELS ENVISAGÉS EN EUX-MÊMES

Les droits réels, sur la définition desquels nous n'avons pas à revenir, se divisent en *droits réels principaux* et *droits réels accessoires*. Les droits réels principaux sont la *propriété*, l'*usufruit*, les *servitudes* (art. 543 : « On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou simplement des services fonciers à prétendre »), auxquels il faut ajouter l'*emphytéose*. Les droits réels accessoires sont les *privilèges*, les *hypothèques* et le *nantissement* (gage, antichrèse). On les qualifie d'*accessoires*, parce que leur fonction consiste à servir de garantie à un droit de créance dont ils assurent la réalisation. L'étude des droits réels de cette catégorie se rattache donc logiquement à celle des droits de créance. Nous en traiterons en même temps que des obligations. Il ne sera donc question en ce volume que des *droits réels principaux*.

CHAPITRE PREMIER

LA PROPRIÉTÉ

GÉNÉRALITÉS

Définition du droit de propriété. — La propriété peut être définie *le pouvoir d'user d'une chose et d'en retirer toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer d'une façon exclusive et perpétuelle.* L'action du propriétaire peut s'exercer par des *actes matériels.* Ainsi, le propriétaire use de la chose, il monte son cheval, cultive son champ, habite sa maison ; ou, s'il le préfère, il néglige sa chose, ne l'utilise pas, ou même il la détériore, il la détruit, etc... Ou bien, l'action du propriétaire se traduit en *actes juridiques.* Ainsi, le propriétaire d'un cheval loue ou vend ce cheval ; le propriétaire d'une maison ou d'une ferme donne à bail cette maison ou cette ferme ; il l'aliène en totalité ou en partie ; il l'hypothèque. Ces différents actes, le propriétaire a le droit de les faire tous, *et il l'a seul.* Les autres hommes sont tenus de respecter cet exercice de son activité matérielle ou juridique.

Nous avons ajouté cette caractéristique que le droit de propriété est *perpétuel.* Ce qui ne signifie pas que la propriété d'une chose appartienne toujours au même titulaire, car le propriétaire peut mourir, transmettre alors sa chose à un héritier ou à un légataire ; il peut l'aliéner aux mains d'un autre individu. Mais le droit lui-même n'est pas destiné à s'éteindre ; il *se perpétue en se transmettant.*

Les idées que nous venons d'exprimer se trouvent imparfaitement traduites dans la définition fameuse du droit de propriété donnée par l'article 544. « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

Cette définition a donné lieu à deux critiques, l'une d'ordre technique, l'autre d'ordre social, qu'il importe de signaler et de réfuter aussitôt.

1° On a reproché au Code civil de nous avoir donné, dans l'article 544, plutôt une *description* qu'une *définition.* En effet, ce texte, sans élucider la nature même du droit de propriété, se contente d'en énumérer les principaux attributs. Et encore, ajoute-t-on, le fait-il incomplètement. Car les Romains avaient discerné trois éléments dans le droit de propriété, l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* : l'*usus* ou *jus utendi*, c'est-à-dire le droit d'user de la chose, de s'en servir pour tous les usages auxquels elle peut se prêter et qui ne sont pas interdits par la loi ; le *fructus* ou *jus fruendi*, c'est-à-dire

le droit de retirer de la chose tous les fruits qu'elle peut donner, soit directement en la cultivant soi-même, soit indirectement en la louant à un tiers qui paye périodiquement une redevance convenue ; enfin, le *jus abutendi*, c'est-à-dire la faculté de disposer de la chose, soit en la *consommant* ou en la *détruisant*, soit en l'*aliénant*, ou enfin en la grevant de droits réels constituant des démembrements de propriété. Or, l'article 544 ne retient que deux de ces trois éléments, le *fructus* et l'*abusus*.

Le caractère purement théorique de ce reproche dispense de s'y arrêter. L'oubli de l'élément de l'*usus*, commis par le législateur de 1804, est peu grave en réalité. Sans doute a-t-il considéré que l'*usage* est une sorte de *jouissance*, celle qui consiste à retirer personnellement l'utilité ou le plaisir que peut procurer une chose non frugifère et non exploitée ; ainsi, il y a *usus* de la part du propriétaire qui habite dans sa maison, se promène dans son parc, chasse dans ses bois, monte son cheval, etc... Dans le langage courant, ce sont bien là des actes de jouissance.

2° La seconde critique, celle ci d'ordre juridique et social, dirigée contre la définition de l'article 544, mérite plus d'attention. Le texte du Code, en effet, au lieu de s'attacher, comme notre définition, à l'aspect *exclusif* et *perpétuel* du droit de propriété, en signale un prétendu caractère *absolu* qui, si on le prenait à la lettre, serait *anti-social* et *anti-juridique*.

Anti-social. Nous ne croyons pas devoir insister ici sur les attaques dirigées par les écoles socialistes contre le principe même de la propriété individuelle. On sait que ces écoles protestent contre la possibilité d'une appropriation des choses du monde extérieur, surtout de celles qui, de leur nature, sont de quantité restreinte, comme la terre, au profit exclusif d'un seul individu, lequel se trouve, de la sorte, investi d'un monopole lui permettant, avec l'appui de la force sociale, de dominer les autres individus moins favorisés et d'assujettir une partie de leur activité à l'accroissement indéfini de ses propres richesses[1]. Le jurisconsulte n'a pas à justifier la propriété foncière, la seule qui soit vraiment critiquée. Elle se justifie toute seule. C'est un *fait historique*, résultat d'une longue évolution, qui, à l'heure actuelle, et pour longtemps sans doute, s'impose à nous avec la force et la

1. Il suffit de renvoyer ici aux thèmes bien connus des adversaires de la propriété foncière, à Rousseau : « Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne » (*Contrat social*, I, 9. Cf. *Discours sur l'inégalité*, 2e partie) ; à Spencer : « La justice n'admet pas la propriété appliquée au sol, car si une partie du sol peut être possédée par un individu qui la retient pour son usage seul, comme une chose sur laquelle il exerce un droit exclusif, d'autres parties de la terre peuvent être occupées au même titre, et ainsi toute la surface de notre planète tomberait entre les mains de certains individus... et, en ce cas, tous les autres ne pourraient exercer leurs facultés et même n'exister qu'avec le consentement des propriétaires » (*Social Statics*, p. 132). De même il est inutile de reproduire l'argumentation, souvent paradoxale et excessive, des économistes libéraux ou des politiciens bourgeois qui se sont appliqués à faire de la propriété foncière, une institution *de droit naturel*, c'est-à-dire éternelle, intangible dans sa forme actuelle, indispensable. « Le fondement indestructible du droit de propriété, c'est le travail » (Thiers). « La propriété est le fruit légitime du travail, elle en est la représentation, l'expression ; elle en est le stimulant, l'instrument nécessaire » (J. Simon). Le lecteur jugera sans doute avec nous que la reproduction et la discussion de ces thèses antagonistes absolues seraient aujourd'hui tout à fait oiseuses.

nécessité d'une loi de la nature. Cependant il est incontestable que les inconvénients vrais ou exagérés de l'institution de la propriété, en particulier de la propriété foncière, seraient singulièrement aggravés, si le droit du propriétaire était *absolu*, en ce sens qu'il ne souffrirait ni tempérament ni restriction.

Mais cela est inexact. Et, à cet égard, le texte de l'article 544 serait *antijuridique*, si on devait le prendre à la lettre. Le droit de propriété, surtout celui du propriétaire foncier, comporte de nombreux tempéraments dont l'importance et la quantité grandissent chaque jour. D'ailleurs, l'article 544 lui-même y fait, *in fine*, une allusion, démontrant bien qu'il ne faut pas prendre le mot *absolu* dans le sens qu'ont eu en vue les critiques du Code civil. En fait, la propriété, institution *individualiste*, est, sous nos yeux, soumise à un régime de restrictions qui lui confèrent, déjà, dans une large mesure, un caractère *social*.

Quel est donc le sens de l'article 544 ? A notre avis, il y a deux explications de ce texte qui, d'ailleurs, peuvent se cumuler.

Tout d'abord, en disant que la propriété est le droit le *plus absolu*, l'article 544 exprime cette vérité que c'est le droit réel le *plus complet* qui puisse exister sur une chose. Et, de fait, les autres droits réels ne comportent qu'une fraction, qu'une partie des diverses facultés dont le faisceau constitue le droit de propriété. On ne les conçoit qu'avec le support du droit de propriété subsistant au profit d'un autre titulaire, après avoir subi, il est vrai, l'amputation, la distraction d'une partie de ses avantages. Par exemple, l'usufruit, c'est le droit d'user et de jouir (*usus*, *fructus*) de la chose appartenant à un autre. C'est pourquoi les droits réels autres que la propriété sont très exactement qualifiés de *démembrements de la propriété*.

En second lieu, les rédacteurs du Code civil, en qualifiant la propriété de droit *absolu*, ont dû vouloir faire allusion à son *indépendance* actuelle, par opposition au caractère *dépendant* et *subordonné* qui était, en général, celui de la propriété foncière avant la Révolution.

Notions générales sur l'histoire de la propriété foncière[1]. — On ne remontera pas aux temps très anciens, contemporains de l'introduction de l'agriculture, où, d'après des données d'ailleurs assez conjecturales, l'humanité primitive ne connaissait d'autre propriété que la propriété mobilière (armes, instruments, vêtements, animaux, esclaves), non plus qu'à la période, historique cette fois, de l'organisation collective de la propriété foncière. On se contentera d'indiquer les différences profondes qui distinguent le régime de la propriété foncière actuelle de celui de l'ancienne

1. De Laveleye, *La propriété et ses formes primitives* ; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles* ; Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, 3e éd., p. 606 et s., et p. 612 ; Glasson, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français*, p. 39 et s., 113 et s., 188 et s., 437 et s. ; R. Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le Droit intermédiaire*, thèse, Paris, 1889 ; Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2e éd. 1923.

Société française et, au contraire, apparentent nettement nos idées, en cette matière, aux conceptions du Droit romain.

Eminemment simple et pratique était l'organisation de la propriété foncière à Rome, du moins si, négligeant les régimes exceptionnels et transitoires (propriété des fonds provinciaux, droits réels résultant des locations perpétuelles), on envisage le droit de propriété type, le *dominium ex jure quiritium*. A Rome, le propriétaire exerce sur sa parcelle un droit exclusif comprenant, nous l'avons vu, l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*. Ce droit peut être démembré par le propriétaire, mais les seules charges qu'il lui est loisible d'établir sur le bien sont : l'*usufruit*, droit essentiellement temporaire ; la *servitude*, droit perpétuel établi sur le fonds au profit d'un autre fonds, ordinairement voisin, et qui procure à celui-ci un avantage infiniment plus grand que la gêne qu'il impose au fonds servant ; l'*hypothèque* enfin, moyen de tirer crédit du fonds de terre. En un mot, ce qui caractérise l'organisation de la propriété foncière, c'est la *simplicité* ou l'*indépendance* du droit du propriétaire.

Dans l'ancienne France, au contraire, la propriété foncière était à la fois *dépendante* et *complexe*.

Elle était *dépendante*. *Nulle terre sans seigneur*, disait un adage du Droit coutumier. A l'exception des *alleux*, en fort petit nombre, les immeubles étaient considérés comme des *tenures*, c'est-à-dire que leurs possesseurs, vassaux nobles ou tenanciers roturiers, bien que les possédant à perpétuité, étaient réputés les avoir reçus chacun en concession d'un *propriétaire éminent* qui, en conférant le *domaine utile* au tenancier, avait retenu le *domaine direct*, lequel se traduisait par certaines redevances *fixes* ou *casuelles* (droits de mutation) dues par le fief ou la *censive*. A côté de ces types simples de tenures foncières d'origine féodale, il y en avait, d'ailleurs, bien d'autres, venant d'une autre source, de simples *amodiations*, n'impliquant aucune supériorité sociale du concédant sur le concessionnaire (baux à rente foncière, emphytéoses, etc...), mais faites à titre perpétuel ou pour un fort long temps. Ces amodiations provenaient des nécessités économiques, notamment, de la rareté des capitaux, qui n'avait pas permis aux travailleurs de la terre d'aspirer à l'acquérir en l'achetant ; d'ailleurs, les redevances perpétuelles qu'elles faisaient peser sur les possesseurs leur conféraient une grande ressemblance avec les tenures d'origine féodale.

Ainsi, d'une part, il y avait *multiplicité* et *complication* des droits réels sur la terre (leur enchevêtrement était qualifié de *complexum feudale*). D'autre part, la terre était surchargée de redevances à payer à des particuliers, héritiers réels ou fictifs des anciens seigneurs, mais dont le temps avait fait oublier les anciens titres, et dont les droits devaient paraître d'autant plus odieux aux paysans investis du domaine utile et naturellement portés à se considérer comme les véritables et uniques propriétaires. La suppression des droits féodaux, réclamée en 1789 par les cahiers des paroisses, votée par la Constituante dans la célèbre nuit du 4 août, sous la réserve, bientôt méconnue, d'une indemnité à payer pour les droits qui apparaîtraient comme résultant non d'une *usurpation*, mais d'un *contrat*,

fut réalisée par les diverses Assemblées ; elle a constitué le grand bienfait et peut-être le résultat le plus solide de la Révolution. Le *complexum feudale* fut anéanti ; le Code civil en revint à la simplicité des conceptions romaines. « Dans le titre de la propriété, plus peut-être que dans aucun autre, put écrire avec raison le tribun Grenier, on remarque des traces de la législation romaine » (Locré, t. VIII, p. 209). En même temps, la propriété foncière redevint un droit *absolu*, en ce sens qu'elle fut délivrée des restrictions, des *impôts* véritables, qu'elle devait précédemment supporter dans l'intérêt privé de certains individus privilégiés. Seules, les restrictions apportées au droit du propriétaire dans l'*intérêt social* ont subsisté.

C'est cette double révolution qu'exprime, en somme, assez exactement la formule de l'article 544.

Les développements qui vont suivre feront apercevoir, en même temps que le caractère *libre* de la propriété foncière actuelle, la *simplicité* de son organisation. L'idée d'un *domaine éminent*, juxtaposé au droit du propriétaire effectif, a complètement disparu. C'est en vain que la Régie de l'Enregistrement a prétendu la restaurer au profit de l'Etat, afin de se créer un privilège sur les biens des successions, pour le recouvrement des droits de mutation par décès. Cette prétention a été rejetée par la Cour de cassation (Civ., 23 juin 1857, D. P. 57.1.233, S, 57.1.401). En même temps, les *démembrements* de propriété sont réduits au chiffre minimum et leur nombre est strictement limité par la loi. Ce sont l'*usufruit*, les *servitudes* prédiales, que le Code appelle *services fonciers* (art. 552, 2e al. et rubrique du titre IV) afin d'éviter l'emploi d'un mot qui rappelle la Féodalité.

Quant aux baux, ils sont temporaires, ils ne démembrent pas la propriété : le locataire, le fermier n'ont qu'un droit de jouissance purement personnel. Le décret des 18-29 décembre 1790, relatif au rachat des rentes foncières, art. 1er, défend de créer à l'avenir des redevances perpétuelles, rentes ou autres, irrachetables. La loi ne tolère que les locations à très long terme, et ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel qu'elle confère à certains des droits qui en découlent (emphytéose, bail à domaine congéable) un caractère de *réalité*.

Extensions abusives du terme et de la notion de propriété. — Dans son sens précis et technique, la propriété ne porte que sur les choses corporelles, meubles et immeubles.

Dans un sens plus étendu et que nous pouvons qualifier de *métaphorique*, la notion et le mot de *propriété* ont été appliqués à des droits tout différents, à des biens incorporels notamment, pour désigner la faculté exclusive attribuée aux titulaires de ces droits d'en user et d'en disposer. C'est ainsi que l'article 136 du Code de commerce parle de la *propriété d'une lettre de change*. Voici quelles sont les principales extensions de ce genre qu'on peut relever dans le langage courant, les principales *propriétés* incorporelles de la pratique :

1° La *propriété* des noms de famille. On a vu précédemment ce qu'il faut penser des droits ainsi désignés.

2° La *propriété industrielle* qui comprend, en première ligne, les droits attribués aux inventeurs sur les inventions et découvertes (Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention), les droits sur les marques de fabrique et de commerce, etc... objets de nombreuses lois spéciales dont l'étude constitue une fraction importante du *Droit industriel*.

3° La *propriété artistique et littéraire* ou monopole d'exploitation attribué aux écrivains et artistes sur les productions de leur esprit (Loi du 14 juillet 1866).

4° La *propriété des offices ministériels*.

5° La *propriété des grades militaires, des chaires*, etc.

Nous avons dit que le terme de *propriété*, employé pour désigner ces droits divers, était ici une véritable *métaphore*. Ainsi, ce qu'on appelle la *propriété* des grades n'est autre chose que l'ensemble des garanties organisées par la loi, pour que les officiers des armées de terre et de mer ne puissent être dépouillés de leur grade et de leur rang d'ancienneté par l'arbitraire ministériel. Mais il est évident que le droit d'un officier, que celui d'un professeur titulaire d'une chaire, ne constituent pas des biens. Quant au droit de présentation de l'officier ministériel, c'est bien un droit ayant une valeur pécuniaire, mais ce n'est pas un droit de propriété. La preuve qu'il n'y a pas là une véritable propriété, c'est que la fixation du prix de transmission de l'office est soumise au contrôle de la Chancellerie ; c'est encore que le droit de présentation peut être purement et simplement supprimé par la destitution de l'officier ministériel. De même, les caractères du droit de propriété, droit *exclusif* et *privatif* ainsi que *perpétuel*, ne se rencontrent pas dans le droit des inventeurs sur leurs inventions, dans celui des littérateurs et des artistes sur leurs productions, puisque, d'une part, le propre de ces inventions et de ces productions c'est de profiter à tous. Ne pourrait-on dire que le véritable propriétaire des œuvres d'art et des inventions c'est le public qui en bénéficie ? Et, d'autre part, la prétendue propriété littéraire ou industrielle n'est pas davantage *perpétuelle*. La durée maxima du privilège résultant d'un brevet d'invention est de quinze années. De même, les droits d'auteurs ne peuvent être perçus que cinquante années après la mort des auteurs, au profit de leurs veuves ou de leurs héritiers.

On ne s'occupera donc dans les pages qui vont suivre, que de la *propriété* au sens véritable du mot, c'est-à-dire du droit (défini plus haut) existant au profit du propriétaire sur les objets corporels, en particulier de la propriété foncière ou immobilière, la seule dont la réglementation légale présente une certaine complexité.

Division. — On traitera en trois sections successive :

1° De l'étendue du droit de propriété ;

2° Des restrictions que souffre l'exercice de ce droit ;

3° Des modalités du droit de propriété.

SECTION I. — Etendue du droit de propriété et en particulier de la propriété immobilière.

L'étendue du droit de propriété est déterminée par les quatre propositions suivantes.

I. — *La propriété du sol comprend celle du dessus et du dessous.*

II. — *La propriété du sol s'étend à tout ce qui s'y unit et s'y incorpore ou, généralement, en constitue l'accessoire.*

III. — *La propriété du sol et, plus généralement, d'une chose quelconque s'étend à tout ce qui en est le produit.*

IV. — *Les droits du propriétaire du sol sur les eaux qui le baignent font l'objet d'un régime spécial.*

§ 1. — Propriété du dessus et du dessous.

Aux termes de l'article 552, « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. — Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes. — Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

Il semblerait, si l'on prenait à la lettre la formule employée au début de ce texte, que le propriétaire du sol possède un droit exclusif à la fois sur la tranche d'atmosphère qui s'élève au-dessus de sa parcelle et sur la tranche de croûte terrestre qui s'étend au-dessous, et cela à l'infini. Mais cette idée trop simpliste comporte des tempéraments notables.

Restrictions à la propriété du dessus. — A deux points de vue, la propriété du *dessus* est moins complète que celle du *dessous*.

1° En cas d'*empiétement matériel* commis par le possesseur d'un fonds voisin, le propriétaire lésé possède des droits plus ou moins énergiques selon les cas, au moins lorsqu'il s'agit d'empiétements résultant des plantations du voisin. S'agit-il du *dessus*, le propriétaire « sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin » n'a que le droit de « contraindre celui-ci à les couper », c'est-à-dire, à moins d'entente amiable, de faire ordonner cette amputation par une décision de justice. S'agit-il, au contraire, du *dessous*, « si ce sont les racines qui avancent sur son héritage », le propriétaire « a le droit de les couper lui-même », exception remarquable au principe de l'interdiction des *voies de fait*. Ainsi le décide l'article 673, 1er et 2e al. La raison de la différence est, croyons-nous, toute pratique. C'est que le propriétaire, dont le sous sol est envahi, est exposé à couper les racines sans s'en apercevoir, lors des travaux qu'il effectue, et qu'il ne faut pas qu'il puisse être inquiété de ce chef.

On peut se demander si la même distinction s'applique aux empiétements résultant de la *pose de fils*, particulièrement de fils électriques, au-dessus

ou au-dessous de la propriété d'autrui. On trouve des décisions portant que le propriétaire du sol a le droit de contraindre le constructeur des câbles ou fils passant au-dessus à les faire couper (V. not., Trib. paix Lille, 15 novembre 1899, D P. 1900.2.361, Bordeaux 24 octobre 1910, D. P. 1910. 2.336). Nous croyons, pour identité de raisons entre cette hypothèse et celle de l'empiétement causé par des racines, qu'en cas de pose de fils dans le dessous, il faudrait appliquer l'article 673, 2e al., et permettre au propriétaire de couper lui-même les fils et câbles introduits sous son sol sans son autorisation, sauf, bien entendu, dans le cas où il est tenu d'en supporter l'établissement en vertu de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie.

2° On peut douter, à bon droit, que la propriété du sol comporte une appropriation exclusive de la *colonne d'air* qui le surmonte, et partant, le droit de s'opposer à tout usage de cette colonne par autrui, dès lors que cet usage ne se traduit point par une emprise permanente, telle qu'une plantation ou que la pose de fils électriques ou de câbles, telle encore que la construction d'un pont par dessus le canal dont vous êtes propriétaire. Par exemple, il paraît inadmissible que le propriétaire du sol puisse s'opposer au passage de ballons ou d'aéroplanes dans la partie du ciel qui surmonte sa propriété. (En ce sens, trib. civ. Seine 10 juin 1914, *Gaz. Pal.* 5-6 juillet 1914.) En effet, l'article 552, qui attribue au propriétaire du sol un droit exclusif sur le *dessus*, est placé dans le chapitre traitant *du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose* (V. la note de M. Naquet sous Civ., 15 juillet 1901, S. 1901 1.217). Il ne peut donc s'appliquer à la partie de l'atmosphère qui *ne touche pas* réellement le fond.

Cependant, un arrêt a décidé que le chasseur qui, placé en un endroit où il a le droit de chasser, tire un oiseau volant au dessus du fonds voisin, commet le délit de chasse sur e fonds d'autrui, motif pris de ce que le droit de propriété s'étend aussi bien au-dessus du sol qu'à la surface (Amiens, 19 février 1896, D. P. 96.2.129).

La solution qui nous paraît raisonnable (et elle justifierait l'arrêt précité) consiste à dire que le propriétaire du sol a bien un droit sur la colonne d'air libre qui le couvre, mais seulement pour la partie qui avoisine immédiatement son fonds, parce que c'est la seule dont la jouissance exclusive lui est indispensable pour qu'il puisse tirer de sa propriété toute l'utilité et tout l'agrément qu'elle comporte normalement.[1]

Restrictions à la propriété du dessous. Législation des mines. — Dans les premières années qui suivirent la rédaction du Code civil, on

1. Signalons les dispositions intéressantes contenues dans le Code civil suisse : Art. 667 : « La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, *dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice.* » C'est la consécration positive du système que nous croyons, à la rigueur, possible de faire sortir dès maintenant de l'interprétation de nos textes français, nonobstant leur lacune évidente. Art. 691. « Le propriétaire est tenu, contre réparation intégrale et préalable du dommage, de permettre l'établissement, à travers son fonds, d'aqueducs, de drains, tuyaux de gaz et autres, ainsi que des conduites aériennes et souterraines, il n'y est toutefois

admettait que, en vertu du principe consacré par l'article 552, le propriétaire de la surface était également propriétaire des gisements miniers situés au-dessous de sa parcelle. C'était là du reste la solution traditionnelle du Droit français. La Royauté avait bien essayé de s'attribuer le monopole d'exploitation des mines, mais elle n'y était point parvenue, et, d'ailleurs, cette exploitation ne présentait point alors une importance comparable à celle que le progrès des arts mécaniques lui a conférée depuis. La Révolution, à son tour, ne modifia point le principe traditionnel. Elle proclama, à la vérité, dans la loi sur les mines du 12 juillet 1791, que les mines et minières sont à la disposition de la Nation, mais en ce sens seulement, ajoutait le texte, que ces richesses ne peuvent être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance. Elle ne touchait donc pas à la propriété du maître de la surface.

Or, une telle solution est incompatible avec l'intérêt général. C'est une vérité d'expérience que l'exploitation des mines, pour se faire fructueusement et avec une sécurité suffisante pour les travailleurs, exige des capitaux considérables ; elle ne saurait, sans grave dommage, souffrir le morcellement résultant de la division des propriétés superficiaires. D'autre part, il importe à l'Etat que les mines soient exploitées dans des conditions avantageuses. En effet, les richesses minérales d'un pays constituent l'une de ses principales ressources, indispensables à l'essor de son industrie, souvent même à la défense nationale. Le droit supérieur de la collectivité n'est donc pas ici conciliable avec les conséquences logiques extrêmes du concept de la propriété individuelle.

C'est pour ces raisons que, quelques années après le Code civil, le régime napoléonien promulgua la loi sur les mines du 21 avril 1810, loi qui, partiellement modifiée par celles du 27 juillet 1880, du 9 septembre 1919 et du 16 décembre 1922, apporte un tempérament considérable à l'article 552.

L'idée qui domine la loi de 1810, c'est que la propriété d'une mine constitue bien une propriété, mais indépendante de celle de la surface, et n'appartenant pas nécessairement au propriétaire de cette surface. En effet, une mine ne peut être exploitée qu'autant qu'elle a fait l'objet d'une *concession* de la part de l'Etat, lequel octroiera cette concession, après délibération en Conseil d'Etat (art. 5 L. de 1810), à celui, particulier ou plus souvent société, qui paraîtra le plus apte à une exploitation méthodique et fructueuse. Ce concessionnaire pourra d'ailleurs être et sera parfois le propriétaire de la surface ; mais, même dans ce cas, le droit sur la mine constituera une propriété distincte de celle du sol qui la recouvre ; cette propriété sera cédée, hypothéquée à part ; elle présentera de plus ce caractère d'être *indivisible*, à moins de nouvelles concessions qui consacrent un morcellement.

obligé que s'il est impossible d'exécuter ces ouvrages autrement ou sans frais excessifs. » Notre Droit ne connaît de restrictions de ce genre que pour la servitude d'aqueduc établie en faveur de l'irrigation des terres (loi du 20 avril 1845 art. 1er), et pour l'établissement des lignes de distribution d'énergie électrique déclarées d'utilité publique (loi du 15 juin 1906 art. 12, 1° à 4°).

Nous nous attacherons désormais à l'hypothèse (la plus fréquente en fait) où le concessionnaire de la mine est un autre que le propriétaire du sol. Dans ce cas, les droits de ce dernier sont sauvegardés d'une manière très complète et que certains esprits considèrent actuellement comme exagérée[1]. Il y a lieu, à cet égard, de distinguer entre les diverses sortes d'atteintes que peuvent subir les droits du propriétaire superficiaire. Elles sont de quatre catégories :

1° *L'acte de concession même* consenti à un autre que le propriétaire du sol est considéré par la loi de 1810 (et cela, grâce à l'intervention énergique de Napoléon), comme une atteinte à son droit sur le sous-sol, lequel subsiste donc en principe. En conséquence, le concessionnaire est tenu de payer au propriétaire dépossédé une indemnité sous forme de *redevance annuelle* (art. 6, 18, 42, L. de 1810). La concession faite à autrui présente donc, pour le propriétaire du sol, le caractère d'une véritable expropriation pour cause d'utilité publique. Mais l'indemnité qui en résulte pour lui diffère de l'indemnité consécutive aux expropriations ordinaires, aux trois points de vue suivants :

A. — Elle est versée par un particulier, le concessionnaire, au lieu de l'être par l'Etat ou la personne publique qui poursuit l'expropriation.

B. — Elle ne consiste pas en un capital, mais en arrérages annuels.

C. — Elle n'est pas fixée par un jury, mais par le Gouvernement dans l'acte de concession. Il y a là une règle d'ordre public, entraînant la nullité des conventions par lesquelles les parties intéressées fixeraient elles-mêmes, à l'amiable, le montant de la redevance (V. Paris. 22 mars 1879, D. P. 80.2 45, S. 80.2.297, note de M. Lyon-Caen). En effet, on pourrait craindre qu'une telle entente n'aboutît à imposer à l'exploitant des conditions trop onéreuses. Donc, la même nullité ne s'appliquera pas aux conventions du même ordre, mais postérieures à l'acte de concession ; le concessionnaire n'y consentira en effet que s'il y a avantage, et elles ne peuvent, dès lors, nuire à l'exploitation (Civ., 5 février 1906, D. P. 1906.1.209, note de M. Faidides, S. 1909 1.89, note de M. Hémard).

La redevance présente un caractère immobilier, d'où cette conséquence qu'elle est affectée aux hypothèques qui sont établies sur la surface. Mais elle peut être cédée, indépendamment du sol auquel elle est due, auquel cas elle perd son caractère immobilier[2].

(1) Une satisfaction importante a été donnée à ces critiques par la loi du 9 septembre 1919. Sous l'empire de la loi de 1810, la concession était faite à titre définitif. La loi nouvelle décide qu'il ne sera plus accordé de concession que pour une durée limitée, à l'expiration de laquelle la mine revient à l'Etat.

2. Notons d'ailleurs qu'en dehors de la redevance qu'il doit payer à la surface le concessionnaire est tenu de payer à l'Etat une double redevance (art. 33, L. 1810) :

1° Une redevance fixe annuelle réglée d'après l'étendue de la concession (art. 34),

2° Une redevance proportionnelle à la quantité de produits annuellement extraits (art. 34 et 35).

La loi de finances du 8 avril 1910 a élevé le taux de ces deux redevances.

2° *Occupations dans le périmètre de la concession.* — Une seconde atteinte aux droits du propriétaire de la surface résulte de ce que le concessionnaire peut être amené par les nécessités de l'exploitation à certaines occupations de la surface *dans le périmètre de la concession.* Par exemple, il faut élever des constructions à l'orifice de la mine ; il faut y ménager des emplacements pour le lavage et la préparation des minerais, pour le dépôt des combustibles ; il est indispensable d'y tracer des voies d'accès. L'autorisation nécessaire pour ces occupations sera donnée au concessionnaire par un arrêté préfectoral, rendu après une enquête où le propriétaire aura été admis à présenter ses observations. Une indemnité sera due au propriétaire. De deux choses l'une : ou bien l'occupation n'est que *temporaire*, c'est-à-dire d'une durée inférieure à une année ; ou elle est *permanente*, c'est-à-dire supérieure à une année ; ou, encore, ce qui revient au même, les terrains seront restitués avant l'expiration de l'année, mais dans un état qui les rend impropres à la culture. Dans le premier cas, l'indemnité due par le concessionnaire est calculée sur le revenu net de la parcelle occupée. Dans le second cas, le concessionnaire peut être contraint à acheter la parcelle occupée ou endommagée pour un prix calculé sur sa valeur vénale. Dans l'un et l'autre cas, l'*indemnité sera du double*, soit du produit net, soit de la valeur vénale (art. 43, 44. L. 1810, *mod.*, L. 27 juillet 1880).

3° *Occupations en dehors du périmètre de la concession.* — Les terrains du propriétaire superficiaire ou ceux d'un voisin, sis hors du périmètre de concession, peuvent faire l'objet d'occupations de la part du concessionnaire de la mine, soit pour l'emmagasinement de ses produits, soit pour l'établissement de voies d'accès, ou encore pour des travaux de secours, tels que puits d'aération, rigoles pour l'adduction ou l'écoulement des eaux, etc... Dans ce cas, un décret rendu en Conseil d'Etat peut permettre l'*expropriation* du propriétaire superficiaire ou du voisin aux conditions ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique, telles qu'elles sont établies par la loi du 3 mai 1841, c'est-à-dire moyennant une indemnité en capital fixée par le jury d'expropriation et égale, non plus au double, mais à la valeur véritable des parcelles frappées d'expropriation (art. 44, L. de 1810, *mod.* L. de 1880).

4° *Dommages causés au propriétaire.* — Dans son exploitation souterraine, le concessionnaire peut, par ses travaux, occasionner des *dommage* aux propriétaires du dessus, par exemple, en amenant des éboulements, des desséchements de sources, des émanations de gaz délétères, etc... De ces dommages il doit réparation, à titre de dommages et intérêts. Et l'article 15 de la loi de 1810 l'astreint même à fournir une caution garantissant le paiement de cette indemnité éventuelle. Mais comment se calcule cette indemnité ? Avant 1880, il y avait, à cet égard, une controverse. Les uns voulaient que l'indemnité fût du double du préjudice, conformément à la règle spéciale formulée par l'article 43 de la loi de 1810 ; les autres prétendaient que l'indemnité devait être du simple, conformément au droit commun, exprimé dans l'article 1382 du Code civil. La Cour de cassation avait hésité. Mais un arrêt des chambres réunies du 23 juillet 1862 (D. P. 62.1.257,

S. 62.1.801) s'était prononcé pour l'indemnité simple. L'article 43 nouveau (rédigé en 1880) consacre cette dernière solution. Toutefois, on remarquera qu'on ne peut pas considérer cette matière comme entièrement soumise au Droit commun. On verra en effet que l'article 1382 du Code civil subordonne la créance de dommages-intérêts de la partie lésée à la démonstration d'une faute, à tout le moins d'une négligence commise par l'auteur du préjudice. Or ici, il est de jurisprudence qu'aucune faute de la part du concessionnaire n'a besoin d'être démontrée. Il suffit que la partie lésée ait subi un préjudice pour avoir droit à des dommages-intérêts (Nancy, 7 décembre 1895, D. P. 99.2.337. Comp., en ce qui concerne le préjudice occasionné à une mine voisine, Req. 18 juin 1883, D. P. 83.1.413, S. 84.1.81).

La législation spéciale qui vient d'être exposée donne un très grand intérêt pratique au point de savoir si tel ou tel emplacement, exploité par une industrie extractive, constitue ou non une *mine* proprement dite. La loi de 1810 en effet (art. 1 à 4) distingue des mines les *carrières* et les *minières*. Les carrières (pierres, marbres, sables, marnes, etc...) restent soumises aux prescriptions pures et simples du Code civil : c'est donc le propriétaire du sol qui en est propriétaire, seul investi de la faculté de les exploiter directement ou par un tiers. Les minières, comprenant les minerais de fer dits d'alluvion, les terres pyriteuses et alumineuses, ainsi que les tourbes, sont soumises à un régime intermédiaire entre ceux des carrières et des mines (art. 57 et s., L. de 1810 et loi du 9 mai 1866), avec droit de préférence pour l'exploitation au profit du propriétaire, mais nécessité d'une *permission administrative*. La plupart des substances minérales sont rangées expressément par la loi dans telle ou telle catégorie. Mais il en est, comme les phosphates, dont la loi ne parle pas. A quelle catégorie appartient donc un gisement de cette nature ? On a pensé à ce critérium très simple, que les carrières seraient les exploitations à ciel ouvert, les mines les exploitations souterraines. Mais on ne saurait s'y arrêter, car il y a des mines à filon superficiel et des carrières à galeries souterraines. C'est donc au juge, c'est-à-dire, en l'espèce, à un décret en Conseil d'Etat, qu'il appartient de chercher de quelle substance énumérée par la loi se rapproche celle dont la classification est en jeu, et de statuer selon cette appréciation, en partant de cette règle que l'énumération donnée par la loi des mines et carrières est *énonciative*, tandis que celle des minières est *limitative*.

§ 2. — Propriété de ce qui s'unit comme accessoire à la chose.

Aux termes de l'article 546, « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit... sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle *droit d'accession* ».

On retrouvera plus loin l'étude de ce mode d'acquisition que constitue l'*accession*, c'est-à-dire l'incorporation matérielle ou juridique d'une chose à la chose du propriétaire. Dès à présent, nous pouvons dégager le sens exact de la formule contenue dans l'article 546. Ce sens est, croyons-nous,

le suivant : lorsqu'une chose comporte certains *accessoires* qui paraissent *obligés*, c'est-à-dire nécessaires à son usage, il y a *présomption* que ces accessoires appartiennent au propriétaire de la chose. Le titre de la Propriété et la Jurisprudence nous fournissent deux applications de ce principe :

Première application : Rives des étangs. — Le propriétaire d'un *étang* est, d'après l'article 558, présumé propriétaire de tout le terrain que l'eau recouvre lorsque l'étang est plein, c'est-à-dire lorsque l'eau arrive à la hauteur du déversoir. Ainsi, que l'eau se retire à un niveau bien inférieur pendant les périodes de sécheresse, le propriétaire des rives ne pourra prétendre à aucun droit sur les terrains laissés à découvert, qui sont l'*accessoire obligé* de l'étang. La Cour de cassation a même étendu cette idée en décidant que la présomption de propriété établie par l'article 558 doit s'appliquer, au delà de la limite du déversoir, jusqu'à la limite du terrain recouvert par les *crues* de l'étang, du moins lorsque ces crues ne sont pas *extraordinaires*, mais *ordinaires*, c'est-à-dire périodiques (Civ., 13 mars 1867, D. P. 67.1.270, S. 67.1.249). En effet, l'article 558 ajoute dans son 2e alinéa : « Le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir *dans des crues extraordinaires.* »

La justification logique de l'article 558 doit nous conduire à décider que la présomption de propriété qu'il édicte ne s'applique pas lorsqu'un étang est soumis à un régime exceptionnel de travaux de desséchement (Req., 16 février 1904, D. P. 1904.1.333). Dans ce cas, en effet, le niveau de l'étang n'est pas destiné à se relever. Le terrain compris jusqu'à la hauteur du déversoir n'est plus l'accessoire obligé de l'étang.

Seconde application : Biez des canaux d'usines. — On admet, bien que le Code civil, à la différence de plusieurs coutumes de notre ancien Droit, ne consacre pas expressément cette règle, que le propriétaire d'une usine hydraulique est présumé propriétaire du biez qui y amène l'eau, ou *canal d'amenée*, ainsi que du *canal de fuite* qui l'emmène, pourvu que ces biez aient été creusés par la main de l'homme et pour le service de l'usine (Req., 31 mai 1905, D. P. 1905.1.408). En effet, ces canaux paraissent bien des accessoires obligés de l'usine.

La même idée peut même conduire à présumer un droit de propriété au profit de l'usinier sur les *francs bords* de ces canaux alimentaires, c'est-à-dire sur la bande de terrain qui s'étend le long de chaque rive et dont l'usage lui est éminemment utile pour la surveillance et l'entretien du biez (Req., 10 mai 1899, D. P. 1901.1.361, note de M. Boistel, S. 1900.1.190). Cependant, on admet en général entre les deux présomptions une différence toute logique. La présomption de propriété du biez lui-même ne cède que devant la preuve contraire. C'est en effet une présomption légale, puisqu'elle découle de l'article 546. Au contraire, la présomption de propriété des francs bords du biez n'est qu'une présomption de l'homme, c'est-à-dire abandonnée aux appréciations et aux lumières des juges. En effet, si le libre usage des francs bords et, partant, leur propriété sont *utiles* à l'usinier, ils ne lui sont pas *nécessaires*, comme l'usage et la propriété du

biez lui-même. Les francs bords, en un mot, sont bien des accessoires de l'usine, mais non des *accessoires obligés*.

§ 3. — Propriété des produits et fruits de la chose.

D'après l'article 546, « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit ».

Une distinction traditionnelle doit être faite entre les *fruits* et les *produits*.

On entend par *fruits* ce que la chose produit périodiquement, sans altération ni diminution sensible de sa substance : *Fructus sunt quæ nasci et renasci solent*.

Les fruits, à leur tour, se subdivisent. On distingue les *fruits naturels*, les *fruits industriels*, les *fruits civils* (art. 547).

Les *fruits naturels* sont ceux que la chose produit spontanément et sans le travail de l'homme, comme le fourrage des prairies naturelles, le croît des animaux.

Les *fruits industriels* sont ceux que la chose produit moyennant le travail de l'homme, comme les céréales, les légumes, le raisin, etc. Il n'y a d'ailleurs nul intérêt à la distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels. Et, couramment, on réunit en bloc les uns et les autres sous l'appellation commune de fruits naturels, par opposition aux fruits civils.

Les *fruits civils* sont les sommes d'argent qui ne proviennent pas directement de la chose elle-même, mais résultent de sa productivité, parce qu'elles sont dues par des tiers, en représentation de la jouissance de la chose qui leur a été concédée par le propriétaire. Ce sont les *loyers* des maisons et des fermes, les *redevances* dues par le concessionnaire d'une mine, l'*intérêt des capitaux prêtés*, etc.

Par opposition aux fruits, on appelle *produits* ce que la chose fournit à celui qui l'exploite, mais *sans périodicité et avec diminution de sa substance*. Ainsi, les pierres ou les ardoises extraites d'une carrière, les arrérages d'une rente viagère sont des *produits* et non des *fruits*.

On rencontrera plus tard, à propos de l'usufruit, l'intérêt principal de la distinction. On verra que certaines choses peuvent, selon les cas, être considérées tantôt comme fruits, tantôt comme produits : il en est ainsi notamment des coupes de bois.

A l'égard du propriétaire, la distinction entre les fruits et les produits est sans portée. Le propriétaire a indifféremment droit aux uns et aux autres.

§ 4. — Propriété et usage des eaux[1].

Généralités. Historique. — Aux règles que nous avons exposées sur l'*accessoire* et le *produit* de la chose se rattache naturellement l'étude du

1. V. Picard, *Traité des eaux*, 2e éd., 1896; Championnière, *De la propriété des eaux courantes*; Boulé et Lescuyer, *Code des cours d'eau non navigables ni flottables*; Daviel, *Traité des cours d'eau*; Rives, *De la propriété des cours d'eau*; Rougier, *La navigation sur les cours d'eau non navigables*; Fabreguettes, *Traité*

régime des eaux. Ce qui domine en effet cette importante matière, c'est le point de savoir dans quelle mesure l'eau, cette substance indispensable à la vie de tous, peut être considérée comme l'*accessoire* ou le *produit* du fonds qu'elle baigne et, comme telle, appartient aux particuliers ; dans quelle mesure, au contraire, elle échappe au propriétaire du sol et constitue soit une *res nullius*, c'est-à-dire une chose dont le premier venu peut s'emparer par l'occupation, soit une *res communis*, c'est-à-dire une de ces choses dont l'usage est commun à tous et qui, dès lors, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée.

Le régime des eaux appartient tout à la fois au Droit administratif et au Droit civil. Au Droit administratif, parce que c'est à l'Administration qu'appartient la police des eaux, le droit de faire des règlements d'intérêt général pour l'usage des eaux courantes, les barrages, les irrigations, etc... (V. art. 645, *in fine*). Au Droit civil, parce que l'usage des eaux peut mettre en jeu des questions patrimoniales, qu'il appartient aux tribunaux civils de trancher. Mais on remarquera qu'ici, par une dérogation frappante aux règles du Droit commun, la loi confère aux tribunaux de l'ordre judiciaire un *pouvoir modérateur*, une mission de *pure équité*. L'article 645 porte, en effet, que, « s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ». Et l'on trouve à peu près la même formule dans l'article 641, 6e al. Ainsi, les juges sont, en cette matière, autorisés à faire fléchir, s'ils le trouvent équitable, les droits du propriétaire devant l'intérêt des agriculteurs voisins (auxquels il est certain qu'on doit assimiler les industriels). C'est là une preuve entre autres, s'il en était besoin, que la propriété est loin d'être un droit *absolu*. Mais il est bon d'ajouter que, si les juges sont autorisés à exiger du propriétaire des eaux certaines tolérances au profit d'autrui, il n'en est ainsi que lorsqu'il s'agit de contestations relatives à la *propriété* des eaux. Mis en présence de *droits personnels*, par exemple, de conventions passées entre propriétaires voisins relativement à l'usage des eaux, les tribunaux n'auraient pas les mêmes pouvoirs et devraient se borner à faire observer la loi du contrat.

Sous l'ancien Droit, le régime des eaux faisait l'objet de dispositions nombreuses et confuses, ainsi que de coutumes très variables suivant les localités. Il y avait eu cependant un commencement de codification dans l'Ordonnance des eaux et forêts de 1669.

Le Code civil ne consacra que quelques articles à la réglementation des droits des propriétaires du sol sur les eaux. Ainsi, l'article 538 déclara, conformément à une tradition ancienne, que les fleuves et rivières navigables ou flottables sont des dépendances du domaine public ; les articles

des eaux publiques et des eaux privées, t. V. 1911 ; Colson, *Répertoire de droit administratif* Béquet, V° *Eaux*. Sur l'utilisation des chutes d'eau, voir Paul Bougault, *Législation des chutes d'eau*, 2e éd., 1904 ; *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901, 1902, 1903.

641 à 645 déterminèrent, fort incomplètement d'ailleurs, les droits des propriétaires sur les sources et sur les eaux courantes non navigables ni flottables. Encore ces dispositions avaient-elles reçu dans le Code une place peu rationnelle, puisqu'on les trouve sous la rubrique des *Servitudes*, alors qu'en réalité elles règlent des questions de propriété.

On ne tarda donc pas à sentir combien il serait utile de coordonner, dans une loi d'ensemble, les usages divers qui concernent le régime des eaux. Et, dès 1808, le gouvernement proposa un projet de Code rural contenant un livre consacré au régime des eaux. Mais la réforme n'eut pas le temps d'aboutir avant la fin de l'Empire. La Restauration, puis le gouvernement de Juillet, puis le Second Empire reprirent successivement le projet sans qu'il pût être réalisé. Enfin, la question revint au jour en 1876, et l'on aboutit, après vingt-deux années, à la loi, encore incomplète et assez mal venue, du 8 avril 1898. Cette loi, dont nous n'étudierons que les dispositions intéressant le Droit civil, a été incorporée, en partie, dans le Code civil. Elle est la base de notre régime des eaux actuel. Elle a été complétée par une loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie électrique.

La loi du 8 avril 1898 distingue trois sortes d'eaux : les *eaux pluviales*, les *eaux de source*, les *eaux courantes* (c'est-à-dire découlant d'une source située plus haut, et traversant ou bordant la propriété).

I. **Eaux pluviales.** — Les eaux de pluie sont certainement susceptibles d'appropriation privée. Donc, le propriétaire du sol sur lequel elles tombent a le droit de s'en rendre maître et d'en faire tel usage qu'il voudra. On l'admettait déjà sous l'empire du Code civil, bien qu'il restât muet sur la question. Le nouvel article 641 a consacré la solution dans son alinéa 1er : « Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer » (en d'autres termes, il est propriétaire) « des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. » S'il ne les consomme pas dans l'usage qu'il en fait, il peut les laisser écouler sur les fonds situés au-dessous du sien, en suivant leur pente naturelle. Nous verrons que c'est une obligation pour le propriétaire inférieur de les recevoir, obligation que l'article 640, al. 2 appelle, inexactement d'ailleurs. servitude d'écoulement.

Reste à savoir à quel titre le maître du sol devient propriétaire des eaux pluviales qui l'arrosent. On peut hésiter entre deux explications. Ou bien on peut dire que l'eau, une fois tombée sur la terre, en devient l'*accessoire* et appartient au propriétaire en vertu du principe de l'article 546. Ou bien on peut considérer que l'eau de pluie est *res nullius* et que, si le propriétaire du sol arrosé en devient le maître, c'est parce qu'il est le mieux placé pour acquérir la propriété de l'eau de pluie par l'*occupation*, mode d'acquisition des *res nullius*. La question peut présenter un certain intérêt lorsqu'il s'agit de l'eau de pluie tombée sur le sol d'une voie publique. Or, elle est résolue par la pratique d'une manière assez discordante. D'une part, la Jurisprudence semble décider que l'eau de pluie est *res nullius*. Du moins, elle est à la disposition du premier occupant lorsqu'elle découle de la voie publique.

Chaque riverain a en conséquence le droit d'effectuer des travaux de dérivation à son gré, sans que celui qui, auparavant, recueillait l'eau sur son fonds et que les travaux priveraient de cet avantage, puisse élever aucune plainte, quand bien même il y aurait eu possession de sa part pendant trente ans (V. Civ., 13 janvier 1891, D. P. 91.1.302, S. 91.1.302; Civ., 5 mars 1902, D. P. 1902.1 456, S. 1907.1.395). Et, cependant, on admet, d'autre part, que l'Etat, le département, la commune peuvent *concéder* à des particuliers l'usage exclusif des eaux tombées sur les chemins et routes leur appartenant. Cette solution est en contradiction avec les précédentes. Elle suppose que le propriétaire du chemin, qui n'a pas pris possession de l'eau pluviale qui y est tombée, a cependant un droit sur cette eau, et que, en l'absence de concession de sa part, les actes d'appropriation exercés par des particuliers sur l'eau écoulée de la voie publique ne reposent que sur une tolérance toujours révocable du maître de cette voie.

II. Eaux de source. L'eau des sources appartient au propriétaire du sol. — Ce principe était déjà consacré par le Droit romain et l'ancien Droit coutumier français. Il a été reproduit par le Code civil dont l'ancien article 641 portait : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. » Et cette phrase était unanimement interprétée comme signifiant que le maître du sol a un droit exclusif et absolu sur la source qui en jaillit. *Aqua viva pars fundi.* Peu importe que le jaillissement soit naturel, ou qu'il ait été provoqué par des travaux de sondage et d'affouillement.

Ce principe a été conservé, depuis la revision des textes du Code civil en cette matière, révision effectuée par la loi de 1898 qui a transposé l'ancien article 641 au 1er alinéa de l'article 642. Cependant, la rédaction nouvelle de la règle comporte une addition remarquable. Après avoir dit que le propriétaire du sol peut toujours user des eaux à sa volonté, le texte ajoute « *dans les limites et pour les besoins de son héritage* ». On pourrait croire que, désormais, le propriétaire de la source, sauf ce qu'il en absorbe pour les besoins domestiques, agricoles ou industriels de son héritage, est tenu de laisser écouler le surplus des eaux suivant leur pente naturelle au profit des usagers inférieurs. Mais la Jurisprudence n'a pas donné cette signification aux expressions employées par la loi, lesquelles, ainsi qu'on l'expliquera plus loin, résultent d'un incident de rédaction. Et on admet que l'article 642 nouveau consacre encore, en principe, le droit exclusif et complet du propriétaire du fonds d'émergence (Req., 20 février 1907, D. P. 1907.1.227. Cf. note, D. P. 1906.2.209). C'est ce qui résulte des travaux préparatoires de la loi de 1898, et aussi de ce que cette loi (dans l'art. 643 nouveau) a introduit certaines restrictions au droit du propriétaire du sol dans l'intérêt des usagers inférieurs, mais seulement lorsque l'eau courante sortant de la source présente un certain volume ; d'où il résulte, *a contrario*, que les sources *ordinaires*, c'est-à-dire ne donnant pas naissance à un *cours d'eau*, restent placées entièrement sous le régime de l'appropriation individuelle avec toutes ses conséquences.

Or, ces conséquences sont nombreuses et peu conformes, il faut le re-

connaître, à l'intérêt général, à la destination logique et équitable des eaux de source. Ainsi, le propriétaire d'un fonds peut entièrement capter les eaux qui en jaillissent, en priver les usagers inférieurs, alors même que ceux-ci auraient antérieurement établi et exploité des industries alimentées par cette eau (Paris, 20 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 20 février 1926). Il peut disposer de sa source, la débiter et la mettre en bouteilles, la céder à une ville pour ses réservoirs. Peu importe que cette spéculation prive d'eau potable tous les habitants d'une vallée, ruine des établissements industriels, dessèche les prairies des voisins. Le propriétaire, en agissant ainsi, ne fait qu'user de son droit. Et les voisins ainsi lésés n'auront aucun droit à une indemnité ! En effet, le préjudice qu'ils éprouvent ne résulte pas, en général, d'une expropriation, et le propriétaire, en cédant à la ville la faculté d'opérer sur son fonds des travaux de dérivation, n'a commis aucune faute qui puisse donner naissance à une action en indemnité.

Toutefois, cette dernière conséquence donne lieu à un tempérament appréciable. En effet, le Conseil d'Etat, plus préoccupé d'équité que de stricte logique juridique, a souvent trouvé le moyen d'indemniser les usagers menacés par des travaux de dérivation, au moins lorsque ceux-ci nécessitent une déclaration d'utilité publique. Ce moyen consiste à n'autoriser les villes aux travaux de dérivation qu'autant qu'elles prennent au préalable l'engagement d'indemniser les parties lésées (Cons. d'Etat, 5 mai 1893, D. P. 94.3.49, S. 95.3.1, note de M. Hauriou). Pour éviter cet engagement, les villes n'auront donc qu'un moyen, faire acheter par des tiers, leurs hommes de paille, les terrains où surgissent les sources, afin de pouvoir les acquérir à l'amiable et se passer ainsi de l'intervention du Conseil d'Etat.

On doit se demander, pour les eaux de source, comme, plus haut, pour les eaux pluviales, sur quoi repose le droit privatif accordé au propriétaire du sol. Est-ce par application de l'article 643, et parce que l'eau serait le *produit* ou l'*accessoire* du fonds où elle *prend naissance* que le propriétaire du sol en devient le maître ? Ou bien, au contraire, est-ce par l'effet de l'*occupation* d'une *res nullius*, auquel cas la propriété de la source devrait être considérée comme une propriété particulière et distincte de celle du fonds ? Dans le premier système, la source dépendrait du fonds où elle *prend naissance*. Dans le second, elle appartiendrait au propriétaire du fonds où elle *jaillit*, sans qu'il y ait à tenir compte des nappes et des cheminements souterrains de l'eau avant son point d'émergence. Les textes ne résolvent pas la question, car il en est qui parlent du fonds où l'eau *prend naissance* (art. 641, al. 3), tandis que d'autres visent le fonds d'où l'eau *jaillit* ou *surgit* (art. 642, 1er al., art. 643). Ici encore, les décisions de la Jurisprudence nous paraissent peu cohérentes.

D'une part, il a été décidé qu'un propriétaire a le droit, par des travaux de sondage, de faire jaillir l'eau sur son sol quand bien même il priverait ainsi de la source le propriétaire du fonds d'émergence, et cela sans aucune indemnité. Tout au plus, des dommages-intérêts seraient dus à l'usager frustré, par application de la théorie de l'*abus du droit*, s'il était dé-

montré que l'auteur des fouilles les a effectuées sans utilité pour son propre fonds (Req., 10 juin 1902, D. P. 1902.1.454, S. 1903.1.11). Des décisions de ce genre semblent bien impliquer que c'est le propriétaire du sol où la source *prend naissance* qui en a la maîtrise. Mais, en même temps, on admet que la source peut faire l'objet d'une hypothèque indépendante du fonds où elle jaillit (Grenoble, 16 juin 1904, D. P. 1906.2.209) ; ce qui semble bien exclure l'idée d'après laquelle la source devrait être considérée comme l'accessoire ou le produit du fonds où elle prend naissance.

Restrictions au droit du propriétaire de la source. — Le droit du propriétaire de la source comporte quatre restrictions importantes, dont deux résultent du Code civil, la troisième de la loi de 1898, et la quatrième d'une législation toute spéciale, de caractère administratif.

1° *Existence d'une « servitude non retinendi »*. — L'article 642, al. 2, prévoit que les propriétaires des fonds inférieurs ont pu, par prescription (mais la même règle doit s'appliquer certainement aux autres modes d'acquisition), acquérir, à l'encontre du propriétaire de la source, un droit consistant en ce que celui-ci est obligé de laisser écouler l'eau de sa source suivant sa pente naturelle. Si ce droit, ce que suppose l'article 642, affecte la forme d'un droit réel, il constitue, la servitude dite *non retinendi*. Nous reviendrons sur la manière dont il s'établit, en traitant plus loin des modes d'acquisition des droit réels, et particulièrement des servitudes.

2° *Restriction au profit des habitants d'une agglomération.* — Aux termes de l'article 642, al. 3, le propriétaire de la source « ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux *habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire* ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts ». La loi de 1898 n'a apporté que peu de modifications au texte de l'ancien article 643 qui, dans le Code civil primitif, établissait déjà cette règle. Elle s'est contentée de substituer les expressions : « Ne peut en user de manière à enlever aux habitants... l'eau qui leur est nécessaire » aux mots « ne peut en changer le cours » qui figuraient dans l'ancien article 643. La formule actuelle, plus large, interdit ainsi au propriétaire de la source, non seulement d'enlever l'eau aux habitants de l'agglomération à laquelle elle est nécessaire, en la dérivant, mais encore de la rendre inutilisable en ne la leur transmettant que corrompue ou contaminée.

On voit que la loi distingue deux hypothèses. On peut supposer :

A. — Ou bien que les habitants de l'agglomération possèdent une servitude *aquam non retinendi*, cas qui rentre dans l'hypothèse précédemment étudiée ;

B. — Ou bien qu'il n'y a sur la source aucun droit acquis au profit de l'agglomération ; c'est en vertu d'une simple tolérance qu'elle fait usage de l'eau de la source. Dans ce cas, par dérogation au principe, sur lequel nous reviendrons, que les actes de pure tolérance ne peuvent fonder aucun droit au profit de ceux qui en bénéficient, la loi interdit au propriétaire

de la source de priver les habitants de l'eau qui leur est nécessaire. Mais elle ajoute qu'une indemnité devra être payée par l'agglomération. Cette règle, toute d'équité et d'humanité, donne lieu à diverses questions.

a) Le bénéfice de la loi ne s'applique qu'aux *communes, villages* ou *hameaux* et non aux *maisons isolées*. Mais quand peut-on dire que la réunion de quelques maisons constitue un hameau ? Question de fait, croyons-nous, qui ne dépend pas des classifications administratives, mais doit être appréciée souverainement par les tribunaux (Req., 4 décembre 1895, D. P. 96.1.342, S. 99.1.282).

b) La loi réserve aux habitants l'eau qui leur est nécessaire. Mais *pour quels usages* ? La Jurisprudence décide que l'eau est nécessaire, lorsqu'elle sert à la consommation personnelle des habitants et à celle de leur bétail, non seulement pour la boisson, mais encore pour les soins de ménage et de propreté (V. Req., 16 février 1904, S. 1904.1.232). Mais il n'en est pas de même lorsque l'eau de la source sert à des usages agricoles ou industriels, par exemple, à l'irrigation ou à la mise en action d'un moulin, ce moulin servît-il à l'alimentation du village.

c) Enfin, quand peut-on dire qu'il y a *nécessité* ? Si le village possède à sa disposition d'autres eaux, soit courantes, soit de source, en quantité suffisante pour les usages ci-dessus, il n'y a évidemment pas nécessité. Vainement les habitants prétendraient-ils que l'eau de la source dont le propriétaire veut les priver leur est plus agréable ou plus commode (Req., 7 février 1905. D. P. 1906.1.396, S. 1906.1.86). Mais que décider s'il est établi que les habitants, sans disposer d'autre eau que celle de la source en question, ont la possibilité d'en obtenir, en creusant dans la localité des puits ou des abreuvoirs ? Il semble que, dans ce cas, il n'y ait pas nécessité. Et, cependant, la Jurisprudence n'admet pas que cette possibilité puisse être objectée aux habitants pour leur refuser le bénéfice de la loi (Civ., 4 mars 1862, D. P. 62.1.283, S. 62.1.366).

3° *Restriction au profit de tous les usagers lorsque la source forme un cours d'eau.* — La loi de 1898, dans l'article 643 nouveau, apporte aux droits du propriétaire de la source une limitation plus importante encore que les précédentes. En effet, cet article porte que : « *si, dès sa sortie du fonds où elles surgissent*, les eaux de source forment *un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes*, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs. » Précisons les différences qui distinguent cette règle de la précédente :

A. — La restriction des droits du propriétaire de la source bénéficie, cette fois, à tous les usagers ; il n'est pas besoin qu'ils constituent une collectivité.

B. — Il n'est pas besoin non plus que l'eau soit *nécessaire* à ces usagers pour leur être réservée ; il suffit qu'elle leur serve, fût ce pour l'irrigation ou l'exploitation d'une industrie.

C. — Les usagers n'ont à payer au propriétaire de la source aucune indemnité.

Telle quelle, la règle de l'article 643 (nouveau) constitue un progrès dans la voie de la *socialisation* des eaux courantes. Ce progrès eût pu être plus

considérable. Lors de la rédaction de la loi de 1898, en effet, le Sénat avait voté un texte qui n'allait à rien moins qu'à supprimer le droit de propriété du maître du sol sur les sources, en ne lui laissant qu'un droit de priorité pour l'usage de l'eau. Ce texte (destiné à devenir l'article 642, al. 1) était ainsi conçu : « Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté, dans les limites et pour les besoins de son héritage, *mais il ne peut en détourner le cours au préjudice des usagers inférieurs.* » Là était, croyons-nous, la vérité[1]. Mais la Chambre recula devant cette solution. Elle effaça la dernière partie du texte voté par le Sénat, en laissant, il est vrai, comme nous l'avons signalé, subsister dans la partie maintenue les expressions équivoques « dans les limites et pour les besoins de son héritage ». Le droit de propriété du maître du sol sur la source fut conservé en principe ; on se contenta de lui faire subir la nouvelle restriction de l'article 643, pour le cas où l'eau issue de la source constitue un *cours d'eau.*

Mais la solution transactionnelle ainsi adoptée présente, soit au fond, soit en la forme, des inconvénients notables. Nous nous contenterons d'en signaler deux :

A'. — La condition à laquelle l'article 643 subordonne la règle qu'il établit est obscure et vague. Quand peut-on dire que l'eau sortie de la source constitue une *eau courante*, un cours d'eau ? Si on donnait à l'expression d'*eau courante* son sens le plus large et le plus rationnel, n'aboutirait-on pas à restaurer le système voté d'abord en 1898 par le Sénat ? Mais cela serait évidemment contraire à la volonté du législateur. Aussi décide-t-on que la restriction apportée aux droits du propriétaire s'applique uniquement lorsque l'eau, à sa sortie du fonds d'émergence, forme *à elle seule* un cours d'eau ; il n'en sera pas de même, et l'article 643 devra être écarté, si l'eau ne forme que de simples filets d'alimentation d'un ruisseau constituant le courant principal. Et les juges apprécieront souverainement ce point (Civ., 11 février 1903, D. P. 1904.1.13, S. 1905.1.309). Ainsi, une distinction irrationnelle ne peut pas même être appliquée sans arbitraire !

B'. — Les mots « eaux *publiques* et courantes » sont de mauvait style. Ils tendraient à faire croire qu'un cours d'eau est toujours un bien du domaine public. Or nous verrons qu'il n'en est rien. L'article 643 a voulu parler d'une eau courante, *livrée à l'usage du public.*

4° *Eaux minérales.* — Les sources d'eaux minérales, de nature médicinale, sont soumises à une législation spéciale, de caractère administratif, qui, dans l'intérêt surtout de la santé publique, apporte ici diverses restrictions aux droits du propriétaire (Loi du 14 juillet 1856 ; Loi du 12 février 1883).

1. La solution indiquée est celle qui a été consacrée, à peu de chose près, par le Code civil suisse (art. 710, 1er al.). « Le propriétaire qui ne peut se procurer qu'au prix de travaux ou de frais excessifs l'eau nécessaire à sa maison et à son fonds, a le droit d'exiger du voisin qu'il lui cède contre pleine indemnité l'eau dont celui-ci n'a pas besoin. »

III. **Cours d'eau. Idées générales.** — L'eau qui forme un cours, une rivière, un fleuve, constitue un bien d'une nature complexe dans lequel il y a lieu de distinguer divers éléments.

1° L'*eau* même, contenue dans les cours d'eau, envisagée comme une matière inerte, est évidemment une *res nullius* insusceptible d'appropriation privée, à mesure qu'elle se renouvelle incessamment. Le fait de la puiser pour se l'approprier constitue un fait d'*occupation*.

2° Le *lit* de la rivière est une partie de terrain qui apparaît comme pouvant être susceptible de propriété privée. Mais on peut se demander si, en bonne législation, il y a avantage à envisager le lit indépendamment de la rivière à laquelle il sert de support.

3° Le *cours d'eau* lui-même, c'est la masse fluide, productrice d'une richesse très diversement utilisable. L'utilisation de cette masse peut être agricole, par l'irrigation ; elle peut être industrielle. Et, à ce dernier point de vue, il y a lieu aussitôt de signaler un changement important introduit dans les idées par les transformations économiques. Longtemps la principale utilisation industrielle des cours d'eau consista à les faire servir de moyens de transport. « Les rivières sont des chemins qui marchent », disait Pascal. De nos jours, surtout depuis les découvertes mécaniques qui ont permis le transport de l'énergie électrique à grande distance, c'est surtout comme force motrice que les cours d'eau paraissent précieux. Un mot a été créé pour désigner la puissance dynamique enfermée dans les rivières, le mot de *houille blanche*. A cette révolution économique devait correspondre un changement dans les conceptions juridiques. Comme mode de transport, c'était exclusivement les grandes rivières, les cours d'eau *navigables ou flottables* qui jadis attiraient l'attention, et qu'il semblait utile de soustraire à l'appropriation privée. De nos jours, comme ce sont surtout les cours d'eau à *grandes pentes*, c'est-à-dire les torrents et jusqu'aux filets d'eau tombant à pic des montagnes qui sont les meilleurs producteurs de force, les petites rivières concentrent sur elles l'intérêt qui s'attachait naguère exclusivement aux grandes, et les meilleurs esprits se demandent s'il ne serait pas utile d'en réserver la jouissance à la collectivité, comme un élément essentiel de l'économie et même de la géographie nationales.

Nous allons voir que la loi positive actuelle, hâtivement codifiée en 1898, est loin de donner aux divers problèmes que soulève le régime des cours d'eau des solutions satisfaisantes, ni même absolument claires.

Rivières navigables et flottables. — L'article 538 du Code civil, reproduisant, en cela, la solution consacrée par les anciennes ordonnances royales, notamment par celle de 1669 sur les eaux et forêts, puis par la loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790, décide que les rivières *navigables* et *flottables* font partie du domaine public de l'Etat. On appelle *navigables* les rivières qui portent des bateaux servant au transport, et *flottables* celles qui peuvent porter des trains de bois, car les rivières flottables seulement *à bûches perdues* sont assimilées aux rivières non navigables ni flottables.

D'après l'article 34 de la loi du 8 avril 1898, les rivières navigables et flottables font partie du domaine public, depuis le point où commence leur navigabilité jusqu'à leur embouchure. La domanialité comprend non seulement les bras navigables, mais, en même temps (et cela en vertu de l'idée d'*accessoire*) les bras non navigables, ainsi que les noues et boires alimentées par la rivière. On remarquera surtout qu'il n'y a pas lieu ici de faire aucune distinction entre le cours d'eau lui-même et le *lit* sur lequel il passe. Il en est de même pour les digues, les ports et abreuvoirs sis le long de la rivière (art. 34, L. de 1898). *Le tout est du domaine public.* Et la loi en déduit cette conséquence que nulle prise d'eau, nul établissement d'usines ne sont possibles sur les rivières navigables et flottables sans une autorisation expresse de l'Aministration (Arrêté 19 ventôse an VI, art, 40 et s., L. de 1898, art. 40).

Diverses questions ont dû être réglées pour l'application du principe ci-dessus :

1° Comment sont fixées les limites de la rivière, et, partant, du domaine public? C'est, d'après la loi de 1898 (art. 36) qui a confirmé ici la jurisprudence du Tribunal des conflits, un arrêté préfectoral, rendu après enquête et revêtu de l'approbation du Ministre des Travaux publics, qui détermine ces limites, en prenant pour base le point auquel arrivent les eaux les plus hautes sans déborder.

2° Comment sont déterminées la navigabilité et la flottabilité? Un système très simple consiste à s'en rapporter exclusivement sur ce point, comme pour les limites de la rivière, aux décisions de l'Administration. C'est ce que décide la loi du 14 avril 1829, art. 3, sur la pêche (car le droit de pêche appartient sur les rivières navigables et flottables à l'Etat, sur les autres, aux riverains). Cette loi porte que des ordonnances décideront quelles sont les parties des fleuves et rivières où le droit de pêche sera exercé au profit de l'Etat. Et, en fait, l'ordonnance du 10 juillet 1835 est venue apporter cette énumération, souvent revisée depuis. Mais, comme les textes précités n'envisagent absolument que le droit de pêche, à tous les autres points de vue, le caractère de domanialité d'une rivière est une question de pur fait, qui peut et doit être résolue par les tribunaux, indépendamment des indications résultant des ordonnances et décrets relatifs à la pêche.

Cours d'eau non navigables ni flottables. Controverse ancienne. Loi de 1898. Le lit attribué aux riverains. — La question de la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables faisait l'objet, avant 1898, d'une grande controverse. D'après une partie de la Doctrine, l'article 538 tranchait la question, *a contrario*, au profit des riverains. Mais d'après d'autres auteurs, et la Jurisprudence était fixée en ce sens depuis 1846 (V. Civ., 10 juin 1846, D. P. 46.1.177, S. 46.1.433 ; Req., 20 février 1888, D. P. 88.1.262, S. 88.1.477), les petites rivières, sans faire partie du domaine public, étaient des *res communes*, c'est-à-dire qu'elles rentraient dans la catégorie de ces choses dont la propriété n'appartient à personne et dont

l'usage est commun à tous. Ce système (ou encore celui peu différent de la domanialité) était en effet le plus pratique. C'était aussi le plus plausible en Droit. Sous l'ancien Régime, en effet, les petites rivières appartenaient aux seigneurs. Ceux-ci ayant été expropriés par la Révolution, sans que nul texte ait depuis attribué la propriété des eaux courantes à l'Etat ou aux particuliers, c'est la Nation, le public qui devaient être considérés comme investis des droits appartenant naguère aux seigneurs.

Cependant, la loi de 1898, dans son article 3, vint, sans qu'aucune bonne raison eût été présentée à l'appui de cette volte-face, décider (art. 3) que le *lit* des cours d'eau non navigables, ni flottables appartient aux riverains. Etant donnée la jurisprudence antérieure, c'était là un véritable cadeau que la loi leur faisait, cadeau presque illusoire d'ailleurs, si l'on décide que le lit seul a été attribué aux riverains, mais cadeau néfaste pour les intérêts de la collectivité, si l'on donne à la disposition de l'article 3 la portée que certains auteurs lui attribuent.

Indiquons successivement : 1° Les avantages qui, certainement, résultent pour les riverains de la propriété du lit des petites rivières ; 2° Les inconvénients qui s'attachent à cette attribution ; 3° Les tempéraments qu'il faut apporter au droit des riverains sur le lit des petites rivières.

1° Les *avantages* résultant certainement, pour les riverains, de la propriété des lits des rivières sont les suivants :

A. — Les riverains possèdent le droit exclusif d'extraire du lit qui leur appartient les graviers, pierres et sables, à condition de ne pas modifier le régime des cours d'eau par ces extractions (L. de 1898, art. 3).

B. — Si la rivière vient naturellement à changer de cours, les riverains peuvent exploiter la partie du lit qui leur appartient, ainsi laissée à découvert. Mais les propriétaires des fonds qui ont été envahis par le nouveau cours de la rivière ont, dans l'année, la faculté de lui faire reprendre son ancien cours (art. 5).

C. — Un travail public effectué sur le lit d'une rivière, par exemple, pour l'établissement de piles de ponts, constitue une véritable expropriation, donnant lieu à indemnité au profit des riverains. Et il en est de même lorsqu'un cours d'eau est rendu navigable par un travail public. Les riverains doivent être indemnisés de la partie du lit qui leur est ainsi enlevée.

2° Mais la propriété du lit obtenue par les riverains ne va pas sans certains *inconvénients* :

A. — Si un cours d'eau est, par un travail public, détourné sur un terrain nouveau, le propriétaire du fonds occupé ne peut se prétendre exproprié, car on ne lui enlève pas son terrain, le lit lui reste. Il subit seulement une servitude d'aqueduc (de *passage*, dit l'article 6 de la loi), et il a droit, de ce chef, à une indemnité, moins forte apparemment que s'il était considéré comme ayant subi l'expropriation complète de son terrain, et qui, de plus, est arbitrée par le juge de paix au lieu de l'être par le jury d'expropriation.

B. — Le lit des rivières doit compter pour le calcul de l'impôt foncier dû par le propriétaire.

3° Les *tempéraments* à la règle que le lit de la rivière appartient aux riverains sont au nombre de trois :

A. — La propriété du lit ne permet pas d'y rien faire qui modifie le régime de l'eau (art. 3. 3e al., L. 1898).

B. — L'article 3 *in fine* de la loi de 1898 réserve l'utilisation du lit comme voie de circulation pour la desserte des fonds riverains qui possèdent, à cet égard, des droits acquis.

C. — Supposons qu'une source jaillisse dans le lit d'une rivière. Les riverains ont émis la prétention d'en être propriétaires. La jurisprudence antérieure à 1898 l'avait repoussée (Montpellier, 12 janvier 1870, D. P. 71.2.70, S. 70.2.244). Elle ne serait pas plus soutenable aujourd'hui. En effet, cette source, se confondant avec le courant qu'elle contribue à grossir, forme, à sa sortie du fonds, une eau publique et courante qui, aux termes mêmes de l'article 643 modifié en 1898, ne peut être détournée au préjudice des usagers inférieurs.

Mais, si la loi de 1898 a attribué la propriété du lit des petits cours d'eau aux riverains, elle n'a rien décidé en ce qui concerne le cours d'eau lui-même, c'est-à-dire la rivière envisagée comme masse fluide, mobile, productrice de force et de fécondité. Deux points seulement sont certains, les droits d'usage des riverains, les droits de police de l'Administration.

Droits d'usage des riverains sur le cours des rivières non navigables ni flottables. — Aux termes de l'article 644, « celui dont la propriété *borde* une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538..., peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau *traverse* l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire ». On le voit, la loi consacre le droit d'usage du riverain, en faisant une double différence entre les droits du propriétaire dont le fonds est simplement *bordé* et ceux du propriétaire dont le fonds est *traversé* par la rivière.

1° Le propriétaire du fonds *traversé* peut *user* de l'eau, à son passage, comme il l'entend et sans restriction, à seule charge de la restituer à sa sortie. Au contraire, le propriétaire d'un fonds simplement *bordé* ne peut user de l'eau qu'en s'arrangeant de manière à ne pas gêner le droit pareil et concurrent du riverain d'en face (Grenoble, 7 août 1901, D. P. 1902.2.225, note de M. Capitant).

2° Le propriétaire d'un fonds simplement bordé par la rivière ne peut *modifier* le cours de celle-ci. Au contraire, le propriétaire du fonds traversé peut modifier le cours de la rivière, le rectifier ou, au contraire, le rendre plus sinueux, lui faire former des étangs, des pièces d'eau. Bien entendu, ce droit lui appartient sous la même condition que plus haut, c'est-à-dire celle de restituer l'eau, à la sortie, à sa pente naturelle et, ajoutons-le, sans que son volume soit anormalement diminué.

Ce droit d'usage incontestable des riverains a été d'ailleurs élargi, et cela à deux points de vue :

On remarquera d'abord que la loi suppose que les usagers se servent de l'eau pour l'utilité d'un fonds en bordure de la rivière ou traversé par elle. On a cependant admis au profit du riverain le droit de dériver l'eau pour l'envoyer sur un autre fonds lui appartenant et non situé en bordure, à charge toujours de laisser ensuite l'eau à son issue naturelle. On a été plus loin encore et on a admis la faculté, pour le propriétaire, de *céder* son droit de dérivation à un tiers non riverain (Req., 29 mai 1877, D. P. 77.1. 425, S. 78.1.30 ; Grenoble, 7 août 1901, précité).

De plus, l'article 644 ne parle que de l'*irrigation*, c'est-à-dire de l'utilisation agricole de l'eau par les propriétaires riverains. On a cependant accordé aux riverains la faculté d'user de l'eau courante baignant leur fonds pour tout usage *industriel*, par exemple, pour établir un moulin ou une usine hydraulique (Req., 17 janvier 1888, D. P. 88.1.75, S. 88.1.449 ; 6 juillet 1897, D. P. 97.1.536, S. 1901.1.509).

Droits de l'Administration. Règlements d'eau. — Un autre point certain, c'est le *pouvoir de police* qui appartient à l'Administration sur l'usage de l'eau courante par les riverains, même lorsqu'il s'agit de l'eau des rivières non navigables ni flottables.

Déjà la loi des 12-20 août 1790 disait : « L'Administration est chargée de diriger les eaux dans un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation. » La loi du 8 avril 1898, à son tour, charge l'Administration de la conservation et de la police des cours d'eau non navigables ni flottables (art. 8). Celle ci pourvoit à cette mission au moyen de *règlements* d'eau qui déterminent les barrages, les heures d'irrigation, etc... C'est le préfet, et, depuis la loi de 1898, le maire en cas d'urgence, qui établit ces règlements. De plus, nulle usine ne peut être établie sans une autorisation administrative particulière. Il en est de même de tous barrages ou autres ouvrages affectant le lit de la rivière (L. 1898, art. 11). Il n'y a d'exception que pour les simples coupures aux berges des rivières en vue de l'irrigation : elles n'ont pas besoin d'être autorisées.

On se demandera, dès lors, quelle différence il y a, au point de vue de l'établissement des usines ou ouvrages, entre les cours d'eau navigables et flottables et les autres. La différence est la suivante. Lorsqu'il s'agit de rivières du Domaine public, les autorisations d'établissements comme celles des prises d'eau sont de pures *tolérances*, des concessions précaires et toujours révocables en principe, sans qu'il puisse y avoir lieu à demande d'indemnité. Les seuls recours possibles contre les retraits d'autorisation sont les recours pour excès ou détournement de pouvoirs. Au contraire, lorsqu'il s'agit de rivières non navigables ni flottables, les règlements généraux comme les autorisations et retraits d'autorisation particuliers sont le règlement d'un *droit patrimonial* appartenant aux riverains. Dès lors, si un nouveau règlement, relatif à l'irrigation, par exemple, aboutit à priver un

1. Les propriétaires riverains d'un cours d'eau non navigable ni flottable ont, chacun de leur côté, le droit de pêche jusqu'au milieu du cours d'eau (art. 2 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale).

riverain de la faculté de l'article 644, au delà de ce que comportent les nécessités de la police et de la surveillance des eaux, un recours contentieux est ouvert aux particuliers lésés. De même, le retrait d'une autorisation d'usine ou d'ouvrage doit, en principe, donner droit à une indemnité (L. de 1898, art. 13 et 14).

Usage des petits cours d'eau non prévus par la loi. Question de la houille blanche. — En dehors des points certains que nous venons de dégager, les petits cours d'eau non navigables, ni flottables sont-ils soumis *en tant que masse fluide et pour tous autres usages*, à l'appropriation privée?

La question s'est posée surtout à propos de l'utilisation de la *houille blanche*, c'est-à-dire de la force développée par les petites rivières, par les chutes d'eau principalement. Et, à ce propos, deux opinions doctrinales ont été émises.

Un premier système pose en principe le droit exclusif des riverains. Il se fonde d'abord sur l'article 644 et sur le caractère patrimonial reconnu par la loi, dans ce texte, à l'utilisation agricole des cours d'eau. Surtout, on invoque en faveur des riverains la disposition de la loi de 1898 qui leur a attribué le lit des petites rivières. Comment, dit-on, distinguer le courant du lit sur lequel il passe ? La chose est impossible. Ainsi, il n'est pas contesté que le domaine public, propriétaire du courant des rivières navigables et flottables, l'est également de leur lit. Spécialement, en ce qui concerne la force motrice, on fait observer que cette force est produite par la *pente* de la rivière. Or, la pente n'est qu'une disposition du terrain, du lit de la rivière par conséquent. Ce système aboutit à faire de la force motrice la propriété cessible et négociable des riverains, chacun au long de son domaine, ou, dans une certaine variante, à y voir une *propriété indivise* entre les propriétaires riverains, susceptible de licitation, dès lors que le partage en nature en est impossible, le prix de licitation devant être réparti entre eux, soit à proportion de la part de rive possédée, soit suivant la *hauteur de chute* appartenant à chacun.

Dans une deuxième opinion, qui est la nôtre, on soutient que, si le cours d'eau non navigable ni flottable ne fait point, à la vérité, partie du domaine public, il constitue une *chose commune*. Les arguments invoqués en faveur de la propriété des riverains sont sans valeur. L'article 644 s'éclaire dans sa portée si on le rapproche de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, qui décidait (tit. 1^er^, art. 4) que chacun peut faire des prises d'eau pour les irrigations dans les eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable « sans néanmoins en détourner ni embarrasser le cours d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie ». Personne n'ayant jamais interprété ce texte comme attribuant la propriété des rivières navigables et flottables aux particuliers, le droit identique de détourner et utiliser l'eau, accordé par l'article 644 du Code civil aux riverains des petites rivières, ne peut avoir une autre signification. L'attribution malencontreuse de la propriété du lit aux riverains n'est pas non plus une preuve, car on a vu plus haut quelles sont précisément les conséquences de cette attribution. En réalité, la loi est

muette sur la question. Or un cours d'eau comporte naturellement plusieurs sortes d'utilisations. Il en est (celles qui consistent dans l'utilisation matérielle et sur place, soit par l'irrigation, soit par l'établissement d'usines) qui ne se conçoivent comme possibles qu'au profit des riverains. C'est pour cela que l article 644 confère à ceux-ci un droit de jouissance (à ce point de vue) exclusif. Mais il y en a d'autres — et la captation des forces motrices en est une — qui peuvent, et, équitablement, doivent se faire au profit du public tout entier. Aucun texte ne soumettant cette valeur économique à l'appropriation privée, il faut lui donner sa destination rationnelle qui est *sociale* et *collective*. Ce système, en ce qui concerne la *houille blanche*, aboutit à la pratique de concessions d'Etat sur le modèle des concessions minières .

C'est ce second système qui, après beaucoup de discussions et de travaux, (V. Bⁱⁿ. *Société d'Etudes législatives*, 1901.1902, 1903 *passim*) a été consacré par la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie électrique[1].

Cette loi décide, en effet, que nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, *quel que soit leur classement*, sans une *concession* ou une *autorisation* de l'Etat, qui peut être renouvelée à son expiration pour 30 ans, mais ne peut s'étendre au delà de 75 ans.

Les riverains ont droit pour la privation de l'usage de l'eau, à une indemnité en nature ou en argent dans les conditions fixées par l'article 6 de la loi.

Le régime de la *concession* concerne : 1° les entreprises qui ont pour objet principal la fourniture de l'énergie à des services publics ou à des associations syndicales et dont la puissance maximum excède 150 kilowats ; 2° les entreprises dont la puissance maximum excède 500 kilowats, quel que soit leur objet principal. Le régime de *l'autorisation* s'applique à toutes les autres entreprises.

S'agit-il d'une concession, lorsqu'elle prend fin, les terrains, bâtiments, ouvrages, machines et engins de toute nature font gratuitement retour à l'Etat francs et quittes de tous privilèges, hypothèques et autres droits réels.

S'agit-il d'une entreprise autorisée, le permissionnaire doit, à l'expiration, rétablir le libre écoulement des cours d'eau ; l'Etat a la faculté d'exiger l'abandon, à son profit, des ouvrages de barrage et de prise d'eau édifiés dans le lit du cours d'eau et sur ses berges, mais en payant une indemnité.

Il est superflu d'insister sur l'importance à la fois doctrinale et pratique

1. Les auteurs discutent la question de savoir si la loi du 26 octobre 1919 a exproprié ou non les riverains de leur droit exclusif d'utiliser la force motrice de l'eau. En faveur de l'affirmative qui nous paraît résulter du texte de la loi et qui est conforme aux travaux préparatoires, V. Mestre, note sous Chambéry, 2 mai 1923, S. 1923.2.89. Cf. note de M. M. Picard sous le même arrêt, D. P. 1923.2.114.

du régime instauré par la loi du 26 octobre 1919. Cette loi n'est d'ailleurs aucunement contraire aux traditions fondamentales de notre Droit français. L'ancien Régime avait su défendre au profit de la collectivité la seule forme d'utilisation sociale des cours d'eau qui fût alors concevable, à savoir leur navigabilité. Il l'avait fait en érigeant la distinction séculaire entre les cours d'eau navigables et les autres. La loi de 1919 n'a aboli sur un point cette distinction que pour faire profiter le public de la valeur économique autrement considérable représentée par les immenses réservoirs de force motrice inclus dans les petits cours d'eau.

SECTION II. — Restrictions au droit de propriété.

Généralités. Terminologie. Division. — Après avoir vu quel est le *contenu* du droit de propriété, il faut maintenant étudier ses limites, les points où il s'arrête, les restrictions qu'il comporte. Mais trois observations préalables sont ici nécessaires.

1° L'étude des restrictions du droit de propriété s'applique encore presque exclusivement à la propriété foncière. Entre autres explications de ce fait, il suffit de faire observer que la propriété foncière, bien qu'elle n'ait peut-être plus, par rapport à la propriété mobilière, la même primauté sociale et juridique qu'autrefois, reste moins ouverte au grand nombre que l'autre ; elle constitue, plus évidemment, un *monopole*, ce qui justifie mieux une réglementation restrictive.

2° Les dispositions légales que nous allons rencontrer sont extraites d'un grand nombre de textes épars. Celles que nous tirerons du Code civil y figurent à une place évidemment mal choisie, au Titre des *Servitudes* et sous la dénomination de *servitudes naturelles et légales* (ch. 1 et 2). Le Code civil, en effet, divise les servitudes en trois catégories : les servitudes *naturelles*, c'est-à-dire qui découlent de la situation des lieux ; les servitudes *légales*, c'est-à-dire établies par la loi ; les servitudes *du fait de l'homme* (art. 639). Mais cette classification est défectueuse aux deux points de vue suivants :

A. — Les servitudes naturelles et les servitudes légales ne constituent pas d'abord des divisions spécifiquement différentes. Il est trop clair que les obligations imposées aux propriétaires sous le nom de servitudes naturelles ne sont efficaces que parce que la loi le prescrit ainsi. Les servitudes naturelles devraient donc être appelées servitudes légales. Et, inversement, parmi les servitudes dites légales, la plupart ne sont établies par la loi qu'à raison de telle ou telle circonstance de fait : elles sont donc naturelles, elles aussi. Et les preuves concrètes abondent de l'impossibilité de justifier une telle distinction. Ainsi, l'article 646 range l'obligation pour les propriétaires contigus de contribuer au bornage parmi les servitudes *naturelles ;* l'article 663, d'autre part, fait de l'obligation qui pèse sur les voisins de contribuer à la construction et à la réparation des murs de clôture une servitude *légale*. Or ce ne sont là que deux conséquences, très analogues, du fait de la contiguité. Ajoutons que la différenciation des servitudes naturelles et des servitudes légales est d'autant moins explicable qu'elle ne se traduit par aucune différence dans la réglementation.

B. — Ce qui est plus important à signaler, c'est que, naturelles ou légales, ces prétendues servitudes n'en sont pas en réalité. La servitude, démembrement de la propriété, est essentiellement, en effet, une dérogation à l'ordre normal des choses, qui est la liberté des fonds. *Contrariæ quippe sunt libertas et servitus.* Or, les prétendues servitudes, qualifiées de naturelles ou de légales, constituent précisément le *Droit commun de la propriété en France*, la situation juridique normale faite par la loi à tous les fonds qui se trouvent placés dans certaines conditions déterminées. Et, par exemple, l'interdiction faite aux propriétaires d'ouvrir des vues dans leurs murs, ou de faire des plantations autrement qu'à une certaine distance du fonds contigu n'est pas, comme la loi le dit à tort, une servitude, puisque cette interdiction s'adresse à *tous les propriétaires* qui ne sont point bordés exclusivement par la voie publique. Et cela est si vrai que ce serait justement si on dérogeait à cette réglementation générale par une convention particulière, par exemple, si l'on décidait, par un accord entre propriétaires contigus, que l'un d'eux aura le droit d'ouvrir des vues dans son mur en deçà de la distance légale, qu'il y aurait servitude, en l'espèce *servitude de vue*. De même, si un vendeur aliène son fonds comme *exempt de toutes servitudes*, il devra garantir son acheteur, c'est-à-dire l'indemniser, si plus tard se révèle l'existence d'une servitude sur le fonds vendu. Mais il n'en sera ainsi qu'autant que les servitudes qui se révèlent ne sont pas des servitudes naturelles ou légales. Pour celles-là, il n'y a pas lieu à garantie, preuve décisive de ce que les véritables servitudes sont les servitudes du fait de l'homme.

Lors donc qu'on désignera sous le nom de *servitudes* les obligations imposées aux propriétaires voisins par la loi, il doit être entendu que ce n'est là qu'une comparaison, une *forme commode de langage*, dont nous ne nous ferons d'ailleurs aucun scrupule de nous servir à l'occasion.

3° Parmi les restrictions du droit de propriété que l'on va étudier, celles qui sont établies dans un intérêt privé constituent, en même temps qu'une *diminution* de la liberté d'allures du propriétaire assujetti, un *accroissement* de droits et de facultés chez le propriétaire appelé à bénéficier de ces restrictions. Quelle est la nature de cet accroissement de droits ? On a proposé de le qualifier de droit *semi-réel*. Pourquoi cette catégorie ? Nous sommes bien là en présence d'un droit réel proprement dit, ou plutôt d'un attribut du principal des droits réels, à savoir du droit de propriété ; c'est une des faces du *jus utendi* appartenant à tout propriétaire.

Du caractère de *réalité* des droits et obligations résultant du voisinage, on tirera aussitôt cette conséquence que le propriétaire, astreint, par une disposition légale, à telle ou telle prestation constituant une prétendue servitude légale, peut toujours s'en exonérer en *déguerpissant*, c'est-à-dire en abandonnant son immeuble (V. art. 656, 699).

Les restrictions au droit de propriété que nous allons étudier seront groupées dans les catégories suivantes :

I. — Restrictions *d'ordre administratif*, apportées par la loi au droit du propriétaire, *dans un intérêt public.*

II. — Restrictions *d'ordre civil* établies par la loi, à raison du *voisinage des fonds*.

III. — Restrictions *d'ordre contractuel*, résultant d'une *clause d'inaliénabilité* imposée au propriétaire par celui dont il tient la chose

§ 1. — Restrictions d'ordre administratif.

On ne fera que les indiquer succinctement. Elles tiennent à des intérêts très divers dont les principaux sont les suivants :

1° *Motifs d'intérêt général.* — La plus importante des restrictions légales apportées au droit de propriété résulte de l'institution de *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, en vertu de laquelle un service public peut, si l'utilité publique l'exige, déposséder un particulier d'un immeuble lui appartenant, moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545). Cette matière est réglée par la loi du 3 mai 1841 complétée par une série de lois postérieures.

2° *Motifs de sécurité et de salubrité publiques.* — On rangera dans cette classe les lois et règlements de voirie qui imposent aux propriétaires des prohibitions ou des obligations relatives à l'alignement, au nivellement, à la hauteur des constructions, à la réparation ou à la démolition des bâtiments menaçant ruine, etc... ; les prescriptions relatives aux établissements dangereux, incommodes ou insalubres (Décrets 3 mai 1886, 5 mai 1888, Loi du 19 décembre 1917) ; les prescriptions relatives à la construction des cheminées ou des fosses d'aisance, à l'établissement du tout à l'égout, à l'assainissement des logements insalubres, au desséchement des marais, au dépôt des matières inflammables le long des voies ferrées (L. 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, art. 5 à 10 ; L. 13 avril 1850, relative à l'assainissement des logements insalubres, abrogée par la loi du 15 février 1902, relative à la protection de la santé publique, art 11 et s., etc...).

3° *Motifs d'économie sociale.* — Ce sont les restrictions au droit de propriété, qui concernent l'exploitation des mines et minières, l'usage des eaux. On y ajoutera les prescriptions concernant le reboisement, la destruction du phylloxéra, la défense de bâtir dans un certain périmètre de protection autour des bois et forêts soumis au régime de la protection (C. forestier, art. 151, 158), les obligations imposées aux propriétaires par le classement de leurs constructions comme bâtiments historiques (loi 31 déc. 1913), ou en vue de la protection des sites et paysages (L. 21 avril 1906 : *Adde* L. 14 mars 1919 sur les plans d'extension et d'aménagement des villes, etc...)

Parmi ces restrictions d'ordre administratif, on doit signaler particulièrement celles qui résultent des textes de Droit civil. Il en est ainsi de l'obligation, pour les propriétaires riverains d'un cours d'eau navigable ou flottable ou d'un canal, de maintenir, le long de la rivière ou du canal, un *chemin de halage* ou *marchepied* pour la circulation (art. 556, 2e al.) et

650 du Code civil). De même, certaines autres obligations résultent pour les propriétaires du voisinage des rivières domaniales, aux termes de la loi du 8 avril 1898 (art. 46-53).

4° *Intérêts de défense nationale.* — A cette catégorie appartiennent les servitudes militaires ou interdictions de construire ou de planter dans un certain périmètre autour des forts ou places de guerre.

5° *Intérêt fiscal.* — Nombreuses sont les atteintes au droit de propriété inspirées par cette considération : Rentrent dans cette catégorie les restrictions à la culture du tabac et au droit de fabrication de l'alcool par les bouilleurs de cru, etc.

§ 2. — Restrictions légales tenant au fait du voisinage des fonds.

Les restrictions apportées par la loi aux droits et à la liberté des propriétaires, au profit des fonds voisins, peuvent se ranger dans trois catégories :

I. — Les unes, les plus nombreuses, imposent aux propriétaires une *abstention*, une attitude purement passive.

II. — Les autres les obligent à certaines *prestations actives.*

III. — Enfin, la Jurisprudence tend à imposer aux propriétaires l'obligation générale et assez imprécise de ne pas causer de préjudice à leurs voisins.

I. Abstentions imposées aux propriétaires : 1° Obligations tenant au régime des eaux. — Le régime des eaux, que nous avons déjà étudié au point de vue de l'attribution de la propriété des eaux, comporte un certain nombre d'atteintes au libre usage des fonds de terre.

A. — *Obligation dite servitude d'écoulement des eaux.* — Aux termes de l'article 640, « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué ». Peu importe quelle est l'origine de l'eau à recevoir, qu'elle provienne de la pluie ou d'une source. Dans tous les cas, le propriétaire inférieur doit souffrir, sur son fonds, l'écoulement de l'eau et aussi celui des matériaux qu'elle entraîne, tels que terre, sable ou gravier. La loi ajoute que le propriétaire « ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement ». D'une façon plus générale, il n'a le droit de rien faire qui mette obstacle à l'écoulement. Mais il aurait évidemment le droit de faire des ouvrages de nature à faciliter l'écoulement ou à le rendre moins dommageable. Enfin, l'article 640 *in fine* porte que « le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ».

On le voit, la loi, dans l'article 640, apporte une double réserve au droit du propriétaire supérieur de laisser écouler ses eaux sur les terrains inférieurs et à l'obligation du propriétaire inférieur de les recevoir.

a) Les seules eaux que le propriétaire inférieur est tenu de recevoir sont

celles qui cou'ent *naturellement* et sans que la main de l'homme y ait contribué. Voici deux conséquences de cette première idée :

α) La règle de l'article 640 ne s'applique pas aux eaux ménagères.

β) Chaque propriétaire d'une construction « est tenu », nous dit l'article 681, « d'établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin ». En effet, s'il en était autrement, le propriétaire sur lequel l'eau de l'*égout des toits* se déverserait, supporterait un écoulement causé par la main de l'homme.

Toutefois, il faut comprendre les deux règles ci-dessus. Elles signifient seulement que le propriétaire supérieur ne peut arranger ses toits, gouttières, rigoles, de manière à faire tomber les eaux pluviales ou ménagères directement sur le fonds inférieur. Il doit recevoir les unes et les autres sur son propre sol ; mais, une fois tombées sur ce sol, les eaux en question ne doivent pas être retenues, absorbées par le propriétaire supérieur ; il peut les laisser s'écouler pourvu que ce soit par leur pente et issue naturelles ; et le propriétaire inférieur ne peut se refuser à les recevoir (Civ., 22 mars 1876, D. P. 76.1.206, S. 76.1.445).

b) En second lieu, l'article 640 interdit absolument au propriétaire supérieur tout ouvrage aboutissant à une aggravation de la « servitude » pour le fonds inférieur. Avant 1898, l'application de cette règle donnait lieu à de nombreuses décisions assez confuses. Le point de savoir s'il y avait aggravation dans tel ou tel cas était souvent très délicat. Ainsi, le fait d'établir des rigoles qui rendent l'écoulement des eaux plus rapide, afin que, par leur séjour trop prolongé, elles ne puissent nuire aux semences et aux récoltes du fonds supérieur, ne constitue-t-il pas une aggravation pour le fonds inférieur qui reçoit dorénavant l'eau en masse, au lieu de la recevoir éparpillée par petits filets ? Les opinions et les décisions étaient partagées sur ce point. Ce qui était en tout cas certain, c'est que l'aggravation, lorsqu'il y en avait une, était *prohibée*.

La loi de 1898 a apporté ici une modification profonde. Les auteurs ont considéré que la règle ci-dessus était mauvaise, en ce qu'elle pouvait condamner les propriétaires à l'inertie et les empêcher de faire à leurs fonds, par un aménagement nouveau, agricole ou industriel, de leurs eaux, des modifications utiles. De même, les sondages, les recherches d'eaux nouvelles pouvaient se trouver arrêtés par la disposition de l'article 640. En conséquence, l'article 641 (nouveau) autorise le propriétaire à aggraver l'obligation du fonds inférieur *moyennant indemnité* dans les deux cas suivants :

α) En modifiant l'usage des eaux ou la direction qui leur est donnée, par exemple, en se servant des eaux pour établir une usine qui n'existait pas auparavant, ou en les employant à l'irrigation de telle manière qu'elles prennent une autre direction (art. 641, al. 2 et 3) ;

β) En faisant surgir dans son fonds des eaux nouvelles par des sondages ou des travaux souterrains (art. 641, al. 4).

Cette énumération est, croyons-nous, limitative. Une aggravation d'un

autre genre que celles qui sont visées par les textes ci-dessus resterait impossible, même moyennant indemnité. Ainsi, le propriétaire inférieur pourrait s'opposer à ce que son voisin lui envoyât des eaux qui, auparavant, lui arrivaient pures et propres au lavage, en y faisant tomber des déchets d'usine ou des matières fécales provenant des lieux d'aisance de sa maison (Req., 12 mars 1900, D. P. 1900.1.284, S. 1900.1 341).

B. — *Obligations relatives à l'irrigation et au drainage.* — Les trois lois qui les ont établies, lois très importantes et qui ont beaucoup contribué au développement agricole de notre pays, sont celles du 29 avril 1845, du 11 juillet 1847 et du 10 juin 1854, les deux premières relatives à l'irrigation, la troisième au drainage.

a) La loi du 29 avril 1845 impose aux propriétaires fonciers l'obligation éventuelle dite *servitude d'aqueduc.* Supposons un propriétaire auquel il serait utile d'amener sur son héritage, afin de l'irriguer, des eaux dont il a la disposition, mais dont il est séparé par une propriété intermédiaire. Peu importe d'ailleurs la provenance de ces eaux ; qu'elles viennent d'un fonds dont il a la propriété, ou bien d'une cession du droit d'usage de l'article 644 du Code civil qu'il a obtenue du riverain d'un cours d'eau, ou enfin d'une concession de prise d'eau sur une rivière domaniale. Avant 1845, le propriétaire en question n'avait d'autre ressource que de chercher à obtenir des propriétaires intermédiaires le droit d'établir sur leurs fonds un aqueduc, et le refus d'un seul s'opposait à l'opération qui pouvait cependant être fort utile. La loi de 1845 est donc venue décider (art. 1er) que le propriétaire pourra obtenir du tribunal le droit de passage pour ses eaux, mais à charge d'une juste indemnité [1].

L'article 2 de la même loi établit une autre obligation. C'est, pour le propriétaire inférieur, celle de *recevoir l'eau* ainsi conduite dans le domaine situé au-dessus de lui par des aqueducs d'irrigation. Ce n'est pas là un doublet de la règle de l'article 640. En effet il s'agit d'eaux qui ne s'écoulent pas *naturellement*, mais qui ont été amenées sur le fonds supérieur par le travail de l'homme. Cette nouvelle servitude d'écoulement ne peut d'ailleurs être établie que dans les mêmes conditions que celle de l'article 641, c'est-à-dire avec *appréciation* discrétionnaire *du juge* (Pau, 21 novembre 1892, D. P. 93.2.149).

Le bénéficiaire de l'aqueduc est, en revanche, astreint à deux prestations que l'article 640 n'impose pas au propriétaire supérieur: d'abord, celle d'une indemnité, ce qui se trouve tout à fait en harmonie avec la faculté d'*aggravation* moyennant indemnité introduite par la loi de 1898. En second lieu, le tribunal a le droit, s'il le juge à propos, d'imposer au bénéficiaire de l'aqueduc d'effectuer, à ses frais, sur les fonds inférieurs, les travaux nécessaires pour diminuer, autant que possible, le dommage résultant de l'écoulement des eaux nouvellement amenées.

1. La loi du 15 décembre 1888 relative à la création des syndicats autorisés pour la défense des vignes contre le phylloxéra, a étendu la servitude d'aqueduc (art. 12) au profit des vignes qui peuvent être traitées par submersion.

b) La loi du 11 juillet 1847 a imposé aux riverains des cours d'eau non navigables ni flottables l'obligation de supporter l'établissement d'une servitude dite d'*appui*. Souvent il est nécessaire, pour amener l'eau dans les canaux d'irrigation, d'élever le niveau de la rivière. La loi de 1847 permet au propriétaire riverain de demander au tribunal l'autorisation d'établir un barrage sur la rive opposée, moyennant une juste et préalable indemnité. On remarquera cette différence, entre *l'appui* et *l'aqueduc*, que le propriétaire, contre la rive duquel est appuyé le barrage, a le droit d'en demander l'usage, en vue de ses propres irrigations, sous la seule condition de supporter la moitié des frais d'établissement et d'entretien de cet ouvrage (L. de 1847, art. 2).

Une observation commune aux deux obligations ci-dessus, c'est qu'elles ont pour but exclusif de favoriser l'*irrigation agricole*. Par conséquent, le riverain d'un cours d'eau ne pourrait pas obliger ses coriverains à supporter l'établissement d'un appui, ni les contraindre à subir le passage des eaux qu'il veut dériver, s'il se proposait de les employer à un but industriel.[1]

c) Enfin, la loi du 10 juin 1854, développant le principe contenu dans l'article 3 de la loi de 1845, impose aux propriétaires des obligations de nature à favoriser le libre écoulement des eaux nuisibles provenant des travaux de *drainage* ou d'asséchement. Cette fois, nulle distinction n'est faite entre les besoins des exploitations agricoles et ceux des exploitations industrielles. Quiconque veut assécher son fonds a la faculté de faire passer les eaux provenant du drainage sur les propriétés intermédiaires entre le fonds drainé et la voie d'écoulement. Ici encore, le propriétaire sur lequel le passage est pris a droit à une indemnité. Les propriétaires dont le fonds est traversé ont le droit d'utiliser les canaux de drainage pour l'évacuation des eaux nuisibles provenant de leur propre fonds, toujours à charge de contribuer à la dépense nécessitée par l'établissement des canaux.

C. — *Règles générales relatives aux obligations précédentes*. — Diverses observations dominent les obligations tenant au régime des eaux qui viennent d'être étudiées.

a) Ces obligations seraient particulièrement lourdes si les propriétés bâties ou leurs dépendances, les « *maisons*, *cours*, *jardins*, *parcs et enclos attenant aux habitations* », pouvaient y être assujetties. N'y a-t-il donc pas lieu de faire une exception au profit des fonds en question ? La loi a statué différemment suivant le degré de gravité et de nécessité des charges qu'elle impose.

A l'obligation, dite servitude d'*écoulement des eaux*, prévue par l'article 640 du Code civil, laquelle est nécessaire, les cours, jardins et enclos attenant aux habitations sont assujettis tout comme les autres fonds. A la servitude d'*appui*, qui est très peu gênante, sont soumis les parcs et enclos, mais non les maisons, cours et jardins. Au contraire (Lois de 1845 et de 1854; art. 641, C. civ., al. 5), les maisons, cours, jardins, parcs et enclos

1. Cependant, la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique donne aux entreprises *concédées* (mais non aux *autorisées*) le droit d'occuper les terrains nécessaires à l'établissement de la chûte.

sont dispensés des servitudes d'*aqueduc* et de *drainage*, ainsi que de la faculté d'*aggravation* de la servitude d'écoulement des eaux accordée aux propriétaires supérieurs par la loi de 1898.

b) La détermination de la *juridiction compétente* pour statuer sur les litiges soulevés à l'occasion des règles ci-dessus est également assez variable. Pour les obligations des articles 640 et 641, c'est le juge de paix qui est compétent. Pour les servitudes d'aqueduc et d'appui, c'est, en principe, le tribunal civil. Pour la servitude de drainage, c'est le juge de paix, mais en premier ressort seulement. Ajoutons que, de par la loi du 21 juin 1865 (art. 19), la même compétence (du juge de paix) est admise en matière de servitude d'*aqueduc* et d'*appui*, lorsque leur établissement est demandé, non par un propriétaire, mais par une *association syndicale* de propriétaires. C'est un avantage que la loi accorde à ces associations de propriétaires dont elle juge la formation et le développement utiles à l'intérêt public. Ce n'est pas d'ailleurs la seule ni la plus importante faveur dont bénéficient les asscciations syndicales. Ainsi, elles possèdent la faculté d'entreprendre des travaux déclarés d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'Etat, d'où la faculté pour elles d'effectuer des expropriations. L'avantage de la juridiction rapide et peu dispendieuse des juges de paix leur a été pareillement accordé afin de favoriser les travaux d'irrigation et de drainage qu'elles entreprennent.

2° **Obligations relatives aux vues et aux jours**. — Il semblerait que la liberté que possède chaque propriétaire d'aménager son fonds à sa guise dût lui conférer celle de s'éclairer comme il lui convient. Cependant, la loi apporte à cette liberté essentielle des restrictions importantes, et cela « pour prévenir, disait Coquille, les animosités et les fâcheries que la liberté d'ouvrir des vues de telle façon qu'il leur plairait pourrait occasionner entre les voisins ». Ajoutons que ce n'est pas seulement les indiscrétions du voisin que chacun pourrait redouter s'il y avait liberté complète pour les propriétaires de pratiquer, dans leurs murs, les ouvertures qui leur conviendraient : on pourrait aussi se trouver exposé à des jets de débris et de détritus. De là les obligations établies par les articles 675 et suivants.

Il importe d'abord de fixer la *terminologie* du Code civil. Il distingue entre les *vues libres* et les *jours de souffrance* et, parmi les vues, entre les *vues droites* et les *vues obliques*.

On appelle *jours de souffrance*, par opposition *aux vues libres*, les ouvertures qui ne peuvent servir qu'à *éclairer*, mais non à *regarder* ni à *projeter des débris* sur le fonds voisin. En effet, les jours de souffrance ne peuvent s'ouvrir, parce qu'ils sont, comme le dit l'article 676, à *fer maillé* et *à verre dormant* ; de plus, ils doivent être séparés du plancher par une certaine hauteur, de telle manière qu'on ne puisse s'en servir pour regarder au dehors sans monter sur un meuble (V. art. 676 et 677).

Les *vues* ou *jours libres*, c'est-à-dire les fenêtres ordinaires, sont *droites* ou *obliques*. La vue droite est celle qui est pratiquée dans un mur paral-

lèle ou à peu près à l'héritage du voisin. Pour plus de précision, on dira qu'il y a vue droite quand on peut s'en servir pour regarder chez le voisin en se plaçant dans l'axe de la fenêtre et sans avoir besoin de tourner la tête à gauche ou à droite. La vue est oblique lorsqu'il en est autrement, c'est-à-dire quand la fenêtre est ouverte dans un mur perpendiculaire, ou à peu près, à l'héritage du voisin.

Etant données ces dispositions, on comprend aisément que les vues obliques soient considérées par le législateur comme moins gênantes pour le voisin que les vues droites, et les jours de souffrance comme moins gênants que les vues libres. De là les distinctions suivantes :

1° On peut supposer, en premier lieu, que les propriétés sont séparées par un mur *mitoyen*, c'est-à-dire par un mur construit sur la limite des deux héritages et dont les deux voisins sont copropriétaires. Alors (art. 675), « l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen *aucune fenêtre* ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant ». Il y a là application de cette idée, sur laquelle nous reviendrons bientôt, que les murs mitoyens sont la *propriété commune* de ceux qu'ils séparent.

2° Si, au contraire, il y a *mur non mitoyen*, c'est-à-dire mur appartenant exclusivement à l'un des propriétaires voisins, la loi établit une sous-distinction.

A. — Le mur *joint-il immédiatement* la propriété du voisin, alors on ne peut y établir que *des jours de souffrance* (art. 676 et 677). Bien entendu, ces jours pourraient même être bouchés, si le propriétaire sur le fonds duquel ils s'ouvrent usait du droit qui lui appartient de construire lui-même un mur à l'extrême limite de son héritage. Sans user de cette faculté, le propriétaire en question aurait d'ailleurs un autre moyen de faire supprimer les jours de souffrance : ce serait de demander, comme nous verrons qu'il en a le droit, à acquérir la mitoyenneté, c'est-à-dire la copropriété du mur du voisin qui le joint immédiatement. Il se placerait ainsi sous l'empire de l'article 675, c'est-à-dire que le jour de souffrance ne pourrait subsister sans son autorisation.

B. — Si, au contraire, le mur *ne joint pas immédiatement* le fonds du voisin, la loi permet d'y ouvrir des vues libres. Mais elle exige une *certaine distance* entre la fenêtre et la limite du fonds voisin. Cette distance est de 1 m. 90 pour les *vues droites* et 0 m. 60 pour les *vues obliques* (art. 678, 679). On remarquera que, s'il s'agit de *vues obliques*, la distance réglementaire est requise entre *la fenêtre* et le fonds voisin. Si, au contraire il s'agit de *vues droites*, la distance de 1 m. 90 doit exister entre le *mur* et le fonds voisin. Si donc le mur parallèle (ou à peu près) au fonds voisin en est situé à une distance moindre de 1 m. 90, on ne peut y ouvrir que des jours de souffrance, conformément aux prescriptions des articles 676 et 677 (V. Leloutre, *Rev. crit.*, 1909, p. 430 et s. ; Req., 20 janvier 1904, D. P. 1904. 1.313, S. 1909.1.123).

Etendue et limites des prescriptions ci-dessus. — Les règles établies par le Code pour la réglementation des vues et des jours s'appliquent sans distinction :

Aux fonds des villes comme aux fonds situés dans les campagnes ;

Aux fonds du domaine privé de l'Etat comme à ceux des particuliers ;

Aux murs de clôture comme aux murs des bâtiments. On comprend en effet qu'une vue pratiquée dans le mur d'un jardin peut être aussi indiscrète pour le voisin que la fenêtre d'une maison habitée.

Aux balcons et aux saillies comme aux fenêtres proprement dites (art. 680), ainsi qu'aux terrasses ou plateformes, et généralement à tous les endroits élevés où l'on peut stationner avec vue sur l'héritage voisin (Req., 26 octobre 1898, D. P., 98.1.567, S. 98.1.485).

En revanche, les règles des articles 675 et suivants ne s'appliquent pas :

Aux soupiraux des caves, ni aux portes d'accès, ni aux intervalles compris dans les clôtures. Ainsi, un propriétaire clôt son héritage avec une palissade à clairevoie ou avec une grille. Le voisin ne pourra le contraindre à les remplacer par une clôture pleine.

Les prescriptions de la loi ne s'appliquent pas non plus lorsqu'il y a, entre les héritages contigus, une rue ou un chemin public, à supposer que ce chemin soit une venelle tellement étroite que les ouvertures pratiquées dans un mur le bordant se trouvent en deçà de la distance réglementaire par rapport au fonds situé de l'autre côté. On comprend, en effet, que nul ne peut se plaindre que le riverain d'une voie de circulation se ménage les moyens d'y jeter les yeux. Toutefois, les règles légales reprendraient leur empire si la ruelle de séparation ne servait exclusivement qu'à l'écoulement des eaux. On peut avoir besoin d'avoir vue sur une rue, mais non sur un égout (Civ., 28 octobre 1891, D. P. 92.1.285, S. 92.1.23).

Enfin, une restriction *accidentelle* aux règles ci-dessus est celle qui résulte de l'acquisition, par un des propriétaires voisins à l'encontre de l'autre, d'une *servitude de vue*, c'est-à-dire du droit d'ouvrir dans ses murs des vues et jours aux conditions prohibées par les articles 675 et suivants. Une controverse s'est élevée sur le point de savoir quelle est la *portée* de cette servitude au cas où elle résulterait, non pas d'un titre dans lequel les parties se seraient nettement expliquées, mais de la prescription, c'est-à-dire de la possession, prolongée pendant trente ans, de vues non réglementaires sur le fonds voisin. Quel est au juste alors le droit acquis au fonds bénéficiaire de la servitude ? Nos anciens auteurs (Merlin, V° *Servitude*, § 3) répondaient que c'était exclusivement le droit de maintenir la fenêtre à la place où elle se trouve, sans que le voisin perdît, pour cela, la faculté d'user de son fonds à sa convenance, et, par conséquent, de bâtir un mur en bordure, dût-il boucher la fenêtre en question. La jurisprudence belge est encore conforme à cette manière de voir (Cass. Belgique, 5 mai 1892 et 28 décembre 1893, S. 92.4.37 et 94.4.28). Mais la jurisprudence française la plus récente estime, au contraire, que le voisin est obligé de respecter la servitude de vue acquise par le possesseur des fenêtres, en ce sens qu'il n'aura le droit de construire sur son propre

fonds qu'en observant les distances prescrites par les articles 678 et 679. Autrement, en effet, il dépendrait de lui de faire tomber le droit d'ouverture acquis par son voisin, soit en appuyant des constructions sur ce mur, soit en en acquérant la mitoyenneté (Req., 29 juillet 1907, D. P. 1910.1.78, S. 1908.1.229).

3° Obligations relatives à la distance des plantations et de certaines constructions. — Si un propriétaire usait de son droit de faire des *plantations* à l'extrême limite de son héritage, il risquerait de nuire à ses voisins, ou, tout au moins, de les incommoder, par des empiétements de branches et de racines. De même, le droit de construire en bordure peut être nuisible aux voisins, si les constructions à effectuer sont de nature, comme des puits, des étables, etc... à produire de l'humidité, de mauvaises odeurs, etc... De là toute une série de restrictions nouvelles aux droits des propriétaires, établies par les articles 671 à 673 qu'a modifiés la loi du 20 août 1881, et par l'article 674.

Tout d'abord, le Code prescrit d'observer, pour les distances des plantations et des constructions, les règles résultant des règlements (administratifs) et des usages locaux constants et reconnus (V. art. 671 et 674). A défaut de ces règles, il édicte les prescriptions suivantes :

A. — *Distance des plantations.* — L'ancien article 671 contenait une distinction entre les arbres de *haute tige* et les *arbres de basse tige* ou les *haies vives*. Pour les arbres de haute tige, la distance prescrite est de deux mètres ; pour les autres elle est de cinquante centimètres seulement. Mais comment distinguer les arbres de haute tige et ceux de basse tige ? La Cour de cassation cherchait le critérium dans l'*essence* des arbres. Au contraire, la jurisprudence des juges de paix s'attachait à l'*aménagement* des plantations, telle espèce pouvant constituer des arbres de haute tige ou de basse tige, suivant qu'on laissait ou non l'arbre prendre son développement. Ce deuxième critérium était à la fois le plus simple et plus rationnel ; car c'est un fait d'expérience qu'un arbre prend un développement souterrain proportionnel à son développement extérieur ; la gêne que ses racines peuvent causer au voisin est donc proportionnelle à la hauteur qu'on lui laisse atteindre. La loi du 20 août 1881 (art. 671 nouveau) a donc consacré la jurisprudence des juges de paix. Désormais, on doit considérer comme constituant des arbres de haute tige, astreints, en conséquence, à la distance de deux mètres, ceux dont l'élévation dépasse deux mètres. Les autres sont des arbres de basse tige et peuvent être plantés à cinquante centimètres seulement de l'héritage voisin. La disposition de l'article 671 s'applique d'ailleurs aussi bien aux arbres venus naturellement qu'à ceux qui ont été plantés de la main de l'homme. Cela résulte de ce que le texte nouveau a substitué le mot *avoir* (il n'est permis d'avoir etc...), au mot *planter* anciennement employé.

B. — *Sanction des obligations de voisinage relatives aux plantations.* — Différentes hypothèses doivent être envisagées (art. 672, 673) :

a) Lorsqu'une plantation a été faite à une distance moindre de cinquante centimètres du voisin, celui-ci peut en exiger l'arrachement.

b) Lorsqu'une plantation a été faite à une distance de plus de cinquante centimètres et de moins de 2 mètres, le voisin peut exiger que l'arbre, s'il dépasse une hauteur de 2 mètres, soit coupé et réduit à cette dimension.

c) Que si un arbre, planté à une distance quelconque (fût-elle supérieure à deux mètres) ou, depuis la loi du 12 février 1921, un simple arbuste ou arbrisseau empiète sur le voisin, l'article 673 permet à celui-ci de demander à la justice d'ordonner la coupe des branches. Et, si l'empiètement se fait par les racines, le voisin a le droit de les couper lui-même. Il en est de même en cas d'envahissement par des ronces ou brindilles (ces derniers mots ont été ajoutés par la loi du 12 février 1921, à cause de l'état d'abandon de certains immeubles pendant la guerre).

d) Ajoutons que, pour pousser les propriétaires à ne pas user de leur droit dans toute sa rigueur, et pour favoriser les relations de bon voisinage, l'article 673 porte que celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin a droit aux fruits tombés naturellement de ces arbres de son côté.

C. — *Exceptions aux règles ci-dessus.* — *a*) La loi fait une exception aux règles ci-dessus en faveur des arbres plantés *en espaliers* (art. 671, al. 2). Ils peuvent être plantés à l'extrême limite de la propriété de chacun, sous cette réserve cependant que, si le mur de séparation n'est pas mitoyen, c'est-à-dire appartient exclusivement à l'un des deux voisins, celui-ci a seul le droit d'y appuyer ses espaliers (art. 671, al. 3).

b) Une dispense dès règles ci-dessus peut encore résulter de l'acquisition d'une *servitude* consistant dans le droit, pour un des voisins, de contrevenir aux règles légales. Cependant, en ce qui concerne l'acquisition d'une servitude de ce genre par prescription, la loi fait une distinction. Le propriétaire qui a fait des plantations à une distance moindre que la distance réglementaire, a, au bout de trente ans, acquis le droit de les conserver. Mais son voisin conserve toujours le pouvoir de faire couper les branches ou les racines qui empiètent ou surplombent (art. 672, 673). Ajoutons que, si une servitude a été créée au profit d'un des propriétaires voisins et que si les arbres plantés en conformité de cette servitude viennent à périr, à être coupés ou arrachés, la servitude disparaît, et les arbres ne peuvent être replantés qu'aux distances réglementaires.

D. — *Distance prescrite pour certaines constructions.* — L'article 674 vise un certain nombre de constructions, telles que puits, fosses d'aisance, cheminées, âtres, fours, forges, étables, magasins de sel ou amas de matières corrosives, dont la contiguïté serait évidemment nuisible ou dangereuse pour le voisin. Ce texte, en conséquence, oblige le propriétaire de ces constructions « à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers ou à faire les ouvrages intermédiaires prescrits par les mêmes règlements ou usages pour éviter de nuire aux voisins ».

Deux observations sont commandées par l'article 674.

a) A défaut d'un règlement administratif ou d'un usage local, la loi

ne prescrit *a priori* aucune protection. Il appartiendra donc au juge du fait d'apprécier celles qui sont nécessaires et de les prescrire en conséquence.

b) **Les précautions** prescrites s'inspirent, selon les cas, de considérations différentes. Tantôt, par exemple, lorsqu'il s'agit de l'adossement d'une étable ou d'un dépôt de sel ou de matière corrosive, c'est l'intérêt privé du propriétaire voisin qui est en jeu. Tantôt, quand il s'agit de l'adossement d'une cheminée, d'un four, d'une forge, il y a danger d'incendie et de propagation de cet incendie ; l'intérêt public intervient donc autant que l'intérêt privé. La portée de la distinction apparaît à deux points de vue :

α) La loi prohibe l'adossement de certains ouvrages au mur du voisin ou à un mur mitoyen, c'est-à-dire appartenant pour moitié au voisin. Mais le constructeur n'aura t il pas le droit de faire l'adossement proscrit, si le mur est sa propriété exclusive ? Cela dépendra. L'adossement sera possible s'il n'avait été prohibé que par mesure d'intérêt privé ; il restera prohibé au contraire, si la prohibition était du nombre de celles qui sont dictées par l'intérêt général.

β) Supposons qu'un propriétaire contrevienne, en fait, aux prohibitions légales. Va-t-il, par la possession prolongée pendant trente ans, acquérir, à titre de servitude, le droit de conserver la construction prohibée ? Oui s'il s'agit d'une construction élevée contrairement à des prescriptions réglementaires ou à des usages de pur intérêt privé. Non, au contraire, si la prohibition violée tenait à l'intérêt général ; dans ce dernier cas, il n'y a pas de prescription possible (Lyon, 25 octobre 1910, S. 1913.2.118).

4° Obligation résultant du droit de passage des voisins en cas d'enclave. — En principe, un propriétaire a le droit évident de refuser à autrui la faculté de passer par le fonds qui lui appartient ou par le dessous ou le dessus de ce fonds. Nous avons cependant rencontré déjà certaines restrictions à ce droit, soit à propos de l'emploi du lit des petites rivières comme voies de circulation, soit à propos de la navigation aérienne[1]. Une autre restriction plus importante résulte des dispositions relatives à l'hypothèse de l'*enclave* (art. 682 et suiv. modifiés par la loi du 20 août 1881).

On appelle *enclave* ou *fonds enclavé* un fonds qui n'a aucun accès sur une voie publique. Ce fonds resterait nécessairement inexploité, si son propriétaire n'avait la faculté de franchir les fonds d'alentour pour pénétrer sur l'enclave ou pour en sortir. Aussi, la loi impose-t-elle aux propriétaires environnants l'obligation de souffrir le passage. Mais elle leur accorde, en conséquence, le droit à une *indemnité*.

1. On pourrait signaler encore d'autres dispositions de détail restreignant le droit qui appartient au propriétaire d'empêcher le passage sur le fonds qui lui appartient. En vertu de la loi du 3 avril 1889, article 9, le maître d'un essaim d'abeilles est autorisé à le poursuivre sur le fonds où il s'est posé. De même, une tradition ancienne autorise le propriétaire d'un objet enlevé par les eaux à pénétrer sur le fonds où cet objet aurait été entraîné pour le reprendre.

Le droit de passage attribué aux enclaves donne lieu à deux questions principales :

A. — *Quand le droit de passage existe-t-il?* — Aux termes de l'article 682 : « le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins... » Ainsi, il est nécessaire, pour que l'enclave ait droit au passage sur les voisins, qu'elle n'ait aucune issue sur la voie publique ou (cette extension a été ajoutée en 1881) qu'elle n'ait qu'une issue *insuffisante*[1]. Mais il ne suffirait pas d'une issue *incommode* pour donner droit au passage. De même, il n'y aurait pas défaut d'issue sur la voie publique, s'il était possible au propriétaire de l'enclave d'en établir une. Toutefois, il ne faudrait pas que les frais de cet établissement fussent disproportionnés avec l'importance de l'exploitation. Ainsi, un fonds doit être considéré comme enclavé lorsqu'il est séparé de la voie publique par une rivière où il n'existe ni pont, ni bac, ni gué, bien qu'il soit, à la rigueur, toujours possible d'établir un pont ou un bac ; on ne saurait imposer de tels frais à un particulier. Enfin, au cas de manque d'issue sur la voie publique doit être assimilée l'hypothèse où la voie publique sur laquelle donne une issue est, en fait, devenue entièrement impraticable.

On remarquera que la loi ne fait aucune distinction suivant l'aménagement ou le caractère des fonds environnants. Ainsi, l'obligation de fournir un passage, en cas d'enclave, s'imposera même aux fonds clos, fussent-ils attenants à une habitation. Le propriétaire assujetti ne sera pas tenu d'enlever sa clôture, mais il devra souffrir l'établissement d'une porte, et remettre une clé au bénéficiaire du droit de passage.

De même, le droit de passage de l'enclave s'exercera même à l'encontre des fonds faisant partie du domaine public ou privé de l'Etat, du département ou de la commune, aussi bien qu'à l'encontre d'héritages appartenant à des particuliers.

B. — *Organisation du droit de passage.* — Les difficultés à trancher consistent soit dans la détermination de celui des héritages environnants qui doit fournir un passage à l'enclave, soit dans la fixation de l'indemnité à payer par le bénéficiaire du passage. Une distinction essentielle est ici établie par la loi.

a. — On peut supposer tout d'abord que la situation respective du fonds enclavé et des fonds environnants est *naturelle*. Ainsi, c'est un éboulement, le changement du lit d'une rivière qui a coupé toute voie d'accès à un héritage et l'a réduit à l'état d'enclave. Ou encore, la situation respective des fonds remonte à un temps immémorial. Dans ce cas, deux principes sont posés par la loi :

α) Le passage doit être pris *régulièrement*, c'est-à-dire, en général, là où

1. La Jurisprudence, d'ailleurs, admettait cette extension dès avant la loi du 20 août 1881 (V. not., Req., 44 mai 1879, D. P. 79.1.459, S. 79.1.254).

il est le moins onéreux, par conséquent (art. 683, al. 1) « du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique ». Néanmoins, (art. 683, al. 2), le passage « doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé », ailleurs qu'en ligne droite, par conséquent, si cette voie, en même temps que la plus courte, est la plus incommode pour le fonds traversé. Les juges auraient, de plus, le pouvoir de désigner un fonds autre que celui qui offre le trajet le plus court, mais sur lequel le passage serait moins dispendieux et moins dommageable pour le propriétaire assujetti (Req., 7 novembre 1906, D. P. 1907.1.63, S. 1908.1.16). Et, par exemple, nous avons vu que les fonds du domaine public doivent souffrir, comme les autres, le passage. Nous croyons qu'il y a lieu de faire exception lorsqu'il s'agit d'un fonds qui, par sa destination, est impropre au passage, comme un fonds occupé par une prison, par un hospice d'aliénés, par un arsenal, par une école. Nous croyons que, dans ce cas, la charge de fournir le passage doit retomber sur les voisins.

β) L'indemnité qui doit être fournie au propriétaire du fonds assujetti au passage, est déterminée par le juge, proportionnellement au dommage qui lui est causé (art. 682, *in fine*). L'indemnité doit être préalable à l'établissement du passage. C'est la règle commune dans tous les cas d'expropriation (Arg. art. 545). Mais cette antériorité s'entend seulement de la fixation de l'indemnité ; celle-ci pourrait ne pas consister en un capital, mais être versée sous forme d'arrérages annuels.

Les règles ci-dessus peuvent recevoir des dérogations à raison de la *prescription*, et cela à deux points de vue différents :

α') Il se peut que le propriétaire ou possesseur du fonds enclavé exerce, depuis plus de trente ans, son passage sur un fonds déterminé, autrement que ne le décide l'article 683, par exemple, à un endroit plus commode pour lui, mais autre que la voie la plus courte et la moins dispendieuse. En ce cas, nous dit l'article 685, al. 1, « l'assiette et le mode de servitude de passage sont déterminés par trente ans d'usage continu ». En d'autres termes le propriétaire assujetti a perdu, par le fait de la prescription, le droit de réclamer, en invoquant l'article 683, que le passage soit établi ailleurs.

La prescription dont il s'agit ici est-elle une prescription *acquisitive* ou une prescription *extinctive ?* La solution la plus rationnelle consisterait à dire, à notre avis, que c'est la prescription extinctive. Ce que l'article 685 signifie, croyons-nous, c'est que le laps de temps écoulé a éteint, conformément à la règle générale de l'article 2262, le droit qu'avait le propriétaire assujetti de réclamer, pour le passage, la fixation d'une assiette moins onéreuse pour lui. C'est dans le sens de cette opinion que se sont longtemps prononcées les cours d'appel. Il en résultait que, si l'état d'enclave venait à cesser, le droit de passage devait disparaître nonobstant les trente années d'exercice antérieur, puisque la prescription résultant de ce laps de temps n'avait trait qu'à l'*assiette* du passage. Il n'y avait doute et discussion que sur le point de savoir si le propriétaire du fonds anciennement enclavé avait

droit ou non à la restitution de l'indemnité. Mais, aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée en sens contraire. Elle décide que la prescription visée par l'article 685, al. 1, est la prescription acquisitive. En conséquence, lorsque le passage accordé par la loi au fonds enclavé a été exercé pendant trente ans dans des conditions particulières, cette possession trentenaire équivaut à un titre acquisitif d'une *servitude de passage* ; et celle-ci persiste après la cessation de l'enclave qui en avait été, cependant, la cause originaire (Req., 27 décembre 1904, D. P. 1905.1.74, S. 1904.1.246 ; 20 mai 1919, *Gaz. Trib.* 23 juin 1919). Cette jurisprudence peut être contestée, car elle méconnaît la règle, que nous étudierons bientôt, d'après laquelle les servitudes discontinues (et celle de passage en est une) ne peuvent s'acquérir par prescription.

β′) Il se peut que ce qui est atteint par la prescription, ce soit l'action en indemnité du propriétaire assujetti. C'est ce qui aura lieu si celui-ci est resté trente ans sans réclamer cette indemnité, depuis le moment où le passage a été établi. Alors, nous dit l'article 685, al. 2, « le passage peut être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable ». Il n'est pas douteux qu'ici la prescription envisagée par le texte est bien une prescription extinctive.

b. — Au lieu d'une enclave *naturelle*, on peut, dans une seconde série d'hypothèses, supposer que la situation respective des fonds a son origine dans une opération *volontaire*, en d'autres termes, comme dit l'article 684, que « l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat ». Dans ce cas, le fondement du droit de passage ne se trouve plus dans une restriction légale du droit des propriétaires environnants, mais dans le contrat intervenu, dans la promesse implicite que se sont faite les parties contractantes de se *garantir* mutuellement la jouissance complète des fonds ayant fait l'objet de leur tractation. D'où les trois conséquences suivantes :

α) Art. 684, al. 1 : « Le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes ». En effet, ce sont les contractants seuls qui ont, en créant l'état d'enclave promis implicitement le passage. Toutefois (art. 684, al. 2), « s'il y avait impossibilité matérielle à ce qu'un passage suffisant pût être établi, l'article 682 serait applicable » ; nous retomberions alors en effet sous l'empire de la règle *légale* qui, pour les motifs impérieux d'économie nationale sus-indiqués, a imposé le passage aux héritages environnants offrant la voie d'accès la plus courte et la moins dispendieuse.

β) Le droit de passage d'origine contractuelle ne donne lieu à aucune indemnité. En effet, le propriétaire assujetti, en offrant le passage au propriétaire enclavé, ne fait qu'exécuter l'obligation qu'il avait implicitement assumée. La valeur du passage a été comprise dans la convention créatrice de l'état de choses actuel.

γ) Si l'état d'enclave vient à cesser, soit par l'établissement d'une voie publique, soit par la réunion du fonds enclavé, en vertu d'une vente, d'une

succession, etc... à un héritage ayant accès sur la voie publique, il n'est pas douteux que le droit de passage doit subsister, puisqu'il a été *promis* par le propriétaire assujetti et lui a été *payé*.

5° Restrictions au droit de se clore du propriétaire. Droits de parcours et de vaine pâture. — Tout propriétaire a la faculté d'entourer son fonds de clôtures. C'est ce que constate l'article 647 : « Tout propriétaire peut clore son héritage ». On pourrait se demander pourquoi le législateur a pris la peine d'énoncer une règle aussi évidente si l'on ne savait que, sous l'ancien Régime, le droit de clôture des propriétaires souffrait plusieurs restrictions, dont l'une, particulièrement impopulaire, résultait du *droit de chasse* et du *droit de poursuite*, corollaire du droit de chasse, appartenant aux seigneurs. L'article 647 a voulu souligner la disparition de ces vestiges des temps féodaux.

Toutefois, le droit de se clore, dans un grand nombre de régions, souffrait autrefois, au moins à la campagne, une atteinte importante résultant des droits de *parcours* et de *vaine pâture*. On appelait *vaine pâture* le droit appartenant aux habitants d'*une même commune* d'envoyer leurs bestiaux pâturer sur les terres les uns des autres, aux époques où il n'y a sur les fonds ni semences, ni fruits. Le *parcours* était le même droit s'exerçant *de commune à commune*. Ces institutions vénérables — car on a pu y voir un vestige de l'ancienne copropriété du village germanique — offraient très anciennement des avantages manifestes pour les pauvres, qui y trouvaient le moyen de pouvoir élever quelques têtes de bétail sans posséder, eux-mêmes, de propriété foncière. Dans le dernier état de l'ancien Droit, les droits de *parcours* et de *vaine pâture* avaient été, en général, réglementés de la façon suivante. Le nombre des têtes de bétail admises à la pâture était déterminé dans la localité. Sur le total, chaque habitant avait le droit d'envoyer à la pâture un nombre d'animaux proportionnel à l'étendue du terrain lui appartenant. Il y avait, entre les diverses régions, des différences sur le point suivant. En certaines contrées, les droits de parcours et de vaine pâture constituaient des obligations auxquelles les propriétaires assujettis ne pouvaient se soustraire. Dans d'autres, au contraire, chaque propriétaire avait le droit de se clore ; mais s'il usait de cette faculté, il perdait son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il avait ainsi soustrait à l'usage commun. C'est ce système que consacre le Code civil dans son article 648.

Le même mouvement qui s'est produit, au cours du XIX^e^ siècle, dans le sens de l'allotissement et du partage des biens communaux devait aboutir à l'amoindrissement de ces antiques droits collectifs que le Code civil avait encore respectés. Cette œuvre a été accomplie par la loi du 9 juillet 1889, amendée par la loi du 22 juin 1890.

Le droit de *parcours* est aboli par l'article 1^er^ de la loi du 9 juillet 1889 sur le Code rural, titre 2 et 3. Sa suppression doit cependant donner lieu à une indemnité au profit des communes sacrifiées, lorsque le parcours a été établi autrefois à titre onéreux. L'évaluation de cette indemnité est faite

par les conseils de préfecture, sauf renvoi aux tribunaux ordinaires en cas de contestation sur le titre.

Dans le texte primitif, le droit de *vaine pâture* devait aussi disparaître dans le délai d'une année à partir de la promulgation de la loi (art. 2). Mais on jugea que c'était là une mesure trop radicale. La loi du 22 juin 1890, modificative de la précédente, décida donc que la vaine pâture pourrait subsister sous certaines conditions, notamment lorsqu'une requête tendant à son maintien serait adressée au préfet, dans l'année de la promulgation de la loi, soit par un conseil municipal, soit par des propriétaires particuliers, auquel cas la demande de ces derniers devrait faire l'objet d'un avis favorable du conseil municipal dans le délai de six mois. C'est, selon les cas, le conseil général ou le Conseil d'Etat qui est appelé à se prononcer sur la demande de maintien (art. 3).

La loi du 9 juillet 1889 décidait (art. 3) qu'en aucun cas le droit de vaine pâture ne pourrait s'exercer sur les prairies naturelles ou artificielles. Les populations intéressées ayant réclamé, la loi du 22 juin 1890 supprima l'exclusion des prairies *naturelles*, ne laissant subsister que celle des prairies *artificielles* (art. 5). (V. Solus, note S. 1922.1.361).

II. **Prestations actives imposées aux propriétaires.** — Nous avons dit que ce ne sont pas seulement des *abstentions* que la loi impose aux propriétaires, mais qu'elle exige d'eux certaines *prestations actives*, certaines *dépenses*. Les principales prestations de ce genre ont trait au *bornage* et à la *clôture*.

1° Obligation de contribuer au bornage. — On appelle *bornage* l'opération qui consiste à fixer les limites de deux propriétés contiguës par la pose de bornes ou de tout autre signe de démarcation en usage dans le pays. L'utilité de cette opération est manifeste : elle prévient les contestations entre propriétaires voisins relativement à la contenance respective de leurs fonds. Aussi, l'article 646 décide-t-il que « tout propriétaire peut *obliger* son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs ». Cette répartition des frais entre les voisins doit-elle se faire en proportion de l'importance respective de leurs fonds ou par portions égales ? Il faut distinguer. S'agit-il des frais, d'ailleurs très minimes, nécessités par la pose matérielle des bornes ou signes de démarcation, les frais doivent être également supportés, car l'opération confère un avantage égal à chacun des deux voisins. Mais, si la pose des bornes a nécessité des opérations d'*arpentage*, les frais de ce travail doivent être partagés en raison de l'importance respective des propriétés contiguës. Ajoutons que le partage des frais n'a lieu qu'en cas de bornage amiable. S'il y a eu *contestation*, les frais, conformément aux principes généraux de la procédure, doivent être mis à la charge exclusive de la partie qui a succombé (Req., 13 janvier 1909, D. P. 1909.1.212, S. 1909.1.96).

2° Obligation de contribuer à la clôture dans les villes et fau-

bourgs. — Nous avons vu que la clôture est un droit pour chaque propriétaire. Mais, « dans les villes et faubourgs », où il est plus indispensable de se prémunir contre les empiétements, les déprédations ou les indiscrétions, « chacun peut contraindre son voisin... à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins... La hauteur des clôtures sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus » (art. 663). Et, à défaut de règlements ou d'usages, l'article 663 détermine, avec minutie, quelle devra être la hauteur de l'ouvrage servant à la séparation. Nous nous contentons de renvoyer à ce texte visiblement issu de notre Droit coutumier (art. 209, cout. de Paris ; art. 236, cout. d'Orléans).

Sur le point de savoir si les propriétés contiguës se trouvent bien assises dans des villes ou faubourgs, ce qui est parfois délicat à déterminer, les juges posséderont, car c'est là une question de fait, un pouvoir souverain d'appréciation (Req., 28 février 1905, D. P. 1905.1.303, S. 1905.1.388).

Nous devons signaler ici que la Jurisprudence, par un argument d'analogie tiré de l'article 656, relatif à la contribution aux dépenses résultant de la mitoyennneté, permet au propriétaire actionné par son voisin de se soustraire à la dépense de construction, en abandonnant la part de terrain nécessaire à l'emplacement de la moitié du mur à édifier (V., en dernier lieu, Nancy, 12 novembre 1892, D. P. 93.2.519, S. 93.2.119). Il y a là une solution très contestable, contraire à la tradition de notre ancien Droit (V. Pothier, *Comment. de la cout. d'Orléans*, art. 234, éd. Bugnet, t. I, p. 324), et qui méconnaît le caractère d'ordre public de la règle écrite dans l'article 663.

III. **Restriction générale aux droits du propriétaire résultant des obligations de voisinage**[1]. — L'énumération faite ci-dessus des restrictions imposées au *jus utendi* des propriétaires par des textes formels est-elle *limitative*? Un propriétaire, notamment un propriétaire immobilier, a-t-il le droit de faire tout ce qui ne lui est pas interdit expressément? C'est la conclusion à laquelle conduirait une méthode de raisonnement purement logique et textuel. Mais la pratique ne l'a jamais admise, et les tribunaux ont toujours décidé que les propriétaires sont astreints à apporter à l'exercice de leurs droits certains ménagements, certaines précautions dont l'ensemble constitue, suivant une expression devenue usuelle, des *obligations de voisinage*. En effet, une solution contraire eut instauré à demeure l'état de guerre entre les voisins. Que, par exemple, je pratique dans mon fonds des excavations telles qu'elles déterminent alentour des éboulements entraînant la destruction des maisons voisines, ou bien encore, que j'établisse sur le terrain m'appartenant une écorcherie, un dépo-

1. V. les articles de MM. Capitant, dans la *Rev. crit.*, 1900, p. 156 et s., et Appert, dans la *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1906, p. 71 et s. ; Capitant, note, D. P. 1908.2.49, Appert, note, S. 1905.2.41 ; Ripert, note, D. P. 1907.1.385, Ferron, note, S. 1905.2.17; Josserand note, D. P. 1913.2.177 ; Ripert, *L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix, 1902.

toir, une usine de trituration d'engrais, d'où s'échappent des émanations désagréables ou malsaines ; ou bien enfin, que je fasse dans ma maison un vacarme tel que je prive de sommeil les habitants des maisons voisines, tout cela est évidemment inadmissible. Aussi, la Jurisprudence a-t-elle de tout temps décidé que, dans des cas de ce genre, les voisins auraient la faculté de s'adresser aux tribunaux pour en obtenir : 1° l'allocation de dommages-intérêts ; 2° la défense faite à l'auteur des agissement préjudiciables d'y persévérer dans l'avenir. Mais cette jurisprudence, humaine et sage dans ses résultats, n'en donne pas moins lieu à diverses difficultés.

1° Comment concilier, dans certains cas, le pouvoir des tribunaux et celui de l'Administration ? — Il arrive souvent que les agissements dont se plaignent les voisins sont la conséquence de travaux qui n'ont pu être effectués qu'en vertu d'une autorisation administrative, laquelle a été régulièrement concédée. Par exemple, les excavations qui constituent un danger d'éboulement pour les maïsons voisines, sont le fait du concessionnaire d'une mine ; les bruits, les fumées ou les émanations dommageables proviennent d'une usine classée parmi les *établissements dangereux, incommodes ou insalubres*, et, selon la règle, cette usine n'a été ouverte qu'après une autorisation administrative précédée elle-même d'une enquête *de commodo et incommodo*. La Jurisprudence, après quelques hésitations, a décidé que l'autorisation administrative ne met pas l'industriel à l'abri de l'action civile de ses voisins (Req., 18 novembre 1884, D. P. 85.1.171, S. 85.1.69 ; Paris, 19 avril 1893, D. P. 93.2.431, S. 93.2.124). Voici comment on raisonne pour justifier cette solution. La question de Droit administratif et la question de Droit civil mises en jeu par le fonctionnement de l'établissement préjudiciable au voisin sont, dit-on, absolument distinctes. L'industriel qui cause un préjudice à ses voisins par le fonctionnement de son usine s'expose à une double sanction : 1° la *sanction publique*, c'est-à-dire une pénalité, généralement une amende, s'il a enfreint des règlements administratifs en ouvrant son usine sans autorisation ; 2° la *sanction civile*, c'est-à-dire des dommages-intérêts envers le voisin lésé. L'autorisation qu'il a obtenue le met à l'abri de la première sanction, mais non de la seconde.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de la Jurisprudence. Le fait qu'une autorisation administrative est intervenue entraînera certaines conséquences de pur droit privé. Nous avons vu qu'en général les décisions des tribunaux, rendues à la demande des particuliers lésés, ont un double objet, d'abord faire réparer le dommage causé, au moyen d'une allocation pécuniaire, ensuite, *interdire la continuation de l'état de choses préjudiciable*. Lorsque l'établissement incommode fonctionne en vertu d'une autorisation administrative, les tribunaux judiciaires ne pourront évidemment émettre cette deuxième prescription, car ils empiéteraient alors sur le domaine de l'Administration ; ils ne pourront régler que la question d'indemnisation.

2° Quels sont le fondement juridique et le critérium des obligations de voisinage ? — Reste à savoir, et là est la difficulté principale, où commencent, où s'arrêtent les obligations de voisinage, quel en est, en un mot, le critérium. Ce critérium dépendra du fondement juridique sur lequel on fera reposer ces obligations, auquelles aucun texte n'assujettit les propriétaires. Des systèmes très divers ont été proposés sur ces deux points. Nous n'en retiendrons que deux. Encore est-il nécessaire de faire remarquer que les décisions des tribunaux ne s'embarrassent guère, en cette matière, de justifications doctrinales, et se motivent, le plus souvent, par des considérations d'équité assez vagues.

Un premier système voit dans les obligations de voisinage le résultat d'un *quasi contrat* qu'on appelle le *quasi-contrat de voisinage*. C'est ce que semblait décider déjà Pothier. « Le voisinage, écrivait-il (*Du voisinage*, §235, éd. Bugnet, t. IV, p. 330), oblige les voisins à user chacun de son héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin. Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible ». Et l'on trouverait la preuve de l'adoption de ce système par le Code civil, dans l'article 1370, aux termes duquel certains engagements se forment sans aucune convention ou involontairement, « tels que ceux entre propriétaires voisins », ainsi que dans l'article 651, d'après lequel « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention ».

Ce système se heurte à des objections très graves. Il paraît à la fois *peu exact* et *insuffisant*. Il est *peu exact*. Dans les catégories du Code civil, les prétendues *obligations* auxquelles font allusion les articles 651 et 1370 ne sont pas, en réalité, autre chose que les abstentions ou prestations imposées aux propriétaires par le fait seul de la propriété, et que le Code qualifie ailleurs de *servitudes légales* ou *naturelles*. Nous en avons la preuve dans l'article 652, d'après lequel partie de ces obligations (celles entre propriétaires voisins) est réglée par les lois de la police rurale, et les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens..., *aux vues sur la propriété du voisin*, *à l'égout des toits*, *au droit de passage*. Et l'article 1370 (al. 3 et 4), loin de ranger le voisinage parmi les quasi-contrats, oppose les engagements résultant d'un quasi-contrat, c'est-à-dire d'*un fait personnel du débiteur*, à *ceux qui naissent de la loi*, et, au nombre de ces derniers, il range précisément « les engagements entre propriétaires voisins ». Les articles 1370 et 651 sont donc étrangers à notre matière ; ils ne sont qu'une référence aux dispositions formelles, expresses, que nous avons précédemment énumérées ; ils ne peuvent justifier les solutions nouvelles, étrangères à toutes dispositions écrites, que nous fournit la Jurisprudence.

D'ailleurs, fût-il exact qu'il existe entre propriétaires voisins un *quasi-contrat de voisinage*, que la difficulté resterait à résoudre, et c'est en quoi le système du quasi-contrat nous semble *insuffisant*. Quels seront, en effet, l'objet de ce quasi-contrat et le contenu de ces obligations ? On nous dit

que les propriétaires voisins s'astreignent à ne rien faire qui soit *préjudiciable* à autrui? Or, cela est impossible à admettre. Décidera-t-on que, propriétaire d'une maison isolée, j'ai le droit d'empêcher mes voisins d'élever des constructions sur leurs terrains encore nus, parce que ces constructions, en me privant d'une vue agréable, diminuent la valeur de mon propre immeuble et, par là, me causent un préjudice? Non assurément. Si l'on se place au point de vue philosophique, astreindre l'homme à ne pas nuire à autrui, ce serait le condamner à l'inertie et à la mort. *Agir*, c'est *modifier* les choses actuelles et, presque fatalement, nuire à quelqu'un. La loi de la vie sociale actuelle est et sera, jusqu'à la venue encore bien hypothétique d'un ordre de choses différent et meilleur, la *concurrence*, et, par conséquent, dans une large mesure, la *nuisance* réciproque. Au point de vue juridique, nous avons défini le droit un *pouvoir de commandement* par rapport à autrui. Loin qu'on puisse dire, avec certains auteurs, que tout droit est restreint par la liberté d'autrui, il serait plus exact de dire que tout droit est *une atteinte à la liberté d'autrui*.

Un deuxième système, qui est celui des tribunaux, fonde plus volontiers les ménagements imposés aux propriétaires dans l'intérêt de leurs voisins, non sur l'idée d'un *quasi-contrat*, mais sur celle d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*, qui serait imputable à l'auteur du préjudice, et qui, en vertu du principe général des articles 1382 et 1383, donnerait lieu à répression judiciaire et à indemnisation. Mais ce système prête, lui aussi, à des objections; il a, croyons-nous, besoin d'être rectifié, complété par l'intervention d'un autre principe juridique. En effet, la condition requise pour l'application des articles 1382 et 1383, c'est qu'on puisse relever une *faute*, à tout le moins une négligence, une imprudence coupables à la charge de l'auteur du préjudice. Or, en notre matière, les décisions des tribunaux paraissent parfois appliquer, parfois négliger cette condition. Elles la négligent, par exemple, lorsqu'on les voit condamner à des dommages-intérêts l'industriel qui, muni d'une autorisation régulière, a fait fonctionner son usine de la manière la plus attentive et la plus diligente, et n'a causé aux voisins que les inconvénients qui sont une suite *inévitable* de l'industrie exercée (Orléans, 25 février 1885, D. P. 86.2.227 ; Req., 3 janvier 1887, D. P. 88.1.39, S. 87.1.263 ; 14 février 1910, D. P. 1910.1.136, S. 1910.1.296), ou encore, lorsqu'elles accueillent une demande fondée par un nouveau venu dans la localité, à l'encontre d'un chef d'industrie, dont l'établissement fonctionnait depuis de longues années, sans avoir jamais suscité aucune plainte des voisins (Civ., 18 février 1907, D. P. 1907.1.385, note de M. Ripert, S. 1907.1.77). Où est cependant, en ces diverses hypothèses, la *faute* reprochable à l'industriel condamné ? Et pourtant, dans d'autres décisions, les tribunaux se fonderont sur l'*absence de faute* pour repousser la prétention du demandeur. En voici un exemple. Un industriel, établissant sur son fonds une scierie mécanique, prend les précautions les plus minutieuses pour éviter les chances d'incendie. Et, en fait, aucun incendie ne s'est jamais déclaré dans son établissement. Un voisin lui réclame cependant une indemnité, en invoquant le préjudice résultant pour lui de ce que son assureur,

à raison de l'aggravation du risque de voisinage, avait élevé le montant de sa prime annuelle. La cour de Nancy avait accordé cette indemnité ; mais la Cour de cassation cassa l'arrêt par ce motif qu'*aucune faute* n'était relevée à la charge du propriétaire de la scierie mécanique (Civ., 11 novembre 1896, D. P. 97.1.10, S. 97.1.273, note de M. Blondel).

Il y a, croyons-nous, moyen de résoudre ces contradictions, et ce moyen nous est d'ailleurs indiqué avec plus ou moins de netteté par les *motifs* de plusieurs arrêts. C'est de faire intervenir ici une autre notion (que nous retrouverons et éclaircirons ultérieurement), celle de l'*abus du droit*. Expliquons-nous. C'est une règle consacrée, non par la loi écrite, mais par la *coutume*, laquelle a force de loi, nous l'avons vu, en tant qu'elle règle et contrôle l'*application* des textes positifs, que les droits appartenant à des particuliers doivent être exercés sans excès, d'*après leur destination naturelle et d'une façon normale*, eu égard à l'état général des mœurs et des relations sociales. Lorsque cette mesure est dépassée, il y a *abus du droit* et intervention possible de la justice pour redresser cet abus. Et voici des applications de notre formule. Si j'élève une construction sur mon terrain, le voisin que je prive ainsi d'une vue agréable ne pourra se plaindre, parce qu'il est *normal*, *naturel*, d'user d'un terrain que l'on possède pour y élever une construction. Mais supposons (hypothèse toute théorique) que j'élève sur mon champ un mur isolé de quinze mètres de hauteur, uniquement afin de priver de la vue de la mer un propriétaire voisin qui est séparé du rivage par mon terrain, le propriétaire lésé sera admis à réclamer, parce qu'il y a de ma part *dépassement* ou *abus* de mon droit. Il est en effet *anormal* de faire sur son fonds de telles constructions. Même distinction s'il s'agit de protestations fondées sur les dégradations commises par les lapins d'une propriété voisine. Les incursions de quelques lapins isolés ne donneront pas lieu à réparation ; il en sera autrement de celles de lapins entassés dans une garenne où le propriétaire les aura laissés se multiplier anormalement (Req., 22 juin 1910, D. P. 1910.1.461 ; Cf. pour les dommages causés par le gros gibier, Civ., 10 février 1913, D. P. 1913.1.237).

La solution que nous venons de proposer est consacrée en termes exprès par l'article 906 du Code civil allemand qui est ainsi conçu : « Le propriétaire d'un fonds ne peut s'opposer à l'introduction de gaz, vapeurs, odeurs, fumées, suies, chaleurs, bruits, trépidations et autres réactions provenant d'un autre fonds, lorsque ces inconvénients ne nuisent pas du tout ou pas essentiellement à l'usage de son fonds, ou lorsqu'ils résultent de l'usage de l'autre fonds, *si cet usage est normal* d'après les circonstances locales pour les fonds de même situation. » On remarquera que ce texte, outre la condition de l'*anormalité*, semble en exiger une seconde, pour qu'il y ait recours possible du voisin, à savoir l'existence d'un préjudice d'*une certaine importance*. Mais, au fond, cette seconde condition se ramène à la première. Si le préjudice, lorsqu'il est très faible, ne doit pas être pris en considération, c'est que le voisinage entraîne toujours et *normalement* certains petits inconvénients, que chacun doit supporter, parce qu'il doit toujours s'y attendre et qu'il en inflige de pareils, de son côté, à ses voisins.

Le Code civil suisse (art. 684, 685) contient, d'autre part, des dispositions très sensiblement analogues à celles de l'article 906 du Code civil allemand[1].

Chez nous, les arrêts, en suppléant à l'absence d'un texte positif analogue à l'article 906 du Code civil allemand et aux articles 684 et 685 du Code civil suisse, se sont, en somme, inspirés d'idées semblables, car on y trouve souvent cette idée que celui-là seul « qui cause à ses voisins *un préjudice excédant la mesure des obligations ordinaires du voisinage commet une faute qui engage sa responsabilité* et doit être condamné à des dommages-intérêts » (V. Civ., 18 février 1907, D. P. 1907.1.385, note de M. Ripert, S. 1907.1.77 ; Req., 14 février 1910, D. P. 1910.1.136, S. 1910.1.296). De même, d'après nos arrêts, « le voisinage entraîne des inconvénients habituels, inévitables », et, tant que le propriétaire ne dépasse pas cette limite, les voisins ne peuvent pas se plaindre. Quant à l'appréciation de cette mesure, elle est laissée aux juges du fond. La somme d'incommodités que les voisins doivent supporter varie suivant la situation des immeubles. Tel dommage paraîtra supportable dans un faubourg industriel ou dans une rue commerçante, qui, au contraire, donnera lieu à des dommages-intérêts si la propriété qui le subit se trouve dans un quartier paisible, bourgeoisement habité (Bordeaux, 5 mars 1903, D. P. 1908.2.49, note de M. Capitant, S. 1905.2.41, note de M. Appert[2]).

Il y a lieu de souhaiter, croyons-nous, que cette jurisprudence, de sa nature très souple et très progressive, s'affermisse et s'élargisse encore. Si les tribunaux l'appliquaient avec plus de hardiesse, ils pourraient y trouver, notamment, le moyen de réprimer, en suppléant aux lacunes de la législation positive, certains usages excessifs du droit de propriété, tels que ceux que nous avons signalés antérieurement à propos des conséquences de l'appropriation des eaux de source. Ces usages pourraient en effet être avec raison considérés comme de véritables *abus du droit de propriété.*

1. Il est intéressant de constater que le Code civil suisse fait (V. art. 684, 685, etc.) une place à part aux dommages causés par des affouillements. En effet, tandis que l'article 684, contenant le principe général, subordonne la responsabilité qu'il impose aux propriétaires, à la démonstration d'un abus du droit « excédant les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles », l'article 685 ajoute, tout simplement : « Le propriétaire qui fait des fouilles ou des constructions *ne doit pas nuire à ses voisins* en ébranlant leur terrain, en l'exposant à un dommage ou en compromettant les ouvrages qui s'y trouvent ». Ici donc, il n'y a pas besoin d'un abus, le simple préjudice causé au voisin suffit à engager la responsabilité du propriétaire. Nous avons vu, en traitant de la propriété des mines, que notre Jurisprudence a abouti, en matière de dommages causés au superficiaire par l'exploitation des mines, à une solution identique.

2. Citons ici un arrêt intéressant de la Chambre des requêtes, en date du 3 août 1915 (D. P. 1917.1.79). Un propriétaire, voisin d'un constructeur d'avions, avait disposé à l'extrême limite de son terrain des piquets de bois surmontés de pointes de fer, non susceptibles de lui servir de clôture, et cela en vue de nuire au voisin en rendant plus périlleuse et difficile la sortie et la rentrée des aéronefs, et de le contraindre ainsi à lui acheter son terrain un bon prix. La Cour d'appel a jugé avec raison qu'il y avait là un abus de droit justifiant la condamnation du propriétaire à la suppression de son installation, et la Cour de Cassation a repoussé le pourvoi formé contre sa décision.

§ 3. — Restrictions conventionnelles. Clauses d'inaliénabilité. Conditions de validité de ces clauses [1].

La loi permet, dans certains cas, à la volonté des parties d'imprimer à certains biens un caractère d'inaliénabilité qui restreint, en lui enlevant l'*abusus*, le droit du propriétaire de ces objets. Il en est ainsi pour les *biens dotaux* de la femme, en cas d'adoption par les époux du régime dotal (art. 1554 et s.), et pour *les biens* grevés d'une *substitution* permise (art. 1048 à 1074) [2].

Mais il peut se faire qu'en dehors de ces hypothèses, l'aliénateur d'un immeuble, notamment le donateur ou le testateur, désire imposer à l'acquéreur l'obligation de ne pas l'aliéner ; une convention de ce genre ou une clause testamentaire en ce sens seraient-elles possibles ? On l'a nié en invoquant divers principes : d'abord, le caractère absolu du droit de propriété, puis, l'impossibilité qu'il y a pour la volonté des parties de créer capricieusement de nouveaux types de droits réels non prévus par la loi (art. 543).

Ces arguments juridiques se sont longtemps doublés de considérations économiques. On faisait valoir que la libre circulation des biens est essentielle à une bonne économie nationale. Par une sorte de superstition, analogue à celle qui anime les doctrinaires simplistes de la libre concurrence, ou inspire les préjugés si répandus contre les biens de mainmorte, les meilleurs esprits se persuadaient que le simple jeu des intérêts privés devait fatalement amener les biens, pourvu que leur circulation fût libre, entre les mains les plus aptes à les exploiter utilement.

Aujourd'hui, on commence à s'affranchir de cette *mystique*. On a compris qu'à côté des droits de la concurrence, il y a à tenir compte d'autres intérêts légitimes. Le législateur napoléonien ne l'a-t-il pas senti lui-même en permettant (art. 581 C. Pr. civ.) d'insérer, dans les actes à titre gratuit, une clause d'insaisissabilité qui, de manière indirecte, touche au droit d'*abusus* du donataire que son bienfaiteur tient à protéger contre ses propres entraînements ! Aussi, dès le siècle dernier, la Jurisprudence admettait-elle la validité des clauses d'inaliénabilité, sous cette double condition qu'elles se justifiassent par un intérêt légitime, et qu'elles ne fussent pas stipulées à perpétuité, ni pour un temps indéterminé (Civ., 20 avril 1858, D. P. 58.1. 154, S. 58.1.589 ; Cf. Civ., 24 janvier 1899, D. P. 1900.1.533, S. 1900.1.342). Reprenons successivement ces deux conditions :

1° L'*intérêt légitime* exigé par les arrêts peut être soit l'intérêt de celui

1. V. Bretonneau. *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, thèse, Paris, 1902 ; Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, Rev. trim. de dr. civ., 1906, p. 339 et s.

2. Dans le cas de substitution permise, l'inaliénabilité est subordonnée à la condition que les appelés survivront au grevé et recueilleront les biens substitués.

Il convient d'ajouter un cas d'inaliénabilité tout à fait spécial, celui des coupons de retour des billets d'aller et retour délivrés par les Compagnies de chemins de fer (Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 63).

qui aliène, soit celui d'un tiers, soit celui de l'acquéreur lui-même au droit duquel on veut faire subir une restriction. Par exemple, un vendeur a réméré, pour faciliter l'exercice du réméré éventuel, introduit dans la vente une clause interdisant à l'acheteur d'aliéner l'immeuble, jusqu'à l'expiration du délai imparti pour l'exercice du réméré. Ou bien, un testateur lègue à un de ses parents un immeuble, à charge de servir une rente viagère à une tierce personne sur les revenus de cet immeuble, et, pour assurer le service de la rente viagère, stipule que le légataire de l'immeuble n'aura pas le droit de l'aliéner. Ou bien encore, un testateur, se défiant des tendances de son légataire à la prodigalité, par une clause de son testament, rend inaliénable, entre ses mains, l'immeuble qu'il lui lègue. Dans ces trois cas, on admettra qu'il y a une obligation valable, obligation de ne *pas faire*, souscrite par l'acquéreur ; spécialement, dans la seconde hypothèse, la validité de cette obligation ressort de l'article 1121, qui permet de stipuler pour autrui, quand cette stipulation est la condition d'une libéralité que l'on fait au débiteur.

2° Quant à l'*exclusion des clauses d'inaliénabilité perpétuelle*, elle s'explique par la précédente condition. C'est un principe que les obligations personnelles (et c'est, avons-nous vu, une obligation de ce genre qui pèse sur le propriétaire actuel) sont essentiellement temporaires. Mais la Jurisprudence assimile aux clauses stipulées à perpétuité celles qui le sont pour un délai indéterminé, même celles qui le sont pour un temps trop long. Et, à cet égard, elle ne paraît pas avoir de critérium bien fixe. Par exemple, on s'est demandé si un legs d'usufruit peut contenir une clause d'inaliénabilité pour toute la durée de l'usufruit, c'est-à-dire pour toute la vie de l'usufruitier. A cette question, et à quelques jours d'intervalle, deux chambres de la Cour de Paris ont répondu, l'une par l'affirmative et l'autre par la négative (Paris, 5 novembre 1901, D. P. 1902.2.89, note G. L., S. 1904.2.202, et 30 décembre 1901, S. 1904.2.201, note de M. Tissier). Cette incertitude est d'autant plus fâcheuse que la Cour de cassation ne possède pas sur ce point de droit de contrôle, l'appréciation de la légitimité du motif et de la mesure du délai permis rentrant dans les pouvoirs souverains des juges du fond.

Quelle est la sanction des clauses d'inaliénabilité ? — Pendant longtemps on n'en a pas vu d'autre que la possibilité, pour la partie qui avait introduit la clause d'inaliénabilité de poursuivre *contre l'acquéreur à charge de ne pas aliéner* la résolution de la vente ou de la libéralité, pour inexécution, de la part de celui-ci, de la condition affectant son titre d'acquisition. Mais il est clair que cette solution va trop souvent contre la volonté des parties. Dans bien des cas, ce que le stipulant désire avant tout, c'est assurer au gratifié la jouissance des choses données ; ce n'est pas dans un autre dessein qu'il a inséré une clause d'inaliénabilité. C'est méconnaître son intention que d'enlever la chose au donataire qui a eu le tort de l'aliéner. La Jurisprudence a donc admis la possibilité de poursuivre directement la nullité de l'aliénation contre le tiers acquéreur (Civ., 20 avril 1858, précité). On remarquera que cette faculté accordée au stipulant ne donne pas lieu à

un inconvénient pratique, lorsque la clause résulte d'une donation. En effet, cette donation a été transcrite (art. 939), et cette transcription porte à la connaissance des tiers la clause d'inaliénabilité. Mais, lorsque celle-ci est écrite dans un testament, elle reste occulte, les legs immobiliers ne faisant pas l'objet d'une transcription. L'objection n'a pas cependant arrêté la Jurisprudence, car elle admet que la bonne foi de l'acquéreur n'est pas un obstacle à la nullité (Paris, 25 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 14 septembre 1901, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, p. 360).

Trois questions restent à élucider :

1° Comment se justifie théoriquement cette action en nullité ? La meilleure explication consiste, croyons-nous, à dire, avec M. Bartin (*Théorie des conditions impossibles et illicites*, p. 167 et s.), qu'il y a ici application de la règle de l'article 1143, d'après lequel le créancier d'une obligation de ne pas faire « a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ». Ainsi, lorsqu'il a été dans les intentions des parties que la sanction de l'obligation de ne pas aliéner ne rejaillît pas contre le débiteur qui y aurait contrevenu, l'action en nullité pourra être dirigée uniquement contre le tiers acquéreur. En obtenant cette nullité, le stipulant aura pleine satisfaction.

2° Qui va pouvoir demander la nullité ? Il n'y a pas de difficulté lorsque la clause d'inaliénabilité a été insérée dans l'intérêt du stipulant ou dans celui d'un tiers. Alors, il n'est pas douteux que ce sont ceux-ci qui peuvent agir. Mais il en est différemment lorsque la clause a été insérée dans l'intérêt même de celui qui en est grevé, par exemple, dans l'intérêt d'un donataire ou légataire, suspect de prodigalité. Alors, on ne peut supposer, en fait, que le prodigue demande une nullité qui l'astreindrait à la restitution du prix. Et, en droit, il est fort douteux que l'obligation de garantie, dont il est tenu envers l'acheteur, lui permît, s'il le voulait faire, de revendiquer la chose aliénée. Nous ne voyons qu'une solution possible : c'est de décider que la nullité de l'aliénation pourra être poursuivie par le stipulant, par ses héritiers ou par son exécuteur testamentaire. Cela est d'ailleurs conforme à la thèse qui fait résulter l'inaliénabilité d'une obligation personnelle de ne pas aliéner souscrite par le premier acquéreur envers le stipulant.

Ici encore la Jurisprudence est peu assise. La Cour de cassation, par un premier arrêt (Req., 25 juin 1902, D. P. 1904.1.356, S. 1902.1.484), avait admis l'exercice de l'action en nullité par un exécuteur testamentaire du disposant. Puis, elle s'est déjugée et a décidé par un second arrêt (Req., 23 mars 1903, D. P. 1903.1.337, note de M. Planiol, S. 1904.1.225, note de M. Tissier), que l'héritier du disposant ne peut avoir cette faculté, parce qu'elle constituerait entre ses mains, à l'égard du gratifié, une sorte de tutelle extra-légale, inadmissible par conséquent.

3° La clause d'inaliénabilité temporaire prolonge-t-elle ses effets après la cessation de la période visée par le titre, à l'encontre des créanciers du gratifié dont la créance est née pendant la période d'interdiction ? La Cour de cassation admet l'affirmative. Elle considère que cette clause « ne saurait

être efficace et protectrice qu'à la condition de *soustraire pour toujours* les biens inaliénables à la poursuite des créanciers qui n'ont jamais pu les considérer comme faisant utilement partie à leur égard du patrimoine de leur débiteur » (Req., 11 juin 1913, D. P. 1914.1.242).

Est-il besoin de faire observer, en terminant, que toutes les questions que nous venons d'examiner ne se posent qu'à propos des immeubles? Les clauses d'inaliénabilité stipulées dans des transmissions de meubles seraient sans effet contre les tiers, à raison de la règle de l'article 2279 : *en fait de meubles possession vaut titre.*

SECTION III. — Des modalités du Droit de propriété.

Il y a diverses modalités du Droit de propriété, dont les plus importantes sont la *Propriété commune* ou *Indivision*, laquelle peut être soit l'*indivision ordinaire*, soit la *copropriété avec indivision forcée*, et le *Droit de superficie*.

§ 1. — Propriété commune ou indivision.

Définition. Généralités. — Le droit de propriété sur une chose peut appartenir à la fois à plusieurs personnes, sans qu'il y ait division matérielle de la chose. On dit alors qu'il y a *copropriété*, *propriété commune* ou *indivision*.

La cause la plus fréquente de cette situation est le décès du propriétaire qui laisse plusieurs héritiers ou légataires universels. Chacun des héritiers ou légataires acquiert une fraction soit égale, soit inégale, suivant les cas, de la chose appartenant au défunt. Chacun des héritiers recueille une moitié, un tiers, un quart du droit de propriété du défunt.

La copropriété peut également avoir pour origine un contrat. Par exemple, mais le fait est assez rare, deux personnes achètent une chose en commun. Ou encore, ce sont deux époux qui ont adopté, en se mariant, le régime de la communauté (à supposer, ce qui est, comme on le verra, très discuté, que la copropriété des biens de la communauté constitue une indivision).

Le Code civil ne consacre aucune rubrique à l'*indivision ;* il n'en règle pas les effets. On n'y trouve guère qu'un seul article franchement relatif à cette forme de propriété, à savoir l'article 815, qui a trait à la durée de l'indivision, plus spécialement, de celle qui se forme, après un décès, entre cohéritiers d'une même succession. Ce sont les auteurs qui ont construit la théorie de l'indivision. Cette construction, ils l'ont empruntée aux jurisconsultes romains. Ce qui caractérise cette copropriété-indivision, de type romain, c'est qu'elle constitue, en somme, une modalité, une forme de la propriété individuelle. Chaque copropriétaire possède un droit complet et absolu sur une *quote-part abstraite* de la chose possédée en commun. Il conserve le droit de disposer librement de cette quote-part.

Dans une autre conception de la propriété collective, qu'on considère gé-

néralement comme le type germanique de la copropriété et qu'on désigne sous le nom de *gesammte Hand, copropriété en main commune*, il en est différemment. Les divers copropriétaires sont considérés *comme ne faisant qu'un* ; c'est-à-dire qu'ils ne peuvent disposer de leurs parts respectives, tant que dure la *main-commune*, ou, plus exactement, qu'il n'y a pas de parts distinctes, tant que la liquidation n'est pas intervenue. Le droit d'administrer la main-commune et d'en disposer appartient à un organe de direction indépendant juridiquement du patrimoine de chaque associé.

Il suffit ici de tracer une esquisse de l'organisation de l'indivision, telle qu'elle ressort de la doctrine et de la jurisprudence courantes. La pratique a utilisé, en cette matière, outre l'article 815 précité, certaines dispositions, notamment l'article 1859, contenu au Titre des Sociétés ; il y a là un procédé d'*extension par analogie*, car la Jurisprudence, en reconnaissant, comme elle le fait aujourd'hui, à toutes les sociétés, le caractère de personnes morales, peut paraître nous interdire de les considérer comme constituant des indivisions [1].

Quels sont, dans l'indivision, les droits respectifs des co-propriétaires ? — Il faut distinguer les deux faces du droit indivis :

1° Le *côté incorporel*, c'est-à-dire la faculté d'accomplir des actes *juridiques* sur la quote-part indivise, sa moitié, son tiers, son quart, qui appartient au copropriétaire.

2° Les actes *matériels* de jouissance ou d'usage que le copropriétaire peut faire sur la chose commune.

1° Le copropriétaire peut disposer librement de sa quote-part, sans avoir besoin de consulter ses copropriétaires. Il peut *vendre*, *donner* son droit indivis. De même, le copropriétaire peut hypothéquer sa part indivise dans un immeuble. L'effet de cette hypothèque dépendra, il est vrai, on le verra plus tard, du résultat du partage, parce que, dans notre Droit, le partage produit un effet déclaratif. Si l'immeuble tombe au lot d'un autre communiste ou lui est adjugé sur licitation, l'hypothèque s'évanouit ; elle subsiste, au contraire, si l'immeuble est attribué au communiste créateur de l'hypothèque.

Ce droit des copropriétaires de disposer de leur part indivise s'explique et se justifie par cette considération que, en ce faisant, chacun d'eux ne porte aucune atteinte aux droits des autres. Il ne fait, tout au plus, que se substituer une autre personne qui prendra sa place dans la communauté.

La règle de la libre disposition de chaque copropriétaire comporte, d'ailleurs, plusieurs restrictions :

A. — Aux termes de l'article 2205 du Code civil, lequel, *in terminis*, vise exclusivement le cas où l'indivision a sa source dans une succession,

1. Au contraire du nôtre, les Codes étrangers dont la rédaction est postérieure, consacrent tous un titre à la matière de la copropriété et parfois quelques articles à la copropriété avec indivision forcée, variété d'indivision que nous allons bientôt rencontrer (V. C. civ. espagnol, art. 392 et s.; C. civ. italien, art. 673 et s.; C. civ. allemand, § 1008 et s.; C. civ. suisse, art. 646 et s.).

ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, les créanciers de l'un des héritiers ne peuvent pas mettre en vente sa part indivise dans les immeubles héréditaires. Ils doivent, pour réaliser cette partie de leur gage, attendre le partage, qu'ils ont d ailleurs le droit de provoquer. Le motif de cette prohibition est qu'une vente forcée de part indivise se ferait dans de mauvaises conditions, peu de personnes se souciant de se mettre en état d'indivision avec des étrangers. La règle de l'article 2205 a reçu une double extension :

a) Etant donnée la généralité de son motif, il y a lieu de l'appliquer quelle que soit l'origine de l'indivision, et quand bien même elle ne résulterait pas d'une succession (Bordeaux [motifs], 19 juillet 1882, S. 83.2.150). Cependant, on a soutenu, mais à tort, croyons-nous, que l'article 2205, écrit pour le cas où l'indivision porte sur une masse de biens, n'est pas applicable au cas d'une indivision à titre particulier, c'est-à-dire limitée à un immeuble individuellement déterminé (V. note de M. Glasson, D. P. 1903, 2.481).

b) L'article 2205 prohibe la *mise en vente* seulement ; il n'interdit pas la *saisie* des immeubles indivis ; mais la Jurisprudence décide que la prohibition doit s'entendre de toutes les poursuites en expropriation forcée, c'est-à dire de la saisie elle-même (V. Bordeaux, 19 juillet 1882, précité).

Une troisième extension ne serait-elle pas possible? L'article 2205 ne parle que des immeubles. Ne peut-on l'appliquer aux meubles indivis? Non, répond la Jurisprudence, c'est une disposition exceptionnelle qui ne peut ni ne doit être généralisée (Civ., 23 mars 1881, D. P. 81.1.417, S.82. 1.217 ; 29 mars 1887, D. P. 87.1.454, S. 87.1.125). En conséquence, on décidera que les meubles indivis peuvent être saisis. Par cette mainmise, opérée au cours de l'indivision, les créanciers empêcheront la disparition des meubles. Mais il faut ajouter que, si les meubles indivis peuvent être *saisis*, ils ne peuvent pas être *vendus*. Les créanciers saisissants seront donc obligés de faire procéder au partage avant la *mise en vente* des meubles saisis par eux. Cette solution résulte de l'article 608 du Code de procédure civile, aux termes duquel celui qui se prétend propriétaire des objets saisis ou *de partie d'iceux* peut s'opposer à la vente (Civ., 29 mars 1887, précité).

B. — Lorsque la copropriété porte *sur un navire*, un copropriétaire ne peut hypothéquer sa part indivise qu'avec l'autorisation de la majorité de ses copropriétaires (art. 220 C. Comm. ; art. 3, dernier alinéa, L. du 10 juillet 1885, sur l'hypothèque maritime). De même, le navire indivis peut être hypothéqué par l'armateur pour les besoins de l'armement ou de la navigation, mais avec le consentement de la majorité des copropriétaires.

2° Lorsqu'il s'agit au contraire des actes *matériels d'usage* ou de *jouissance*, ou encore des actes de *disposition* ou d'*administration* offrant un caractère matériel, comme ceux qui consistent à changer la destination de la chose (par exemple, transformer une maison d'habitation en maison de rapport), ou à en modifier l'aménagement (par exemple percer une vue dans un mur), on décide qu'un copropriétaire ne peut les accomplir qu'avec le

consentement *de tous les autres*. En effet, les actes *matériels* sur la chose tout entière ou sur une portion entière de la chose dépassent forcément le droit du copropriétaire, lequel ne s'étend que *sur une quote-part abstraite* de chaque molécule de la chose.

Il résulte de cette solution une gêne considérable pour l'exploitation de la chose commune. En effet, on admet bien, par application de l'article 1859, 2e al., relatif au contrat de société, que chacun des copropriétaires peut se servir de la chose commune, pourvu qu'il l'emploie à sa destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas de manière à empêcher les autres d'en user selon leur droit (Req., 28 octobre 1892, D. P. 93.1.246). Par exemple, chacun des copropriétaires d'un immeuble rural y possède le droit de chasse et peut même céder ce droit à un tiers sans l'assentiment de son copropriétaire (Crim. 14 novembre 1913, D. P. 1914.1.254). Mais cette obligation de respecter les droits de ses consorts aboutit le plus souvent à rendre illusoire le droit du copropriétaire et, surtout, à rendre impossible toute amélioration de la chose commune. Qu'il s'agisse, par exemple, d'y introduire tel ou tel mode de culture, d'y apporter une innovation, d'y construire, d'y démolir, etc..., aucune initiative ne peut être prise par un des copropriétaires ; l'accord de tous est indispensable (arg. art. 675, 1859, 4e al.), et on conçoit qu'en fait il sera souvent impossible de l'obtenir.

D'autre part, même lorsqu'il s'agit *des actes d'administration*, tels que la location d'un immeuble commun, la Jurisprudence, bien que de tels actes n'aient rien de matériel, se refuse à admettre qu'ils puissent, en principe, s'effectuer autrement que par l'accord de tous les copropriétaires (V. not., Civ., 4 juin 1844, S. 44.1.723). On avait bien proposé d'étendre à ce cas, par analogie, l'article 1859, al. 1, d'après lequel « les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue ». Mais, disent les arrêts, cette disposition s'explique par l'*affectus societatis*, c'est-à-dire par le lien contractuel qui unit les associés ; il ne faut pas l'étendre aux communautés formées *sine affectu societatis*. Tout au plus, la Jurisprudence est-elle parvenue à tempérer quelque peu les rigueurs de cette solution en appliquant ici la théorie de la *gestion d'affaires*. En vertu de cette idée, le copropriétaire qui louera l'immeuble indivis, ou y fera exécuter des travaux dans l'intérêt commun, sera réputé avoir agi comme *gérant d'affaires* de ses consorts. Ceux-ci seront donc tenus de respecter les opérations accomplies et d'exécuter les obligations qu'elles font naître, lorsque les actes du gérant leur auront été *utiles* (art. 1375, C. civ. ; Req., 5 juillet 1909, *Bull. des Somm.*, 1909, p. 81). Mais ce tempérament, pour équitable qu'il paraît, demeure encore insuffisant parce que, en subordonnant l'efficacité des actes du copropriétaire à un résultat utile pour tous les indivisaires, il ne donne pas aux tiers la complète sécurité qu'on exige, en général, lorsqu'on est sollicité de consentir à un contrat.

On remarquera ici que, si la Jurisprudence a écarté l'application à notre matière de l'article 1859, al. 1, on n'hésite pas à admettre celle de l'alinéa 3 du même texte, d'après lequel « chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation » de la chose commune.

Comment prend fin l'indivision ? Son caractère temporaire. — Les inconvénients qu'on vient de relever dans l'état d'indivision expliquent que le législateur y ait vu une situation essentiellement temporaire ; d'où la disposition essentielle de l'article 815, placé au Titre *des Successions*, mais certainement applicable à toutes les indivisions. D'après cet article « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le *partage* peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires » par l'un quelconque des copropriétaires. On appelle en effet *partage* l'opération par laquelle le bien commun est divisé en autant de lots qu'il y a de communistes, et chacun de ceux-ci assorti de la propriété exclusive de l'un de ces lots.

Le droit de provoquer le partage est un droit *imprescriptible*. La prolongation, même pendant trente ans ou plus, de l'état d'indivision ne ferait pas perdre aux copropriétaires le droit de demander à en sortir au moyen d'un partage. Ce droit, en effet, repose sur un état de choses, l'indivision, qui se renouvelle constamment ; il reprend donc naissance à chaque instant. De même, un copropriétaire ne peut pas valablement *renoncer* au droit de demander le partage, la règle de l'article 815 étant d'*ordre public* à cause des motifs économiques et d'utilité sociale qui l'ont inspirée.

Le *caractère* du partage est, rationnellement, celui d'un échange, chaque indivisaire troquant son droit abstrait *sur une quote-part* de la chose, contre la propriété exclusive de la *portion* de la chose autrefois commune mise dans son lot. Mais, pour des raisons d'utilité et d'histoire, sur lesquelles on reviendra ultérieurement, l'article 883 établit ici une fiction contraire et décide que le partage est un acte non pas translatif, mais *déclaratif*, d'où il résulte qu'il *rétroagit*, et que les actes accomplis par un copartageant, pendant la durée de l'indivision, sur la part de la chose commune qui est mise au lot des autres, sont réputés nuls et non avenus.

Il y a d'ailleurs d'autres moyens de faire cesser l'indivision que le partage en nature. C'est qu'une seule personne devienne acquéreur des parts indivises de tous, soit qu'un des indivisaires succède à tous les autres, en leur achetant leurs parts ou autrement, soit qu'ils vendent leurs parts indivises à un tiers.

Le principe que l'indivision est essentiellement *temporaire* reçoit plusieurs exceptions :

1° Il peut y avoir *convention* d'indivision temporaire. L'article 815, al. 2, permet en effet aux copropriétaires par indivis de s'interdire mutuellement de demander le partage pendant un laps de temps qui ne peut excéder cinq années.

2° En vertu de l'article 220 du Code de commerce, quand un navire est

indivis, la licitation ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire, s'il n'y a, par écrit, convention contraire.

3° La loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable, article 18, et la loi du 5 décembre 1922 portant codification des lois sur les habitations à bon marché et la petite propriété, art. 81, permettent au tribunal de maintenir l'indivision pendant un temps plus long à la demande du conjoint survivant ou de l'un des enfants.

§ 2. — Indivisions perpétuelles.

Il y a, par dérogation au principe que l'indivision est toujours privosoire, plusieurs variétés d'indivisions perpétuelles. Faisons aussitôt cette observation générale que ces différentes formes de copropriété offrent ce caractère commun de comporter, pour les copropriétaires, une faculté plus large d'user matériellement de la chose et même d'en modifier l'aménagement, que n'en comporte l'indivision ordinaire. En effet, la perpétuité de l'indivision rendrait intolérable l'état d'inertie, qui, nous l'avons vu, est, à défaut d'un accord parfait entre tous les communistes, la conséquence presque inévitable de l'indivision ordinaire.

Les diverses hypothèses d'indivision perpétuelle que nous allons étudier sont: I. *La copropriété avec indivision forcée.* — II. *La propriété par étages.* — III. *La mitoyenneté des clôtures.* Cette dernière variété est la seule qui fasse l'objet de textes développés et complets dans le Code civil.

I. **Copropriété avec indivision forcée**[1]. — Cette variété d'indivision, en principe perpétuelle, se rencontre dans certaines hypothèses où elle est imposée par un *état de fait*, qui la rend inévitable, ou par une convention formelle entre copropriétaires, se justifiant elle-même par *la nécessité*. On comprend que, dans ces différents cas, une pratique séculaire ait écarté le principe du caractère temporaire de l'indivision. En effet, d'une part, l'indivision, loin de nuire à la bonne exploitation de la chose commune, est *indispensable* à cette exploitation même, et, d'autre part, les contestations entre copropriétaires ne sont pas, en général, à craindre, parce qu'il s'agit de choses dont la destination commune saute aux yeux ; enfin, l'intérêt économique de la libre circulation des biens n'est pas en jeu, parce que la destination même de la chose commune la rend intransmissible.

Les cas de copropriété avec indivision forcée appartiennent à deux catégories.

Tout d'abord, on rencontre, expresse ou implicite, la clause d'indivision perpétuelle, à propos de choses considérées comme *principales* et dont la destination est de servir à l'usage commun d'un groupe, d'une famille déterminée. Tels sont les *tombeaux de famille*, les *papiers et titres de famille*.

1. Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle*, thèse Nancy, 1920.

En second lieu, et c'est là le cas d'application le plus intéressant de notre variété d'indivision, il y a copropriété et indivision perpétuelles pour des choses considérées comme étant l'*accessoire* indispensable de fonds contigus appartenant à des propriétaires différents. Tels sont les *allées*, les *cours*, *fosses*, *puits*, *abreuvoirs*, servant à l'exploitation commune. Par exemple, une cour, une allée ne sont pas assez grandes pour que, divisées en deux, elles fournissent à chacune des deux maisons voisines, une cour, un passage séparés. Dès lors, la jouissance en commun doit forcément s'appliquer.

Quelquefois, ce n'est pas la *nécessité*, mais une *utilité* presque équivalente à la nécessité qui justifiera la perpétuité de l'indivision. Ainsi, des propriétaires de forêts mettent une scierie en état d'indivision forcée, afin de pouvoir s'en servir les uns et les autres pour débiter leurs bois. Ou encore, des propriétaires de plantations de pommiers établissent une clause d'indivision perpétuelle portant sur un pressoir à cidre.

1° *Quelle est la nature juridique des droits des copropriétaires ?* — Prenons, comme exemple, un chemin large de deux mètres qui sert, à la fois, à l'exploitation de deux propriétés contiguës. Plusieurs conceptions des droits des usagers sont possibles.

On pourrait d'abord concevoir que chacun des deux voisins est propriétaire exclusif du chemin jusqu'à la ligne médiane. Seulement, comme une largeur d'un mètre serait insuffisante pour l'emploi de cette voie d'accès, chacun des deux voisins jouirait sur la bande du terrain appartenant à l'autre, d'une *servitude de passage*, en vertu de laquelle il pourrait la faire servir à son usage. Cette conception est celle que la loi du 20 août 1881, sur le Code rural, adopte (art. 33) en ce qui concerne les *chemins d'exploitation* (qu'il ne faut pas confondre avec les *chemins ruraux*, lesquels sont la propriété des communes). La loi de 1881 décide que les chemins d'exploitation, en fait assez nombreux dans les régions de petite propriété, c'est-à-dire les chemins mettant des parcelles appartenant à des propriétaires différents en communication avec une voie publique, sont présumés *appartenir aux riverains*, chacun en droit soi, mais que l'*usage en est commun* à tous. On pourrait soutenir que cette conception, établie par la loi de 1881 pour les chemins d'exploitation, est applicable aux autres cas similaires. C'est en ce sens ou en un sens analogue que la Cour de cassation semble s'être prononcée au début (V. Req., 10 décembre 1823, S. chron.). Mais la Jurisprudence admet aujourd'hui qu'en dehors de l'hypothèse d'un chemin d'exploitation, il y a non pas *servitude d'indivision*, mais *copropriété* des voisins sur la totalité de la chose (cour, abreuvoir, puits, etc.) exploitée en commun à titre d'accessoire (V. Civ. 13 mars 1894, D. P. 94.1.329, et la note).

Voici différents intérêts de la question :

A. — Supposons que des bâtiments bordent d'un côté une ruelle ou courette commune et limitrophe (ne constituant pas un chemin d'exploitation). Le propriétaire du bâtiment veut y ouvrir des vues droites. Dans le premier système, cela ne sera possible que si le mur est distant d'au moins 19 décimètres de la ligne médiane de la ruelle (art. 678), puisque cette ligne

constitue la limite de la propriété voisine. Dans le second système, il suffit que la distance de 19 décimètres existe entre le mur à percer de vues et l'autre côté de la ruelle, car c'est là seulement que commence la propriété du voisin (Req., 31 mars 1851, D. P. 51.1 256, S 51.1.404).

B. — Supposons que le même passage commun reste inutilisé par l'un des voisins pendant plus de trente ans. S'il y avait servitude mutuelle de passage, elle se trouverait éteinte au détriment du voisin négligent, car nous verrons que les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans. Au contraire, parce qu'il y a copropriété, nous devons décider que la situation juridique actuelle se perpétue, car le droit de propriété est perpétuel, qu'on l'utilise en fait, ou qu'on ne l'utilise pas.

Il doit être bien entendu d'ailleurs que la question ne se pose qu'au cas où il n'y a pas de titre exprès, établissant qu'on se trouve en présence d'une *servitude* ou d'une *indivision*. Ce n'est qu'à *défaut de titre* que le caractère de propriété indivise à perpétuité doit l'emporter sur celui de servitude réciproque, sauf lorsqu'il s'agit de chemins d'exploitation.

2° *Droits et pouvoirs des copropriétaires dans l'indivision perpétuelle.* — Nous avons déjà indiqué qu'ils sont plus larges qu'en cas d'indivision ordinaire. On admettra donc que chaque copropriétaire peut se servir de la chose commune, *comme s'il en était propriétaire exclusif*. Ainsi, chacun aura le droit d'ouvrir des portes ou fenêtres sur une cour commune (Req., 10 novembre 1845, D. P. 46.1.139, S. 46.1.487 ; 26 février 1912, D. P. 1913.1.244) ; chacun aura pareillement le droit d'y envoyer les eaux pluviales découlant du toit de sa maison. La seule restriction que souffre le droit de chaque copropriétaire, c'est qu'il ne lui est pas permis d'user de la chose de manière à priver ses consorts de leur propre droit de jouissance, ce qui arriverait notamment, s'il modifiait la destination de cette chose, par exemple, en transformant une cour de desserte commune en un lieu de stationnement (Req., 8 janvier 1901, D. P. 1901.1.277, S. 1902.1.285).

Voici deux corollaires qui, bien que donnant lieu à controverse, nous semblent découler du droit de jouissance complet accordé à chaque copropriétaire :

A. — Chaque copropriétaire, doit, croyons nous, pouvoir utiliser la chose indivise, non seulement au profit du fonds auquel elle a été originairement affectée, mais même au profit d'autres fonds qu'il aurait acquis par la suite. Ainsi, le copropriétaire d un pressoir commun aurait le droit d'y faire presser les fruits récoltés sur tous ses immeubles, et non seulement ceux qui proviennent de la propriété voisine du pressoir commun. Et en effet, en agissant ainsi, il ne fait que se servir de la chose commune comme de la sienne propre, il ne cause aucun préjudice aux autres propriétaires et ne détourne pas la chose de sa destination (V. cep. Req., 13 mars 1894, précité, P. F. 95.1.481, note de M. Carré de Malberg).

B. — De même, un copropriétaire n'a pas besoin de se ménager l'assentiment des autres pour apporter à la chose commune des modifications et des transformations, pourvu qu'elles ne causent aux autres consorts aucun préjudice et ne soient pas contraires à la destination de la chose (Grenoble,

27 juin 1899, D. P. 99.2.440, S. 1900.2.141). Ainsi, il pourrait faire apposer une grille en bordure d'une rue commune (Req., 8 février 1897, D. P. 97.1.104, S. 97.1.279), faire exhausser le sol d'une cour indivise en vue de faciliter l'écoulement des eaux (Civ., 14 juin 1895, D. P. 95.1.508), et cela nonobstant l'opposition des autres communistes.

3° *Obligations des copropriétaires.* — Le copropriétaire ne peut pas demander le partage de la chose indivise (Req., 24 avril 1907, D. P. 1909.1.316, S 1908.1.94).

Il ne peut pas non plus céder ses droits sur la chose indivise au propriétaire d'un autre fonds, étranger à l'indivision.

Enfin, il est obligé de participer aux frais de réparation de la chose indivise (arg. art. 655).

II. **Propriété par étages**[1]. — La division horizontale des maisons entre propriétaires différents est très fréquente à Grenoble, à Rennes, et se rencontre également dans d'autres villes, notamment Lyon et Chambéry. Ce genre de copropriété est connu depuis longtemps (art. 116, coutume d'Auxerre de 1561). A Grenoble, il s'explique par ce fait que la ville, longtemps enserrée par une enceinte de remparts, a dû se développer en hauteur. Mais la transformation de la ville n'a pas amené la suppression de l'ancien usage, et beaucoup de maisons neuves sont morcelées comme les anciennes, les entrepreneurs qui les construisent par spéculation, trouvant plus facilement à les vendre par étages qu'en un seul lot[2] Ce mode de propriété offre un avantage social incontestable, celui de faciliter aux petites bourses l'accès de la propriété urbaine. Théoriquement au moins, il semblerait présenter un inconvénient, celui de prêter à des contestations fréquentes; c'est sans doute pour cela que le Code civil allemand (art. 1014) a cru devoir interdire la division par étages de la propriété des maisons. Mais, en fait, les hommes de pratique attestent que cette crainte est mal fondée et que cet état de choses ne donne lieu qu'à un petit nombre de procès.

Un seul texte du Code civil, l'article 664, inséré dans le projet à la suite des observations des tribunaux d'appel de Lyon et de Grenoble, vise la division par étages d'une maison entre plusieurs propriétaires. Encore se contente-t-il de déterminer la répartition des dépenses de réparation et de construction. Les autres difficultés ont dû être résolues par la Doctrine et la Jurisprudence.

La question principale qui domine toute la matière est de déterminer la *nature* du droit des propriétaires. Il n'y a pas évidemment entre eux d'indivision pour le tout. Chacun est propriétaire exclusif de son étage.

1. V. Julliot, *Traité formulaire de la division des maisons par étages et appartements*, Paris, 1922.

2. Il résulte des renseignements fournis par l'Administration des contributions directes qu'en 1888, il y avait, à Grenoble, 4.190 propriétés bâties, réparties, par suite de leur division, en 6.494 numéros d'ordre, lesquels représentaient les différentes parcelles de ces propriétés. A ce moment, quelques maisons avaient 30 ou 40 propriétaires ; on en citait une, rue du Four, qui se trouvait morcelée entre 80 propriétaires. (Voir Marcel Porte, *Essai sur l'article 664 du Code civil*, thèse Grenoble, 1889).

Mais, à côté de ces propriétés séparées, il y a indivision pour les parties de l'immeuble qui servent également à tous, telles que les gros murs, le toit, l'escalier, la porte d'entrée, les puits, les fosses d'aisances, calorifères, ascenseur. Le sol enfin doit être considéré comme propriété commune.

Quelles particularités présente cette indivision ?

1° La première à signaler est celle qui résulte de la *juxtaposition en un même objet d'une indivision et de propriétés privatives*. Comment sont donc déterminés les rapports et les obligations respectifs des différents propriétaires ? L'article 664 pose d'abord, en principe, que c'est par « les titres de propriété ». Il y en aura fréquemment, en fait ; car la division de la maison par étages résultera souvent d'un partage de succession, ou d'un autre contrat qui, en opérant la division, aura pris soin de régler la situation de chacun. A défaut de titres, on devra, bien que la loi n'en dise rien, se référer aux usages locaux. Enfin, à défaut de titres ou d'usages, le texte de l'article 664 règle comme il suit une question importante, celle de la contribution des divers propriétaires aux dépenses de réparation et de construction. Il y a des charges particulières et des charges communes, auxquelles chacun participe en proportion de la valeur de son étage. « Les gros murs et les toits sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. » Mais cet article laisse plusieurs difficultés à résoudre. Nous indiquerons les principales :

A. — Il y a des *charges* de l'immeuble qui ont été omises. Par qui seront-elles supportées ? Il en est ainsi des impôts. On répond en général par une distinction. L'impôt foncier, charge du sol et du gros de la construction, propriétés indivises, sera une charge commune. Au contraire, l'impôt des portes et fenêtres pèsera sur chaque propriétaire, à raison des ouvertures pratiquées dans son étage.

B. — Quels sont les droits de chaque propriétaire sur l'étage qui lui appartient à titre exclusif ? Ici on a, dans le silence de la loi, décidé que, bien que propriétaire exclusif, chacun ne pourrait user de son étage à son gré que *sous réserve des obligations de voisinage ;* c'est-à-dire que l'état d'indivision accessoire qui, ici, se combine avec la propriété ordinaire, aboutit à priver celle-ci de quelques-unes de ses prérogatives normales. Par exemple, des arrêts ont mis obstacle à ce que le propriétaire du rez-de chaussée élevât, au-dessus de son étage, une marquise en verre ou en métal, à cause du dommage que ce travail causerait au propriétaire de l'entresol en lui dérobant la vue du trottoir, en l'exposant à la poussière et à la réverbération, ainsi qu'aux dangers d'escalade extérieure (V. not., Grenoble, 22 juin 1897, D. P. 98.2.431, S. 99.2.37).

2° Une seconde particularité de l'indivision existant entre les propriétaires d'étages différents, c'est que, à raison précisément du caractère perpétuel et forcé de cette indivision, ils possèdent sur les parties communes

de la chose un droit d'usage beaucoup plus étendu que les indivisaires ordinaires. Ce droit va jusqu'à celui de *modifier*, *transformer* ces parties communes, pourvu qu'il n'en résulte pas une gêne pour la jouissance des voisins, une altération dans la destination normale de la chose à transformer. Ainsi, chaque propriétaire peut faire des scellements dans les gros murs, y creuser une niche ou un placard, y installer une cheminée, y appuyer des tuyaux pour les eaux ou pour le gaz, ainsi que des fils électriques. Le propriétaire du dernier étage pourrait même exhausser la maison, en construisant un étage de plus, malgré la surcharge qui en résulte pour les gros murs, mais cela à deux conditions seulement : d'abord, de supporter seul la dépense, ensuite, de ne causer aucun dommage aux autres propriétaires et, à cet effet, de faire régler par experts les moyens et travaux nécessaires (arg. art. 662. V. Grenoble, 10 novembre 1862, S. 63.2.207).

En revanche, le propriétaire d'un rez-de-chaussée, affecté à l'exploitation d'un café, ne pourrait ouvrir dans le mur commun et dans le corridor commun une porte pour le service de ses cabinets d'aisance, parce que ce travail déterminerait dans le corridor des allées et venues gênantes pour la jouissance des autres communistes et contraires à la destination de la chose indivise (Grenoble, 27 juin 1899, D. P. 99.2.440, S. 1900.2.141).

3° Enfin, une troisième particularité de l'indivision forcée que nous étudions nous paraît consister en ce qu'elle est moins perpétuelle qu'*indéterminée* dans sa durée, et *subordonnée* à l'existence de la construction dont se revêt le sol commun. Que la maison vienne à être détruite, on se retrouvera en présence d'une indivision ordinaire portant sur le sol, avec cette conséquence que chaque propriétaire pourra en requérir le partage.

III. **Mitoyenneté** — On appelle *mitoyenneté* (ou propriété *par moitié*), l'indivision portant sur les *clôtures*, telles que *murs*, *haies*, *fossés*, qui séparent des héritages contigus. Cette variété d'indivision est fort utile, car elle dispense chacun des propriétaires d'édifier une clôture distincte, et évite ainsi une dépense inutile et une perte de terrain. Elle est, en particulier, très avantageuse *dans les villes*, parce qu'elle permet aux propriétaires voisins de construire leurs maisons, en les séparant par un mur unique qui est leur copropriété.

Le Code civil contient, relativement à la mitoyenneté, un grand luxe de dispositions (art. 653 à 673) empruntées à nos anciennes coutumes, notamment à la Coutume de Paris (art. 194 à 199, 203 à 214). En revanche, notre législateur n'a pu s'approprier aucun antécédent du Droit romain. En effet, à Rome, le propriétaire qui voulait se clore, était obligé de laisser un *ambitus* ou passage large de cinq pieds entre son mur et le terrain du voisin ; d'où le nom d'*insulæ* donné aux propriétés bordées de murs. Le Code civil a été encore surchargé de dispositions par la loi du 20 août 1881. Avant cette loi, la théorie de la mitoyenneté ne s'étendait (sauf controverse) qu'aux murs, haies et fossés. Depuis 1881 (V. not., art. 666, al. 1), la théorie s'applique à *toute clôture séparative*. Toutefois, nous verrons que les effets de la mitoyenneté sont plus considérables en ce qui concerne les *murs*

que relativement aux autres clôtures. Il y a là une variété de solutions d'ailleurs assez peu rationnelle.

Dans quels cas y a-t-il mitoyenneté ? Preuve et présomptions. — Une clôture est mitoyenne dans deux cas : d'abord, quand elle a été établie comme telle, c'est-à-dire élevée *aux frais communs* des deux propriétaires voisins, soit en vertu d'un accord spontané, soit en vertu de la contrainte exercée par un voisin sur l'autre, conformément à l'article 663 étudié plus haut ; en second lieu, il y a mitoyenneté quand, un mur ayant été établi d'abord comme propriété exclusive par un seul des deux voisins, l'autre en a depuis, ainsi que les articles 660 et 661 lui en donnent le droit, acquis la mitoyenneté (on examinera plus loin cette dernière règle).

Mais comment établir l'un ou l'autre de ces deux faits ? En un mot, comment se prouve la mitoyenneté ? Il y a trois modes de démonstration à envisager :

1° Tout d'abord, il se peut qu'il y ait des *titres écrits* déterminant la situation exacte ; par exemple, un testament, un acte de partage, disposant explicitement que la clôture des deux héritages sera ou ne sera pas commune. Dans ce cas, il n'y a pas de difficultés.

2° A défaut de titre, la difficulté est pareillement écartée lorsqu'il y a eu *possession trentenaire*. En effet, l'article 666 nous dit que la mitoyenneté (ou la propriété exclusive à l'encontre du copropriétaire mitoyen) s'acquiert par la *prescription*. Ainsi, un mur a pu être construit par un seul des deux voisins. Mais, depuis plus de trente ans, l'autre use de ce mur par des actes de possession bien caractérisés, tels que le fait d'y appuyer des constructions. Ou bien, à l'inverse, le mur depuis plus de trente ans est possédé à titre privatif par l'un des deux voisins qui, seul, par exemple, l'a réparé e entretenu (V. Civ., 8 novembre 1905, D. P. 1906.1.52, S. 1906.1.392). Dans ces deux cas, la question est tranchée. Le mur sera propriété mitoyenne (première hypothèse), ou privative (seconde hypothèse), sans discussion possible. Car, en admettant même qu'il en fût autrement autrefois, il a été acquis, comme tel, par les deux voisins ou par l'un deux, par la vertu de l'usucapion.

3° Enfin, à défaut de titre ou de possession trentenaire, la loi, afin d'éviter des procès, toujours fâcheux dans une matière où l'intérêt en jeu est souvent inférieur aux frais judiciaires, établit *des présomptions*, dites *présomptions de mitoyenneté*. Elle détermine aussi des présomptions contraires, au moyen desquelles on peut écarter les précédentes : ces présomptions contraires sont appelées *marques de non mitoyenneté*.

A. — *Présomptions de mitoyenneté.* — D'après les articles 653, 666, à défaut de titre, prescription ou marque contraire, toute clôture séparative entre deux propriétés contiguës est, sous certaines conditions, *présumée mitoyenne*. Cette présomption est fort raisonnable. La clôture, en effet, offre pour les deux voisins une même utilité. Il y a donc tout lieu de supposer qu'ils se sont jadis entendus pour l'élever à frais communs. Mais les conditions d'application de la règle varient suivant le genre de clôture.

a` S'agit-il de *murs*, l'article 653 décide que « dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, ou même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen... » Ainsi, il n'est pas nécessaire en principe que les deux propriétés voisines soient l'une et l'autre entièrement clôturées. Cette disposition appelle les remarques suivantes :

α) La présomption ne s'applique pas lorsqu'il s'agit, non plus de bâtiments ou de cours et jardins, mais *de simples champs*. Alors, le mur de séparation n'est réputé mitoyen que si les deux champs contigus sont, l'un et l'autre, entièrement clôturés. Lorsqu'il en est autrement, en effet, le mur ne présente pas la même utilité pour les deux héritages. Si la loi adopte la solution contraire pour le mur limitant des cours et jardins attenant à des habitations, c'est, sans doute, parce que, normalement, ces emplacements sont destinés à être, un jour ou l'autre, ceints de murs. On peut donc présumer qu'un propriétaire a contribué au mur qui le borde même d'un seul côté, parce que, vraisemblablement, il se proposait d'en faire autant plus tard sur toutes les faces de son terrain. Les mêmes inductions ne seraient pas admissibles quand on se trouve en pleins champs.

β) Lorsque le mur sépare deux *bâtiments* d'inégale hauteur, la loi ne le répute mitoyen que jusqu'à l'*héberge*, c'est-à-dire jusqu'à la hauteur du toit du plus petit des deux. En effet, il ne serait pas raisonnable de supposer que le propriétaire du plus petit bâtiment ait contribué aux frais de construction du mur, à partir de l'endroit où il cesse de présenter pour lui aucune utilité.

γ) La loi ne vise pas le cas où il n'y a de bâtiment que d'un côté, un terrain non construit s'étendant de l'autre. C'est qu'en effet le mur est présumé n'appartenir qu'au voisin dont il soutient les constructions, « la présomption étant, dit Pothier (*Tr. de la Société*, n° 202), que c'est ce voisin, qui avait besoin de ce mur pour son bâtiment, qui l'a fait construire sur son terrain et à ses dépens, et que l'autre voisin, qui n'avait aucun intérêt à la construction de ce mur, n'ayant pas de bâtiment contre, n'y a pas contribué ».

b) Au contraire de ce qui est la règle pour les murs, lorsqu'il s'agit d'*autres clôtures* de séparation, telles que les *fossés*, il n'y a jamais présomption de mitoyenneté que si les héritages séparés sont l'un et l'autre en état de clôture (V. art. 666).

B. — *Marques de non-mitoyenneté*. — Les contre-présomptions ou *marques* de non mitoyenneté, devant lesquelles s'effacent les présomptions qui précèdent, diffèrent aussi suivant qu'il s'agit de *murs* ou de *fossés*.

a) S'agit-il d'un *mur* séparant des bâtiments, des cours ou jardins, ou des enclos des champs, « il y a », nous dit l'article 654, « marque de non-mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné ; lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. » En effet, la situation des lieux démontre

qu'on a voulu réserver au propriétaire ainsi désigné ou les inconvénients du mur (l'égout du toit) ou son avantage (les facilités préparées pour l'adossement des constructions). Dès lors, il est présumable que le mur a été élevé par ce seul propriétaire.

b) « Pour les *fossés* (art. 666, 2e et 3e al.), il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. — Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. »

Ces différentes contre-présomptions donnent lieu à deux questions :

a') L'énumération des marques de non-mitoyenneté est-elle *limitative*? Nous ne le croyons pas. La rédaction même de l'article 666 nous dicte cette opinion. Ce texte, en effet, dans son alinéa 1er, décide que toute clôture est réputée mitoyenne, « s'il n'y a... marque contraire ». Puis il ajoute : « Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté, etc.. » Cette tournure de phrase est exclusivement énonciative. Elle prouve implicitement, surtout quand il s'agit de clôtures qui ne sont pas énumérées par la loi, comme les *haies*, les *palissades*, etc..., qu'il peut y avoir des présomptions de propriété privative non expressément visées par le texte, et qu'il appartiendra au juge d'apprécier. Par exemple, supposons deux héritages contigus, respectivement clos de haies vives d'essences différentes ; la haie séparative est faite seulement en plantes de l'une des deux essences. N'y a-t-il pas là une marque de non-mitoyenneté? La Jurisprudence paraît en notre sens ; elle attribue aux juges un pouvoir souverain d'appréciation sur la valeur des présomptions et contre-présomptions, eu égard aux circonstances de la cause (Req., 12 novembre 1902, D. P. 1902. 1.568, S. 1903.1.29).

b') Il peut y avoir conflit entre un *titre* et une *marque*. Par exemple, un titre est produit d'où résulte que la clôture est mitoyenne. Mais il y a, dans l'aménagement de cette clôture, une marque de non mitoyenneté. Qui doit l'emporter ? Evidemment le titre. En effet, ce n'est qu'à défaut de titre ou de prescription que la loi parle de la force probatoire des marques (art. 653, 666).

Avantages de la mitoyenneté. — Nous avons, par avance, indiqué que le droit d'usage appartenant aux propriétaires mitoyens doit être assez large, parce qu'il s'agit d'une indivision destinée à se perpétuer et qui, dès lors, ne supporte pas les entraves résultant, en matière d'indivision ordinaire, de la nécessité d'un assentiment général des copropriétaires aux actes matériels amenant quelque changement dans la chose commune. La seule limitation que comportera donc le droit de chaque copropriétaire, résultera de l'obligation où il est de ne rien faire qui puisse préjudicier à son copropriétaire ou changer la destination de la clôture.

Si, maintenant, nous entrons, avec les textes, dans l'analyse des droits des propriétaires mitoyens, nous aurons encore à distinguer, suivant qu'il s'agit d'un mur ou d'autres clôtures telles que haies ou fossés.

1° S'agit-il d'un *mur*, voici quels sont les droits reconnus aux copropriétaires :

A. — Chacun d'eux peut *planter des espaliers* contre le mur, pourvu qu'ils ne dépassent pas la crête (art. 671, 2e al.).

B. — Chaque propriétaire peut *faire bâtir* contre ce mur (art. 657) et, pour soutenir ses constructions, faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres près (deux pouces).

C. — Chaque propriétaire peut *exhausser* le mur à son gré. Mais alors, afin de ne pas nuire à son voisin, il a deux partis à prendre :

a) Ou bien il conservera le mur ancien et se contentera de le charger. Dans ce cas (art. 658), il doit supporter seul, non seulement les frais de la surconstruction, mais encore ceux des réparations d'entretien de l'exhaussement, et enfin même, « une indemnité de la charge » à verser au voisin, « en raison de l'exhaussement et suivant sa valeur » ; en effet, plus l'exhaussement a coûté cher, plus il est lourd ; plus, par conséquent, il augmente les frais de l'entretien de la partie ancienne qui incombent en commun aux deux propriétaires. La Coutume de Paris fixait autrefois cette indemnité de surcharge à un sixième de la valeur de l'exhaussement. Aujourd'hui, il appartient au tribunal à défaut d'entente, d'évaluer l'indemnité.

b) Le propriétaire qui désire exhausser le mur mitoyen peut aussi encore, si le mur n'est pas en état de supporter la surcharge, le démolir et le refaire à ses frais, en fournissant le supplément de terrain nécessaire (art. 659). Dans ce cas, le propriétaire n'a pas d'indemnité de surcharge à payer, car, si le mur nouveau est plus chargé, il est aussi plus épais et nécessitera, dès lors, de moins fréquentes réparations.

Mais, en déterminant les droits des propriétaires mitoyens, la loi fixe à ces droits certaines limites dans l'intérêt du voisin :

A') Avant de pratiquer aucun enfoncement dans le mur, ou d'y appuyer aucun ouvrage, ou, *a fortiori*, de l'exhausser, le copropriétaire doit *demander le consentement de l'autre*. Si ce dernier le refuse, le copropriétaire doit *faire régler par experts* les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible (art. 662).

B') De même celui qui se fait céder la mitoyenneté d'un mur est en droit d'exiger la démolition des conduits de cheminée pratiqués dans l'entière épaisseur du mur (Civ. 11 mai 1925, D. H. 1925, p. 449).

C') Lorsque le propriétaire a enfoncé des poutres dans toute l'épaisseur du mur, le voisin a le droit de les *faire réduire* jusqu'à la moitié du mur, s'il veut lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée (art. 657).

D') Nous rappelons que le copropriétaire du mur mitoyen n'a le droit d'y pratiquer aucune fenêtre ou ouverture même à verre dormant sans le consentement de l'autre (art. 675).

2° S'agit-il de clôtures autres qu'un mur mitoyen, nous trouvons dans la loi d'autres dispositions.

A. — Chacun des copropriétaires a droit à la moitié des fruits et produits de la *haie* mitoyenne (art. 669 et 670).

B. — Chacun des copropriétaires possède la faculté de transformer la clôture, si cette transformation lui semble avantageuse. La loi lui donne donc

le droit de *détruire la haie* ou de *combler le fossé* jusqu'à la limite de sa propriété, mais à charge de construire (à ses frais) un mur à la place (art 668, al. 2 et 3). De quoi se plaindrait le voisin, puisque la partie de la haie ou du fossé qui le borde a été remplacée par une clôture meilleure ? Au surplus, s'il y avait pour lui quelque préjudice, l'opération deviendrait impossible. Ainsi, le Code décide que, si la clôture consiste en un fossé mais que ce fossé serve à un autre usage, par exemple, à l'écoulement des eaux, le fossé ne pourra être comblé (art. 668, al. 3, *in fine*).

C. — Chacun des propriétaires a le droit de demander l'arrachement des arbres mitoyens que contiendrait une *haie* (art. 670, al. 2). En effet, ces arbres peuvent nuire à la culture par un ombrage excessif ou par l'empiétement de leurs racines.

Charges de la mitoyenneté. Faculté d'abandon. — A côté de ses avantages, la mitoyenneté comporte des charges consistant en ce que les copropriétaires doivent contribuer aux dépenses d'entretien, de réparation et, au besoin, de reconstruction des clôtures mitoyennes, que ce soit un mur, une haie ou un fossé (art. 655, 667, al. 1).

Mais, de cette obligation, chacun des copropriétaires a le droit de s'exonérer « *en abandonnant la mitoyenneté* » (art. 656, 667, al. 1).

Cette *faculté d'abandon* est écartée par la loi dans diverses hypothèses :

1° D'abord si l'état des choses est tel que, en abandonnant tout droit sur la propriété, l'auteur de l'abandon continuerait cependant à recueillir les principaux avantages attachés à la chose commune. Par exemple, on ne peut renoncer à la mitoyenneté d'un *mur* lorsque sur ce mur est appuyé un bâtiment qui vous appartient (art. 656, *in fine*), ni à celle d'un *fossé*, lorsque ce fossé sert, non seulement à la clôture, mais à l'écoulement des eaux (art. 667, al. 2).

2° Un propriétaire ne peut pareillement renoncer à la mitoyenneté d'une clôture et, par là, s'exonérer de toute contribution aux dépenses qu'elle nécessite, lorsque ces dépenses résultent, non de la simple vétusté mais de sa propre faute, par exemple, des endommagements qu'il a fait subir au mur, en exécutant des travaux de démolition de son côté. En ce cas, en effet, l'obligation pécuniaire du propriétaire résulte moins de la mitoyenneté que de la *faute* qu'il a commise (Paris, 27 novembre 1877, D. P. 79.2.21).

3° En bonne logique, la faculté d'abandon devrait, semble-t-il, être encore écartée, lorsqu'il s'agit de clôtures sises dans des villes et faubourgs. Nous avons vu, en effet (art. 663), que la loi, pour des raisons d'utilité générale et, par conséquent, d'ordre public, *impose*, en ce cas, la clôture aux propriétaires. Comment leur permettre de s'exonérer d'une obligation à laquelle la loi les assujettit ? Cependant, la Jurisprudence, se fondant sur le caractère général et absolu de la disposition contenue en l'article 656, décide que la faculté d'abandon s'applique même en cas de clôture forcée, c'est-à-dire aussi bien dans les villes et faubourgs que dans les campagnes (Civ., 26 juillet 1882, D. P. 83.1.342, S. 84 1.79).

Reste à déterminer le *fondement juridique* de la faculté d'abandon ac-

cordée par la loi aux propriétaires mitoyens. Deux explications sont possibles :

Certains auteurs y voient une variété du *déguerpissement*, faculté appartenant toujours à celui qui n'est tenu d'une obligation que *propter rem detentam* ; ainsi, le propriétaire d'un immeuble hypothéqué se soustrait à la dette en abandonnant la propriété de l'immeuble (art. 2172 et s.). Nous croyons, quant à nous, plus exact de dire simplement que, les charges de la mitoyenneté étant la *contrepartie de ses avantages*, le propriétaire qui use de la faculté d'abandon des articles 656 et 657, *renonce aux avantages* et, par là, aux charges qu'ils entraînent.

L'intérêt de la question est le suivant. Dans le premier système, le mur est abandonné, sol et matériaux compris, au propriétaire voisin, lequel peut, dès lors, l'entretenir ou non, et, s'il tombe tout à fait, reste propriétaire exclusif du sol. Dans notre système, au contraire, l'auteur de l'abandon ne délaisse pas la propriété du mur ; il perd seulement le droit de retirer les avantages de la mitoyenneté, par exemple, d'y adosser une construction. Le mur reste mitoyen. Si donc l'autre propriétaire le laisse tomber de vétusté, le premier peut revenir sur l'abandon *propter causam non secutam* ; si le mur s'écroule tout à fait, il peut réclamer la moitié du sol et des matériaux. C'est dans le sens de ce second système que paraissent incliner les auteurs et la Jurisprudence (D. J. G., *Servitudes*, 505).

Droit du propriétaire d'obliger son voisin à lui céder la mitoyenneté de son mur. — Nous avons fait connaître les avantages pratiques que présente la *mitoyenneté* (économie de terrain et de frais de construction), surtout lorsqu'il s'agit de *murs*, c'est-à-dire des clôtures employées en général dans les villes, là où le terrain est cher et étroitement mesuré. Ces avantages ont paru si grands au législateur qu'il a apporté ici, dans l'intérêt général, une atteinte notable à la liberté des propriétaires. En général, nul ne peut être forcé, sauf au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, de céder sa propriété à autrui. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'un *mur de clôture*, tout propriétaire d'un héritage joignant ce mur a le droit de contraindre le maître du mur à lui en céder la mitoyenneté, moyennant une indemnité égale à la moitié de la valeur du terrain et à la moitié de la valeur du mur ou de la portion de mur dont il se propose d'acquérir la mitoyenneté (art. 661). La même faculté est accordée par l'article 660 au propriétaire d'un mur mitoyen qui n'a pas contribué à l'exhaussement de ce mur, pour acquérir la copropriété de cet exhaussement.

Mais la loi fait une légère différence entre les deux cas, quant aux indemnités à verser. Pour l'acquisition du mur total, l'indemnité est de moitié de la *valeur actuelle* du mur ; pour l'acquisition de l'exhaussement, l'indemnité est de « moitié de la *dépense qu'il a coûté* », la dépense étant généralement supérieure à la plus value. La loi a voulu empêcher le calcul du propriétaire qui, ayant intérêt à l'exhaussement du mur commun, laisserait l'autre prendre l'initiative de la transformation à opérer, puis en réclamerait aussitôt la mitoyenneté (Civ. 22 déc. 1924. D. H. 1925, p. 101)

La faculté d'acquisition de la mitoyenneté donne lieu à deux questions :

1° *A quelles clôtures s'applique cette faculté?* — Aux *murs* mitoyens seuls. Elle n'existe pas pour les autres clôtures (haies, fossés, etc...). L'article 668 le dit formellement. La raison de la différence vient de ce que ces clôtures n'offrent qu'une faible valeur ; elles ne présentent pas la même utilité que les murs qui servent à adosser des constructions.

Peu importe d'ailleurs où se trouve situé le mur limitrophe, que ce soit à la ville ou à la campagne.

Une seule exception est apportée à l'application de l'article 661 par la Jurisprudence. Elle décide que la faculté d'acquisition de la mitoyenneté ne s'applique pas aux murs constituant *une dépendance du domaine public*. La raison de cette solution, c'est que le domaine public est inaliénable (V. Civ., 14 février 1900, D. P. 1900.1.593, note de M. de Loynes, S., 1900.1. 221 ; Paris, 11 novembre 1897, S. 1909.2.105, note de M. Wahl). Mais cette jurisprudence, fort gênante en pratique, a été à bon droit critiquée ; elle méconnaît le but de l'inaliénabilité du domaine public qui est seulement d'empêcher qu'un immeuble affecté à l'usage public, puisse être détourné de sa destination. Naturellement, la réciproque ne doit pas être admise. Le domaine public, nous l'avons vu, aurait le droit de se faire céder la mitoyenneté par un particulier voisin, car le mur de ce dernier est une propriété privée et, partant, aliénable.

2° *Quelle est la nature juridique de l'opération?* — Pour forcée qu'elle soit, la cession de la mitoyenneté n'en est pas moins une *aliénation* et, plus particulièrement, une *vente*. Nous avons déjà vu la Jurisprudence en déduire cette conséquence que la mitoyenneté ne peut être acquise sur un mur du domaine public. Voici d'autres corollaires du même principe :

A. — La cession de la mitoyenneté, étant une vente immobilière, n'est opposable aux tiers que si elle a été *transcrite* au bureau du conservateur des hypothèques. Cette transcription aura pour principale utilité de faire connaître au sous-acquéreur de l'immeuble, au profit duquel la mitoyenneté a été acquise, l'opération d'acquisition, et de lui apprendre notamment, s'il y a lieu, que le prix n'a pas été payé (Paris, 25 novembre 1885, D. P. 86.2.189, S. 86.2.25, note de M. Labbé).

B. — Le propriétaire du mur, étant un vendeur, jouit des garanties accordées au vendeur pour assurer le paiement du prix, à savoir, le *privilège du vendeur* et l'*action résolutoire* pour défaut de paiement du prix (Trib. Seine, 5 mars 1892, P. F. 93.2.81, note de M. Charmont).

C. — Le propriétaire du mur, étant un vendeur, devrait être tenu, envers l'acquéreur, de l'obligation de le *garantir* contre tout dommage résultant d'un vice de construction du mur. Cependant, la Jurisprudence semble repousser cette conséquence ; on peut dire, en effet, que la garantie n'est due par le vendeur que lorsqu'il a vendu librement (Civ., 17 février 1864, D. P. 64.1.879, S. 64.1.117).

D. — Enfin, la cession de mitoyenneté, étant une vente, est *facultative* pour l'acquéreur, en ce sens qu'on n'est jamais forcé (sauf au cas de

l'art. 663) de devenir propriétaire mitoyen. Il y a cependant telle hypothèse où, *en fait*, une acquisition de mitoyenneté pourra s'imposer. Par exemple, il arrive quelquefois que le propriétaire d'un fonds contigu à une maison élève une construction qu'il appuie contre le mur de la maison voisine, sans demander au propriétaire de celle-ci l'acquisition de la mitoyenneté. Puis, il vend la construction qu'il a édifiée, sans prévenir l'acquéreur qu'il n'a pas payé la valeur de la mitoyenneté. Le cas s'est présenté pour des maisons construites par des entrepreneurs faisant métier de bâtir des maisons et de les vendre. Le propriétaire voisin, créancier du prix que représente la mitoyenneté, peut-il en réclamer le paiement au nouveau propriétaire de l'immeuble voisin? Ou bien, au contraire, est-il réduit à poursuivre le constructeur, lequel peut être devenu insolvable? La question a été vivement discutée. Or, la Jurisprudence l'a résolue d'une façon très simple en décidant que le propriétaire, restant seul maître de son mur, tant que le voisin n'a pas acquis la mitoyenneté par usucapion ou autrement, a le droit d'exiger la démolition des travaux indûment faits. Force sera donc à l'acquéreur, s'il veut éviter cette démolition, d'acquérir régulièrement la mitoyenneté, en en acquittant la valeur conformément à l'article 661. Il paiera ainsi l'imprudence qu'il avait commise en versant le prix à son vendeur, sans avoir vérifié si la mitoyenneté des murs limitrophes avait bien été soldée (Req., 10 avril 1889, D. P. 89.1,321, note de M. Brésillion, S. 89.1.401, note de M. Labbé; Civ., 22 janvier 1900, D. P. 1900.1.351, S. 1903.1.175).

§ 3. — Concours de propriétaires ayant droit à des produits différents.

Une modalité curieuse, et assez rare d'ailleurs, du droit de propriété se rencontre parfois, qui est la suivante. Une même chose appartient à la fois à plusieurs propriétaires, mais elle n'est pas en état d'indivision. En effet, le droit des propriétaires, au lieu de porter sur une quote-part abstraite, idéale, consiste en ce que chacun a droit à des *produits différents* de la même chose.

Nous voyons une modalité de ce genre dans le droit dit de *secondes herbes*. Un propriétaire n'a droit qu'à la première coupe d'une prairie; la seconde coupe appartient à un autre propriétaire, généralement une ville ou un village.

On pourrait citer d'autres exemples. Ainsi, il peut se faire que, dans une même forêt, un propriétaire ait droit aux futaies, l'autre aux taillis, ou bien, l'un aux arbres de telle essence, l'autre aux arbres d'une autre essence (Cass. réun., 20 février 1851, D. P. 51.1.54. S. 51.1.358).

Enfin, nous rattachons à cette forme de propriété une institution pratiquée dans la Bresse et consistant en ce que certains étangs sont alternativement remplis d'eau et empoissonnés, pendant deux années, puis mis à sec et cultivés pendant une troisième, l'*évolage*, ou l'étang mis en eau, et l'*assec* pouvant appartenir à des propriétaires différents.

A notre avis, il y a, dans ces diverses hypothèses, *concours*, juxtaposition

de droits de propriété distincts sur une même chose. Mais une telle manière de voir n'est pas unanimement admise. D'autres systèmes ont été proposés.

En ce qui concerne particulièrement le *droit de secondes herbes*, on a voulu y voir une simple variété du droit de parcours ou de vaine pâture. La conséquence de cette opinion serait que ce droit tomberait sous le coup des lois du 9 juillet 1889 et du 22 juin 1890, relatives à la suppression et au rachat des droits en question. Mais il a été jugé que cette assimilation serait inexacte, car autre chose est le droit d'envoyer brouter par des animaux l'herbe croissant sur des territoires déjà récoltés, autre chose le droit d'enlever la seconde récolte (Besançon, 16 juin 1891, D. P. 92.2.193, S. 92.2.305).

D'autres décisions judiciaires considèrent le droit de recueillir les produits secondaires d'une chose comme une *servitude réelle* (Agen, 25 mars 1892, D. P. 92.2.193, S. 92.2.305). S'il en était ainsi, on devrait décider que cette servitude, étant *discontinue*, ne peut s'acquérir par la prescription (Req., 1er mai 1888, D. P. 88.1.219, S. 90.1.439).

La jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (Civ., 5 juillet 1848, D. P. 48.1 137, S. 48.1.697) décidait, plus exactement, qu'il y avait ici *copropriété*. Mais elle avait, à notre avis, tort de qualifier cette copropriété d'*indivision*. S'il s'agissait d'indivision, chaque communiste aurait le droit de provoquer un partage. Or, c'est une solution qui n'est consacrée qu'en ce qui concerne l'*évolage* et l'*assec* (par la loi du 21 juillet 1856), et qui s'explique alors par une raison toute spéciale, à savoir l'intérêt du desséchement des marais. Mais, dans les cas où cet intérêt ne se retrouve plus, aucun des copropriétaires n'a le droit de contraindre les autres à licitation et à partage.

§ 4. — Droits de superficie et de tréfonds.

Le droit de *superficie* consiste dans le droit qu'un propriétaire (appelé *superficiaire*) exerce sur la surface d'un fonds, dont le dessous ou *tréfonds* appartient à un autre propriétaire (appelé *tréfoncier*). Cette modalité de la propriété foncière nous vient du Droit romain, d'où elle avait passé dans notre Droit coutumier. Le Code civil ne l'a pas abolie, mais ne lui a consacré aucune disposition spéciale. Elle comporte deux variétés distinctes :

I. *Droit de superficie incomplet.* — Quelquefois, le superficiaire n'a droit qu'à la propriété de certains objets établis à demeure sur le sol, comme les plantations, les constructions, ou les unes et les autres, mais non pas à la surface tout entière. Cet état de choses résultera, par exemple, dans la pratique, du bail *avec permission de bâtir*.

Une application plus spéciale du droit de superficie incomplet nous est fournie par le *bail à convenant* ou *domaine congéable*, usité en Bretagne, maintenu, lors de la Révolution, par les décrets des 7 juin et 6 août 1791, un instant supprimé par la Législative, rétabli par la loi du 6 brumaire an VI, et, dernièrement encore, réglementé par la loi du 8 février 1897. Dans cette forme d'exploitation, le *propriétaire foncier* concède la surface

du sol à cultiver à un colon appelé *domanier*. Celui-ci lui paie une *rente convenancière* équivalant à un fermage. Mais il est convenu que le *domanier* doit devenir propriétaire des *édifices et superfices*, c'est-à-dire des constructions et plantations qu'il élèvera sur le sol.

II. *Droit de superficie complet.* — Quelquefois, au contraire, le droit de superficie est *plein* ou complet ; c'est-à-dire que le droit du superficiaire s'étend à toute la surface du sol. Que reste-t-il alors au tréfoncier ? Les droits suivants :

1° Le droit à l'exploitation du *sous-sol*, par exemple, des carrières, à charge de ne pas nuire à celle de la superficie.

2° Le droit à la *redevance minière*, au cas où l'exploitation d'une mine serait concédée dans le tréfonds à un tiers.

3° Le droit à la moitié du *trésor* qui serait découvert dans le sous-sol par un tiers, à la totalité, si la découverte était faite par lui-même (art. 716).

Dans l'un et dans l'autre cas, quelle est la nature juridique des droits respectifs du superficiaire et du tréfoncier ?

Certains voient dans le droit de superficie, surtout lorsqu'il est incomplet, une variété d'usufruit. Nous voyons, nous, dans les droits de superficie et de tréfonds deux propriétés distinctes superposées (Req., 27 avril 1891, D. P. 92.1.219, S. 91.1.369, note de M. Labbé). D'où les conséquences ci-dessous :

1° Le droit de superficie ne s'éteindra point par le *non-usage* durant trente ans, comme le ferait un usufruit.

2° Le droit de superficie sera *perpétuel*. Si c'était un usufruit, on devrait le considérer comme essentiellement temporaire.

3° Nous avons dit que nous attribuons la redevance minière au propriétaire tréfoncier. Si, au contraire, le droit de superficie était une variété d'usufruit, la redevance serait due au superficiaire, au moins quand l'ouverture de la mine remonterait à une époque antérieure à l'établissement du droit de superficie, car la loi l'attribue dans ce cas à l'usufruitier (art. 598).

Nous avons dit qu'il y a superposition de *propriétés distinctes* pour le superficiaire et le tréfoncier. Nous excluons donc l'idée d'une indivision existant entre eux. L'intérêt de la solution, c'est que la division de la terre entre les deux propriétaires pourra se perpétuer indéfiniment, sans tomber sous le coup de l'article 815 (V. note de M. Labbé, S., 74.1.457). Toutefois, par exception, en cas de *bail à convenant*, le propriétaire foncier possède le droit de faire cesser l'état de choses créé par le bail au moyen d'un *congément*, c'est-à-dire en renvoyant le domanier, renvoi qui rendra le tréfoncier propriétaire des édifices et superfices, moyennant (depuis la loi de 1897) une indemnité à déterminer par experts. Et, à l'inverse, le domanier (depuis encore la loi de 1897) a toujours le droit de réclamer son congément.

CHAPITRE II

L'USUFRUIT[1]

GÉNÉRALITÉS.

Définition. Caractère temporaire de l'usufruit Son rôle économique. — L'article 578 définit l'usufruit : « *Le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.* » C'est là la traduction littérale de la définition romaine, *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* (Institutes de Justinien, I, 2, § 1.

Il résulte de cette définition que l'usufruit est un *démembrement* de la propriété qui, des trois attributs de ce dernier droit, en confère deux, l'*usage* et la *jouissance*, à l'usufruitier ; le propriétaire ne retient que le *jus abutendi*, ou droit de disposition. C'est peu de chose. Aussi le qualifie-t-on de *nu-propriétaire*, c'est-à-dire propriétaire dépouillé des avantages principaux de la propriété. Encore remarquera-t-on qu'en fait le *jus abutendi* lui-même sera, le plus souvent, presque illusoire. En effet, tout acquéreur de la propriété, étant tenu de respecter le droit de l'usufruitier, un acheteur se rencontrera rarement ; une propriété grevée d'usufruit ne se vendra guère qu'à vil prix, si, du moins, l'usufruitier est jeune encore. En somme, l'effet le plus clair du *jus abutendi*, c'est qu'il joue comme *force d'inhibition*, en mettant obstacle aux transformations que l'usufruitier pourrait avoir le désir d'apporter à la chose. Tout au plus, ainsi qu'on le verra plus loin, peut-on ajouter à ce *jus abutendi* presque dérisoire un avantage supplémentaire au profit du nu-propriétaire, à savoir le droit à certains *produits* de la chose, ceux qui ne présentent pas le caractère de *fruits* proprement dits et, dès lors, doivent être soustraits à la jouissance de l'usufruitier. Malgré tout, le droit du propriétaire, lorsqu'il est démembré au profit d'un usufruitier, ne renferme, on s'en rend aisément compte, qu'une valeur économique extrêmement réduite.

Il en serait ainsi surtout si l'usufruit pouvait être perpétuel. Aussi, la loi, en vertu d'une tradition séculaire, n'admet-elle que des usufruits *temporaires*. Le terme le plus long qu'on puisse assigner à ce démembrement de propriété, c'est la durée de la vie de l'usufruitier (art. 617, al. 1). Ce qu'on exprime parfois en disant que l'usufruit est un droit essentiellement *personnel*, c'est à-dire (en ce sens) intransmissible aux héritiers de l'usufrui-

1. Ravail, *L'usufruit au point de vue économique*, thèse, Poitiers, 1899.

tier. Que si l'usufruit appartient à une *personne morale*, c'est-à-dire à un patrimoine de mainmorte, l'article 619 fixe la durée maxima de l'usufruit à trente années (Art. 619 : « L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans »). Ainsi, aucun usufruit ne peut être perpétuel. Cette règle restitue à la nue-propriété une partie de sa valeur économique. Le propriétaire peut, à la rigueur, négocier son droit, en tirer profit au moyen d'une hypothèque, parce que ce droit, si réduit qu'il soit actuellement, doit, un jour, se compléter par la réunion des autres attributs de la propriété.

Toutefois, et nonobstant cette réserve, il reste vrai de dire que l'usufruit n'est pas favorable à la bonne administration des biens. L'usufruitier est porté à abuser, pendant sa vie, de la jouissance d'une chose qu'il doit restituer à sa mort, afin d'en tirer le plus de revenus qu'il peut. Quand il s'agit surtout de la terre, il est à craindre qu'il ne l'épuise au détriment de l'avenir. Jamais il ne s'attachera à apporter, dans la culture et l'aménagement, des améliorations qui devront, un jour, profiter à un autre. Ces inconvénients, joints à ceux qui résultent de la dépréciation déjà signalée des choses sujettes à usufruit, expliquent que le législateur se montre peu favorable à cette variété de droit, disposition dont nous trouverons notamment la trace en constatant la multiplicité des causes d'extinction de l'usufruit.

Et cependant, il ne faudrait pas exagérer les tares de l'usufruit. C'est surtout quand il s'agit de la *propriété rurale* que ses inconvénients économiques sont certains. Ils sont également sensibles pour les fonds de commerce et les établissements industriels. Moindres pour les immeubles de ville, ils s'atténuent encore bien plus pour les valeurs mobilières.

Et, à d'autres points de vue, l'usufruit joue un rôle fort utile ; c'est le procédé le plus simple et le plus commode pour permettre d'assurer à une personne des ressources certaines, sa vie durant, sans enlever la propriété des biens aux héritiers du sang. Ces avantages sont tels que l'usufruit apparaît, dans l'histoire, comme une pièce indispensable du Droit civil, et qu'après les Romains, à qui nous devons les grandes lignes et jusqu'aux détails de cette institution, l'ancien Droit a plutôt étendu, multiplié les usufruits, notamment au profit des femmes survivant à leurs maris (institution du *Douaire*). Ajoutons que les usufruits, contrairement à ce qu'on pourrait croire, donnent lieu à peu de contestations entre propriétaires et usufruitiers[1], heureuse conjoncture tenant sans doute, d'une part, à la précision et à la netteté des règles que nous ont laissées les Romains, et, d'autre part, à ce fait que les nu-propriétaires et les usufruitiers sont souvent des proches parents.

1. Le *Compte général de l'Administration de la justice civile* nous fournit les chiffres suivants concernant le nombre des affaires d'usufruit jugées par les tribunaux civils de première instance :

	1880	1900	1905
Déchéance ou extinction d'usufruit	60	48	28
Obligations de l'usufruitier.	88		47
Les questions soulevées par les droits d'*usage* et d'*habitation* donnent lieu à plus de litiges	224	178	198

Ajoutons, pour en terminer avec la définition de l'usufruit, que, d'après l'article 578, l'usufruitier doit jouir des choses « comme le propriétaire lui-même ». Cette formule pourrait induire le lecteur en erreur. Elle pourrait lui faire croire que les droits d'un usufruitier sont égaux à ceux d'un propriétaire. Or il n'en est rien. L'usufruitier n'a pas le *jus abutendi* ; même il ne peut exercer son droit de jouissance qu'en bon père de famille et sous bien des réserves. Ce que la loi a voulu dire, c'est que l'usufruitier doit, dans sa jouissance, respecter et maintenir la destination et l'aménagement donnés à la chose par le propriétaire. Ainsi, l'usufruitier d'une maison jusqu'alors habitée bourgeoisement n'aurait pas le droit de la transformer en usine, en magasin ; le propriétaire de terrains plantés en vignobles ne pourrait les défricher et les transformer en terres de labour. Les mots « comme le propriétaire », corrigés d'ailleurs aussitôt par cet autre membre de phrase « à charge d'en conserver la substance », ne sont donc pas une *extension*, mais une *restriction* des droits de l'usufruitier ; ils expriment qu'il doit *modeler sa jouissance* sur celle du propriétaire.

Contentons-nous de signaler, dès maintenant, que le principe de la conservation de la substance souffre une restriction importante, quand il s'agit d'une variété d'usufruit dite *quasi usufruit* que nous allons bientôt rencontrer.

L'usufruit envisagé comme droit réel et servitude. Comparaison avec le droit d'un locataire. — Il est classique d'énoncer que l'usufruit est un *droit réel* et une *servitude personnelle*.

Droit réel, démembrement de propriété, l'usufruit l'est certainement quand il porte, ce qui est le cas le plus fréquent, sur des choses soumises au *droit de propriété*, c'est-à-dire sur des *objets corporels*. Mais nous verrons qu'on peut aussi établir l'usufruit sur des biens *incorporels*, sur des créances, sur un office ministériel, un fonds de commerce, des droits d'auteur, etc. Si l'on devait observer une entière rigueur de langage, on ne pourrait plus dire que le droit de l'usufruitier est un droit réel, lorsqu'il a pour assiette un bien de cette nature. Cependant, nous remarquerons que, si l'on ne peut le qualifier alors de droit réel, l'usufruit n'en confère pas moins à son titulaire les prérogatives essentielles et caractéristiques de ce genre de droit, à savoir le droit de préférence et le droit de suite. Il est clair, par exemple, que, lorsqu'un usufruit est établi sur une créance et que celle-ci vient à être cédée, le cessionnaire doit respecter les droits de l'usufruitier. Dès lors, il n'y a nul intérêt aux réserves que l'on pourrait songer à formuler en ce qui concerne le caractère de *réalité* de l'usufruit.

Pour envisager d'ensemble toutes les conséquences de ce caractère, il est de tradition de comparer la situation de l'usufruitier avec celle d'un locataire, celle-ci offrant, avec la première, une ressemblance de fait (car le locataire use et jouit, lui aussi, de la chose d'autrui) qui pourrait faire illusion.

1° Nous n'insisterons pas d'abord sur cette différence *de fait* que le droit

du locataire découle d'un acte à titre onéreux, tandis que la plupart des usufruits dérivent, soit de la loi, soit d'un testament ou d'une donation. Cette différence n'est pas essentielle ; rien ne s'oppose, en droit, à ce qu'un usufruit soit constitué à titre onéreux.

2° Mais, au fond, il y a, quant à la nature intime des deux droits, cette différence essentielle que l'usufruit, droit réel, s'attache directement à la chose, sans nulle intervention d'un intermédiaire. Le propriétaire doit simplement souffrir le démembrement de sa propriété. Il n'est tenu à l'égard de l'usufruitier de nulle obligation ; il n'a qu'à *laisser* l'usufruitier exercer son usufruit. Au contraire, le bailleur, à l'égard du locataire, est tenu d'une *obligation personnelle*, consistant à lui *procurer la jouissance* de la chose louée. Le locataire, à la différence de l'usufruitier, est donc un *créancier*. Mais il n'est que cela. Il n'obtient la jouissance de la chose que par la prestation que lui en fait le propriétaire. D'où les conséquences suivantes :

A. — L'usufruitier, en entrant en jouissance, prend la chose telle qu'elle est (art. 600). Au contraire, le locataire peut exiger du bailleur que celui-ci la lui délivre en bon état de réparation (art. 1720).

B. — Si la chose se détériore pendant la durée de l'usufruit, le propriétaire n'est pas tenu de la réparer. Au contraire, le bailleur est tenu d'entretenir la chose en état de servir à l'usage auquel elle est destiné (art. 1719, 2°) et dès lors, d'y faire des réparations (art. 1720, 2e al.).

C. — L'usufruit, droit réel, constitue un bien *mobilier* ou *immobilier*, suivant qu'il porte sur un meuble ou sur un immeuble. Le droit du locataire, droit de créance, est toujours un bien *mobilier*, quand bien même la location porterait sur un immeuble.

D. — En principe, il y a, entre le droit de l'usufruitier et celui du locataire, cette dernière différence essentielle que celui-ci, droit personnel, ne serait opposable qu'au bailleur et à ses héritiers, tandis que l'usufruit, droit réel, est indifféremment opposable à tous les détenteurs quelconques du bien grevé d'usufruit. Mais nous verrons que la loi positive a, en partie, effacé cette différence. Au moins quand il s'agit de la location d'un immeuble, l'article 1743 du Code civil, pour des raisons d'utilité économique, rend la créance de jouissance du locataire opposable aux tiers, notamment, à l'acquéreur de la chose louée, sous cette seule condition que le bail soit authentique ou, s'il est sous seing privé, qu'il ait acquis date certaine antérieure à l'aliénation.

Les Romains, et, après eux, nos anciens auteurs ne se contentaient pas de faire de l'usufruit un droit réel ; ils le rangeaient dans la catégorie des *servitudes*. Celles-ci se divisent, disait-on, en deux catégories : les *servitudes personnelles* et les *servitudes réelles*. Les *servitudes réelles* sont des démembrements, des restrictions du droit de propriété établies sur un fonds au *profit d'un autre fonds*, c'est-à-dire au profit du propriétaire, quel qu'il soit, de ce dernier fonds. Les *servitudes réelles*, dites aussi *prédiales*, sont *perpétuelles* et *immobilières*. Au contraire, les *servitudes personnelles* sont ainsi nommées, parce qu'elles sont établies sur une chose au profit *d'une personne déterminée*. Elles peuvent porter sur des *meubles* ou des *immeubles* ;

elles sont *temporaires*. Ce sont l'*usufruit* et ses deux succédanés, le *droit d'usage* et le *droit d'habitation*.

Cette classification théorique a été, de nos jours, conservée par la Doctrine. Nous devions donc l'indiquer. Mais nous croyons pouvoir l'écarter. Nous y sommes déterminés par deux raisons :

D'abord, le Code civil ne reproduit pas l'antique classification. Il évite même soigneusement de prononcer le mot de *servitudes personnelles*, sans doute afin d'ensevelir dans l'oubli jusqu'aux expressions qui pourraient éveiller le souvenir du servage et, plus généralement, de la féodalité.

De plus, l'expression de *servitude personnelle* prête à de fâcheuses confusions. Quelle singulière terminologie que celle qui fait de l'usufruit à la fois un droit *réel* et une servitude *personnelle*, ajoutant quelquefois que le droit *réel* de l'usufruitier est, en même temps, *personnel*, en ce sens qu'il ne peut survivre à la personne de l'usufruitier ! Ne vaut-il pas mieux, comme le fait d'ailleurs le Code, ranger l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation, dans une catégorie particulière de droits réels, distincte de celle des servitudes ?

SECTION I. — Différentes sortes d'usufruits.

On peut diviser les usufruits en diverses catégories suivant *les biens* qui en sont l'objet, ou suivant leur *origine*.

§ 1. — Usufruits divers suivant les biens qui en sont grevés.

L'usufruit est une variété de droit réel d'une application extrêmement générale. Il peut porter indifféremment, nous l'avons déjà dit, soit sur des biens *corporels*, meubles ou immeubles, soit sur des biens *incorporels* (créances, offices ministériels, droits d'auteur, etc.).

Parmi les biens incorporels sur lesquels peut porter l'usufruit, on doit ranger l'usufruit lui-même. Il peut y avoir *usufruit de l'usufruit*. Ce cas se présentera même assez fréquemment dans la pratique. Par exemple, un enfant mineur est institué, par un testament, usufruitier d'une fortune. Le père de l'enfant, investi par l'article 384 de l'usufruit légal des biens de son enfant mineur, bénéficiera du legs et percevra les revenus des choses y comprises, jusqu'à ce que l'enfant atteigne dix-huit ans.

Ou bien encore, une femme veuve, usufruitière d'une partie des biens de son premier mari, se remarie ; il se peut que, en vertu du régime matrimonial adopté, le second mari possède l'usufruit des biens de sa femme, y compris l'usufruit appartenant à celle-ci sur les biens de la succession du premier mari.

En second lieu, l'usufruit peut porter, soit sur des biens individuellement déterminés (usufruit *à titre particulier*), soit sur l'ensemble ou une quote-part d'un patrimoine (usufruit *universel* ou *à titre universel*). L'intérêt principal de la distinction réside, comme nous le verrons, en ceci que l'u-

sufruitier universel ou à titre universel est, à la différence de l'autre tenu de contribuer au passif grevant le patrimoine dont il a la jouissance en totalité ou pour une quote-part.

Mais, si générales que soient ses applications, le droit d'usufruit revêt une physionomie particulière, quand il porte sur certains biens particuliers.

Usufruit des choses consomptibles. Quasi-usufruit. — Il y a des *objets mobiliers corporels* dont la nature ne semble pas se prêter à un dédoublement entre l'usufruit et la nue-propriété. Ce sont les *choses consomptibles par le premier usage*, argent monnayé, billets de banque, vin, denrées, provisions. Car il est impossible de jouir de ces objets sans les consommer, c'est-à-dire sans les anéantir matériellement ou sans en transmettre la propriété à autrui.

Est-ce à dire que ces objets ne peuvent pas être sujets à un droit d'usufruit? Non certes. Les jurisconsultes romains ont, depuis longtemps, tourné la difficulté. Quand un legs d'usufruit portait sur un ensemble de biens, parmi lesquels se trouvaient des choses consomptibles, il eût été contraire, en effet, à la volonté du défunt et aux intérêts de l'usufruitier de soustraire au droit de celui-ci les objets en question. Aussi admirent-ils qu'en pareil cas, l'usufruitier aurait le droit de jouir des choses consomptibles et, par conséquent, la faculté de les consommer ou de les aliéner, mais avec l'obligation de restituer au nu-propriétaire, à l'expiration de l'usufruit, des choses de même nature, qualité et quantité. Une expression fut créée pour caractériser cette sorte de droit, celle de *quasi-usufruit*. Elle était heureusement choisie. En effet, le droit du quasi-usufruitier *ressemble* à un usufruit, en ce sens qu'il est, comme un usufruitier, *tenu à restitution* à un terme donné. Mais ce droit offre, avec un usufruit proprement dit, cette différence essentielle que ce ne sont pas les choses mêmes qui lui ont été remises que le quasi usufruitier doit restituer, mais une même quantité de choses pareilles. En réalité, le soi-disant usufruitier devient *propriétaire*, le soi-disant nu-propriétaire n'est que *créancier*, créancier de la valeur incluse dans les choses dont le quasi-usufruitier possède la propriété.

On remarquera aussitôt que cet aspect donné au droit de l'usufruitier comporte, pour lui, des conséquences, soit avantageuses, soit désavantageuses. Son avantage, c'est qu'il exerce sur la chose un droit aussi complet que possible ; il a, de plus qu'un usufruitier ordinaire, le *jus abutendi*. Son désavantage, c'est que, si la chose sur laquelle porte son droit vient à périr par cas fortuit, c'est-à-dire sans qu'il ait pu l'utiliser en la consommant ou en l'aliénant, il n'en est pas moins tenu d'en restituer la valeur à l'expiration de l'usufruit. En effet, il est débiteur, non d'une chose déterminée, mais d'une certaine quantité de choses d'un genre déterminé. *Genera non pereunt*. Tant qu'il existera sur la terre des choses de même espèce qu'il puisse se procurer, le nu-propriétaire aura le droit de les lui réclamer. Au contraire, l'usufruitier ordinaire serait libéré par la perte du corps

certain survenu par cas fortuit. *Res perit domino*. Ce qu'on exprime en disant que, dans un cas, les *risques* sont à la charge du quasi-usufruitier, tandis que, dans l'autre, il sont à la charge du nu-propriétaire.

Actuellement, l'article 587, sans employer l'expression même de *quasi-usufruit*, adopte exactement la solution du Droit romain. « Si l'usufruit », y lisons-nous, « comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir » (donc de les consommer ou aliéner), « mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit. » Nous ferons, sur ce texte, deux observations :

1° Le Code nous parle de l'*argent*. Nous y assimilons, avons-nous déjà dit, les *billets de banque*. Mais que faut-il décider pour les autres *titres au porteur*, valeurs qui semblent par leur forme même destinées à une circulation facile ? Nous déciderons que, néanmoins, ces valeurs ne tombent pas sous le coup de l'article 587. En effet, on peut en faire usage sans les consommer ; il suffit d'en détacher les coupons. Donc, l'usufruitier n'en devient pas propriétaire. Il doit rendre les titres même qu'il a reçus. L'inventaire, qui, nous le verrons, est dressé au début de l'usufruit, portera, au surplus, les numéros de ces titres. Sans doute, l'aliénation faite par l'usufruitier sera presque toujours définitive, car l'acquéreur de bonne foi pourra opposer à la revendication du propriétaire l'exception de l'article 2279 ; mais, si le titre vendu vient à gagner un lot, ou à être remboursé avec prime, le nu-propriétaire aura le droit de réclamer à l'usufruitier le montant de la prime ou du lot (Trib. Saint-Omer, 15 avril 1892, D. P. 93. 2.433 ; Trib. Seine, 31 mars 1896, D. J. G. *S.*, v° *Usufruit*, 118).

2° La *volonté* formellement ou implicitement exprimée des parties peut assimiler aux choses consomptibles des objets qui, de leur nature, ne se prêteraient qu'à un usufruit proprement dit ; par exemple, le testateur ou donateur qui a constitué l'usufruit, a pu désirer que le bénéficiaire de sa libéralité eût le droit de disposer librement de tout le mobilier y compris, à charge seulement de restituer un mobilier de pareille valeur, à l'expiration de l'usufruit. Cette clause conférera à l'usufruitier le *jus abutendi*. Et il n'est pas douteux qu'elle n'aura pas besoin d'être formellement exprimée. Les juges pourraient la considérer comme résultant implicitement de telle ou telle circonstance. Ainsi, l'estimation donnée aux objets mobiliers dans l'*acte constitutif* de l'usufruit aura généralement cette signification, parce qu'il est vraisemblable de supposer qu'en faisant cette estimation, le constituant de l'usufruit a entendu déterminer, par avance, le montant de la restitution *en argent* à faire, plus tard, par l'usufruitier : *æstimatio facit venditionem*. L'estimation rend donc l'*accipiens* propriétaire des objets donnés en usufruit. Toutefois, il n'y a là qu'une *présomption simple*, et non une présomption légale qui s'impose à l'interprétation du juge.

Usufruit d'un fonds de commerce ou d'industrie. — Le *fonds de commerce* ou d'*industrie* est un *ensemble* de biens corporels et incorporels qui sont le matériel de l'établissement, le droit au bail, la clientèle et l'a-

chalandage, les instruments de fabrication, les brevets d'invention exploités par le fonds, les marques ou dessins, enfin, les marchandises. De ces biens divers, les uns sont destinés à se consommer, à disparaître, ce sont les marchandises, et aussi les matières brutes à fabriquer ; les autres peuvent se restituer dans leur individualité, ce sont le matériel de fabrication, les brevets, la clientèle, l'achalandage, etc... Cette complexité rendra quelque peu délicate la détermination des droits d'une personne constituée usufruitière d'un fonds de commerce.

Tout d'abord, un point est certain : c'est que l'usufruitier, tenu de jouir de la chose *comme le propriétaire*, sera, en principe, obligé de continuer l'exploitation commerciale ou industrielle du fonds. Autrement, le propriétaire serait frustré, car, à l'expiration de l'usufruit, l'achalandage aurait disparu ; la substance de la chose aurait péri. Cependant, s'il y avait impossibilité pour l'usufruitier de continuer le commerce, nous pensons qu'alors le propriétaire serait en droit de faire vendre le fonds ; le capital provenant de la vente serait placé, et les intérêts de ce capital appartiendraient à l'usufruitier sa vie durant.

Mais, si nous supposons la situation normale, c'est-à-dire que l'usufruitier continue l'exploitation lui-même, y a-t-il *usufruit* ou *quasi-usufruit*? L'intérêt de la question est capital. Supposons que l'usufruitier tombe en faillite ; y a-t-il usufruit, le nu-propriétaire reprend le fonds de commerce, *comme propriétaire ;* il échappe donc au concours avec les créanciers du failli. Tout ce que ceux-ci peuvent saisir et faire vendre, c'est l'usufruit du fonds. S'il y a quasi-usufruit, au contraire, les créanciers de la faillite peuvent saisir le fonds, le nu-prépriétaire n'a droit qu'à sa valeur ; il est simple *créancier* et, comme tel, compris dans la masse, fort exposé, dès lors, à ne toucher qu'un dividende. La Jurisprudence a commencé par admettre qu'il y avait quasi-usufruit ; l'usufruitier devenait propriétaire du fonds de commerce à charge d'en restituer simplement la valeur (Civ., 9 messidor an XI, D. J. G., *Usufruit*, 206, S. chron.). Mais cette opinion est, aujourd'hui, justement abandonnée. Il n'y a ici qu'un usufruit ordinaire, car on peut faire usage d'un fonds de commerce autrement qu'en l'aliénant. Donc l'usufruitier sera tenu de restituer l'*ensemble* juridique constituant le fonds à l'expiration de l'usufruit (Civ., 13 décembre 1842, D. J. G., *Usufruit*, 207, S. 43.1.22 ; Aix, 12 mars 1878, D. J. G., S., *Usufruit*, 87, S. 78.2.265 ; Trib. Saint-Etienne, 8 mars 1892, sous Civ., 26 février 1894, S. 95.1.102, note de M. Wahl).

Restait à trouver un procédé juridique pour permettre à l'usufruitier qui n'a pas, en principe, le *jus abutendi*, de disposer cependant de certaines parties du fonds dont la destination est bien de disparaître, des matières brutes, en les consommant dans sa fabrication, des marchandises, en les vendant. On y parvient par une application de la théorie de la *subrogation réelle à titre universel* (sur laquelle nous reviendrons ultérieurement). Dans le fonds de commerce, dira-t-on, il n'y a pas propriété du matériel, propriété des marchandises, droit au bail, à l'achalandage, etc... ; il y a un *ensemble*, une *universalité juridique,* une sorte de patrimoine spécial ou de

patrimoine d'affectation. Or, dans les universalités de ce genre, les choses acquises aux lieu et place de celles qui sont distraites ou aliénées leur sont subrogées de plein droit, prennent la place laissée vacante, avec les mêmes caractères juridiques que les choses disparues. Le patrimoine subsiste toujours dans son intégrité, malgré la disparition (momentanée) de ses éléments. La conséquence pratique, c'est que l'usufruitier aura le droit de disposer des matières brutes et des marchandises, à charge seulement de les remplacer au fur et à mesure ; le droit du propriétaire s'étendra *ipso jure* aux marchandises et matières nouvelles qui sont *subrogées* à celles dont l'usufruitier a disposé.

Usufruit d'un troupeau. — Le Code consacre un article, l'article 616, à cette variété d'usufruit, qui donne lieu à des difficultés analogues à celles que nous venons de rencontrer. Ici encore, l'usufruit doit être considéré comme portant, non pas sur des animaux envisagés *ut singuli*, mais sur un ensemble, un *universum corpus*, dont le nu-propriétaire doit être réputé avoir conservé la propriété.

L'article 616, alinéa 1er, déduit une conséquence de ce point de vue, en nous disant que, « si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur ». Ainsi, l'usufruitier est libéré par la perte fortuite ; le risque est pour le propriétaire, preuve certaine que celui-ci n'est pas un simple créancier, et que nous nous trouvons ici en présence d'un usufruit ordinaire et non d'un quasi-usufruit.

Quels sont donc les avantages de l'usufruitier, puisqu'il est tenu à restitution du troupeau et non de sa valeur seulement ? L'usufruitier peut d'abord s'approprier les produits des animaux, la laine, le lait, l'engrais, le croît. Et, comme son droit porte sur le troupeau envisagé comme *universum corpus*, c'est-à-dire abstraction faite des animaux qui le composent, l'usufruitier a le droit de disposer de ceux-ci. Seulement, il est tenu de remplacer ceux qu'il consomme ou qu'il aliène, ainsi que ceux qui ont péri individuellement, « jusqu'à concurrence du croît », dit l'article 616, al. 2. Nous pensons, quoique ce point soit controversé, que ce remplacement doit s'effectuer, non seulement sur le croît futur, mais sur le croît présent, et même sur le prix du croît dont il aurait disposé à l'époque où le troupeau se trouve diminué. En un mot, l'usufruitier doit pourvoir, comme le ferait un bon propriétaire, au maintien de l'universalité sur laquelle il est appelé à exercer son droit de jouissance, et que le propriétaire doit retrouver, à l'expiration de l'usufruit, telle qu'elle aurait été si son droit n'avait souffert aucun démembrement.

Usufruit des choses susceptibles de détérioration par l'usage. — Entre la catégorie des choses soumises à un usufruit ordinaire et celle des choses qui font l'objet d'un quasi-usufruit, il y a lieu de signaler une catégorie intermédiaire, celle des choses qui, sans se consommer, se détériorent

peu à peu par l'usage, comme le linge, les meubles meublants, les vêtements. Ces choses, lorsqu'elles font l'objet d'un usufruit, sont soumises, par l'article 589, à un régime mixte. L'usufruitier, lisons-nous, « a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées » et, par conséquent, de les détériorer peu à peu, ce qui est une sorte de *jus abutendi* limité (en quoi son droit se rapproche d'un quasi-usufruit). Mais il est obligé de les rendre à l'expiration de l'usufruit, dans l'état où elles se trouvent. Et, par là, nous revenons aux conséquences de l'usufruit proprement dit. L'usufruitier ne devient donc point propriétaire des objets dont il a la jouissance. Dès lors, s'il les détériore « par son dol ou par sa faute » (art. 589, *in fine*), il est tenu de restituer leur valeur. On admet en général qu'il s'agit là de la valeur qu'avaient ces choses *au commencement de l'usufruit;* il serait cependant plus rationnel et plus équitable de décider que la valeur à restituer est celle que les choses disparues auraient eue à l'expiration de l'usufruit s'il en avait été fait un usage régulier.

§ 2. — Sources diverses de l'usufruit.

Usufruits volontaires et usufruits légaux. -- D'après l'article 579, « l'usufruit est établi par la loi ou la volonté de l'homme ».

Les modes *volontaires* de constitution de l'usufruit sont le *contrat* (en fait, généralement, la donation) ou le *testament*.

Nous examinerons plus loin le point de savoir si l'usufruit peut résulter de la *prescription acquisitive*. Si l'on admet l'affirmative, il y a là une première variété d'acquisition par l'effet de la loi.

Mais il y a bien d'autres cas d'*usufruits légaux* résultant de textes formels :

1° Nous avons déjà rencontré l'usufruit ou droit de jouissance légal des *parents* sur les biens de leurs *enfants mineurs* (art. 384 et s.).

2° Lorsqu'une personne vient à décéder sans postérité, les *père et mère* qui se trouveraient *en concours avec les collatéraux d'une autre ligne*, prennent, outre la part de succession afférente en propriété à leur ligne, un *tiers en usufruit* des biens dévolus aux collatéraux de l'autre ligne (art. 754). Nous retrouverons cette disposition en parlant des Successions.

3° La loi accorde au *conjoint survivant* dans la succession de l'époux prédécédé, et cela pour lui permettre de continuer le même genre de vie qu'avant son veuvage, un droit d'usufruit de moitié ou du quart. Cette attribution date de la loi du 9 mars 1891, modifiant l'article 767 du Code civil.

4° Un certain droit d'usufruit résulte aussi du *régime matrimonial* adopté par deux époux. Ce droit, sous le régime de la communauté, est établi sur les biens propres de chaque époux au profit de la communauté, et, sous le régime dotal, il est établi sur les biens dotaux de la femme au profit du mari. Cet usufruit, qui a pour but d'assurer des revenus au ménage, présente d'ailleurs des caractères particuliers, que nous signalerons en traitant des Régimes matrimoniaux et qui l'exemptent des inconvénients économiques des usufruits ordinaires.

5° A la liste précédente, il convenait d'ajouter, avant la séparation des Eglises et de l'Etat, l'usufruit des *curés* sur les *biens des cures* et celui des *évêques* sur les *menses épiscopales* (D. 6 novembre 1813, art. 6 à 13. V. Aubry et Rau, 5e éd., t. II, § 225, p. 658, n° 7).

SECTION II. — Droits de l'usufruitier.

Généralités. Droit d'usage. — Nous laisserons de côté le cas où l'usufruit porte sur des choses consomptibles. Nous avons vu qu'alors le quasi-usufruitier devient purement et simplement propriétaire des choses soumises à son droit. On supposera qu'il s'agit d'un usufruit ordinaire.

L'article 582 nous dit : « L'usufruitier a le droit de *jouir de toute espèce de fruits*, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. » Cette définition est à la fois incomplète et peu exacte.

Elle est *peu exacte*. Pris à la lettre, en effet, le texte signifierait que, sur les fruits de la chose, l'usufruitier n'a qu'un droit de jouissance. Or, ce n'est pas vrai. L'usufruitier devient *propriétaire des fruits*. Ce n'est pas des fruits qu'il jouit, c'est de la chose.

Mais l'article 582 est, en outre, *incomplet*. En effet, l'usufruitier n'a pas seulement un *droit de jouissance* sur la chose (*fructus*). Il possède aussi le *droit d'usage* (*usus*), c'est-à-dire le droit de retirer de la chose tous les services qu'elle peut comporter, en dehors des fruits et récoltes proprement dits. Ainsi, habiter soi-même une maison, se servir du mobilier, monter les chevaux ou les automobiles, etc..., en qualité d'usufruitier, ce n'est pas, au sens technique des mots, *jouir* des choses dont on a l'usufruit, c'est en *user*. Et l'usufruitier a tous ces droits. Il peut employer la chose à son profit, suivant la destination et l'aménagement que lui avait donnés le propriétaire, avec tous les avantages, toutes les prérogatives attachés à la propriété.

Les différents corollaires qu'on peut rattacher à ce *droit d'usage* sont les suivants :

1° Si la chose soumise à usufruit est un fonds de terre, l'usufruitier a certainement droit à la *chasse* et à la *pêche* sur ce fonds.

2° Il exerce les *servitudes* actives dont le fonds est muni (art. 597). Bien plus, non seulement il a le droit d'exercer ces servitudes, mais il en a le devoir. Devant conserver la substance de la chose, il ne peut exposer le fonds à ce que les servitudes dont il bénéficie viennent à périr par le non-usage.

3° L'usufruitier profite de tous les *accessoires* qui peuvent s'adjoindre au fonds. Ainsi, qu'une source vienne à y surgir, l'usufruitier étendra son droit sur l'eau de source. De même (art. 596) il « jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit ».

Droit de jouissance. Fruits et produits. Diverses espèces de fruits. — Le droit de percevoir les fruits et revenus que produit la chose, constitue le principal avantage de l'usufruit. Ce droit appartient à l'usu-

fruitier « du moment où l'usufruit a été ouvert » (art. 604 *in fine*), avec cette restriction toutefois que, si l'usufruit a été établi par un testament, il faut observer les règles établies pour les legs, règles desquelles il résulte que, parfois, le légataire n'a droit aux fruits qu'à partir de la demande en délivrance (art. 1005, 1014).

Mais tout ce que la chose produit ne présente pas le caractère de fruits, et les fruits eux-mêmes se divisent en plusieurs catégories. Nous retrouvons ici la distinction entre les *fruits* et les *produits* d'une part, entre les fruits *naturels* (ou *industriels*) et *civils*, de l'autre, distinction que nous avons déjà signalée à propos des droits du propriétaire, matière où, d'ailleurs, elle ne présente pas l'intérêt pratique que nous allons relever ici.

Nous savons ce que c'est que les *fruits : quidquid ex re nasci et renasci solet.* Ce sont les produits de la chose, *périodiques* et indéfiniment *renaissants*. La perception des fruits n'épuise donc pas la substance de la chose, ou, du moins, ne l'épuise pas sensiblement. En tout cas, un propriétaire, normalement, vit sur les fruits de son patrimoine. Un usufruitier aura donc droit à tous les fruits.

Au contraire, on appelle *produits* les objets qui sortent de la chose, mais en en épuisant la substance, parce qu'ils ne se reproduisent pas, ou ne se reproduisent que très lentement. Tels sont les extraits des mines, des carrières, des tourbières. Ces produits qui, en somme, représentent une portion du capital, ne doivent pas appartenir à un usufruitier. On ne lui attribuera pas davantage les arbres de haute futaie, parce que les futaies ont été, de tout temps, considérées comme un capital, qu'un bon administrateur doit mettre en réserve. Toutefois, le principe que les produits n'appartiennent pas à l'usufruitier reçoit un tempérament, grâce à l'intervention d'une autre idée, celle de l'*aménagement* donné à la chose par le propriétaire. Il résultera de cette idée que, si des choses susceptibles de fournir des produits, mine, carrière, haute futaie, ont été affectées par le propriétaire à une exploitation régulière avant l'ouverture de l'usufruit, ces biens qui, naturellement, se rangent dans la catégorie des produits, seront assimilés à des fruits et, dès lors, appartiendront à l'usufruitier. Nous ne tarderons pas à revenir, en détail, sur l'application de ces données.

Parmi les *fruits*, nous avons également vu quelle différence il y a entre les *fruits naturels* (auxquels il faut assimiler les *fruits industriels*), produits périodiques tirés, récoltés directement de la chose, et les *fruits civils*, ou revenus en argent, que la chose fournit indirectement, grâce à une prestation pécuniaire versée par celui à qui a été concédé son usage ou son exploitation (V. art. 583 et 584). L'usufruitier a droit aux uns aussi bien qu'aux autres. Mais il ne les touche pas de la même façon et suivant le même mode.

Les fruits *naturels* ou *industriels* s'acquièrent *par la perception* (art. 585). Les fruits *civils* s'acquièrent *jour par jour* (art. 586). Que signifie cette double formule ?

Les *fruits naturels* (les récoltes, le croît des animaux) s'acquièrent par la perception. Cela signifie que, tant qu'ils ne sont pas séparés du sol, mais,

comme dit l'article 585, al. 1, restent « pendants par branche ou par racines », ils n'appartiennent pas à l'usufruitier ; qu'ils lui appartiennent, au contraire, dès qu'ils sont séparés du sol, fût-ce par cas fortuit. Cette solution présente une importance pratique considérable, si l'on se place au *commencement* ou *à la fin* de l'usufruit. Au début, il peut se faire que l'usufruitier fasse une récolte qui venait juste d'arriver à maturité. Inversement, il peut se faire que l'usufruit prenne fin la veille de la récolte ; celle-ci sera alors pour le nu-propriétaire. Dans les deux cas, celui qui recueille n'est pas celui qui a semé. Et l'article 585, al. 2, souligne encore cette injustice en prenant soin d'ajouter qu'il n'y a pas « récompense de part ni d'autre des labours et semences ». Comment justifier une telle solution, non seulement contraire à l'équité, mais contradictoire avec la règle générale posée en l'article 548, aux termes duquel « les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers ? » On peut invoquer la réciprocité des aléas. Au début de l'usufruit, c'est le propriétaire qui court le risque d'être sacrifié ; à la fin, c'est l'usufruitier. Mauvaise justification d'une solution aussi injuste qu'irrationnelle, qui n'a d'autre mérite que sa simplicité, simplicité avantageuse, en ce qu'elle épargne parfois aux intéressés en présence les difficultés de règlement toujours inhérentes aux *comptes de fruits*.

Les *fruits civils* (revenus en argent, loyers des maisons et des terres, arrérages des rentes et intérêts des sommes d'argent, ou bénéfices des fonds de commerce) s'acquièrent *au jour le jour* (art. 586) et, par conséquent, appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de l'usufruit ; peu importe la date de leur exigibilité. Voici une ferme louée pour un loyer de 3.650 fr. par an, payable en deux semestres. L'usufruit n'a duré que 100 jours ; il prend fin avant que le premier terme du loyer soit échu. N'importe ; l'usufruitier a droit à 100/365 du prix, soit à 1.000 francs.

« Cette règle », dit l'article 586 *in fine*, « s'applique au prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils ». Si la loi a pris la peine de le dire, c'est que, sous l'Ancien Droit, le loyer d'une ferme était considéré comme la représentation des fruits naturels, et, en conséquence, s'acquérait par la perception de la récolte. Celle-ci était-elle faite pendant l'usufruit, l'usufruitier avait droit à tout le fermage de l'année ; la récolte n'avait-elle pas été faite, le fermage entier appartenait au propriétaire, quelle qu'eût été la durée de l'usufruit. Le Code civil a entendu couper court aux difficultés auxquelles donnait lieu cette fiction. La règle de la proportionnalité est d'ailleurs plus équitable et, loin de la restreindre, il serait désirable qu'on l'étendît aux fruits naturels.

Il y a cependant une variété de bail à ferme dont les émoluments offrent, encore aujourd'hui, un certain caractère mixte. C'est le *bail à colonat partiaire* ou *métayage*. Le bailleur n'exploite pas lui-même et ne recueille des revenus qu'indirectement, grâce aux prestations du métayer. Mais, d'un autre côté, celui-ci paie son loyer en *fruits naturels*. Si on suppose un usufruit portant sur un fonds cultivé par un métayer, doit-on décider que la part des récoltes revenant au bailleur appartient à l'usufruitier, suivant le

moment de la récolte, ou en proportion de la durée de l'usufruit ? On admet en général — assez arbitrairement, croyons-nous — que l'emploi du métayage comme forme de bail n'a pas cette vertu de transformer les fruits naturels en fruits civils. Dès lors, c'est la date de la récolte qui détermine si la part des fruits revenant au bailleur appartient au nu-propriétaire ou à l'usufruitier.

On remarquera que l'article 585 *in fine* consacre à l'hypothèse du colonat partiaire une disposition étrangère à la question qui vient d'être examinée. Ce texte, après avoir dit que les fruits naturels attachés au sol au début de l'usufruit sont pour l'usufruitier, et que les fruits attachés au sol à la fin de l'usufruit sont pour le nu-propriétaire, ajoute « sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la fin de l'usufruit ». Cela signifie simplement que le droit du colon partiaire est, comme celui de tout fermier, opposable à l'usufruitier (s'il est né avant l'ouverture de l'usufruit), ou au nu-propriétaire (si c'est l'usufruitier qui a conclu le bail dans les conditions où, comme nous allons le voir, l'article 595 lui en donne la faculté). Cela était d'ailleurs inutile à dire.

Modes d'exploitation permis à l'usufruitier. — Le caractère des fruits produits par la chose dépend, en somme, de son mode d'exploitation. Exploitée *directement*, la chose donne des fruits naturels ; exploitée *indirectement*, elle donne (sauf en cas de métayage) des fruits civils. Une question primordiale se pose donc, celle de savoir si l'usufruitier a toujours le droit de choisir le *mode d'exploitation* de la chose, direct ou indirect, et, parmi les modes d'exploitation indirects, ceux qui lui sont permis.

1° *Location des choses soumises à usufruit.* — D'après l'article 595 *in princ.*, « l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre »... Ainsi, la loi accorde formellement à l'usufruitier l'option entre l'exploitation directe, ou l'exploitation indirecte au moyen d'un *bail à ferme*. Cette formule exclut-elle la possibilité, pour l'usufruitier, de passer des *baux urbains* sur les maisons de ville ou de louer les meubles ? Non assurément. Mais, lorsqu'il s'agit de biens de cette nature, la faculté de les louer, qui appartient en principe à l'usufruitier, peut rencontrer un obstacle dans cette règle qu'il doit jouir « comme le propriétaire lui-même », c'est-à-dire en respectant la destination donnée par celui-ci à la chose. Pour les *maisons*, il sera presque toujours conforme à leur destination que l'usufruitier puisse les louer, s'il ne les habite lui-même. Cependant, on peut concevoir telle hypothèse où cette option serait contestable. Par exemple, l'usufruitier pourrait-il louer, meublé, un château servant, de temps immémorial, de résidence à la famille ? Quant aux *meubles*, leur destination et leur aménagement s'opposent presque toujours à ce que l'usufruitier puisse les donner en location. Nous ne lui accorderons donc cette faculté que dans des cas exceptionnels, s'il s'agit, par exemple, de chevaux et de voitures appartenant à un loueur, de livres d'un cabinet de lecture, etc...

Mais si, en principe, l'usufruitier a le droit de louer les choses dont il a

l'usufruit, et s'il est tenu persounellement envers le locataire, comme bailleur, de respecter et entretenir les baux qu'il a passés pendant toute la durée de l'usufruit, les baux en cours lors de la cessation de l'usufruit seront-ils *opposables au nu-propriétaire?*

A cette question il était répondu négativement par le Droit romain et l'ancien Droit. Cette solution était parfaitement logique; elle est conforme à ces deux principes: d'une part, que le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent parallèlement sur la même chose deux droits réels indépendants, et, d'autre part, que le bail ne confère au preneur qu'un droit de créance contre le bailleur. L'obligation souscrite envers le locataire par l'usufruitier est pour le nu-propriétaire *res inter alios acta.* Cette règle ancienne subsiste encore aujourd'hui pour la *location des meubles*, la loi n'en ayant pas disposé autrement.

Mais en ce qui concerne les *immeubles*, le législateur a cru devoir écarter la logique. En effet, le nu-propriétaire, aussi bien que l'usufruitier, ont intérêt à ce que ce dernier trouve de bons fermiers ou locataires, s'il ne lui est pas loisible d'exploiter ou habiter l'immeuble en personne. Or, aucun locataire sérieux ne consentira à traiter, si le bail à signer ne lui offre pas la sécurité du lendemain. De là, la disposition de l'article 595 *in fine*, d'après laquelle si l'usufruitier conclut un bail, « il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme, au titre du *Contrat de mariage...* » (Art. 1429 et 1430). Ces règles, relatives aux pouvoirs du mari sur les immeubles de la femme, s'appliquent aussi à ceux du tuteur sur les immeubles du pupille (art. 1718). Nous les avons précédemment exposées à propos de la Tutelle. Il nous suffit de rappeler qu'en principe le bail passé par l'administrateur de la fortune d'autrui (et, ici, cette qualité est attribuée à l'usufruitier) est opposable au propriétaire, mais pour un maximum de *neuf années*, durée qui peut être augmentée de deux ou trois ans par la faculté de renouvellement anticipé accordée à l'administrateur par l'article 1430.

Pour le temps excédant ce maximum, le bail passé par l'usufruitier est nul, d'une nullité *relative*, c'est-à-dire invocable seulement par le nu-propriétaire (Req., 29 janvier 1883, D. P. 83.1.314, S. 85.1.482). Mais une difficulté se présente dans le cas, fréquent en pratique, où le nu-propriétaire est *héritier* de l'usufruitier. La Cour de cassation a jugé que, dans ce cas, le nu-propriétaire n'est pas davantage tenu de respecter le bail excessif consenti par son auteur (Req., 13 avril 1897, D. P. 98.1.76, S. 1900.1.173). Cette solution nous paraît très contestable. Nous avons vu que la restriction des pouvoirs de l'usufruitier, quant à la durée des baux, est sans effet en ce qui le concerne. Pour lui, le bail est valable indéfiniment; la preuve c'est que, si long qu'il soit, il doit l'entretenir tant que dure l'usufruit. Son héritier succédant à ses obligations doit être, comme lui-même, indéfiniment tenu à l'égard du locataire. La Cour de cassation répond que l'usufruitier n'a pu transmettre à ses successeurs une obligation *dont il n'est tenu que comme usufruitier*, et qui prend fin avec l'usufruit même. Il y a là une confusion. Les obligations dont l'usu-

fruitier n'est débiteur que comme tel, sont celles dont il est tenu ***envers le*** *nu-propriétaire*. Mais, en tant que bailleur, l'usufruitier est soumis ***envers le locataire*** à une *obligation de faire* comme un débiteur quelconque. Cette obligation devrait passer à son héritier, à moins qu'il n'ait renoncé à sa succession, ou ne l'ait acceptée que sous bénéfice d'inventaire.

2° *Vente de récoltes sur pied.* — Supposons que l'usufruitier ait vendu *sur pied*, par anticipation, la récolte de l'année. Il vient à mourir avant que la récolte ne soit faite. A supposer que cette vente soit considérée comme valable, comme opposable au nu-propriétaire, il est certain que le prix en appartiendra à ce dernier. Si l'usufruitier l'avait touché par avance, ses héritiers seront astreints à le restituer au propriétaire. Mais on s'est demandé si le propriétaire ne pourrait pas tenir la vente comme non avenue. Certains auteurs l'ont soutenu, car, ont-ils dit, l'usufruitier en vendant des fruits encore pendant par branches ou par racines, a disposé de ce qui ne lui appartenait pas (art. 585, al. 1) ; d'où nullité de la vente comme vente de la chose d'autrui (art. 1599). En conséquence, le nu-propriétaire pourrait s'opposer à ce que l'acheteur fît la récolte ou l'achevât s'il l'a commencée ; ce dernier n'aurait comme ressource, s'il a payé d'avance, que de réclamer la restitution du prix aux héritiers de l'usufruitier. Le risque de l'insolvabilité de ceux-ci pèserait sur lui, au lieu de peser sur le nu-propriétaire, comme dans le système opposé. Mais la Jurisprudence adopte une solution moins radicale. Elle considère que, du moment où l'usufruitier possède le droit de passer un bail opposable pendant neuf années au nu-propriétaire, c'est-à-dire, en somme, de disposer des fruits pendant neuf ans, il possède, *à fortiori*, le droit de disposer de la récolte d'une seule année par une vente anticipée. L'opération qu'il a faite est une sorte de procédé d'exploitation indirecte, et le propriétaire sera tenu de la respecter (Req., 9 août 1881, D. P. 82.1.365, S. 82.1.369, note de M. Labbé).

3° *Cession de l'usufruit.* — L'article 595, après avoir dit que l'usufruitier peut louer la chose, ajoute qu'il peut « même *vendre ou céder* son droit à titre gratuit ». Les Romains, en raison du caractère personnel de l'usufruit, n'admettaient pas, en principe, la possibilité d'une pareille cession ; il est vrai qu'ils permettaient à l'usufruitier de céder *l'émolument de l'usufruit* sa vie durant. Le Code civil, on le voit, paraît avoir écarté cette distinction subtile et admettre que l'usufruitier peut céder, non l'émolument, mais *son droit lui-même, tel quel* bien entendu, c'est-à-dire, destiné à s'éteindre entre les mains du cessionnaire dès la mort du cédant. L'intérêt pratique qu'il y a à décider que ce qui fait l'objet de la cession, c'est l'usufruit lui-même et non son émoluement, est le suivant. S'il y avait eu simple cession de l'émolument suivant les conceptions romaines, le bien acquis constituerait, dans le patrimoine du cessionnaire, un droit *sui generis* différent d'un usufruit et auquel, dès lors, ne s'appliquerait pas l'article 2118, qui permet d'*hypothéquer* non seulement les immeubles, mais aussi l'usufruit des immeubles. Dans le système que nous croyons celui du Code civil, au contraire, le cessionnaire du droit d'usufruit pourra, comme aurait pu le faire son cédant lui-même, tirer profit de son droit en l'hypothéquant,

Remplacement de la chose sujette à usufruit par une indemnité pécuniaire. — Ce fait se produit dans deux cas :

1° *Expropriation de l'immeuble pour cause d'utilité publique.* — Lorsque cette hypothèse se rencontre, l'indemnité d'expropriation est *subrogée* de plein droit à l'immeuble. Elle doit donc être versée entre les mains de l'usufruitier qui, à l'expiration de l'usufruit, devra restituer ce capital au propriétaire, mais, en attendant, le placera et en touchera les revenus (Loi du 3 mai 1841, art. 39, 2e et 3e al.). La loi, pour éviter que le nu-propriétaire ne puisse être frustré par l'insolvabilité de l'usufruitier, ajoute que celui-ci sera obligé de fournir caution, même s'il en a été dispensé par le titre constitutif de l'usufruit.

2° *Subrogation à l'immeuble de l'indemnité d'assurance.* — Si l'immeuble sujet à l'usufruit et assuré contre l'incendie vient à être détruit par un sinistre, on pourrait soutenir que c'est également l'usufruitier qui aura droit au paiement de l'indemnité, celle-ci étant subrogée à l'immeuble. Mais, en pratique, les choses se passent différemment. Les Compagnies concluent deux contrats distincts, avec le nu-propriétaire et avec l'usufruitier, et assurent séparément la somme représentant la valeur de leurs droits respectifs. Chacun d'eux a donc, au cas de sinistre, droit à l'indemnité correspondante à sa police.

Règles spéciales pour l'usufruit des arbres. — Les articles 590 à 594 édictent des règles particulières pour l'usufruit des bois ou, plus généralement, des arbres. Ceux-ci et leurs produits sont tantôt considérés comme des *fruits*, tantôt comme un *produit*, ou comme un *capital* mis en réserve, auquel l'usufruitier n'a pas le droit de toucher. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

1° On peut supposer d'abord que l'usufruit comprend des bois *aménagés pour la coupe*, hypothèse qui se subdivise elle-même, car ces bois aménagés pour produire des coupes peuvent être, soit des *bois taillis*, soit des bois de haute futaie *mis en coupe réglée*.

A. — Les *bois taillis* sont ceux qui sont aménagés de manière à être coupés, au fur et à mesure qu'ils repoussent, avant d'avoir atteint leur hauteur. Les coupes en sont considérées comme des fruits et appartiennent à l'usufruitier (art. 590, al. 1).

B. — Les bois de *haute futaie* mis en *coupe réglée* sont ceux qu'on exploite en les coupant, non pas en entier, mais *zone par zone*, et en distribuant les sections de coupe de manière à obtenir des coupes rapprochées, tout en laissant atteindre au bois sa plus grande hauteur. Ou bien encore, on prend à chaque coupe une quotité d'arbres déterminée sur toute la surface du domaine. Dans tous les cas, ces coupes sont encore assimilées à des fruits et appartiennent à l'usufruitier (art. 591).

Dans l'un et l'autre cas, l'usufruitier devra, en exploitant, observer « l'ordre des coupes », c'est-à-dire la division des bois en zones de coupe, leur numérotage, et « leur quotité » (V. art. 590, 591), c'est-à-dire le nombre de zones de coupe abattues chaque année ou à intervalles plus éloi-

gnés, le tout, nous dit l'article 590, « conformément à *l'aménagement* ou à l'*usage constant* des propriétaires ». Ces derniers mots signifient que, s'il n'y a pas un aménagement déterminé créé par le propriétaire, l'usufruitier se guidera sur l'usage des autres propriétaires de la même région. Par exemple, il peut s'agir de taillis ou de futaies en semis, qui n'ont pu encore être coupés lorsque commence l'usufruit, mais qui étaient destinés à l'être ; l'usufruitier aura le droit d'effectuer les coupes dans les conditions où le font les autres propriétaires de bois similaires. V. note de M. Guénée, D. P. 1904.1.147). Ou bien encore, on peut supposer qu'il y avait déjà un aménagement, mais mauvais ; le propriétaire exploitait des bois d'une manière déréglée ; l'usufruitier devra, lui, se conformer à l'usage des propriétaires raisonnables, parce que, ainsi que nous le verrons, un principe domine toute la matière : c'est qu'il doit jouir des choses en bon père de famille.

Les coupes de bois attribuées aux usufruitiers sont des fruits naturels ou industriels ; par conséquent, elles s'acquièrent *par la perception*. L'application qu'on doit faire ici de la règle de l'article 585 est particulièrement fâcheuse, à cause de l'intervalle parfois très long qui sépare les coupes les unes des autres. Cependant, la loi ne permet pas qu'on en décide autrement. Et l'article 590, al. 1 *in fine*, tire de cette application cette conséquence *désavantageuse* pour l'usufruitier, qu'il n'est dû aucune indemnité, ni à lui, ni à ses héritiers « pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance ». Nous pensons qu'à l'inverse il faut admettre les conséquences de la règle qui seraient *avantageuses* pour l'usufruitier, et décider qu'il aurait droit à la totalité de la coupe faite aussitôt après son entrée en jouissance, sans récompense pour le nu-propriétaire.

Ajoutons toutefois que, si l'usufruitier, avant l'expiration de l'usufruit, *avançait* le moment des coupes, comme il n'aurait, en cela, ni joui en bon père de famille, ni respecté l'aménagement du propriétaire, il serait redevable d'une indemnité envers celui-ci.

2° On peut supposer, au contraire de l'hypothèse précédente, que le domaine sujet à l'usufruit comprend des bois ou forêts de *haute futaie non aménagés*. Alors, on se trouve en présence d'un capital, et l'usufruitier ne peut y toucher (art. 592). Son seul droit est de prendre sur les arbres « les produits annuels et périodiques », le liège, les glands, les fênes, la résine, l'émondage, « le tout suivant l'usage du pays, ou la coutume des propriétaires » (art. 593). Mais l'usufruitier n'aura aucun droit sur les arbres eux-mêmes, fussent-ils tombés par accident, c'est-à-dire déracinés par le vent ou l'inondation (V. art. 592). Cette règle comporte cependant deux exceptions :

A. — « Pour faire les *réparations* dont il est tenu » (art. 592), c'est-à-dire pour celles qui deviennent nécessaires aux bâtiments contenus dans l'usufruit, l'usufruitier peut se servir du *châblis* de futaie, c'est-à-dire des arbres arrachés ou brisés par accident. « Il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire. »

B. — L'usufruitier peut aussi « prendre dans les bois des *échalas* pour

les vignes » (art. 593), c'est-à-dire pour les vignes comprises dans son usufruit et non pour les autres, car la loi nous dit « pour *les* vignes » et non « pour *ses* vignes ». Ici, il n'est pas prescrit qu'il fasse reconnaître la nécessité avec le propriétaire, sans doute à cause de l'exiguïté des coupes à faire.

3° Lorsque l'usufruit contient une *pépinière*, plantations de jeunes arbres élevés pour être transplantés, l'usufruitier peut disposer des arbres, à charge de les remplacer au fur et à mesure par de nouveaux semis (art. 590, al. 2). C'est, en somme, la même solution que pour l'usufruit d'un troupeau. Elle se justifie par les mêmes raisons.

4° La loi envisage enfin les *arbres fruitiers* (art. 594). Les fruits en appartiennent si certainement à l'usufruitier que le texte ne prend pas la peine de le dire. Il décide seulement que « les arbres fruitiers qui meurent, ceux mêmes qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres ». Logiquement, le bois des arbres fruitiers morts devrait aller au propriétaire, car ce n'est pas un fruit mais un produit. Si la loi l'accorde à l'usufruitier, c'est à cause de la valeur minime de ce bois. Et la différence avec l'attribution du *châblis de futaie* s'explique aisément. Si le bois des arbres de futaie morts appartenait à l'usufruitier, celui-ci aurait intérêt à ne pas soigner la futaie, de manière à en laisser périr les arbres. Pour les arbres fruitiers, au contraire, son intérêt même garantit qu'il ne fera pas un semblable calcul.

Usufruit des produits du sous-sol. Mines et carrières. Trésor. — L'article 598 nous dit que l'usufruitier « jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Président de la République. — Il n'a aucun droit aux mines et carrières non ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit ».

La distinction faite par le texte se réfère à ce principe que l'usufruitier doit jouir de la chose suivant l'aménagement du propriétaire. Si le fonds était déjà exploité dans son sous-sol, au début de l'usufruit, l'aménagement, comme nous l'avons vu, fait assimiler les produits à des fruits ; ils appartiennent à l'usufruitier qui, de plus, est admis à continuer l'exploitation. Dans le cas contraire, l'usufruitier ne peut ouvrir une mine ou une carrière, parce que ce serait contrevenir à l'aménagement du propriétaire qui, en s'abstenant de commencer l'exploitation de son sous-sol, a entendu mettre un capital en réserve.

Pour ce qui est du *trésor* trouvé dans le sol, ce n'est, à vrai dire, ni un fruit ni un produit. C'est un don de fortune, dont nous verrons que la loi fait attribution, moitié au propriétaire du sol, moitié à l'inventeur (art. 716). Si une découverte de ce genre est faite pendant la durée de l'usufruit, elle profitera au propriétaire. L'usufruitier n'aura droit à rien, à moins qu'il ne

prenne une moitié en qualité d'*inventeur*. Mais il faudra alors que sa découverte ait été le pur effet du hasard (Trib. Saint-Sever, 15 juillet 1898, *Le Droit*, 16 décembre 1898).

La règle de l'article 598 reste en vigueur, sans modification, pour les *carrières*, les *minières* et les *tourbières*, ainsi que pour le *trésor*. Mais, quant aux mines, le texte a besoin d'être combiné avec les principes nouveaux introduits par la loi du 21 avril 1810 sur les mines. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

1° On supposera d'abord que l'usufruit porte sur un immeuble dans lequel se trouve une *mine exploitée* (chose, à la vérité, assez rare) *par le propriétaire* lui-même. L'usufruitier va-t-il pouvoir continuer l'exploitation à son profit ? La loi de 1810 consacre bien cette solution que la mine constitue une propriété distincte de celle du sol et dont la source se trouve dans une concession de l'autorité publique ; mais, d'autre part, une fois la mine concédée, la loi admet désormais qu'elle est une propriété comme les autres, susceptible d'être transmise aux héritiers du concessionnaire, cédée à un tiers, par exemple à un usufruitier, sous la seule condition de ne pas être morcelée. Dès lors, on doit décider que l'usufruitier pourra, *de plano*, continuer l'exploitation, sans avoir besoin d'une concession nouvelle ; les *produits* de l'exploitation lui appartiendront certainement.

2° Il se peut que, dans le domaine grevé d'usufruit, se trouve une mine *ouverte avant l'usufruit*, mais concédé à un tiers. L'usufruitier n'aura alors pas plus de droit à l'exploitation de la mine que n'en avait le propriétaire lui-même. Mais il aura droit à la *redevance* payée par le concessionnaire et qu'on peut assimiler à un fruit civil.

3° Si, enfin, on suppose que l'ouverture de la mine ait lieu pendant la durée de l'usufruit, l'article 598, al. 2, s'applique encore aujourd'hui ; l'usufruitier, à moins d'être lui-même concessionnaire, ne pourra prétendre à rien. La redevance payée par l'exploitant appartiendra au nu-propriétaire. Seulement, par application des règles du Droit commun, l'usufruitier devra être indemnisé, s'il y a lieu, du trouble que peut apporter à la jouissance de la surface l'ouverture d'une mine dans le sous-sol.

Usufruit des biens incorporels. — Les revenus des biens incorporels (bénéfices d'un fonds de commerce, revenus d'un droit d'auteur, intérêts d'une créance ou d'une obligation, dividendes des actions, arrérages d'une rente) sont, en tout, assimilables aux fruits civils dont nous avons déjà parlé. Ils se reproduisent périodiquement sans épuiser la substance de la chose. L'usufruitier a donc le droit de se les approprier en vertu de la formule si générale écrite dans l'article 582 : « L'usufruitier a le droit de jouir de *toute espèce* de fruits. »

Mais plusieurs questions spéciales donnent lieu à examen :

1° ***Rentes viagères.*** — A la différence des rentes perpétuelles, les rentes viagères ne constituent pas un capital inaltérable ; la perception des arrérages en épuise la substance. Aussi, dans l'ancien Droit, la plupart des jurisconsultes estimaient-ils que, si une rente viagère se trouvait comprise

dans un patrimoine grevé d'usufruit, le revenu de la rente devait être refusé à l'usufruitier. Ce revenu n'allait pas, il est vrai, au rentier ; mais tant que durait l'usufruit, les arrérages de la rente devaient, à mesure de leur échéance, être capitalisés, employés, et le revenu de ces placements appartenait à l'usufruitier. Le rentier recevait le capital ainsi constitué à la fin de l'usufruitier.

Cette solution, cependant très rationnelle, n'a pas été adoptée par le Code civil. En effet l'article 588 porte que « l'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution ». Ce qu'on peut dire pour justifier la règle nouvelle, c'est que la loi a fait ici, comme à propos des mines et carrières, prévaloir cette idée que l'usufruitier a droit à tous les produits de la chose (en l'espèce, du capital placé jadis à fonds perdu), lorsqu'en les recueillant, il observe l'aménagement du propriétaire.

Quoi qu'il en soit, la règle de l'article 588 doit être étendue à l'*usufruit d'un usufruit*. Le sous-usufruitier perçoit tous les arrérages sans être tenu à aucune restitution. A la fin du sous-usufruit, l'usufruitier, s'il existe encore, reprend la jouissance de la chose. Que si l'usufruitier disparaît le premier, alors le sous-usufruit s'éteint en même temps de plein droit. C'est une application de l'article 617 (dern. al.), qui range au nombre des causes d'extinction de l'usufruit « la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ».

2° *Bénéfices des fonds de commerce.* — Nous avons indiqué que l'usufruitier d'un fonds de commerce en perçoit les bénéfices comme fruits civils Mais une question se pose. L'usufruitier est-il obligé de réserver annuellement une part de bénéfices, pour les consacrer à un fonds de réserve ou d'amortissement ? Cela dépend des habitudes du propriétaire du fonds. L'usufruitier doit, en effet, jouir comme jouissait le propriétaire. Si donc le commerçant ou l'industriel avait coutume de faire des prélèvements annuels sur les bénéfices pour constituer un fonds de réserve ou d'amortissement, l'usufruitier doit suivre la même règle. Sinon, non.

4° *Remboursement d'une créance.* — Supposons que l'usufruit contienne une créance. Sans aucun doute, l'usufruitier en touchera les intérêts. Mais supposons que la créance vienne à échéance pendant la durée de l'usufruit. Si le débiteur refuse d'exécuter son obligation, l'usufruitier aura certainement le droit (et aussi le devoir) de le poursuivre. Mais pourra-t-il toucher le capital ? Nous le pensons, et la Jurisprudence est en ce sens (Req., 8 novembre 1881, D. P. 83.1.174, S. 85.1.11). L'usufruit se transforme alors en quasi-usufruit. L'usufruitier devient donc maître du capital, sauf à restituer une somme égale à la fin de l'usufruit. Vainement a-t-on contesté cette solution, et prétendu que l'usufruitier n'a le droit de toucher le capital de la créance qu'avec le consentement du nu-propriétaire (V. note de M. Labbé, S. 69.2.9). Une telle opinion est inconciliable avec le système du Code, qui est de laisser à l'usufruitier la plus grande liberté dans la disposition des sommes que comprend l'usufruit. La garantie du nu-pro-

priétaire, c'est, nous le verrons, la caution exigée de l'usufruitier lors de son entrée en jouissance.

4° *Usufruit des valeurs de bourse.* — L'usufruitier perçoit les coupons des obligations, touche les dividendes des actions. La Jurisprudence admettait même autrefois qu'il pouvait *convertir* les titres nominatifs en titres au porteur, car elle voyait, dans cette conversion, une simple acte d'administration. Mais, depuis la loi du 27 février 1880, elle décide avec raison que la conversion doit être considérée comme une variété d'aliénation. L'usufruitier n'a donc pas le droit de la faire (Lyon, 20 janvier 1882, S. 84.2.205).

L'usufruitier a-t-il le droit de toucher, outre les intérêts des *obligations*, les *lots* ou *primes de remboursement* afférents à ces obligations ? On sait en effet que certains établissements ou certaines villes, afin de pousser le public à la souscription de leur titres, émettent des *valeurs à lots*, c'est-à-dire des obligations participant, périodiquement, à des tirages au sort, pour l'attribution de lots parfois considérables. Ou-bien encore, les obligations sont remboursables avec prime ; c'est-à-dire que le taux de remboursement (500 fr. par exemple) sera supérieur aux taux d'émission (400 fr. par exemple). La différence constitue la prime. Ces profits exceptionnels sont constitués à l'aide d'une diminution du taux de l'intérêt servi aux créanciers. Au lieu, par exemple, de donner un intérêt de 4 °/₀, la Compagnie ne promettra que 3 °/₀, et consacrera 1 °/₀ à la constitution du capital nécessaire pour le service des lots ou des primes.

C'est en s'appuyant sur cette particularité que certains auteurs ont soutenu que les lots ou les primes doivent appartenir à l'usufruitier. Car-disent-ils, ces bénéfices, constitués à l'aide d'intérêts économisés, représentent une part de la jouissance qui doit revenir à l'usufruitier ; s'il n'y avait eu ni primes, ni lots, le revenu des obligations eût été plus élevé. Mais c'est tirer de prémisses exactes une conclusion fausse. Les revenus capitalisés ne sont plus des revenus. En outre, les primes et lots sont formés avec une retenue faite sur *toutes* les obligations émises, or, l'usufruitier ne saurait prétendre à aucun droit sur les revenus des obligations d'autrui.

Est-ce à dire, cependant, que les primes et les lots doivent être assimilés à un produit extraordinaire, ou à un *don de fortune*, à un *trésor*, et attribués pour le tout, en pleine propriété, au nu-propriétaire ? Nous ne le croyons pas non plus. Car, à la différence du trésor, la prime ou le lot sont, en somme, prélevés sur les revenus ; il serait injuste que l'usufruitier n'en profitât aucunement. Au lieu de raisonner par analogie de l'article 598, al. 2, applicable au trésor, il nous paraît donc plus équitable et plus rationnel de chercher la solution du problème dans l'article 596, aux termes duquel « l'usufruitier jouit de l'augmentation survenue *par alluvion* à la chose dont il a l'usufruit ». Le lot ou la prime versé à l'obligataire que le sort a favorisé, peut être justement considéré comme une valeur nouvelle, qui s'incorpore par accession à l'ancienne. L'usufruitier touchera donc la prime ou le lot, mais il n'en aura que la jouissance et devra restituer le capital au nu-propriétaire, lors de l'expiration de l'usufruit (Req., 14 mars 1877, D. P. 77.1.353, S. 78.1.5, note de M. Labbé ; Lyon, 29 mai 1884, S. 85.

2.79). La même solution s'appliquera à tous les cas analogues, par exemple, aux répartitions entre actionnaires d'un *fonds de réserve* constitué avec des bénéfices non distribués en dividendes (Req., 24 [ou 25] juin 1903, D. P. 1904.1.591, S. 1911.1.361, *ad notam*).

SECTION III. — Obligations de l'usufruitier.

Les obligations que la loi impose à l'usufruitier peuvent être réparties en trois groupes :

1° Celles qu'il doit accomplir au début de l'usufruit ;

2° Celles qui lui incombent pendant la durée de sa jouissance.

3° Celles qui lui incombent à l'expiration de l'usufruit.

§ 1. — Obligations de l'usufruitier au début de l'usufruit.

Avant que l'usufruitier ne puisse se mettre en possession des choses soumises à son droit, la loi l'astreint à fournir au nu-propriétaire des *garanties* assurant leur restitution future. Ces garanties sont au nombre de deux : 1° L'usufruitier doit faire dresser un *inventaire* des meubles et un *état* des immeubles ; 2° Il doit fournir une *caution*.

I. Inventaire et état. — « L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont ; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. » (Art. 600).

L'*inventaire*, c'est un acte contenant l'*énumération*, la description, et certains ajoutent, à tort, croyons-nous, l'*estimation* des meubles. L'*état*, lui, ne contient que l'indication de la situation matérielle des immeubles, mais sans indication de contenance, cette mention étant inutile, car elle résulte des titres de propriété. On comprend l'utilité de la formalité prescrite ; elle assure la restitution future des objets. On comprend aussi pourquoi la loi exige que l'inventaire et l'état soient dressés en présence du nu-propriétaire, ou lui dûment appelé. C'est pour que l'exactitude et la fidélité de ces documents ne puissent être contestées, ou que le nu-propriétaire, s'il a des doutes, ne puisse s'en prendre qu'à sa propre négligence. Quant aux *formes* de l'inventaire et de l'état, l'article 600 ne fournit aucune indication. On doit en conclure que, si les parties sont l'une et l'autre majeures et maîtresses de leurs droits, elles peuvent établir ces pièces sous seing privé. Mais, dans le cas contraire, l'inventaire et l'état doivent être faits par un notaire, car cette mission rentre dans sa fonction naturelle, et c'est lui qui doit l'exercer chaque fois que la loi ne dit pas le contraire et que la volonté des parties n'a pas écarté son ministère.

Quelle est la *sanction* du défaut d'inventaire et d'état ? Il y en a deux, l'une *préventive*, l'autre *répressive*.

La sanction *préventive*, c'est que l'usufruitier (l'article 600 le dit en termes formels) peut se voir refuser l'entrée en possession des choses sou-

mises à son usufruit, tant qu'il n'a pas satisfait aux prescriptions légales, Mais cette sanction ne va pas jusqu'à le priver de son droit aux fruits.

La sanction *répressive*, c'est que, si l'usufruitier est en fait entré en possession des choses soumises à l'usufruit, le nu-propriétaire dépourvu, lors de l'expiration de l'usufruit, par la faute de l'usufruitier, du mode normal de preuve que la loi avait prescrit de lui ménager, sera admis à prouver la consistance des biens soumis à l'usufruit par tous les moyens possibles. y compris la preuve par la *commune renommée*. C'est là la sanction prononcée par le Code contre le mari qui a négligé de faire inventaire des biens échus à sa femme, dont il devait être plus tard appelé à faire la restitution (V. art. 1415, 1504) ; et l'analogie des situations a permis à la Jurisprudence d'étendre au cas de l'usufruit la règle écrite au titre du *Contrat de mariage* (Pau, 28 mars 1887, D. P. 87.2.166, S. 88.2.117). On ajoute quelquefois que, s'il s'agit d'immeubles, l'usufruitier sera présumé les avoir reçus en bon état (Limoges, 23 novembre 1840, D. J. G., *Usufruit*, 439, S. 41.2.161). C'est ce que décide l'article 1731 à l'encontre du locataire qui n'a pas fait dresser d'*état de lieux*. Mais on doit, croyons-nous, repousser cette assimilation. La règle de l'article 1731 ne se justifie que parce que le bailleur est tenu de délivrer la chose au preneur en bon état ; on doit donc présumer qu'il la lui a délivrée telle. Au contraire, l'usufruitier prend la chose dans l'état où elle se trouve.

Il arrive quelquefois que le titre constitutif de l'usufruit, par exemple, un testament *dispense* l'usufruitier de l'obligation de dresser l'inventaire et l'état. Cette dispense est assurément licite. Elle équivaut à donner au légataire d'usufruit la faculté de ne pas restituer les objets soustraits à l'inventaire ou de les restituer en mauvais état. C'est comme une donation ; et une donation est toujours possible, tant, du moins, qu'elle ne porte pas atteinte aux droits d'un héritier *réservataire* (descendant ou ascendant du défunt). Mais, même s'il y avait des héritiers réservataires, la dispense d'inventaire ne deviendrait pas illicite en soi. L'héritier, en effet, a toujours un moyen d'écarter les inconvénients résultant du défaut d'inventaire, c'est d'en faire dresser un *à ses frais*. (V. Agen, 22 juin 1853, D. P. 54.2. 108, S. 53.2.569). La clause de dispense ne sera donc exposée à être critiquée, même par un héritier réservataire, que dans la mesure où les frais d'inventaire mis à sa charge (alors qu'en principe ils devraient être supportés par le légataire d'usufruit) arriveraient à entamer sa réserve.

Mais on peut aller plus loin et supposer que la clause de dispense d'inventaire *interdise* au nu-propriétaire d'en faire dresser un à ses frais. On trouve des décisions annulant une pareille clause. (V. not., Caen, 30 avril 1855, D. P. 56.2.273, S. 56.2.228). Nous croyons — abstraction faite du cas d'un héritier réservataire — que cette jurisprudence est abusive. Le testateur eût pu ne *rien* laisser à son héritier ou au légataire de la nue-propriété ; il peut lui laisser *moins*, en ne lui donnant qu'une propriété difficile à réaliser. Qui peut le plus peut le moins.

I. **Fourniture de caution.** — L'usufruitier « donne caution de jouir en

bon père de famille, s'il n'en est dispensé par le titre constitutif de l'usufruit » (art. 601). Donner caution, c'est fournir un répondant solvable qui se porte garant de votre obligation. La caution fournie par l'usufruitier promet que celui-ci ne détériorera pas les choses soumises à son droit, qu'il les exploitera en conformité de l'aménagement du propriétaire et qu'il les restituera fidèlement à l'expiration de l'usufruit ; elle assume, le cas échéant, si l'usufruitier devenait insolvable, toutes les responsabilités pécuniaires que celui-ci aurait encourues.

La sanction de l'obligation de fournir caution est, cette fois, uniquement *préventive*. En principe, l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propriétaire à lui délivrer les choses soumises à l'usufruit, tant que la caution n'a pas été fournie. Mais cette sanction comporte de nombreux tempéraments. Deux hypothèses doivent être envisagées :

1° Il y a simple *retard* dans la fourniture de la caution ; ce retard, en fait, peut se prolonger, car une caution n'est pas toujours facile à trouver. Or, l'usufruit est souvent justifié par des considérations alimentaires. L'article 604 contient donc ici une solution bienveillante. Il dispose que « le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit ; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert ». Le nu-propriétaire, demeuré en possession des biens, ne peut donc s'approprier les fruits : il doit les mettre en réserve (ou leur valeur si ce sont des fruits périssables), pour les verser entre les mains de l'usufruitier, le jour où celui-ci aura enfin trouvé moyen de se mettre en règle avec la prescription de l'article 601.

On remarquera que l'article 604 commet une légère erreur, lorsqu'il nous dit, *in fine*, que l'usufruitier pourra réclamer les fruits, dont l'acquisition a été retardée pour lui par sa lenteur à trouver une caution, « du moment où l'usufruit a été ouvert ». Il aurait fallu dire « depuis le moment où s'ouvre son droit aux fruits ». Ce n'est pas toujours le même moment. Certains légataires n'ont droit aux fruits, nous l'avons vu, qu'à compter du jour de leur demande en délivrance (art. 1005, 1014). Leur retard à fournir caution ne peut leur donner droit à des fruits qui n'eussent pas été pour eux, au cas où ils auraient trouvé leur caution immédiatement.

2° Il se peut qu'il n'y ait pas seulement *retard*, mais *impossibilité* complète pour l'usufruitier de trouver une caution. L'émolument de son droit, souvent indispensable pour sa subsistance, ne devra pas, pour cela, lui être retiré. Tout d'abord, conformément aux règles générales en matière de caution (art. 2041), il devra être admis, comme tout débiteur astreint à donner caution, à fournir à la place un *gage* jugé suffisant (ce gage, dans le langage courant, est souvent, quand il consiste en une somme d'argent, désigné par le terme impropre de *cautionnement* (V. Civ., 7 août 1882, D. P. 83.1.220, S. 82.1.457). Que si l'usufruitier est aussi incapable de donner un gage qu'une caution, alors les articles 602 et 603 prescrivent d'employer des mesures qui concilient, autant que possible, la sécurité due au nu-propriétaire et l'émolument nécessaire à l'usufruitier. *Pour les immeubles*, ils seront donnés à ferme ou mis en sequestre entre les mains d'un

tiers, et l'usufruitier se bornera à percevoir les revenus. *Quant aux meubles*, l'argent comptant sera placé ; les denrées existant au jour de l'ouverture seront vendues et le prix placé. Enfin, les meubles qui dépérissent par l'usage, comme les meubles meublants, seront vendus et le prix en sera placé. L'usufruitier jouira des intérêts de ces divers placements. Même, en ce qui concerne les meubles meublants, l'usufruitier peut demander à conserver en nature ceux qui sont nécessaires à son usage, sous sa simple caution juratoire, c'est-à-dire avec la seule garantie résultant de ce qu'il prêtera serment, et à la charge de les représenter, dans l'état où ils se trouveront alors, à l'extinction de l'usufruit.

Les indications de garanties, équivalentes à une caution, données par les articles 602 et 2041, sont-elles *limitatives* ? Cela serait excessif, car la garantie résultant de la caution est peu pratique et quelque peu vieillotte. On emploie aujourd'hui couramment des sûretés plus souples et plus efficaces. Aussi, la Jurisprudence s'est-elle montrée ici assez large en matière d'équivalences. En ce qui concerne les *titres au porteur* soumis à l'usufruit, il est admis, par exemple, que le nu-propriétaire obtient une sécurité égale à celle qui résulterait de l'intervention d'une caution, si l'on procède à la conversion de ces valeurs en titres nominatifs, immatriculés en son nom pour la propriété, au nom de l'usufruitier pour l'usufruit (Cf., Civ., 7 décembre 1891, D. P. 92.1.68. S. 92.1.353, note de M. Wahl , 6 mai 1907, D. P. 1911.1.142, S. 1908.1.8). De même, l'usufruitier pourra se dispenser de fournir caution s'il constitue, au profit du nu-propriétaire et comme garantie de ses obligations éventuelles, une *hypothèque* sur des immeubles libres, l'hypothèque étant, *lato sensu*, une variété du *gage* permis par l'article 2041 (Civ., 3 février 1897, D. P. 97.1.601, note de M. Planiol, S. 97.1.137).

Dispenses de caution. — Précisément à cause de la difficulté pratique très grande qu'on éprouve le plus souvent à trouver une caution, les *dispenses* de cette obligation sont très fréquentes dans les donations ou testaments instituant un usufruit. Elles ont, bien entendu, pour effet d'interdire au nu-propriétaire d'exiger de l'usufruitier les garanties, qui, nous l'avons vu, peuvent tenir lieu de caution, lorsque la caution est exigible. Ainsi, le propriétaire ne pourra pas imposer la conversion des titres au porteur en titres nominatifs (Besançon, ch. réun., 6 février 1889, D. P. 90.2.92, S. 92.1.353, *ad notam*).

Cependant, il a été jugé que, si l'usufruitier dispensé de fournir caution vient à subir de graves revers portant atteinte à sa solvabilité, s'il tombe en faillite ou en déconfiture, ou s'il commet des abus dans la jouissance, il appartient aux tribunaux d'exiger qu'il donne caution, ou fournisse des garanties équivalentes. Cette solution est conforme à la volonté probable de l'auteur de la dispense. Elle se fonde sur un argument d'analogie tiré de l'article 1188, d'après lequel le débiteur encourt la déchéance du terme, s'il tombe en faillite ou, plus généralement, diminue par son fait les sûretés de son créancier (Civ., 7 décembre 1891 (motifs), D. P. 92.1.68. S. 92.1.353,

note de M. Wahl). D'ailleurs, dans le cas spécial où il y a abus de jouissance de l'usufruitier, l'article 618 permet au tribunal de faire cesser l'usufruit; à plus forte raison peut-il imposer des garanties.

A côté des dispenses *volontaires* ou contractuelles, résultant d'une clause de l'acte constitutif de l'usufruit, on en trouve de *légales* dans les deux cas suivants :

1° Nous avons indiqué précédemment la dispense de caution dont bénéficient les père et mère dans l'exercice de leur droit de *jouissance légale* (art. 601). Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse bien de l'usufruit *légal* des parents sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans. Par conséquent, si les parents sont usufruitiers en faveur d'un *testament*, ils doivent fournir caution, quand bien même le légataire, investi de la nue propriété par le même testament, serait leur enfant. De même, les père et mère ne sont pas dispensés de fournir caution pour l'usufruit partiel sur les biens dévolus aux collatéraux de l'autre ligne, que l'article 754 leur attribue après le prédécès de leur enfant.

2° Le *vendeur* et le *donateur*, qui ont vendu ou donné, en se *réservant l'usufruit*, sont pareillement dispensés de donner caution (art. 601 *in fine*). Cette dispense légale s'explique différemment pour le vendeur et pour le donateur. Si la réserve d'usufruit a été stipulée par un *donateur*, il est à présumer que celui-ci n'a pas entendu se soumettre à cette obligation gênante ; or, comme donateur, c'est lui qui a dicté la loi du contrat ; le donataire n'aurait pu discuter les conditions. S'il y a eu vente avec réserve d'usufruit, l'acheteur qui consent à n'acquérir que la nue propriété, n'avait qu'à faire réserver dans la vente une clause astreignant le vendeur à donner caution, à raison de l'usufruit qu'il retient. Si l'acheteur n'a pas imposé cette condition, c'est sans doute parce qu'il fait confiance à son vendeur dont, au reste, il connaît les habitudes et la manière de se comporter sur le bien acheté.

On remarquera que la loi ne prononce pas de dispense de caution, dans le cas inverse de vente d'usufruit avec réserve de la nue propriété. On en donne plusieurs raisons. La meilleure c'est que les ventes d'usufruit sont beaucoup plus rares que les ventes de nue propriété. Le législateur n'a pensé qu'à l'hypothèse dont la pratique lui fournissait des exemples.

§ 2. — Obligations de l'usufruitier pendant la durée de l'usufruit.

Nous ne reviendrons pas sur l'obligation qui s'impose à l'usufruitier de conformer sa jouissance à la destination et à l'aménagement du propriétaire.

Les diverses autres obligations que nous allons indiquer gravitent autour de cette idée, que l'usufruitier est astreint à conserver la chose dont il jouit et à la restituer dans sa substance, après en avoir joui comme le propriétaire, et en supportant les charges correspondant aux revenus. De là des règles minutieuses que notre Code a, en général, empruntées, par l'entre-

mise de nos anciens auteurs, à la jurisprudence romaine. Notons toutefois entre les deux législations une différence essentielle. A Rome, le caractère de droit réel imprimé à l'usufruit avait paru répugner à cette idée qu'il pût y avoir quelque lien d'obligation entre l'usufruitier et le propriétaire. Le préteur intervint donc et créa une *stipulation prétorienne*, correspondant aux obligations qu'il était nécessaire d'imposer à l'usufruitier. Celui-ci était tenu, avant d'entrer en jouissance, de s'engager, en répondant à la stipulation du propriétaire, à jouir de la chose en bon père de famille. Plus tard, l'usage de cette stipulation disparut, mais elle resta sous-entendue, l'usufruitier étant toujours tenu, envers le propriétaire, d'une obligation *personnelle*. Notre Droit a écarté cette subtilité. Les obligations que nous allons étudier sont imposées à l'usufruitier *par la loi*, et il en est tenu *propter rem*.

1° **Obligation de conserver la chose.** Assurances. — L'usufruitier est tenu de conserver la chose, bien mieux de *veiller* à sa conservation. L'article 614 applique cette règle en décidant que « si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même ». Ajoutons que, si, en principe, l'usufruitier, troublé dans la jouissance de la chose par un tiers, n'a qu'à prévenir le propriétaire, en s'effaçant devant lui, il a le droit de s'en prendre directement à l'auteur du trouble, car la loi, ainsi que nous le verrons, lui accorde les *actions possessoires*, comme à tout possesseur. Mais il n'y a là pour l'usufruitier qu'une simple faculté ; il n'encourrait aucune responsabilité s'il se bornait à prévenir le propriétaire en temps utile.

Toutefois, il y a certaines mesures que l'usufruitier est obligé d'accomplir en personne : ce sont les mesures *conservatoires* ; ainsi, il doit interrompre les prescriptions contre le nu-propriétaire. En effet, c'est là la fonction de l'occupant, et le nu-propriétaire, éloigné de l'objet à conserver, serait mal placé pour faire les actes de cette catégorie.

L'usufruitier, tenu de veiller à la conservation de la chose, n'est-il pas astreint par là-même à *assurer contre l'incendie* l'immeuble sur lequel porte son droit, ou à entretenir la police déjà souscrite par le propriétaire ? On ne l'admet pas cependant, par cette raison que l'assurance est un contrat de prévoyance tout personnel. C'est donc au nu-propriétaire à assurer lui-même la valeur de son droit de nue-propriété. Si l'usufruitier continuait ou passait un contrat d'assurance qui garantît la pleine propriété de l'immeuble, il ne pourrait, en cas de sinistre, réclamer à la compagnie que la part de la somme assurée représentant la valeur de son droit d'usufruit, en vertu du principe que l'assurance est un contrat d'indemnité, et ne doit jamais être pour l'assuré une cause de bénéfice. C'est pourquoi, dans la pratique, l'usufruitier conclut toujours un contrat d'assurance personnel, par lequel il assure, non pas la pleine pro-

priété, mais le capital que représente son usufruit. Le nu-propriétaire, de son côté, assure son droit de nue-propriété.

Il pourrait arriver cependant, en fait, que, soit le nu-propriétaire, soit l'usufruitier continuât le contrat passé antérieurement à la naissance du droit d'usufruit. Supposons que ce soit l'usufruitier, et que l'immeuble vienne à être détruit par un incendie ; nous avons dit que l'usufruitier n'aura droit qu'à la valeur de son usufruit et non au capital assuré tout entier. Mais le nu-propriétaire n'aura-t-il pas alors le droit de réclamer le surplus, en invoquant que l'usufruitier a, dans cette mesure, géré son affaire? L'affirmative nous paraît certaine (V. pourtant, Pau, 7 mars 1884, *Rec. pér. des assur.*, 1884, p. 185. Cf, Civ., 9 novembre 1887, D. P. 88.1.177, S. 89.1.273).

2° Obligation d'entretien. — L'usufruitier doit maintenir la chose dans l'état où il l'a reçue. De là la disposition de l'article 605 : « L'usufruitier n'est tenu qu'aux *réparations d'entretien. — Les grosses réparations* demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu. »

Reste à savoir quelles sont les réparations qui entrent dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories. La loi n'établit pas de critérium. Elle procède par énumération. Elle nous dit dans l'article 606 : « Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ; — Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture, aussi en entier ; — Toutes les autres réparations sont d'entretien. » Les *gros murs* ce sont les murs d'enceinte du bâtiment et même les murs intérieurs qui s'élèvent à la même hauteur que les murs d'enceinte, et sur lesquels s'appuient les poutres et les cheminées. On aura remarqué que certaines portions du bâtiment, comme les gros murs, donnent certainement lieu à une grosse réparation dès qu'il y a la moindre réfection à effectuer. Pour d'autres parties au contraire, la réfection ne constitue une grosse réparation que lorsqu'il y a lieu de la faire *en entier*. C'est le cas pour les digues, murs de soutènement et de clôture, et aussi pour les *couvertures*. Pour ce qui est des *poutres*, toute réparation les affectant est considérée comme grosse. On aurait pu en douter à cause de la rédaction amphibologique de l'article 606 (poutres et couvertures entières) dans laquelle l'épithède d'*entières* semble porter à la fois sur les poutres et les couvertures. Mais le sens du texte apparaît clairement lorsqu'on le rapproche de l'article de la Coutume de Paris qu'il reproduit, et qui, avec plus de précision, disait : *poutres et entières couvertures.*

La règle des articles 605-606 donne lieu à plusieurs observations :

A. — La loi ne vise que les réparations de bâtiments. Or, un usufruit peut porter sur beaucoup d'autres objets susceptibles de réparations, tels qu'*usines*, *navires*, etc... Lesquelles des réparations faites à ces objets seront à la charge de l'usufruitier, comme se référant à l'entretien, lesquelles à la charge du propriétaire? Ce sera aux tribunaux à le décider en s'inspi-

rant, faute de texte positif, de l'esprit de la loi. Ils chercheront quelles réparations se font en général sur les revenus, lesquelles affectent ordinairement le capital : ils mettront les premières à la charge de l'usufruitier, les dernières à celle du propriétaire. Ainsi il a été jugé que, dans un théâtre, la réparation des *dessous* est une grosse réparation (Req., 7 novembre 1865, D. P. 66.1.262, S. 66.1.41).

B. — L'article 605, pour les deux catégories de réparations qu'il envisage, emploie intentionnellement des expressions toutes différentes. Pour les réparations d'entretien, il dit que l'usufruitier *en est tenu ;* pour les grosses réparations, il dit qu'*elles restent à la charge* du propriétaire.

a) L'usufruitier *est tenu* des *réparations d'entretien.* En effet, c'est une charge de la jouissance. Mais il faut préciser la portée de cette expression. Ceux qui imposent à l'usufruitier, à l'instar du Droit romain, une obligation personnelle envers le propriétaire, accorderont à celui-ci le droit de contraindre l'usufruitier, par les voies de droit, à effectuer ces réparations. Nous ne croyons pas que cette solution soit exacte. D'abord, elle paraît peu pratique, car elle impliquerait pour le nu-propriétaire un droit de surveillance et d'intrusion chez l'usufruitier qui est inadmissible. De plus, l'usufruitier n'est tenu, avons-nous dit, que *propter rem*, et son obligation d'entretenir est le corollaire de son obligation de restituer. Le moment où la question se posera et où sa responsabilité se trouvera en jeu, c'est le moment de l'expiration de l'usufruit. C'est alors que l'usufruitier sera passible de dommages-intérêts si, faute d'entretien, il ne restitue pas la chose dans l'état où il l'avait prise. L'usufruitier aurait même un moyen de décliner d'avance toute responsabilité, s'il jugeait les réparations d'entretien trop onéreuses : ce serait de renoncer à la jouissance de la chose, c'est-à-dire de cesser d'en recueillir les fruits et de les remettre au propriétaire, à partir du moment où ces réparations seraient devenues nécessaires (Voir, toutefois, la possibilité d'une demande en déchéance pour abus de jouissance contre l'usufruitier négligent, *infrâ*, p. 825).

b) Les *grosses réparations restent à la charge* du propriétaire. Cela signifie que le propriétaire ne peut jamais être contraint de les effectuer. Son rôle est tout passif ; il doit souffrir que l'usufruitier jouisse de la chose, mais il n'a rien à faire pour lui procurer cette jouissance. *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur.* Vainement a-t-on prétendu que l'article 607, aux termes duquel « ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de *rétablir* ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit », démontrerait, *a contrario*, que, lorsqu'il ne s'agit pas *de rétablir* entièrement, mais de *réparer*, le nu-propriétaire, comme l'usufruitier, peut être *tenu*. La vérité, c'est que l'article 607 n'est qu'une application de la règle, et signifie que, lorsqu'il y a grosse réparation, on ne peut y contraindre ni le propriétaire, ni l'usufruitier. Du reste, l'équité est conforme à l'interprétation courante donnée à la phrase de l'article 605. L'obligation de faire les grosses réparations créerait au nu-propriétaire des charges excessives et injustes, et le placerait dans la nécessité de prendre sur ses capitaux, pour exécuter des travaux qui ne lui profiteront

peut-être jamais (Req., 10 décembre 1900, D. P. 1901.1.209 note de M. Guénée, S. 1904.1.36).

Mais supposons que l'usufruitier, pour continuer à jouir de la chose, ait fait, à ses frais, les grosses réparations. Peut il se retourner contre le nu-propriétaire pour se faire rembourser par lui ? Cela est impossible à admettre, car ce serait donner à l'usufruitier un moyen indirect de contraindre le nu-propriétaire à exécuter les grosses réparations. D'après une autre opinion, l'usufruitier pourrait se faire rembourser le capital de ses avances à la fin de l'usufruit ; il en supporterait donc les intérêts, ce qui est conforme à la solution écrite dans l'article 609 pour les dettes que l'usufruitier est tenu, comme tel, d'acquitter. Mais nous croyons qu'il est impossible d'assimiler les deux hypothèses. Dans celle de l'article 609, l'usufruitier a été *contraint* de payer au créancier ; au contraire, lorsqu'il fait l'avance des frais de grosses réparations, il se livre à une dépense à laquelle il n'était pas forcé. La vraie solution, celle qu'admet la Jurisprudence, c'est que l'usufruitier, à la fin de l'usufruit, pourra se faire rembourser par le propriétaire, non la totalité de sa dépense, mais la *plus-value* qu'il a donnée à l'immeuble, s'il y en a une. C'est une application de cette règle générale que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (Toulouse, 23 mai 1881, D. P. 82.2.178, S. 81.2.141 ; Civ., 17 juillet 1911, D. P. 1911.1.457, S. 1913.1.92).

C. — On peut s'étonner que la loi ait laissé à la charge du nu-propriétaire des dépenses peut-être fort lourdes, alors que la jouissance de la chose lui est enlevée. Et, d'autre part, la solution qui consiste en ce que personne, ni propriétaire ni usufruitier, ne peut être contraint à faire aussitôt des dépenses cependant indispensables à la conservation de la chose, ne paraît pas, économiquement, très satisfaisante. En bonne administration, les dépenses soi-disant extraordinaires, telles que les grosses réparations, dépenses normales en réalité, devraient être effectuées, non sur le capital, mais sur les économies de revenus. Si l'usufruitier est obligé de jouir en bon père de famille, pourquoi ne pas lui prescrire de réserver, chaque année, sur les revenus, une somme destinée à la constitution d'un *fonds d'amortissement*, lequel, précisément, subviendrait aux dépenses extraordinaires causées par la vétusté, et reconstituerait le capital au fur et à mesure de son dépérissement inévitable ? Si le législateur n'a pas adopté ce système, tout rationnel cependant, c'est sans doute en vertu de cette consi dération traditionnelle que les usufruits constituent, en général, une ressource alimentaire, et que, dès lors, il importe de grever le moins possible le budget de l'usufruitier.

3° Obligation de supporter les charges usufructuaires. — Plusieurs cas sont réglés par la loi :

A. — *Charges en général.* — L'usufruitier doit supporter les charges qui correspondent à la jouissance, c'est-à-dire celles qu'il est normal, habituel, d'acquitter sur les revenus. Le Code reproduit ici en substance la distinction que faisaient nos anciens auteurs, entre les charges dites *ordinaires* et les charges *extraordinaires*.

a) Charges ordinaires. — « L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charges de fruits. » (Art. 608). Outre les impôts, les charges ordinaires seront, par exemple, s'il s'agit d'immeubles, le curage des fossés et des rivières, les frais de garde et d'entretien des haies, l'élagage et les soins des arbres, etc... On comprend que l'usufruitier doive supporter de telles dépenses, car un bon père de famille les prend sur ses revenus ; autrement, il marcherait à la ruine et altérerait la *substance* de son bien.

b) Charges extraordinaires. — Comme exemple, on cite traditionnellement les contributions de guerre, les emprunts forcés. Ces charges grèvent forcément le capital et n'atteignent le revenu qu'indirectement, par la diminution du capital qui le produit. L'article 609 organise donc, entre le propriétaire et l'usufruitier, une véritable contribution aux dépenses de cette nature. Deux partis sont offerts à leur option : « Le propriétaire est obligé de les payer (les charges extraordinaires) et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. — Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit ». Cette contribution est très juste ; si personne ne consentait à faire l'avance de la somme nécessaire pour subvenir à ces charges, le créancier saisirait le capital jusqu'à due concurrence ; le surplus seul resterait au propriétaire, l'usufruitier perdrait le revenu de la part de capital réalisée au profit du saisissant. La règle de l'article 609 épargne à chacun les frais et la dépréciation inévitable résultant d'une réalisation forcée.

Nous voyons une application de la distinction qui précède dans cette règle que l'usufruitier d'un immeuble grevé d'hypothèque doit supporter le service des intérêts à payer au créancier hypothécaire. Il y a là une charge *ordinaire* qui doit être acquittée sur les revenus.

Nous en dirons autant de l'usufruitier d'une fortune tout entière, ou d'une quote-part de cette fortune, lorsqu'elle est grevée d'une pension alimentaire ou d'une rente viagère à servir à un tiers. C'est l'usufruitier qui devra supporter entièrement cette charge (art. 610).

Une application pratique de la même distinction a été faite par la Jurisprudence, en matière de *prêts remboursables par voie d'amortissement*. On supposera, par exemple, que le propriétaire avait, avant l'ouverture de l'usufruit, emprunté une somme d'argent au Crédit Foncier remboursable par voie d'amortissement en cinquante annuités, et qu'il avait hypothéqué un de ses immeubles en garantie. Dans les opérations de ce genre, chaque annuité comprend à la fois les intérêts du capital et une fraction de ce capital lui-même, laquelle va chaque année en grandissant, à mesure que diminuent les intérêts par l'abaissement du capital. On se demande si l'usufruitier doit payer la totalité des annuités correspondant à la durée de l'usufruit, ou s'il ne doit supporter que la partie des annuités représentant les intérêts. La Jurisprudence a adopté la seconde solution (Civ., 20 juillet 1897, D. P. 99.1.17, note de M. de Lanzac de Laborie, S. 99.1.78). C'est là une application des articles 608 et 609, la part des annuités qui

correspond aux intérêts représentant une charge ordinaire, et la part correspondant au capital une charge extraordinaire. On a reproché à cette solution de rendre presque impossible, pour le nu-propriétaire, le remboursement des annuités. Car au moment du prêt, a-t-on dit, il avait certainement compté sur les revenus de l'immeuble pour en acquitter l'annuité tout entière. Ces critiques paraissent peu fondées. Si l'usufruitier supportait toute l'annuité, lorsqu'arriverait la fin de l'usufruit, le nu-propriétaire se trouverait enrichi, et l'usufruitier aurait été privé de la plus grande part des revenus de l'immeuble, sinon même de tous. Ce qui caractérise le prêt amortissable, c'est la faculté de rembourser le capital par fractions successives très faibles. Or, cet avantage subsiste bien pour le nu-propriétaire, même s'il est astreint, chaque année, à payer la portion des annuités correspondant à ce remboursement. Supposons qu'il se soit agi d'un prêt hypothécaire ordinaire. Il est bien certain que le nu-propriétaire aurait dû, à l'échéance, payer le capital en totalité. Pourquoi le dispenser de cette obligation, lorsqu'il s'agit d'un prêt remboursable par voie d'amortissement, et mettre à la charge de l'usufruitier le paiement d'un capital qui a été naguère reçu et absorbé par le nu-propriétaire ?

De même, c'est dans la règle de l'article 609 que l'on doit trouver la solution de la question de savoir si l'usufruitier de titres de bourse *non entièrement libérés* est tenu d'effectuer les versements de capital requis, en cas d'appel de fonds. Nous croyons qu'il faut répondre négativement. Une telle charge est *extraordinaire* ; elle incombe au nu-propriétaire. Il est vrai que si, pour éviter les déchéances auxquelles le nu-propriétaire s'exposerait en négligeant de faire le versement exigé, l'usufruitier a fait l'avance de la somme, il aura le droit, à l'expiration de l'usufruit, de se faire rembourser cette somme sans intérêts par le nu-propriétaire des titres.

B. — *Dettes portant sur les biens grevés d'usufruit.* — En principe, l'usufruitier n'est pas tenu de payer les dettes qu'avait le nu-propriétaire lors de l'ouverture de l'usufruit. En effet, l'acte créateur de l'usufruit est opposable aux créanciers du nu-propriétaire, comme le serait toute aliénation d'un bien de celui-ci. Les créanciers ne peuvent poursuivre leur débiteur que sur ce qui lui reste de son patrimoine ; notamment, ils pourraient saisir la nue propriété des biens soumis à usufruit. Toutefois, il y a exception et l'usufruitier peut être tenu de payer dans deux cas.

a) L'usufruitier à *titre particulier d'un immeuble hypothéqué* peut être contraint de payer le capital de la dette arrivée à échéance, en qualité de *tiers détenteur*. Mais, si le cas se produit, l'usufruitier aura, encore comme tout tiers détenteur, le droit de se retourner contre le débiteur, c'est-à-dire, ici, contre le nu-propriétaire, pour se faire rembourser (V. art. 611).

b) Des dettes sont encore mises à la charge de l'usufruitier, non plus d'une manière provisoire, comme dans le cas précédent, mais d'une façon définitive, lorsque l'usufruit est *universel* ou à *titre universel*, c'est-à-dire porte, non pas sur tel ou tel bien particulier, mais sur la totalité ou sur une

quote-part (le tiers, le quart, la moitié) d'une fortune tout entière. Le cas se rencontre assez fréquemment, soit que l'usufruit ait été créé par un *testament*, soit qu'il s'agisse d'un usufruit légal établi par la loi, à titre de droit de *succession*, par exemple, au profit du conjoint survivant (art. 767). Lorsqu'il en est ainsi, c'est une fraction du *patrimoine* que détient l'usufruitier; or, les dettes sont la charge du patrimoine. L'article 612 édicte donc ici, pour faire contribuer équitablement l'usufruitier au passif, une combinaison qui est, en somme, la reproduction, à peu de chose près, de celle de l'article 609. « On estime la valeur du fonds (disons de la quote-part) sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. — Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. — Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit. » De la sorte, comme en vertu de l'article 609, le propriétaire contribue aux dettes pour le capital, et l'usufruitier pour les intérêts. On remarquera que, d'après l'article 612, pour fixer la répartition des dettes entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, il faut estimer le fonds. Cela n'est pas toujours exact. En effet, cette estimation n'est nécessaire qu'autant que la part des biens grevés d'usufruit n'est pas connue à l'avance : par exemple, le défunt a légué l'usufruit de tous ses immeubles. Il faut voir alors quelle quote-part du patrimoine représentent les immeubles. Si, au contraire, l'usufruit portait sur une quote-part bien nette, comme le quart, la moitié de la succession, aucune estimation ne serait nécessaire ; on sait *à priori* que l'usufruitier doit supporter l'intérêt du quart ou de la moitié du passif.

C. — *Frais des procès.* — C'est encore la même idée qui domine la question de savoir à qui incombent les frais des procès intéressant les biens soumis à usufruit. Nous distinguerons trois hypothèses.

a) Il se peut que le procès n'intéresse que la jouissance. C'est, par exemple, une contestation avec un fermier. Alors, l'article 613 nous dit que les frais sont entièrement à la charge de l'usufruitier.

b) Le procès peut, à l'inverse, concerner la nue-propriété seule. Par exemple, il y a eu deux legs faits en même temps, un legs de nue propriété et un legs d'usufruit, et l'héritier ne conteste que le legs de nue propriété. Dans ce cas, c'est évidemment au nu-propriétaire à subvenir aux dépenses de ce procès.

c) Il se peut enfin que le legs intéresse à la fois la propriété et la jouissance, c'est, par exemple, une instance en revendication exercée par un tiers. L'usufruitier pourra, d'abord, n'avoir pas à contribuer du tout aux frais. C'est ce qui se produira si l'usufruit a été constitué à son profit par un acte obligeant le constituant à le garantir contre toute éviction, ce qui sera le cas, par exemple, si l'usufruit était compris dans une constitution de dot Mais, dans les autres hypothèses, nous appliquerons une répartition conforme aux articles 609 et 612 ; l'usufruitier contribuera pour les intérêts

des sommes dépensées dans le procès ; c'est le nu-propriétaire qui supportera la dépense en capital.

4° Sanction de ces diverses obligations. Déchéance pour abus de jouissance. — En principe, c'est à l'expiration de l'usufruit que la sanction des obligations incombant à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance se trouvera encourue sous forme de dommages intérêts. C'est alors seulement que, faute de restitution de la chose en bon état de conservation et d'entretien, on pourra constater que l'usufruitier n'a pas joui de cette chose en bon père de famille, *salva rerum substantia*. Cependant, on comprend sans peine qu'attendre ce moment pour prendre des mesures de défense serait souvent très imprudent. Aussi, l'article 618 autorise-t-il une sanction immédiate, laissée à la discrétion du juge, à savoir la *déchéance* de l'usufruitier. « L'usufruit peut *cesser* par l'*abus* que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien... » Ces exemples d'*abus de jouissance* ne sont d'ailleurs pas limitatifs, et la déchéance pourrait, d'une manière générale, être prononcée contre l'usufruitier, toutes les fois qu'il ne se conduit pas en bon père de famille, par exemple, lorsqu'il fait des perceptions de fruits désordonnées, en avançant les coupes de bois, en vendant les récoltes sur pied, etc..., ou encore, lorsqu'il modifie la destination de la chose et ne respecte pas l'aménagement du propriétaire.

Nous avons dit que la sanction est laissée à la discrétion des juges. En effet, l'article 618, al. 3, ajoute que « les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit », ce qui entraînera la restitution de la chose au propriétaire, « ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants-cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser ». Le tribunal pourrait encore, nous l'avons vu, prendre un autre parti, qui serait de contraindre l'usufruitier à fournir au propriétaire des garanties, telles que la conversion des titres au porteur en titres nominatifs, le dépôt du numéraire, etc..., et cela, quand bien même l'usufruitier aurait été dispensé de fournir caution par le titre constitutif de l'usufruit. Ajoutons que le juge n'a pas seulement à tenir compte, en même temps que des intérêts du propriétaire, des raisons d'humanité qui peuvent l'engager à ne pas priver l'usufruitier de toute ressource ; il peut avoir aussi à prendre en considération l'intérêt légitime des créanciers de l'usufruitier, dont le droit qu'on lui demande d'éteindre constitue le gage peut-être unique. C'est pour cela que l'article 618, al. 2, nous dit : « Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir. »

Organisée comme on vient de le voir, la déchéance judiciaire de l'usufruit pour abus de jouissance est, dans le Code civil, une tradition de notre Droit coutumier, qui prononçait la déchéance du douaire contre les veuves

coupables de certaines infractions, et dont le législateur de 1804 s'est approprié en partie les dispositions.

Mais quels sont le caractère et le fondement de cette déchéance ? Deux opinions sont en présence.

Les auteurs qui attribuent aux devoirs de l'usufruitier le caractère d'obligations personnelles envers le nu-propriétaire ne sont pas embarrassés. La règle de l'article 618 leur apparaît comme étant l'une des applications du principe formulé par l'article 1184, en vertu duquel la résolution d'un contrat peut être demandée par le créancier, lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations.

Nous croyons qu'une telle explication n'est admissible que dans le cas, assez rare, où l'usufruit résulte d'une convention passée entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Dans les hypothèses beaucoup plus fréquentes où l'usufruit résulte d'un testament ou de la loi, la règle de l'article 1184 n'a rien à voir. D'ailleurs, nous savons qu'il n'y a pas d'obligation personnelle de l'usufruitier envers le propriétaire, comme en Droit romain, car, chez nous, l'usufruitier n'est tenu que *propter rem*. La déchéance de l'article 618 est donc, à notre avis, non pas la résolution du droit de l'usufruitier, mais une *pénalité civile*.

Voici l'intérêt de la question. Supposons que l'usufruitier, usant de la faculté que lui confère l'article 2118, ait hypothéqué son usufruit, puis qu'il commette des abus et encoure la déchéance de l'article 618. Si on devait considérer son droit comme résolu, cette résolution emporterait, en même temps que l'extinction de l'usufruit, celle de l'hypothèque à laquelle il servait d'assiette ; *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (V. art. 2125). Au contraire, si la déchéance offre un caractère pénal, comme les peines sont personnelles à l'auteur de la faute, l'hypothèque subsistera au bénéfice des créanciers hypothécaires et nonobstant la déchéance prononcée contre leur débiteur (V. en ce sens, Bruxelles, 7 août 1883, *Journ. des Trib. belges*, 1883, p. 618).

Nous avons dit que, des deux systèmes, c'est le second qui nous paraît préférable. Outre qu'il conduit, nous venons de le voir, à des résultats plus équitables dans l'intérêt des tiers, il est conforme aux indications de l'histoire. Dans l'ancien Droit, la déchéance de son usufruit était prononcée contre la douairière, dans plusieurs autre cas où le caractère pénal de la sanction ne pouvait pas faire doute, par exemple, lorsque la douairière convolait en secondes noces, ou menait une vie irrégulière. De plus, comment expliquer, si l'on n'admet pas le caractère pénal de la sanction, la faculté accordée au juge de la *doser* suivant *la gravité des circonstances* ? Comment expliquer que la loi ne dise rien des questions diverses, auxquelles devra donner lieu la résolution du droit de l'usufruitier, si résolution il y a, par exemple, de la restitution des fruits antérieurement perçus, restitution à laquelle, logiquement, l'usufruitier devrait être condamné ?

§ 3. — Obligations de l'usufruitier à l'expiration de l'usufruit.

Restitution des choses soumises à l'usufruit. — L'obligation essentielle de l'usufruitier, à l'expiration de l'usufruit, est de restituer la chose. Il faut ajouter qu'à ce moment, il doit exécuter les obligations qu'il a contractées au cours de l'usufruit, par exemple, en détériorant la chose ou en faisant des perceptions de fruits auxquelles il n'avait pas droit. Quant à la restitution, elle s'opère dans des conditions différentes, suivant que l'usufruit a porté sur des choses soumises à la *restitution en nature*, sur des *choses consomptibles*, ou sur des choses qui se *détériorent par l'usage*.

1° Les choses sont-elles *restituables en nature*, l'usufruitier est, en même temps, *détenteur de la chose d'autrui* et *débiteur* de la restitution. Le propriétaire aura donc contre lui et l'action *en revendication*, et l'action *personnelle* qu'il possède contre tout détenteur précaire à qui il a, lui ou ses auteurs, remis la chose, action qui diffère de l'action en revendication en ce qu'elle nécessite seulement la preuve de la remise de la chose et non celle du droit de propriété, preuve parfois assez difficultueuse, comme on le verra bientôt. L'usufruitier est débiteur d'un *corps certain*, qu'il doit remettre dans l'état où il se trouvait lors de l'ouverture de l'usufruit. Cet état est déterminé par l'*inventaire* ou l'*état* qui a été dressé à l'entrée en jouissance. Ajoutons que, par application des principes généraux (art. 1302), l'usufruitier sera libéré par la perte de la chose survenue par *cas fortuit*, par exemple, par un incendie qui ne serait pas imputable à sa négligence ; mais c'est à lui, s'il veut éviter une condamnation, à faire, en cas de procès, la preuve du cas fortuit qui aurait, prétend-il, détruit ou détérioré la chose (Req., 4 juillet 1887, D. P. 87.1.321, S. 87.1.465, note de M. Chavegrin). Cette preuve faite, il est libéré.

L'article 615 consacre une conséquence de cette règle, pour le cas de décès fortuit d'un animal sujet à restitution, et l'article 616, al. 1, porte pareillement qu'au cas de perte d'un *troupeau* par accident ou par maladie, l'usufruitier est quitte envers le propriétaire, en lui restituant tout ce qui reste de cette entité, c'est-à-dire les peaux des animaux morts ou leur valeur.

2° Lorsque l'usufruit porte sur des choses *consomptibles*, nous avons vu que l'usufruitier (qu'il faudrait plutôt appeler ici quasi-usufruitier) n'est plus redevable d'un corps certain, mais débiteur de l'équivalent ou de la valeur des choses par lui reçues. Les risques sont donc à sa charge et il n'est pas libéré par le cas fortuit.

L'article 587 décide, on s'en souvient, que le quasi-usufruitier doit restituer « des choses de pareilles quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit ». Y a-t-il là une option ? En ce cas, à qui appartient-elle ? Et quand il y a lieu à estimation, à quel moment faut-il se placer pour la faire, *au début* ou *à la fin* de l'usufruit ? On remarquera que l'article 587 ne tranche pas même cette dernière question, car il y a (non sans intention sans doute) une *virgule* entre les mots : « leur estimation » et « à la fin de l'usufruit ». Plusieurs systèmes ont été proposés sur ces divers points.

Nous nous contenterons d'indiquer le plus plausible. Il consiste à dire qu'il n'y a pas d'option facultative pour l'usufruitier. Il faut distinguer suivant que les choses consomptibles ont été reçues par lui avec ou sans estimation. S'il n'y a pas eu d'estimation, la restitution doit se faire par équivalent ; elle doit porter sur des choses semblables. C'est au cas où il y a eu estimation, soit dans l'acte constitutif de l'usufruit, soit dans un acte postérieur, que l'usufruitier doit être tenu, conformément à la volonté présumable des parties, de restituer le montant de cette estimation.

3° Lorsqu'il s'agit de choses qui se détériorent par l'usage, telles que le linge ou les meubles meublants, nous avons vu que l'usufruitier est libéré en les restituant, *dans l'état où elles se trouvent* (art. 589). Mais, dans le cas où il ne pourrait pas les représenter, l'usufruitier devrait restituer la valeur qu'avaient ces objets *au début de l'usufruit*. Toutefois il faut admettre ici encore qu'il serait libéré, s'il prouvait que le défaut de représentation de ces objets provient d'un cas fortuit, et ne peut, dès lors, être imputé à sa négligence.

Des améliorations de la chose faites par l'usufruitier. — L'usufruitier restituant la chose a-t-il droit à une indemnité pour les *améliorations* qu'il aurait faites à ses frais, à supposer qu'elles en aient augmenté la valeur ? L'équité semblerait l'exiger. Cependant, le Code en dispose autrement dans l'article 599, al. 2 : « ... L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. »

Comment peut-on expliquer une solution aussi rigoureuse, qui offre, en outre, l'inconvénient économique de détourner l'usufruitier d'apporter au bien dont il jouit aucune amélioration ? Nos anciens auteurs, auxquels le Code a emprunté la règle, en donnaient plusieurs raisons (V. Pothier, *du Douaire*, n° 276 ; cf. Locré, t. VIII, p. 250 et 289). D'abord, la difficulté pratique qu'il y aurait à calculer la plus-value. C'est une mauvaise raison, car en admettant que l'usufruitier dût éprouver quelque difficulté à établir son droit, cela ne justifie pas qu'on ait sacrifié ce droit. Une raison plus plausible, c'est qu'il ne saurait dépendre de l'usufruitier, qui a voulu augmenter l'agrément ou la productivité de son usufruit, d'imposer au propriétaire une dépense, dont celui-ci ne veut peut-être pas et qu'il pourrait être embarrassé de solder. Une amélioration ne s'impose jamais. L'usufruitier aurait pu, sans cela, jouir de la chose. Et ainsi s'explique la différence à faire entre les frais d'*amélioration* et ceux de *grosse réparation*, lesquels, nous l'avons vu, lorsqu'ils ont été avancés par l'usufruitier, doivent lui être remboursés par le propriétaire jusqu'à concurrence de la plus-value. C'est que, sans ces réparations, il eût été impossible à l'usufruitier d'exercer son droit. Et cette explication justifie à merveille une décision de la Cour de cassation, aux termes de laquelle la reconstitution d'un vignoble détruit par le phylloxéra doit être traitée comme une grosse réparation et donner lieu, par conséquent, au remboursement de la plus-value (Civ., 17 juillet 1911, D. P. 1911.1,457, S. 1913.1.92).

L'article 599, al. 3, apporte à la règle une exception qui n'en est pas une en réalité. Il nous dit en effet que l'usufruitier « ... peut cependant, ou ses héritiers, *enlever les glaces, tableaux et ornements* qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ». Cette solution allait sans dire. Les glaces et les tableaux ne sont pas des *améliorations de l'immeuble*. Pour qu'ils offrissent ce caractère, il faudrait qu'ils eussent été incorporés à l'immeuble à perpétuelle demeure, en un mot immobilisés. Mais nous avons vu que cette faculté d'immobilisation n'appartient qu'au propriétaire.

Ajoutons que si, d'autre part, les biens avaient subi quelque détérioration, il serait juste de tenir compte, à titre de *compensation*, de la plus-value produite par les améliorations. C'est ce que décidaient nos anciens auteurs (Pothier, *du Douaire*, n° 277), et on s'accorde à maintenir ce tempérament.

On verra, en revanche que la Jurisprudence accentue encore l'injustice de la règle formulée par l'article 599 pour les améliorations, en l'étendant aux *constructions* et *plantations* élevées par l'usufruitier. Nous reviendrons sur ce point en analysant l'article 555.

APPENDICE

Droits d'usage et d'habitation.

Les droits d'usage et d'habitation sont deux *diminutifs* de l'usufruit ; le droit d'habitation n'étant d'ailleurs qu'une variété du droit d'usage. Mais, avant d'en faire l'analyse, une observation préliminaire est indispensable. C'est que le *droit d'usage* peut constituer, soit une variété d'usufruit (une servitude personnelle, pour employer l'ancien qualificatif), soit une servitude réelle. C'est une variété d'usufruit, lorsqu'il est établi dans l'intérêt d'une personne déterminée : exemple, je lègue à Paul l'usage de mes propriétés. C'est une servitude réelle, lorsqu'il est établi pour l'avantage et l'utilité d'un fonds, auquel cas il s'agit toujours d'un usage limité : par exemple, au fonds A est attaché le droit de prendre du sable, ou du bois mort, ou des pierres sur le fonds B, ou d'y faire paître les troupeaux après la récolte, etc...

La loi, dans les articles 625 à 635 consacrés à l'*usage* et à l'*habitation*, ne s'occupe que de l'usage, variété de l'usufruit. L'usage envisagé comme servitude réelle, est soumis aux règles genérales touchant les servitudes.

Ajoutons que l'usage des bois et forêts est réglé par le Code forestier (V. art. 636, C. civ.).

En quoi consistent les droits d'usage et d'habitation. — Les Romains ont commencé par concevoir le droit d'usage de la manière la plus stricte. Nous avons vu que la propriété comprenait trois éléments : *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi*. Le droit d'usage, c'était un démembrement de la propriété, comprenant, en tout, le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit d'employer la chose, mais sans en percevoir le moindre fruit. Ainsi, l'usager d'un

fonds pouvait s'y promener, y chasser, mais non y faire des récoltes ; l'usager d'un troupeau pouvait lui faire fumer ses terres, mais non en tirer le croît, le lait, ni la laine ; l'usager d'un esclave pouvait le faire travailler pour lui, mais non louer ses services à un tiers.

Cette conception étroite est encore à peu près celle que nous avons du *droit d'habitation*. En effet, le titulaire de ce droit n'a que la faculté d'habiter avec sa famille la maison sur laquelle il porte, quand bien même, ajoute, il est vrai, l'article 632, il n'aurait pas été marié à l'époque où le droit lui aurait été concédé. « Le droit d'habitation, porte l'article 633, se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui il a été concédé et de sa famille. » Si donc la maison comporte plusieurs appartements, ou même plus de pièces qu'il n'en faut à l'habitant, celui-ci n'a pas le droit de l'habiter tout entière.

Au contraire, le *droit d'usage* en général, est devenu plus large. Les Romains eux-mêmes avaient fini par admettre, par interprétation de la volonté probable de celui qui l'avait institué, que le légataire d'un droit d'usage sur un fonds aurait le droit d'en percevoir les fruits pour ses besoins courants, *ad usum quotidianum*. Dans notre Droit, l'usage apparaît avec une double caractéristique. D'une part il ne comporte pas pour son titulaire le *jus utendi* sans réserve, mais seulement le droit d'user de la chose, *dans la limite de ses besoins* (V. Grenoble, 11 mai 1897, D. P. 98.2.428). Mais d'autre part, l'usage n'est pas limité au service de la chose ; il comporte le *jus fruendi*, le droit de percevoir une certaine portion de fruits, toujours dans la mesure des besoins de l'usager. C'est ce qu'exprime l'article 630 : « Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille » (la famille s'entend des parents habitant avec l'usager et de ses domestiques). « Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage. » En somme, le droit d'usage est un *usufruit limité, tarifé*. Quand la limitation n'en est pas indiquée par le titre constitutif, elle l'est par la loi, d'*après les besoins* de l'usager et de sa famille (art. 628, 629).

Particularités des droits d'usage et d'habitation. — En principe ces droits sont soumis au même régime que l'usufruit. Ils s'établissent et se perdent de la même manière, nous dit l'article 625, ce qui n'est d'ailleurs pas tout à fait exact, car il y a une source de l'usufruit, la loi, qu'on ne retrouve pas en notre matière ; et il n'y a pas de droit légal d'usage ni d'habitation.

De même, l'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille (art. 627) ; ils sont soumis à l'obligation de la caution et de l'inventaire (art. 626). Ils sont tenus aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au paiement des contributions, en totalité, lorsqu'ils absorbent la totalité des fruits ou occupent toute la maison, au prorata de ce dont ils jouissent, s'ils n'absorbent qu'une partie des fruits, ou n'habitent qu'une partie de la maison (art. 635). Toutefois, il faut signaler ici plusieurs parti-

cularités tenant, en général, au caractère *alimentaire* de ces droits. Parmi ces particularités, constituant des différences avec le régime de l'usufruit, les unes sont certaines, les autres sont controversées.

1° On peut se demander d'abord si l'usager a le droit, comme l'usufruitier, de se faire mettre en possession de la chose dont il jouit, ou s'il n'a pas seulement celui de réclamer du propriétaire le versement périodique de la part des fruits qui lui est allouée? Ce deuxième système, abstraction faite du cas où il s'agit d'un droit d'habitation, lequel implique certainement la possession matérielle, pourrait s'appuyer sur les expressions employées par l'article 630, où nous lisons que l'usager a le droit d'*exiger* une certaine portion de fruits. Certains auteurs estiment qu'il faut distinguer : l'usager aurait droit à se faire mettre en possession du fonds et à en percevoir lui-même les fruits, lorsqu'il absorbe ceux-ci en entier pour ses besoins et ceux de sa famille ; il ne pourrait que se faire verser sa part de fruits par le propriétaire, lorsqu'il n'en absorbe qu'une fraction.

Il nous semble qu'en principe, l'usager a droit à la possession et à l'exploitation directe du fonds sur lequel porte son droit. Autrement, on ne comprendrait pas que la loi l'astreignît aux obligations de l'inventaire et de la fourniture de caution. Si donc il y a un reliquat de fruits, une fois ses besoins et ceux de sa famille satisfaits, c'est lui qui aura à les verser au nu-propriétaire ou à l'usufruitier (car on peut concevoir sur un même fonds la superposition d'un droit d'usage et d'un usufruit).

2° La destination alimentaire du droit d'usage doit-elle nous conduire à admettre cette autre particularité, que l'usager aurait droit à prélever la portion des fruits qui lui est nécessaire pour ses besoins, sur le *produit net* de la chose, c'est-à-dire défalcation faite des frais de culture et d'entretien ? On l'a jadis soutenu, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Elle n'est pas conciliable en effet avec la règle de l'article 635, qui astreint l'usager à contribuer aux dépenses usufructuaires et, parfois même, à les supporter totalement. Donc, la part des fruits lui revenant sera prélevée sur le *produit brut* (V. Req., 26 avril 1900, D. P. 1901.1.268, S. 1901.327, note de M. Ferron).

3° On décide, en général, que la règle écrite pour l'usufruit par l'article 619, à savoir, qu'il s'éteint au bout de trente années, lorsqu'il est constitué au profit de personnes morales, ne s'applique pas au droit d'usage. Une personne morale, une commune, par exemple, pourrait donc posséder un droit d'usage perpétuel sur le fonds d'autrui. Nous croyons cette solution plus que contestable, car l'article 619 parle de l'usufruit, et le droit d'usage, avons-nous vu, n'est pas autre chose qu'un *usufruit limité*. Nous n'admettons donc pas de droit d'usage perpétuel, fût-ce au profit d'une commune, à moins que ce soit en matière forestière, où le Code indique lui-même qu'il y a lieu d'appliquer des règles particulières (art. 636).

Bien entendu, cette solution ne s'appliquerait plus, si le droit d'usage en question était établi et organisé en tant que *servitude réelle* : dans ce cas, en effet, nous nous trouverions en face d'un droit essentiellement perpétuel.

Interdiction de céder ou de louer les droits d'usage et d'habitation. — Une règle commune aux droits d'usage et d'habitation, c'est qu'ils ne peuvent être cédés ni loués à un autre par leur titulaire (art. 631, 634). La raison de cette règle, c'est que ces droits rigoureusement mesurés sur les besoins de leurs titulaires, présentent par là un caractère personnel très accentué. C'est pourquoi la loi défend, non seulement de les *céder*, mais de les *louer*, c'est-à-dire d'en concéder le profit à un tiers sous forme de bail de la chose qu'ils grèvent. L'usager et l'habitant sont tenus de jouir eux mêmes et en nature, à la différence de l'usufruitier qui peut, nous l'avons vu, céder son droit et louer la chose sujette à usufruit.

CHAPITRE III

LES SERVITUDES

GÉNÉRALITÉS.

Définition des servitudes réelles. Différences avec l'usufruit. — La servitude est définie par l'article 637 « *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». On appelle *fonds dominant* celui au profit duquel la servitude est établie, *fonds servant* celui au détriment duquel elle s'exerce.

De cette définition découlent les différences suivantes entre les servitudes réelles, ou servitudes proprement dites, et l'*usufruit* qualifié lui aussi quelquefois, nous l'avons vu, de *servitude*, mais de servitude *personnelle* :

1° L'usufruit est tantôt un droit mobilier, tantôt un droit immobilier. Les servitudes sont toujours des droits *immobiliers*.

2° L'usufruit, étant établi au profit d'une personne, est essentiellement temporaire, au maximum viager. Les servitudes, étant établies au profit d'un fonds, en constituent un accessoire, un complément perpétuel.

Les jurisconsultes romains mettaient bien en lumière ce trait caractéristique. Ils disaient que la servitude est une *qualité* du fonds. « *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* » (Celsus, 86, D. *De verb. signif.* L. 16). La servitude durera donc autant que le fonds. Elle est *perpétuelle*, comme la propriété elle-même (tant du moins qu'il n'intervient pas d'accord contraire entre les propriétaires intéressés).

3° L'usufruit constitue, dans le patrimoine de son titulaire, une valeur propre ; c'est un droit *principal* qui peut être cédé, saisi, hypothéqué. La servitude, au contraire, est forcément l'*accessoire* du fonds dominant. On ne peut ni la céder à un autre fonds, ni la saisir ou l'hypothéquer séparément du fonds lui-même. *Prædio inhæret*, disaient les textes romains.

4° L'usufruit, comme la propriété, peut se définir par l'indication de son *contenu*, de son sujet, qui est toujours le même dans tous les cas : *usus*, *fructus*. Au contraire, l'objet de la servitude varie essentiellement, suivant la volonté de ceux qui l'ont établie. Aux servitudes les plus usuelles, comme celles de *passage*, de *puisage*, d'*aqueduc*, de *vue*, de *ne pas bâtir*, etc... l'imagination des parties intéressées peut ajouter d'autres variétés, dont le nombre serait illimité si, d'une part, les besoins économiques qui donnent naissance aux servitudes, n'étaient pas, en somme, toujours à peu près les mêmes, et si, d'autre part, la loi, ainsi que nous le verrons, ne fixait

pas, en cette matière, certaines limitations à la volonté des parties. En tout cas, on aura remarqué que l'article 637 ne définit pas les servitudes en indiquant leur *objet*, leur *contenu* (comme le font l'article 544 pour la propriété, l'article 578 pour l'usufruit), mais en indiquant qu'elles sont des charges imposées pour *l'usage et l'utilité* d'un autre fonds. Il y a là moins une définition qu'un cadre pouvant contenir les différentes servitudes, dont chacune nécessiterait une définition particulière.

5° Nous ne nous arrêterons pas à une autre différence qui peut sembler découler de l'article 637, à savoir que la servitude peut bien comporter, comme l'usufruit, une certaine faculté d'*user* de la chose d'autrui, mais jamais aucune part à la *jouissance*, c'est-à-dire aux produits de cette chose. En effet, il y a des servitudes qui procurent à leurs bénéficiaires le droit de s'approprier une portion de certains produits de la chose d'autrui, par exemple, celui de prendre sur le fonds servant les marnes, les argiles, les sables nécessaires à l'exploitation du fonds dominant, voire même certains produits de nature à profiter moins au fonds dominant lui-même qu'à son propriétaire personnellement, par exemple, une certaine quantité de bois de chauffage. Cependant, il reste vrai qu'en général les servitudes consistent dans la faculté pour le possesseur du fonds dominant, d'accomplir sur le fonds servant certains actes d'usage restreint (ex. : les servitudes de *passage*, de *pacage*). Il devient alors parfois assez délicat de distinguer une servitude de ce genre d'un droit d'usage ou d'un usufruit restreint. Ce qui déterminera, dans le doute, à ranger un tel droit parmi les servitudes, ce sera de relever, dans le titre constitutif, les caractères spécifiques des droits de cette nature, à savoir la perpétuité, l'attribution du droit d'usage stipulé non à telle personne déterminée, mais au possesseur d'un fonds quel qu'il soit, etc...

Nous avons dit que les servitudes sont établies au profit d'un *fonds*. Elles constituent un rapport *entre deux fonds*. Il faut bien s'entendre sur le sens de cette formule. Elle n'empêche point que la servitude, comme tout autre droit, ne profite, en réalité, à des personnes humaines, ni même qu'elle ne puisse s'analyser comme conférant à un certain individu (le propriétaire du fonds dominant) un certain *pouvoir de commandement* à l'égard d'un autre individu (le propriétaire du fonds servant). Ce que l'on veut dire, quand on affirme que la servitude est établie, non au profit d'une personne, mais à celui d'un fonds, c'est que la personne qui bénéficie, en fait, de la servitude et celle qui la supporte sont indifférentes, et que le rapport de droit continuera à subsister, même quand les propriétaires auront changé, tant que les fonds dominant et servant subsisteront, et que ne se sera pas produit l'un des faits qui peuvent entraîner l'extinction de la servitude.

Ajoutons enfin, pour compléter la physionomie de la servitude, qu'elle n'est possible qu'autant que les deux héritages appartiennent à des propriétaires différents. En effet, quand une même personne possède deux fonds, elle est libre d'en faire ce qu'elle veut, de se servir de l'un et de l'autre comme elle l'entend, et de créer entre eux tel aménagement qu'elle

fuge utile. Mais cette utilisation de l'un des fonds pour l'autre n'est pas une servitude. *Nemini res sua servit,* disaient les jurisconsultes romains. La preuve, c'est que le jour où les deux fonds seront séparés, il ne subsistera, en principe, au profit de l'un sur l'autre, aucun démembrement de propriété. On verra cependant plus loin que la *destination du père de famille* apporte un tempérament à cette dernière règle.

Utilité économique des servitudes. Leur fixité. — Les servitudes sont un élément indispensable de l'organisation juridique de la propriété foncière, aussi bien de la propriété rurale que de la propriété bâtie. Elles facilitent l'exploitation, la culture des terres, permettent la mise en valeur des fonds, augmentent l'utilité que l'on peut en retirer. Sans doute, ces avantages ne sont obtenus que moyennant une gêne parfois assez sensible imposée au fonds servant, mais cette gêne n'est ordinairement pas très grande et ne peut pas être mise en balance avec l'utilité que la servitude offre pour le fonds dominant. Peut-on comparer, par exemple, l'avantage qu'offre pour son bénéficiaire une servitude d'aqueduc ou de puisage, avec les inconvénients qui en résultent pour le fonds servant ? Aussi, en fait, les servitudes existent-elles en grand nombre entre immeubles voisins. Les Romains accordaient à la notion de servitude une grande place dans leurs institutions juridiques, et nous faisons de même, ainsi que toutes les législations modernes.

Si nous avions à apprécier, au point de vue économique, la valeur des dispositions de notre Code en cette matière, nous dirions que le caractère essentiel qui nous frappe dans les servitudes de notre Droit, c'est leur *fixité*. Cette fixité nous paraît avantageuse économiquement en un certain sens, et critiquable dans l'autre.

Cette fixité est *avantageuse*, en tant que la loi interdit l'*aggravation*, ou la *diminution* de la servitude par la volonté arbitraire des possesseurs du fonds dominant ou du fonds servant. D'après l'article 701, al. 1 et 2, « le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode. — Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée ». Et, d'après l'article 702, « de son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doi la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier ». Par exemple, une servitude de passage à pied ne permet pas de passer avec des voitures ; une servitude de passage domestique ne peut s'étendre ensuite à l'exploitation d'une usine. D'ailleurs, comme le dit l'article 696, « quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage ».

Une telle invariabilité dans la servitude était indispensable. Accessoire indestructible du fonds auquel elle est attachée, soit comme charge, soit

comme avantage, la servitude entre dans la détermination de la valeur des fonds, et il en est tenu compte dans les différentes tractations les concernant. L'aggravation ou la diminution arbitraire de cet élément de la valeur des héritages serait, on le voit aussitôt, une cause de perturbation et d'incertitude qu'il convenait d'éliminer.

Nous trouvons une application de cette règle si heureuse dans la disposition de l'article 700, qui vise le cas où un fonds dominant vient à être divisé entre plusieurs propriétaires, par exemple, à la suite du décès d'un propriétaire qui laisserait plusieurs héritiers. Le fonds aura beau être partagé, la servitude consistant dans le droit de faire certains actes d'usage, de passer sur le fonds servant, par exemple, ce qui est une prestation essentiellement indivisible, ne pourra pas se diviser. L'article 700 nous dit donc que « la servitude reste due pour chaque portion » ; ainsi, chacun des copartageants pourra passer sur le fonds servant. Mais le texte a soin d'ajouter : « sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. — Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriéseront obligés de l'exercer par le même endroit. » De même, s'il s'agissait d'une servitude consistant dans le droit de tirer annuellement du fonds servant une certaine quantité de pierres, de sable ou de bois de chauffage, tous les propriétaires actuels pourraient participer à ce prélèvement, mais il faudrait qu'ils s'arrangent pour ne pas prendre, à eux tous, plus que ne prenait, à lui seul, le propriétaire précédent.

Toutefois, si la fixité des servitudes est avantageuse et heureuse en principe, elle peut risquer parfois de donner lieu à certaines situations exorbitantes, et alors elle devient *critiquable*. Il peut se faire, en effet, que les conditions qui ont justifié la création d'une servitude, peu gênante lorsqu'elle est née, se modifient de telle façon que la servitude devienne exagérément lourde. Alors, la perpétuité devient fâcheuse, et on concevrait que la loi permît de saisir la justice d'une demande de rachat. Comme l'a écrit avec raison M. Cauwès (*Cours d'Economie politique*, 3e éd., t. III, n° 1066) : « si, à une époque ancienne où un quartier était presque inhabité, un propriétaire avait acquis une servitude de ne pas bâtir sur les fonds voisins dans un périmètre de plusieurs hectares, n'y aurait-il pas quelque chose d'exorbitant à ce qu'il pût à tout jamais faire échec aux nécessités de toute une population agglomérée ? »

On remarquera que, si, en principe, il n'y a pas de remède à l'inconvénient si justement signalé dans notre régime des servitudes, le législateur a cependant déjà fait un pas dans la voie qu'on voudrait lui tracer. En effet, l'article 701, après nous avoir dit que la servitude doit toujours s'exercer dans le lieu de son assignation primitive, ajoute (al. 3) : « Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser ». Ainsi, la loi apporte déjà un tempérament à la fixité de la servitude, non quant à son *existence* et à son *étendue*, mais au moins quant à son *assiette*.

§ 1. — En quoi peuvent consister les servitudes réelles.

La variété des charges qui peuvent être imposées à titre de servitudes est, avons-nous dit, presque indéfinie. Ces charges consistent, tantôt à supporter quelque fait d'usage du voisin (exemples : servitudes de *passage*, de *puisage*), tantôt à s'abstenir soi-même d'un certain usage de la chose (exemples : servitude *de ne pas bâtir*, servitude *altius non tollendi*). Dans tous les cas, le résultat est analogue. La servitude apparaît toujours, d'un côté, comme un démembrement de la propriété, en ce qu'elle entraîne une diminution de sa valeur économique, de son rendement possible et normal ; de l'autre côté, elle contient un certain accroissement du fonds dominant, une augmentation de sa valeur économique.

Mais, si la loi n'a pas prévu d'avance en quoi consistent les *services* qu'on peut tirer d'une servitude, si elle laisse, en principe, sur ce point, toute latitude à la volonté des parties intéressées (art. 686, al. 1), elle pose cependant, dans les articles 638 et 686, certaines *limites*, certaines *restrictions* à cette volonté. Ces restrictions sont au nombre de trois :

1° La servitude ne doit « établir aucune prééminence d'un héritage sur l'autre » (art. 638).

2° L'obligation résultant de la servitude ne doit avoir rien de contraire à l'ordre public (art. 686, al. 1, *in fine*).

3° La servitude ne peut être imposée « ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds » (art. 686, al. 1).

Première restriction : Pas de prééminence d'un fonds sur l'autre. — Cette première formule est une manifestation de plus de la volonté très ferme des rédacteurs du Code civil de rompre à tout jamais avec tout ce qui pourrait rappeler la féodalité. L'organisation féodale se caractérisait précisément en ce qu'elle établissait une *hiérarchie des terres correspondant à celle des personnes*. La possession de certains domaines comportait *seigneurie* sur d'autres terres, donnait droit à exiger des possesseurs de celles-ci des redevances impliquant un rapport de subordination plus ou moins étroit. Tout cela est supprimé ; la convention des parties peut bien établir entre deux héritages telle charge perpétuelle qui paraîtra utile, mais cette charge ne peut offrir qu'un caractère économique. L'égalité politique et civile est à l'abri de toute dérogation. Cela allait sans dire d'ailleurs, et la disposition générale de l'article 6 eût suffi, sans la redondance superflue de l'article 638.

Deuxième restriction : Ordre public. — Il allait également de soi que les servitudes qui, par le service stipulé, porteraient une autre atteinte à l'ordre public, doivent être prohibées. Et nous n'aurions rien à dire relativement à cette règle, si on ne l'avait invoquée pour justifier les obstacles apportés longtemps par la Jurisprudence aux clauses d'inaliénabilité. Nous avons précédemment parlé de ces clauses et nous renvoyons à ce

que nous en avons dit. Il ne nous paraît pas contestable qu'il serait impossible, dans l'état actuel de notre législation, d'établir sur un immeuble une servitude perpétuelle d'inaliénabilité.

Troisième restriction : La servitude ne peut être imposée ni à la personne, ni en faveur de la personne. — Cette dernière restriction de la liberté des parties dans l'établissement des servitudes est celle qui donne lieu aux plus grandes difficutés. Il n'est pas très facile, en effet, de discerner ce que la loi a voulu dire en l'édictant.

Un point semble d'abord certain, c'est que la règle de l'article 686, al. 1, comporte une première signification, qui fait de ce texte un *doublet* de l'article 638. Les rédacteurs du Code civil, en disant que la servitude ne peut être établie sur la personne, ni au profit de la personne, ont voulu empêcher la réapparition, sous le couvert du nom de servitudes, des droits féodaux que la Révolution avait supprimés. En effet, les droits féodaux ressemblaient aux servitudes, en ce qu'ils étaient attachés à la terre et pesaient sur les tenanciers successifs des fonds assujettis, de même qu'ils profitaient aux propriétaires successifs des seigneuries. Mais, en même temps, ces droits présentaient un caractère très accentué d'obligations personnelles,parce qu'ils avaient pour objet des prestations à effectuer ou des services à rendre de personne à personne ; prestations et services dont la plupart avaient pour but la satisfaction des besoins du seigneur, plus que l'usage et l'utilité économique des fonds lui appartenant (V. dans le Décret des 15-28 mars 1790 relatif aux droits féodaux, tit. II, et dans le Décret des 13-20 avril 1791, tit. I, la liste des droits féodaux supprimés sans indemnité). Les rédacteurs du Code civil, en interdisant toute servitude offrant un caractère de service personnel (art. 686), se sont donc proposé le même but qu'en prohibant toute servitude impliquant prééminence d'un fonds sur l'autre, à savoir, prévenir un retour offensif de la Féodalité. C'est le même esprit qui leur a fait employer, de préférence au vieux mot de *servitude*, l'expression nouvelle, et d'ailleurs peu usitée dans la pratique, de *services fonciers* (Cf. Fenet, t. XI, p. 304 et 332 et s.).

Mais, en dehors de ce premier sens *politique*, la règle de l'article 686, al. 1, a une portée *juridique et économique* qui va faire ressortir le caractère de *réalité* des servitudes. Le texte, en effet, signifie encore qu'une charge perpétuelle ne peut être établie sur un fonds, qu'autant que cette charge ne nécessite pas une intervention personnelle, une dépense d'activité de la part du propriétaire assujetti ; cette soumission d'une personnalité humaine au service d'une autre personne étant du domaine des *obligations*, lequel se caractérise par des traits tout différents, et notamment par cette règle, que l'obligation crée un rapport de droit *essentiellement temporaire*. Déjà les Romains insistaient sur ce point : « *Servitutum non ea natura est*, disaient-ils, *ut aliquid faciat quis, sed ut patiatur vel non faciat* » (Pomponius, 15, § 1, D., *De servit.*, VIII, 1). On éclaircira cette notion un peu vague en reprenant successivement les deux propositions contenues dans la règle que nous étudions.

1° La servitude doit être établie pour l'utilité d'un fonds. — Cette phrase ne signifie évidemment pas que les avantages découlant de la servitude ne puissent profiter à une personne humaine. Cela serait absurde ; il est trop clair que ce sont les divers possesseurs successifs des fonds dominants qui recueillent, en leur personne, le bénéfice des servitudes. La formule ne signifie pas davantage, croyons-nous, qu'une servitude ne peut avoir pour but que l'*utilité* et non l'*agrément*. Peut-être les Romains admettaient-ils cette idée (V. Paul, 8, D., *De servit.*, VIII, 1), qui a été adoptée, de nos jours, par le Code civil allemand (art. 1019). Mais, chez nous, il y a des servitudes d'agrément, par exemple, la servitude de *prospect*. Ce qu'il faut dire, à notre avis, c'est que la charge imposée au fonds servant, doit être *d'une nature telle, qu'elle ne puisse être utilisée que par le propriétaire du fonds dominant et en tant que propriétaire*. Tel est bien le sens que nous allons voir se dégager des décisions de la Jurisprudence qu'il nous reste à analyser, et dont quelques-unes, d'ailleurs, ne laissent pas de nous paraître quelque peu exagérées.

A. — On doit décider — et il n'y a pas de doute sur ce point — que le locataire d'une maison, le fermier d'un bien rural ne peuvent créer une servitude au profit du fonds qui leur a été loué sur le fonds voisin. En effet, le droit qu'ils stipulent ne peut être établi que temporairement, dans leur intérêt personnel. Sans doute, il leur est permis de convenir avec le voisin qu'ils pourront passer sur son fonds, y puiser de l'eau, etc. ; mais ce droit résultera d'une obligation personnelle assumée à leur profit par le voisin, en tant que débiteur, et s'éteindra avec le bail.

B. — Supposons qu'un contrat de vente prétende établir, à titre de servitude, l'obligation pour l'acheteur d'un terrain d'y construire un cabaret et de se fournir à perpétuité de vins et spiritueux chez les brasseurs et marchands que le vendeur lui indiquera. On doit décider que cette obligation est nulle, car elle constitue une charge perpétuelle établie sur un fonds au profit d'une personne et non au profit d'un fonds (Douai, 10 novembre 1910, D. P. 1913.2.111).

C. — Nous trouverons la même solution dans toute une série d'hypothèses, où l'on rencontre une prétendue servitude stipulée, en réalité, non pour l'accroissement de la valeur économique d'un fonds, mais pour les besoins domestiques d'un individu, d'une famille ou d'un ménage déterminés.

a) Ainsi, le vendeur d'un moulin se réserve le droit de faire moudre gratuitement et à perpétuité le blé nécessaire à la consommation de sa famille. On trouve une décision qui reconnaît à cette convention le caractère d'une véritable stipulation de servitude (Req., 6 juillet 1874, D. P. 75.1.372, S. 75.1.108). Mais un arrêt moins ancien (Pau, 16 juin 1890, D. P. 91.2.185, note de M. Dupuich, S. 92.2.313) décide au contraire qu'il n'y a là qu'un simple engagement, établi pour l'utilité des personnes et prohibé, en conséquence, par l'article 686, parce que, dans l'espèce, le droit de mouture n'étant pas attaché à une maison déterminée, on ne trouve pas de fonds dominant.

b) On raisonnera pareillement pour le droit perpétuel que se réserverait

le vendeur d'un bien rural, de piler et pressurer dans un pressoir existant sur ce bien tous les fruits qu'il lui conviendrait d'y porter, de quelque fonds qu'ils proviennent et quelle qu'en soit la quantité. Ce droit ne peut être établi à titre de servitude (Req., 23 mars 1908, D. P. 1908.1.279, S. 1908. 1. 511. — Cf. Lyon, 29 octobre 1909, S. 1910.2.134).

D. — La Jurisprudence semble présenter certaines contradictions dans une autre série d'hypothèses, où il s'agit de charges imposées au profit d'une industrie, d'un fonds de commerce, d'une exploitation quelconque.

Tantôt, en effet, les tribunaux décident que la charge ne peut constituer une servitude. Il en est ainsi pour le droit concédé au propriétaire d'une culture de champignons, de prendre les terres nécessaires à son exploitation dans une carrière voisine (Req., 24 décembre 1894, D. P. 95.1.118, S. 98.1.523) ; pour la charge imposée à un immeuble vendu, de ne jamais servir à l'établissement d'un fonds de commerce qui puisse concurrencer celui du vendeur (Req., 8 juillet 1851, D. P. 51.1.188, S. 51.1.599) ; pour l'interdiction d'établir un hôtel sur le fonds vendu (Civ., 27 novembre 1907, D. P. 1908.1.460, S. 1909.1.262) ; pour l'interdiction perpétuelle faite aux acquéreurs des terrains compris dans un lotissement d'y jamais installer un établissement dangereux, incommode ou insalubre (Bruxelles, 1er mars 1909, S. 1909.4.15).

En revanche, des arrêts admettent qu'il y a une charge réelle (ou servitude) valablement établie à perpétuité, dans le droit stipulé par le propriétaire d'une verrerie, de prendre dans une mine voisine le charbon nécessaire à son industrie (Civ., 9 janvier 1901, D. P. 1901.1.450, S. 1901.1.169) ; dans l'obligation imposée à l'acheteur d'un fonds voisin d'une église, de ne jamais établir, dans ce fonds, de bal ni de salle de danse (Douai, 12 mars 1900, S. 1904.2.130) ; dans la clause interdisant aux acquéreurs de terrains situés au-dessus d'une concession minière de jamais réclamer aucune indemnité pour le préjudice que pourrait causer aux terrains vendus l'exploitation régulière et normale de la mine (Civ., 12 décembre 1899, D. P. 1900.1.361, P. F. 1900 1.241, note de M. Gény) ; dans la clause d'un cahier de charges interdisant aux adjudicataires de lots de terrains d'y exercer telles professions ou industries (Req. 28 mai 1919 *Gaz. Trib.* 13 juillet 1919).

Nous pensons que ces contradictions apparentes peuvent s'expliquer par des circonstances de fait. Quand il s'agit de savoir si la charge imposée à un acheteur présente le caractère d'une obligation personnelle, ou celui d'une servitude réelle destinée à peser à perpétuité sur le fonds vendu, on doit en effet se demander si cette charge est établie dans l'intérêt d'une industrie ou d'une exploitation quelconque, *envisagée en soi et séparément du fonds* sur lequel elle fonctionne actuellement, ou si au contraire, la charge doit *accroître la valeur économique d'un fonds déterminé en tenant compte de son aménagement* qui en fait le siège d'une industrie, ou d'un commerce, ou d'un autre mode d'exploitation. Dans le premier cas, il y a simple obligation personnelle ; dans le second, il y a servitude. C'est aux juges à trancher souverainement la question, d'après les intentions exprimées ou présumées des parties.

E. — Une mention spéciale doit être réservée aux conventions stipulant un *droit de chasse*, ou un *droit de pêche*.

Le plus souvent, ces droits font l'objet d'un contrat de location ou *bail de chasse* passé pour un temps déterminé. Ou bien, une personne pourrait stipuler à son profit, *pour toute la durée de sa vie*, le droit de chasser ou de pêcher sur un héritage appartenant à autrui : ce contrat constituerait un droit d'usage restreint, un diminutif d'usufruit. Mais le droit de chasse ou de pêche sur les terres voisines pourrait-il être attaché à un héritage, à titre de servitude, c'est-à-dire au profit de tous les propriétaires à venir de cet héritage ? Les auteurs se prononcent ordinairement pour la négative, parce que ces droits sont établis pour l'agrément personnel du propriétaire, et non pour l'utilité du fonds. A quoi on ajoute qu'une servitude de ce genre pourrait devenir trop lourde pour le fonds servant, et diminuer trop sensiblement sa valeur, pour que la loi puisse en autoriser la création à tire perpétuel. La Jurisprudence est en ce sens (Cass. crim., 9 janvier 1891, D. P. 91.1.89, S. 91.1.489 ; 5 janvier 1907, S. 1912.1.419 ; Besançon, 5 juin 1895, *Gaz Trib.*, 4 juillet 1895).

Nous croyons cependant cette solution très contestable ; elle nous paraît une *survivance*, un vestige de l'impopularité qui s'attachait, à la fin de l'Ancien Régime, au droit de chasse seigneurial. Il nous semble que la question devrait être résolue, comme dans les hypothèses du groupe précédent, suivant les circonstances de fait et les intentions des parties. Si, en effet, les droits de chasse ou de pêche sont stipulés pour l'agrément personnel d'un individu, ils ne peuvent que faire l'objet d'un bail, ou d'un droit d'usage personnel, temporaire et incessible. Mais nous ne voyons pas pourquoi il ne pourrait en être autrement et pourquoi, si les parties le veulent, le droit de chasse ou de pêche ne pourrait pas être établi à titre de servitude. Il suffit en raison, pour qu'il puisse en être ainsi, que la charge stipulée présente une utilité pour le fonds dominant, qu'elle accroisse sa valeur économique, et soit susceptible de se transmettre accessoirement avec le fonds, comme une annexe qui en soit devenue inséparable. Or, toutes ces conditions peuvent se rencontrer ici. Quant à la gêne qu'une telle servitude peut imposer aux fonds qui en seraient grevés, elle n'est pas comparable à celle qui résulte de certaines servitudes très fréquentes, comme celle de ne pas bâtir.

2° La servitude doit être imposée à un fonds et non à une personne. — Cette partie de la règle de l'article 686 est aussi claire que la précédente était obscure et ambiguë. Elle signifie qu'un propriétaire ne peut être astreint, par le seul fait qu'il est devenu propriétaire d'un fonds déterminé, à certaines prestations, c'est-à-dire à une certaine dépense de son activité au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un fonds voisin. Une charge de ce genre est du domaine des obligations personnelles. Ainsi, je peux bien m'engager à cultiver le fonds de mon voisin. Encore la loi ne veut-elle pas qu'un pareil engagement, qui implique toujours une certaine infériorité sociale de l'assujetti envers son créancier, puisse me lier indé-

finiment (V. art. 1780). Mais, à plus forte raison, ne pourrais-je souscrire cet engagement de culture de telle manière qu'il pèse à perpétuité, non seulement sur moi, mais sur tous les possesseurs à venir de ma terre, et cela pour le bénéfice des acquéreurs à venir du terrain à cultiver. Je puis donc *louer mes services* comme cultivateur du fonds de mon voisin, mais non constituer sur mon fonds une *servitude* de culture.

On ne trouve, en Jurisprudence, que d'assez rares applications d'une règle aussi élémentaire. En voici une cependant. Une ville achète un terrain, pour y établir un conditionnement public de matières textiles, et s'engage, au profit du vendeur, propriétaire d'un magasin général établi sur le terrain contigu, à n'en établir aucun autre sur son territoire. Il a été jugé que cet engagement ne saurait constituer un service foncier (Req., 17 janvier 1898, D. P. 98.1.324, S. 1901.1.130).

On remarquera que, nonobstant le principe qui vient d'être exposé, il se peut que le propriétaire d'un fonds assujetti à une servitude soit astreint à certains actes, à certaines prestations destinés à en assurer l'exercice. C'est ce qui résulte de l'article 699, où nous lisons que le titre constitutif de la servitude peut obliger le propriétaire du fonds assujetti, à « faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude », par exemple, à entretenir en bon état le chemin par lequel s'exerce le droit de passage. Ce qui explique cette dérogation purement apparente à l'article 686, c'est que les prestations stipulées ne le sont que comme l'*accessoire de la servitude*.

Ce caractère accessoire de l'obligation souscrite par le propriétaire du fonds servant fait que les travaux qu'il doit effectuer seront dus, à perpétuité, par tous les propriétaires qui lui succéderont sur le fonds. C'est une charge toute réelle. D'où les deux conséquences suivantes :

D'abord, le propriétaire du fonds servant, n'étant tenu que *propter rem*, pourra toujours « s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due » (art. 699 *in fine*). Quelquefois même, il n'aura à abandonner qu'une partie du fonds servant. Ainsi, dans l'exemple que nous avons fourni, le propriétaire du fonds soumis au passage se rendra quitte de son obligation d'empierrer et entretenir le chemin, en cédant au voisin, en toute propriété, la bande de terrain nécessaire à l'établissement du chemin (Req., 11 mai 1908, D. P. 1908. 1.365 ; Besançon, 15 novembre 1905, *Le Droit*, 25-27 décembre 1905).

En second lieu, lorsque le propriétaire du fonds servant viendra à mourir, son obligation d'entretien ne sera pas, comme ses dettes personnelles, transmise à tous ses héritiers ; elle ne passera qu'à celui qui recevra le fonds assujetti ou, en cas de division, à celui qui aura dans son lot la partie nécessaire à l'exercice de la servitude.

§ 2. — Classification des servitudes.

Si les servitudes réelles sont, comme nous l'avons vu, trop variées pour qu'on puisse essayer de les énumérer, on peut établir entre elles, et le Code nous en fournit lui-même plusieurs, diverses classifications.

1° *Servitudes naturelles, légales, du fait de l'homme.* — Nous ne reviendrons pas sur cette division énoncée par l'article 639, et l'on sait pourquoi. Nous avons montré que les deux premières catégories ne comprenaient pas en réalité des *servitudes*, mais des *restrictions légales* du droit de propriété. La troisième catégorie, celle des servitudes établies *par le fait de l'homme* (V. Rubrique du chap. III), comprend seule, à notre avis, de véritables servitudes, c'est-à-dire des démembrements du droit de propriété anormaux et *dérogatoires au droit commun*, lequel est l'indépendance respective des fonds voisins.

2° *Servitudes urbaines et rurales* (art. 687). — Cette classification est empruntée au Droit romain, où elle présentait une grande importance, car les servitudes *rurales*, au moins quand elles appartenaient à des fonds italiques, rentraient dans la catégorie des *res mancipi*, c'est-à-dire des biens les plus importants et les mieux protégés par la loi. Mais, de nos jours, aucun intérêt pratique ne s'attache plus à la distinction des servitudes urbaines et des servitudes rurales.

3° *Servitudes continues et discontinues* (art. 688). Une *servitude continue* est, non pas celle dont l'exercice ou l'utilité sont continuels, mais celle dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du *fait actuel* de l'homme. Tels sont, dit l'article 688, « les conduites d'eau, les égouts, les vues ». On remarquera que la loi dit « sans le fait *actuel* de l'homme », parce que l'établissement de la servitude a pu nécessiter *autrefois* certains travaux, par exemple, la construction d'un égout, d'une rigole. Mais ce travail, une fois effectué, n'a plus besoin d'être réitéré, et l'avantage découlant de l'établissement de la servitude durera indéfiniment, sans nécessiter une nouvelle dépense d'activité.

Au contraire, une *servitude discontinue* est celle qui, pour s'exercer, a besoin du fait actuel de l'homme, lequel est forcément intermittent : « Tels sont, ajoute l'article 688, les droits de passage, puisage, pacage. »

Certaines servitudes ont un caractère différent suivant les circonstances. Telle est la servitude d'*égout* ou d'*écoulement des eaux*. S'il s'agit d'eaux pluviales, c'est une servitude continue, car elle s'exerce sans le fait de l'homme ; s'il s'agit, au contraire, d'eaux ménagères (on l'appelle alors servitude d'*évier*), comme elle ne peut s'exercer que par le fait incessamment renouvelé de l'homme, c'est une servitude discontinue (Req., 17 février 1875, D. P. 76.1.504. S. 77.1.74).

4° *Servitudes apparentes et non apparentes* (art. 689). — Les *servitudes apparentes* sont celles qui s'annoncent à l'extérieur par des ouvrages visibles, tels que des tuyaux, un aqueduc, des fenêtres, une porte, un sentier empierré. La *servitude non apparente* est celle qui, au contraire, ne se révèle par aucun ouvrage visible, par exemple, une servitude de ne pas bâtir, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. Quelquefois, une même servitude peut être, selon les cas, apparente ou non apparente. C'est le cas pour la servitude de passage, qui sera non apparente, si elle s'exerce à travers champs, apparente, si elle s'annonce par une porte, un sentier empierré.

On verra bientôt que la classification des servitudes en *servitudes appa-*

rentes et *servitudes non apparentes*, combinée avec la division des servitudes en *servitudes continues* et *servitudes discontinues*, présente les plus grands intérêts pratiques, notamment au point de vue de l'acquisition des servitudes par *prescription*, ou de leur extinction par le *non-usage*.

5° *Servitudes positives et négatives.* — Le Code ne parle pas de cette division qui est cependant rationnelle. Une servitude est *positive* quand elle consiste dans le droit d'accomplir des actes empiétant sur le fonds d'autrui ; exemples : les servitudes de passage, d'aqueduc. La servitude est *négative*, lorsqu'elle consiste à bénéficier d'une abstention imposée à autrui ; exemple, une servitude de ne pas bâtir. On remarquera que les servitudes négatives sont toutes à la fois *continues* et *non apparentes*.

CHAPITRE IV

L'EMPHYTÉOSE

Définition. Historique. — L'emphytéose est *un droit réel de jouissance résultant d'une location perpétuelle ou quasi-perpétuelle.*

L'usage des locations ou amodiations perpétuelles remonte aux derniers temps de l'Empire romain. A cette époque, la propriété foncière était, dans beaucoup de régions, concentrée entre les mains d'un petit nombre de grands propriétaires. Beaucoup de terres, par suite des défectuosités du travail servile et de l'insuffisance du travail libre, étaient abandonnées et incultes. Les propriétaires de *latifundia*, ou grands domaines, imaginèrent d'employer une forme de location qui les débarrassait de leurs terres et, par là, de la charge de l'impôt foncier, en les donnant à ferme pour un temps très long. Le preneur, vu la longueur indéfinie de sa jouissance, s'engageait à améliorer, à complanter le fonds, d'où le nom d'*emphytéose* (d'εμφυτεύω, planter). Il ne payait d'ailleurs au bailleur qu'une redevance très minime, appelée *canon*, ou parfois, *vectigal,* d'un nom emprunté à l'ancien régime des terres publiques. Et, à l'encontre des tiers, l'emphytéote était armé sur la chose de droits très étendus, dont l'ensemble rendait sa situation juridique presque équivalente à celle d'un propriétaire.

La pratique de l'emphytéose se perpétua en France, après l'Empire romain, surtout dans les pays de Droit écrit, car, dans les pays coutumiers, le même résultat économique était atteint plutôt par l'emploi du bail à rente ou du bail à cens. Mais là où elle subsista, l'emphytéose vit se transformer son caractère juridique au contact des conceptions féodales. Ce qui caractérise en effet les tenures féodales, c'est la juxtaposition, sur un même fonds, de deux propriétés, le domaine *éminent* appartenant au seigneur, et le domaine *utile*, appartenant au possesseur effectif. On considéra donc l'emphytéote, au moins en cas de location atteignant la perpétuité, ou une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, comme un véritable propriétaire, investi du domaine utile, à charge de fournir une faible redevance périodique au propriétaire éminent. En cas d'emphytéose à durée moins considérable, le bailleur fut considéré, au moins dans l'opinion dominante (Dumoulin, *Cout. de Paris*, 878, gl. IV, n° 15[1], comme ayant retenu la propriété, et l'emphytéote comme ayant acquis un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui.

L'emphytéose dans le Droit actuel. — L'emphytéose avait-elle subsisté sous l'empire du Code civil ? La question fut très vivement débattue

1. V, Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, 1879.

au cours du siècle dernier. D'une part, la loi des 18-29 décembre 1790, après avoir supprimé les redevances foncières perpétuelles et défendu d'en créer d'autres à l'avenir, autorisait (art. 1) les emphytéoses non perpétuelles, c'est-à-dire durant au maximum quatre-vingt-dix-neuf ans. Cette forme d'exploitation avait encore été consacrée par les lois des 15 septembre-16 octobre 1791, du 9 messidor an III, art. 5, 2°, et du 11 brumaire an VII, art. 6, 2°. Mais le Code civil n'en disait absolument rien et, en fait, cette variété de contrat paraissait généralement abandonnée sauf dans certaines régions du Nord de la France et en Belgique où les hospices y recourent assez volontiers pour la location de leurs terres. D'où la controverse que nous signalons. Il ne s'agissait pas de savoir s'il était ou non licite de passer des baux à très long terme. La question débattue était celle du caractère de *réalité* du droit conféré au preneur par un bail emphytéotique. Si l'on admettait que l'emphytéote acquérait un droit réel de jouissance, ce droit étant évidemment immobilier, on en devait tirer ces deux conséquences: d'une part, qu'il était possible de l'hypothéquer; et, d'autre part, qu'il pouvait faire l'objet d'une saisie immobilière. Au cas, au contraire, où on décidait que l'emphytéote avait simplement acquis, comme tout autre locataire, une créance de jouissance, son droit ne pouvait être hypothéqué; et ses créanciers, pour réaliser cet élément de son patrimoine, devaient user, non de la saisie-immobilière, mais de la saisie-arrêt.

Plusieurs systèmes avaient été proposés en cette matière. Il y avait d'abord deux systèmes extrêmes. Le premier affirmait que, vu l'énumération limitative des droits réels donnée par l'article 543, et celle des biens susceptibles d'hypothèque donnée par l'article 2118, muets l'un et l'autre sur l'emphytéose, celle-ci devait être considérée comme ayant disparu, au moins en tant que droit réel susceptible d'hypothèque. Le second, suivi surtout en Belgique, admettait que l'emphytéote devait être envisagé comme étant un véritable propriétaire investi d'un domaine utile, comme dans l'ancien Droit français. Entre ces deux opinions opposées, le système de la jurisprudence française consistait à dire que, en cas de bail emphytéotique, le preneur acquérait, non pas un domaine utile, mais un droit réel de *jouissance* analogue à un usufruit. Ce système pouvait se concilier avec les textes ; avec l'article 543 qui, parlant de l'usufruit. nous dit qu'on peut avoir sur les biens « un simple droit de jouissance », expression vague et compréhensive qui peut s'appliquer à une emphytéose ; avec l'article 2118, qui permet d'hypothéquer « l'usufruit » et, peut être, dès lors, cette variété d'usufruit (toute particulière, il est vrai) que serait l'emphytéose. De plus les lois de l'an III et de l'an VII, relatives à cette forme d'exploitation, ne parlaient-elles pas de « jouissance à titre d'emphytéose » ? Quant à ses conséquences pratiques, le système de l'emphytéose, droit réel de jouissance, différait peu du système du domaine utile. Voici cependant une différence. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, si l'emphytéose devait être considérée comme un domaine utile, il y aurait lieu à deux indemnités, l'une pour le propriétaire éminent, l'autre pour le propriétaire utile. Avec le système du simple droit réel de jouissance, il ne devait y avoir qu'une

indemnité unique, comme lorsqu'il s'agit de l'expropriation d'un fonds soumis à un usufruit.

Restait à savoir dans quel cas on devait considérer un bail comme conférant au preneur un droit emphytéotique. La Jurisprudence, en dehors de l'indication résultant de la longue durée du bail, trouvait un critérium dans les caractéristiques suivantes : modicité des redevances, obligation d'améliorer (Civ , 24 août 1857, D. P. 57.1.326, S. 57.1.854 ; 26 janvier 1864, D.P.64.1.83,S.64.1.91 ; Paris, 17 mai 1922, *Gaz. Pal.*, 11 juillet 1922).

C'est cette jurisprudence qui a été consacrée, avec quelques modifications de pure nuance, par la loi du 25 juin 1902 sur le bail emphytéotique, loi destinée à être incorporée dans le Code rural. Cette loi, inspirée par le désir de développer cette forme d'amodiation assez convenable pour la mise en valeur des fonds incultes et pour la colonisation, consacre expressément le caractère de droit réel immobilier attaché à l'emphytéose, la possibilité d'hypothéquer pour le preneur. Elle fixe le minimum de la durée des baux emphytéotiques à plus de dix-huit ans, le maximum à quatre vingt dix-neuf ans. Cependant, d'une part, la constitution d'une emphytéose ressemble, à quelques égards, à l'aliénation de la propriété, ce qui nous ramène au système du domaine utile. Ainsi, il faut, pour qu'un tuteur puisse consentir un bail emphytéotique, l'assentiment du conseil de famille et celui du tribunal (art. 2, al. 2). Et, d'un autre côté, la loi (art. 6) n'admet pas que l'emphytéote puisse se libérer de ses obligations en déguerpissant, en quoi il ressemble à un locataire investi d'un simple droit de créance et tenu d'une obligation personnelle à l'égard de son bailleur.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS

GÉNÉRALITÉS.

Enumération et classement des modes d'acquérir les droits réels. — Le livre III du Code civil est intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, et il débute par les articles 711 et 712 qui contiennent l'énumération des modes d'acquérir, lesquels, en général, s'appliquent aussi bien aux autres droits réels principaux qu'à la propriété elle-même et, au moins pour certains d'entre eux, aussi bien aux droits de créance qu'aux droits réels, en un mot à tous les éléments du patrimoine.

ART. 711. — « *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations.* »

ART. 712. — « *La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription.* »

Cette énumération a besoin d'être rectifiée, car elle contient, à la fois, des lacunes et des doubles emplois.

Des *lacunes.* Le texte en effet omet de nous signaler l'*occupation*, mode d'acquérir les *res nullius*, auquel, il est vrai, se réfèrent par la suite plusieurs dispositions du même titre. Il ne mentionne pas non plus l'*effet de la loi*, mode d'acquisition dont nous avons déjà rencontré plusieurs applications (par exemple, l'acquisition de la mitoyenneté, l'attribution des fruits aux usufruitiers légaux, au possesseur de bonne foi (art. 549), etc.). C'est même dans ce mode d'acquisition omis par les textes énumératifs précités, qu'il conviendrait, en bonne méthode, de faire entrer deux des modes qu'ils mentionnent, à savoir l'*accession* et la *prescription*, cette dernière n'étant en somme que l'un des cas où, par l'effet de la loi, le *fait de la possession* donne naissance au droit de propriété.

Des doubles emplois. Sans revenir sur celui que nous avons eu à signaler en parlant de l'accession et de la prescription, nous remarquerons que l'acquisition par *donation entre-vifs* se confond avec l'acquisition *par l'effet des obligations* (disons, plus exactement, par le *contrat*). La donation, en effet, n'est qu'une sorte de contrat.

En définitive, voici la liste des modes d'acquérir qu'il convient de substituer à celle des articles 711-712 :

L'occupation ;
L'effet de la loi ;
Le contrat ;
Le testament ;
La succession.

On remarquera que deux de ces modes d'acquérir, le *contrat* et le *testament*, offrent ceci de commun qu'ils consistent l'un et l'autre en une manifestation de la volonté de l'homme. Les textes les confondent donc quelquefois. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 579, « l'usufruit est établi par la loi ou *par la volonté de l'homme* ». Et, d'après les articles 690 et 691, « les servitudes continues et apparentes s'acquièrent *par titre* ou par la possession de trente ans; les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues... ne peuvent s'établir que *par titres* ». Les expressions : *la volonté de l'homme*, *le titre* embrassent à la fois les contrats à titre onéreux, les donations et les testaments.

Les modes d'acquérir peuvent se diviser de plusieurs manières :

1° Ils sont d'abord *originaires* ou *dérivés*. On appelle *mode originaire*, celui qui fait acquérir la propriété sur une chose qui n'appartenait à personne auparavant. C'est le cas pour l'*occupation*. On appelle mode *dérivé*, celui par lequel la propriété ou le démembrement de propriété passe d'une personne à une autre, *s'acquiert* et se *transmet*, comme dit l'article 711. Tels sont le *testament*, la *succession*, le *contrat*.

2° Les modes d'acquérir dérivés se subdivisent eux-mêmes en modes *entre vifs* (contrats, prescription acquisitive, etc), ou à *cause de mort* (testament, succession) ; en modes à *titre universel* (succession), ou à *titre particulier* (contrat) ; en modes à *titre onéreux*, ou à *titre gratuit*. Nous n'avons pas à revenir sur ces distinctions, précédemment étudiées dans notre résumé de la théorie des actes juridiques. Bornons-nous à faire observer que certains modes d'acquérir rentrent tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre de ces catégories. Ainsi, les *contrats* sont tantôt à titre gratuit, tantôt à titre onéreux ; le *testament* est un mode d'acquérir à titre universel, quand il contient un legs universel ou à titre universel, à titre particulier, quand il contient des legs particuliers, etc.

Sur les cinq modes d'acquisition que avons retenus, il en est deux, le *testament* et la *succession*, que nous n'étudierons pas ici, parce que nous devons en traiter dans notre troisième volume.

Nous avons donc à parler actuellement de trois modes d'acquisition : l'*occupation*, l'*effet de la loi*, le *contrat*.

De plus, nous traiterons, dans un appendice, de la *destination du père de famille*, mode de création spécial aux servitudes.

CHAPITRE PREMIER

L'OCCUPATION

Définition. Généralités. — L'*occupation* peut être définie le *mode d'acquérir la propriété d'une chose n'appartenant à personne, ou sur laquelle personne ne formule de prétention, au moyen de la prise de possession, accompagnée de l'intention d'en devenir propriétaire.*

Ce mode d'acquérir, très important dans les sociétés primitives, et, aujourd'hui encore, dans les pays neufs et déserts, a évidemment peu d'applications dans notre pays, à l'état de peuplement et de civilisation où il est parvenu. On pourrait même se demander si notre Droit actuel ne l'exclut pas, étant donné que, aux termes de l'article 713, « les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat ». Cependant il est facile de voir qu'il serait excessif de conclure de cette formule, qu'il n'y a plus aujourd'hui de *res nullius*. Par exemple, l'arlicle 715 fait allusion à l'acquisition du gibier, ou du poisson, par la *chasse* ou par la *pêche*. Dira-t-on que le gibier ou le poisson libres sont la propriété de l'Etat ? De plus, le projet de Code civil contenait une disposition portant que « la loi civile ne reconnaît pas de droit de simple occupation ». En faisant disparaître cet article, les rédacteurs du Code ont montré qu'ils entendaient conserver un mode d'acquérir dont l'utilité, bien que restreinte, n'a pas disparu complètement de nos jours. Quelle est donc la portée de la formule de l'article 713 ? Elle est double.

1° Lorsqu'il s'agit d'un ensemble de biens, d'un patrimoine tout entier qui serait délaissé, il est vrai que c'est l'Etat qui en est propriétaire ; il ne serait pas permis à un particulier de s'en rendre maître par l'occupation. Et l'article 713 ne fait que répéter la règle des articles 723 et 768, qui attribue à l'Etat un droit sur les *successions vacantes*. Nous dirons de même que les biens des personnes morales cessant d'exister deviennent propriété de l'Etat.

2° Lorsqu'il s'agit d'un bien particulier, on admet, en général, qu'un *immeuble* situé en France ne peut jamais être *res nullius*. S'il était délaissé par son propriétaire, il deviendrait propriété de l'Etat. Il en est de même, d'après l'ordonnance de 1681, pour la propriété des *navires* jetés sur le rivage. Ajoutons que, d'après la loi du 3 frimaire an VII sur la contribution foncière (art. 66), la propriété des immeubles que leur propriétaire abandonne, afin de s'exonérer de l'impôt foncier, passe à la commune. En somme, l'occupation ne peut plus fonctionner comme mode d'acquisition des immeubles, au profit des particuliers, que hors des frontières de la France.

Mais, pour les *meubles*, l'occupation joue encore un certain rôle, comme mode d'acquérir à titre particulier, dans un grand nombre d'hypothèses.

Variétés actuelles de l'occupation. — 1° *Occupation simple.* — C'est l'acte par lequel nous faisons nôtres les choses qui, d'après l'article 714, « n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous », comme l'eau de la mer et des fleuves, les coquillages et les herbes qu'on trouve au bord de la mer (V. art. 717, 1er al.). Le Code nous dit (art. 714 et 717) que des *lois particulières*, *des lois de police* règlent l'acquisition de ces choses. Du nombre est l'ordonnance de 1681 sur la Marine, qui règle l'acquisition des *choses du crû de la mer*, telles que coraux, herbes et varechs. En ce qui concerne les coraux, ils appartiennent à l'occupant, s'ils sont tirés de la mer ou recueillis sur des îlots. S'ils sont trouvés sur la grève, ils appartiennent pour un tiers au pêcheur, et, pour les deux tiers, à l'Etat (arr. 27 niv. au IX ; L. 17 floréal an X ; ordonn. 9 nov. 1844). Les varechs recueillis sur les îlots sont au premier occupant. Sur les rochers du rivage, ils appartiennent, par préférence, aux habitants des communes limitrophes, en compensation des incommodités résultant pour eux du voisinage de la mer (V. D. 9 janv. 1852, art. 24 ; D. 4 juill. 1853 ; D. 19 nov. 1859, art. 78 à 82, D. 8 févr. 1868).

2° *Chasse et pêche.* — « La faculté de chasser ou de pêcher est également réglée par des lois particulières » (art. 715). Ces lois sont, pour la chasse, la loi du 3 mai 1844 ; pour la pêche maritime, l'ordonnance de 1681 et le décret du 9 janvier 1852 ; pour la pêche fluviale, les lois du 15 avril 1829, du 6 juin 1840 et du 31 mai 1865, et le décret du 5 septembre 1897. Ce qu'il suffit de signaler ici, c'est que c'est en vertu de l'occupation que nous acquérons la propriété du gibier ou du poisson. Il faut donc une prise de possession effective pour que l'animal, même blessé, soit à nous. S'il est capturé, mais s'échappe, le chasseur ou le pêcheur n'a plus aucun droit (Civ. 17 décembre 1879, S. 80.1.169).

3° *Invention.* — Cette variété d'occupation consiste à trouver une chose n'appartenant à aucun propriétaire connu. On voit que, rationnellement, il y aurait là, moins une sorte d'occupation qu'un mode de transmission dérivé, s'opérant par l'effet de la loi, si *l'abandon* du propriétaire antérieur inconnu n'impliquait, de sa part, une pensée de renoncement à son droit, qui permet de ranger la chose trouvée parmi les *res nullius*.

Il y a plusieurs cas d'invention à distinguer :

A. — *Premier cas : Trésor.* — L'article 716, al. 2, définit le trésor « toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard ». Pour qu'il y ait *trésor*, il faut donc qu'on se trouve en présence :

a) D'une *chose mobilière*. Ainsi, une mosaïque, découverte même par hasard, ne serait pas un trésor ; elle est la propriété du maître de l'immeuble où on l'a trouvée (Rep., 13 décembre 1881, D. P. 82.1.55, S. 82.1.255 .

b) D'une chose *cachée ou enfouie*. Mais peu importe que ce soit dans la terre ou ailleurs, que la cachette soit ancienne ou récente (V. cep. Trib.

Orléans, 25 août 1853, D. P. 55.2.102, S. 56.2.54). Ainsi, des écus découverts dans le tiroir secret d'un secrétaire, peuvent constituer un trésor.

c D'une chose sur laquelle *nul ne peut justifier sa propriété.* La justification de cette propriété pourrait d'ailleurs se faire par tous les moyens de preuve possibles.

d) D'une chose *découverte par hasard.* Toutefois, nous verrons que cette condition ne s'applique qu'en cas d'invention faite sur le fonds ou la chose d'autrui.

A qui va appartenir le trésor ainsi défini ? Il y aurait de bonnes raisons pour que ce fût au propriétaire du sol ou du meuble dans lequel il a été découvert. D'abord, le trésor peut être considéré comme l'*accessoire* de la chose. De plus, il y a de fortes présomptions pour que l'objet caché ait été mis à sa place actuelle, sinon par le propriétaire lui-même, du moins par ses auteurs. Mais, d'un autre côté, il serait dur de priver de toute part du trésor celui qui l'a mis au jour, et sans lequel le propriétaire du meuble ou du sol n'aurait rien eu. Ce serait non seulement dur, mais imprudent, car il en résulterait une trop forte tentation pour l'inventeur de tenir sa découverte cachée. La loi a donc admis une transaction entre les intérêts opposés, et fait la distinction suivante (art. 716, al. 1).

α) Est-ce *le propriétaire lui-même* qui a découvert le trésor sur son propre fonds ; alors il a droit à la totalité du trésor, et cela de quelque manière que l'invention se soit faite, fortuitement, ou à la suite de recherches intentionnelles. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'inventeur soit bien le propriétaire, au sens précis du mot. Ainsi, la découverte faite par l'usufruitier ou l'usager, à plus forte raison par le locataire, rentrerait dans l'hypothèse suivante.

β) Le trésor a-t-il été découvert *sur le sol d'autrui* ; alors, la loi fait un partage et en attribue moitié au propriétaire et moitié à l'inventeur. Ce dernier est celui qui a *découvert* le trésor ; ainsi, au cas où plusieurs ouvriers ont participé à l'extraction, l'inventeur n'est pas celui qui a donné le dernier coup de pioche, mais celui qui, le premier, a aperçu le trésor. C'est ici que jouera la condition de la *découverte fortuite.* L'inventeur n'aurait droit à rien, s'il n'avait pas découvert le trésor par hasard, mais à la suite de fouilles intentionnelles. La loi ne veut pas encourager des recherches indiscrètes et sournoises dans la propriété d'autrui. Toutefois, on ne doit pas aller jusqu'à exiger que la découverte n'ait pas été effectuée au cours d'un travail *commandé* par le propriétaire. Si on allait jusque-là, la disposition de l'article 716 en faveur de l'inventeur resterait presque toujours lettre morte. Evidemment, si le propriétaire avait entrepris des fouilles en vue de la recherche d'un trésor, ce ne serait plus en réalité l'ouvrier qui serait l'inventeur, puisqu'il n'aurait été que l'instrument d'autrui. Mais, si le propriétaire a ordonné des travaux d'un ordre différent, l'ouvrier qui, au cours de ces travaux, aura découvert un trésor, doit avoir droit à la qualité d'inventeur et à l'attribution de la moitié (Rouen, 3 janvier 1853, D. P. 54.2.117, S. 53.2.335).

Reste à préciser à quel titre a lieu l'acquisition du trésor, ou de sa moitié,

par les divers attributaires désignés dans l'article 716. S'il s'agit de l'invention sur le fonds d'autrui, nous avons vu qu'on peut hésiter entre l'*occupation* et l'*effet de la loi* ; mais il n'y a pas de controverse, parce que les conséquences pratiques des deux solutions n'offrent aucune différence. En revanche, lorsqu'il s'agit de l'attribution faite au propriétaire du fonds, on a le choix entre deux opinions : ou bien dire que le trésor est un *don de la fortune* (par occupation, ou par le bienfait de la loi, selon les cas) ; ou bien que le trésor ou sa moitié revient au propriétaire, comme un *accessoire* de son fonds. La question se discutera dans deux hypothèses où elle offre un intérêt pratique :

α) Si le propriétaire est marié, l'attribution de ce qui lui revient variera suivant l'opinion adoptée. Si le trésor est un don de la fortune, il tombera dans la *communauté*, bien qu'il soit trouvé sur un immeuble ne faisant pas partie de la communauté ; il sera *paraphernal*, à supposer qu'il soit trouvé sur un immeuble dotal appartenant à une femme mariée sous le régime dotal. Si, au contraire, le trésor est un accessoire du fonds, il ne tombera pas en communauté, si le fonds où a eu lieu l'invention n'est pas un bien commun ; et il sera dotal, s'il est trouvé sur un immeuble dotal. Nous verrons, dans notre troisième volume, comment la Jurisprudence résout ces difficultés.

β) On peut supposer que la découverte du trésor a eu lieu dans une maison vendue par le propriétaire du sol pour être démolie. Un ancien arrêt semble bien avoir adopté ici le système du trésor, accessoire du fonds, car il a décidé que la part réservée au propriétaire appartiendrait à celui du sol et non à celui des matériaux. (Paris, 26 décembre 1825, D. J. G., *Propriété* 200, S. chron.).

B. — *Deuxième cas : Choses abandonnées.* — Cette variété d'invention ou d'acquisition *pro derelicto* est celle qui constitue l'industrie des chiffonniers. C'est à elle que les rédacteurs du Code civil ont pensé, lorsqu'ils ont rejeté la disposition primitive excluant l'occupation comme mode d'acquérir.

C. — *Troisième cas : Choses perdues ou égarées.* — Ces choses que l'on désigne parfois sous le nom d'*épaves*, nom emprunté à notre ancien Droit, ont appartenu à un maître, mais il est impossible de le retrouver. C'est donc moins par l'occupation que par un bienfait de la loi, que la propriété en est attribuée à l'inventeur. Encore ne l'est-elle pas toujours entièrement, ni dans tous les cas, immédiatement. Il y a à cet égard (V. art. 717), des « lois particulières », d'où résultent des distinctions à faire entre diverses catégories d'épaves.

a) ***Epaves maritimes.*** — Il résulte des textes applicables en la matière, c'est-à-dire de l'ordonnance de 1681, de l'ordonnance du 10 janvier 1770 et de la loi du 9 août 1791, qu'une déclaration de la découverte est toujours nécessaire, sous la sanction de certaines pénalités. Appartiennent à l'inventeur, pour la totalité, les ancres tirées du fond de la mer, les vêtements des naufragés. Appartiennent à l'inventeur, pour un tiers, et à l'État, pour les deux tiers, les objets naufragés autres que les ancres trouvées en pleine mer, à savoir l'argent, les bijoux, ou les objets précieux trouvés sur les

noyés. Appartiennent à l'État, les navires et les objets naufragés rejetés sur la grève. Dans tous les cas, le propriétaire peut faire une réclamation dans un certain délai, qui est généralement d'un an et d'un jour, à compter de la déclaration de la découverte.

b) *Epaves fluviales.* — On entend par là les épaves trouvées dans les cours d'eau navigables et flottables. L'ordonnance des Eaux et forêts de 1669 règle ainsi leur attribution. Faute de réclamation dans le délai d'un mois, à partir de leur découverte, les épaves sont vendues aux enchères. Les ayants droit, s'il s'en révèle, ont encore le droit de réclamer le prix des enchères, dans un délai d'un mois à partir de la vente. Après quoi, le prix appartient à l'État.

c) Les *épaves terrestres* (qui comprennent, faute d'un texte les visant spécialement, les objets trouvés dans les cours d'eau non navigables ni flottables), font l'objet de dispositions très diverses et peu homogènes qui sont loin d'ailleurs de les embrasser toutes.

α) Les objets déposés dans les *greffes des tribunaux* (L. 11 germinal an IV, Ord. 22 février 1829) peuvent être revendiqués par leur propriétaires, tant qu'ils n'ont pas été vendus aux enchères ; le prix peut être réclamé dans les trente ans de la vente.

β) Les objets délaissés dans les *lazarets* (L. 3 mars 1822 sur la police sanitaire, art. 20) peuvent être réclamés dans les deux ans. Le prix peut l'être dans les cinq ans de la vente.

γ) Les objets délaissés dans les *bureaux de douane* (L. 6-22 août 1791 titre IX) peuvent être revendiqués dans l'année, et le prix dans l'année de la vente.

δ) Les colis confiés aux entrepreneurs de *roulage ou de messageries* (Décr. 13 août 1810) sont vendus, s'ils ne sont pas réclamés dans les six mois de leur arrivée à destination. Le prix peut en être répété dans les deux années consécutives à la vente.

ε) Les sommes versées dans les caisses des agents des *postes et télégraphes*, ainsi que les objets trouvés dans les boîtes ou guichets (L. 4 avril 1898, art. 3), peuvent être réclamés dans les trois ans.

ζ) Les objets abandonnés chez les *ouvriers qui travaillent à façon* sont vendus au profit de l'État, après prélèvement de la créance du façonnier, s'ils n'ont pas été retirés dans le délai de deux ans. (L. 31 décembre 1903).

Il en est de même des objets abandonnés par les voyageurs chez les aubergistes ou hôteliers, lesquels peuvent être vendus six mois après le départ constaté du voyageur, en vertu de la loi du 31 mars 1896.

η) Les *bestiaux égarés* doivent être mis en fourrière, vendus après le délai de huit jours, et le prix versé dans la caisse du receveur de l'enregistrement, où les intéressés pourront le réclamer, tant que le délai de la prescription ne sera pas accompli (D. 18 juin 1811, art. 39).

θ) Restent les épaves terrestres en général, c'est-à-dire tous les autres *objets perdus*, par exemple, l'argent, les objets mobiliers, les animaux égarés dans la rue ou ailleurs. Aucun texte ne s'y rapporte. L'ancien Droit en attribuait en général la propriété au seigneur haut-justicier, sauf quelques

divergences entre les coutumes, quant aux délais de réclamation des propriétaires et quant à la part (parfois le tiers de leur valeur) attribuée aux inventeurs. La loi des 13-20 avril 1791, art. 7, a bien aboli le *droit d'épave* des seigneurs, comme tous les autres droits seigneuriaux, mais, ni alors, ni depuis, aucun texte n'a indiqué à qui ce droit serait désormais dévolu.

De là plusieurs opinions, dont la première et la plus simple consiste à dire que les épaves appartiennent à l'État, successeur des seigneurs dans leurs droits régaliens. Mais ce système est, en général, rejeté par la Doctrine et la pratique, pour cette raison que l'article 717 du Code civil annonce en cette matière, des « lois particulières », et que cette disposition, bien que la promesse y contenue n'ait pas été réalisée, suffit pour écarter l'application des textes qui attribuent à l'État les biens vacants et sans maître. La propriété des épaves appartiendra donc à l'inventeur. Et c'est en ce sens d'ailleurs que se prononce la pratique administrative, formulée ici par deux circulaires du ministre des finances du 10 août 1821 et du 5 août 1825.

Mais à quelles conditions s'effectuera cette attribution ?

Tout le monde est d'accord pour décider que la propriété de l'épave n'appartient à l'inventeur, que si le propriétaire n'a pas réclamé l'objet dans le délai de la *prescription*. Donc, nous ne nous trouvons pas ici en présence d'un cas véritable d'occupation. Le droit qu'a l'inventeur, c'est seulement de se mettre en possession ; il ne devient ensuite propriétaire de sa découverte que par la possession prolongée, autrement dit par la prescription, ce qui fait rentrer son cas dans ceux des acquisitions par l'effet de la loi. Quant à la prescription applicable en la matière, ce serait, à en croire certaines décisions, la prescription de trois ans établie pour la revendication des objets mobiliers perdus ou volés par l'article 2279, al. 2 (V. not. Trib. comm. Saint-Etienne, 8 novembre 1898, D. P. 99.2.331). Nous croyons qu'il n'en est rien, et que la seule prescription applicable est celle du droit commun, c'est-à-dire la prescription trentenaire (art. 2262). Nous verrons en effet que la prescription de trois ans de l'article 2279 est celle qui éteint l'action en revendication du propriétaire d'un objet perdu à l'encontre d'un possesseur *de bonne foi*. Mais un inventeur, sachant parfaitement que la chose trouvée ne lui appartient point, est, par définition même, un possesseur de mauvaise foi. C'est donc seulement au bout de trente ans de possession qu'il deviendra propriétaire légitime de l'objet qu'il a trouvé [1].

Encore faut-il que le détenteur soit en position de prescrire. Or, c'est un droit qui ne lui appartiendra pas, si l'on peut lui assigner la qualité de détenteur *précaire*, ce qui est le cas, par exemple, pour un hôtelier détenteur d'objets abandonnés dans son hôtel. Comme il s'agit de choses qui lui ont été confiées, cet hôtelier n'est pas un inventeur, mais un dépositaire, et la faculté qui appartient au propriétaire de revendiquer ses effets n'est jamais éteinte par la prescription, tant que les objets n'ont pas été vendus

1. Lorsque l'objet perdu a été vendu aux enchères par les soins de l'Administration, le propriétaire ne peut le revendiquer contre l'adjudicataire que pendant trois ans à compter du jour de la perte et à charge de lui rembourser le prix qu'il a payé (Civ., 13 juin 1921. *Gaz. Pal.*, 1922.1.81)

conformément à la loi précitée du 31 mars 1896 (V. note de M. Tissier sous Req., 30 mai 1902, S. 1903.1.129).

On ajoute parfois cette autre condition que l'inventeur doit avoir fait une *déclaration* de sa découverte à l'autorité publique. De fait, les anciennes coutumes exigeaient en général cette déclaration, pour que l'inventeur eût droit à la part qu'elles lui attribuaient. Et, de nos jours, les circulaires ministérielles précitées, ainsi que les règlements municipaux de nombreuses villes, imposent cette déclaration qui, à Paris, doit se faire à la Préfecture de police [1]. Mais les anciennes coutumes ont été abolies en 1790. Et les dispositions modernes invoquées n'ont que le caractère de *lois de police* ; elles ne peuvent trancher une question de propriété. La seule sanction du défaut de déclaration serait donc de constituer l'inventeur en état de contravention et de l'exposer par là à une amende. Mais il conserverait l'avantage de devenir propriétaire à l'expiration du délai de la prescription.

Ne pourrait-on pas dire, au moins, que le défaut de déclaration expose l'inventeur aux peines du vol ? Pas toujours. L'article 379 du Code pénal définit le vol une *soustraction* frauduleuse de la chose d'autrui. Or, une simple réticence n'a pas toujours ce caractère. Pour qu'il en fût autrement et que les peines du vol fussent encourues, il faudrait que le silence de l'inventeur eût été accompagné de manœuvres caractérisées, par exemple, de précautions prises pour empêcher le propriétaire de retrouver la trace des objets perdus (Crim. 30 janvier 1862, D. P. 62.1.442, S. 63.1.54).

1. D'après ces règlements municipaux, si l'objet perdu n'a pas été réclamé à l'Administration entre les mains de qui l'inventeur l'a remis, dans un délai d'un an, il est restitué à l'inventeur. Ne peut-on pas soutenir que, par l'effet de cette restitution l'inventeur acquiert un nouveau titre, qu'il est fondé à se croire possesseur de bonne foi et qu'en conséquence la revendication ne peut être exercée contre lui que durant trois ans conformément à l'article 2279, 2e al. ? (Voir en faveur de cette solution, Henri SIMONNET, *le statut juridique des objets perdus ou égarés et l'intervention administrative* (Revue trim. de Droit civ. 1922).

CHAPITRE II

ACQUISITION PAR L'EFFET DE LA LOI

Nous avons déjà vu certaines applications de ce mode d'acquisition, les unes certaines, les autres contestables, à savoir :

L'acquisition des fruits des choses par les usufruitiers légaux ;

L'acquisition de la mitoyenneté en conformité des articles 660 et 661 ;

L'attribution du trésor ou d'une part du trésor, ainsi que des épaves, au propriétaire du sol ou à l'inventeur, au moins dans les cas où il ne paraît pas possible de voir dans cette attribution un fait d'*occupation*.

Restent deux séries d'hypothèses où nous allons voir la loi effectuer l'attribution de la propriété ou d'autres droits réels. Ce résultat se produit à la suite et comme conséquence de deux faits, qui sont l'*accession* et la *possession*. L'un et l'autre de ces faits, surtout le second, donnent lieu à des théories dont l'importance déborde d'ailleurs la matière examinée jusqu'à présent dans cette Partie. Nous allons les étudier successivement.

SECTION I. — Théorie de l'accession.

Généralités. — L'accession c'est *l'union, l'incorporation matérielle d'une chose à une autre, plus importante.*

Lorsque ce fait se produit, le propriétaire de la chose principale acquiert la propriété de la chose accessoire. Comme le dit l'article 551, « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire ». Cette solution de notre Droit positif se justifie de façons diverses, suivant les cas.

Il peut se faire d'abord que la chose incorporée n'appartînt à personne auparavant. Alors, on peut voir dans l'attribution qui en est faite au propriétaire une variété d'occupation. En tout cas, on ne concevrait pas d'autre solution que la règle légale.

Au contraire, si les deux choses qui se trouvent réunies appartenaient antérieurement à des propriétaires différents, chacun, en principe, devrait avoir le droit de demander leur séparation. Mais cette séparation n'est pas toujours possible, et, quand elle l'est, le plus souvent elle ne s'effectuerait pas sans dégradations, sans entraîner par conséquent une déperdition fâcheuse de valeur économique. La loi intervient donc et décide l'attribution de la propriété de la chose nouvelle, tout entière, au profit du propriétaire de la chose principale. En même temps, pour que l'équité ne soit pas sacrifiée, elle confère au propriétaire de la chose accessoire, pour l'indemniser, une compensation pécuniaire, au moins lorsque l'incorporation n'a

pas eu lieu par sa faute et dans des conditions qui le rendent indigne de recevoir cette indemnité.

A cette justification pratique, on peut ajouter une considération d'ordre juridique ou rationnel développée par les auteurs romains, c'est que, lorsque l'union des deux choses est entière et complète, elles ont, en somme, disparu l'une et l'autre, en ce sens qu'elles ont perdu leur individualité respective antérieure. Il n'y a plus qu'une chose nouvelle, et il est naturel de l'attribuer au propriétaire de la chose antérieure la plus importante, car ce sont les caractères de cette chose qui dominent l'objet nouveau.

L'accession est tantôt *industrielle*, tantôt *naturelle*, suivant qu'elle se produit par le fait de l'homme, ou sans le fait de l'homme. Elle a lieu, soit relativement à un *immeuble*, soit relativement à un *meuble*.

§ 1. — Accession immobilière.

Ici, la première observation à faire c'est que, lorsque des objets mobiliers sont incorporés à un immeuble, c'est toujours le sol qui est considéré comme la chose la plus importante, et les matériaux comme l'accessoire. Ainsi, en cas de constructions édifiées sur le sol, la propriété appartiendra toujours au maître du terrain, quand bien même la valeur du sol nu serait très inférieure à celle des bâtiments. *Superficies solo cedit*, disaient déjà les Romains.

I. **Accession industrielle à un immeuble.** — Il y a accession de ce genre lorsque des plantations ou constructions sont effectuées sur le sol, ou des constructions nouvelles superposées à des constructions antérieures. Quand le fait se produit, la loi établit une première règle essentielle, à savoir que la construction nouvelle ou la plantation sont présumées faites par le propriétaire, avec des plantes ou des matériaux lui appartenant (art. 553). C'est, en effet, la situation normale et ordinaire. Toutefois, l'article 553 réserve la preuve contraire, et cette preuve peut se faire par tous les moyens possibles. En effet, la situation respective des parties intéressées implique le plus souvent qu'il leur a été impossible de se ménager une preuve écrite à l'encontre l'une de l'autre (Civ., 23 mai 1860, D. P. 60.1.384, S. 60.1.792 ; Req. 7 juillet 1924, D. H 1924, p. 529).

Deux situations anormales peuvent donc se rencontrer :

1° Il se peut que le propriétaire du sol ait effectué des plantations ou constructions, en usurpant les matériaux d'autrui.

2° Il se peut que ce soit le propriétaire des matériaux qui, en faisant les plantations ou constructions, ait usurpé le sol d'autrui.

Première hypothèse : Le propriétaire du sol a fait des constructions ou plantations avec les matériaux d'autrui. — « Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu ; mais le

propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever » (art. 554). Ainsi, le propriétaire du sol devient propriétaire des plantations et constructions. Et la loi ne distingue pas suivant qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi en effectuant son ouvrage. D'ailleurs, on peut dire que l'article 554 serait inutile à l'égard du constructeur de bonne foi qui, à moins d'avoir employé des matériaux perdus ou volés, serait déjà à l'abri de toute revendication, en vertu de la règle de l'article 2279 (*en fait de meubles possession vaut titre*). Dans tous les cas, celui dont les matériaux ont été employés en a perdu la propriété ; il n'a droit qu'à une indemnité en argent correspondant à leur valeur, et aussi, le cas échéant, au préjudice qu'il a pu subir par suite de l'acte du propriétaire, par exemple, en se voyant contraint d'ajourner des réparations urgentes, dont son propre immeuble aurait eu besoin et pour lesquelles il s'était procuré les matériaux employés par un autre.

Notons que l'article 554 ne soumet la règle qu'il établit qu'à une seule condition à la fois nécessaire et suffisante, à savoir qu'il y ait eu des *ouvrages faits* par le propriétaire du sol. D'où les conséquences suivantes :

1° Il faut qu'il y ait eu incorporation *matérielle* des objets mobiliers au *sol*. Une simple destination donnée aux matériaux, quand bien même ce serait des objets de nature à pouvoir devenir immeubles par destination, comme des machines attachées à l'exploitation d'une usine, ne produirait pas le même effet. Le propriétaire de ces objets, par exemple, des machines, pourrait les revendiquer par application des articles 2279 et 2280, pendant trente ans, à l'encontre d'un possesseur de mauvaise foi, et, s'il s'agissait d'objets perdus ou volés, pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, à l'encontre même d'un possesseur de bonne foi.

2° Contrairement à ce que décidaient les jurisconsultes romains, les plantations appartiennent au propriétaire du sol dès que les arbres ont été insérés dans le sol ; il n'est pas nécessaire qu'il y aient pris racine.

3° Lorsqu'il y a eu accession de constructions, et que l'édifice vient ensuite à être démoli, soit fortuitement, soit par la volonté du propriétaire, le propriétaire des matériaux ne peut même alors les revendiquer ; il n'a toujours droit qu'à une indemnité pécuniaire, à supposer qu'elle n'ait pas encore été versée. Ici encore les Romains décidaient le contraire (Gaius, 7, § 1, D. *de adquir. rer. domin.*, XLI,1), mais ils se plaçaient à un point de vue différent du nôtre. La justification qu'ils donnaient du droit d'accession était cette seule raison juridique que, la substance de la chose accessoire ayant disparu, la revendication n'en était plus possible ; dès lors, en cas de démolition, les matériaux, cessant d'être incorporés, pouvaient être repris par le propriétaire. Chez nous l'article 712 faisant de l'accession un mode d'acquisition de la propriété, il y a là une attribution légale qui est définitive, car la loi ne la subordonne à aucune condition résolutoire.

Deuxième hypothèse : Un possesseur a construit ou planté sur le sol d'autrui.[1] — Dans ce cas, qui se présente bien plus fréquemment que le précédent, l'article 555 applique encore la règle *Quod solo ædificatur solo cedit*. L'auteur de l'incorporation n'a donc pas le droit d'enlever les

1. Larcher. *Constructions sur le terrain d'autrui*, thèse Nancy, 1894.

plantes ou les matériaux, sans la volonté du propriétaire du sol. Mais ce dernier, s'il peut, à son gré, le jour où il reprend son immeuble, devenir propriétaire des plantations ou constructions, est-il tenu de les conserver ; ne pourrait-il les rejeter et contraindre leur auteur à les reprendre ? S'il les conserve, doit-il payer une indemnité et, dans ce cas, quel en sera le montant ? Autant de problèmes que la loi, reproduisant encore ici, en général, les règles du Droit romain, résout d'une façon différente, suivant que le possesseur du sol d'autrui, auteur des constructions ou plantations, a été de bonne ou de mauvaise foi.

Disons aussitôt que l'article 555, al. 3, pour déterminer dans quel cas le possesseur est de bonne foi, renvoie à la définition donnée par l'article 550. Sera donc de bonne foi celui qui possède le sol sur lequel il a fait des constructions et plantations, en croyant en être propriétaire, et dont la croyance erronée s'appuie sur un titre qu'il a cru à tort efficace (Pau, 15 juillet 1904, sous Req., 7 novembre 1905, D. P. 1906.1.513, note de M. Guénée, S. 910.1.390). La bonne foi s'apprécie au moment où est effectuée l'incorporation au sol.

1° *Le possesseur était de mauvaise foi.* — En effectuant des travaux sur un sol qu'il savait ne pas lui appartenir, et qu'il devait s'attendre à restituer, le possesseur a commis une faute. Il serait injuste qu'il pût contraindre le propriétaire à conserver ces travaux et à lui en payer la valeur. D'autre part, on ne saurait autoriser le propriétaire du sol, lorsqu'il le reprend, à s'approprier, en outre, les travaux payés par le possesseur, sans lui verser d'indemnité, car nul ne doit être admis à s'enrichir aux dépens d'autrui. De là les dispositions de l'article 555 qui ouvre au propriétaire l'option suivante :

Il peut, s'il ne désire pas conserver des travaux qu'il n'a pas commandés, contraindre le possesseur à les reprendre ; en ce cas, la suppression des plantations et constructions « est au frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages, intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds », par exemple, au cas où l'enlèvement des travaux ne peut se faire sans dégradation pour l'immeuble.

Si, au contraire, le propriétaire préfère retenir les ouvrages faits par le possesseur de mauvaise foi, il en a le droit, mais alors « il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de la valeur que le fonds a pu recevoir ». Mais on remarquera qu'en fait il arrivera rarement que le propriétaire du sol, désireux de retenir les travaux effectués par le possesseur, soit contraint de payer, comme l'exige l'article 555, la valeur totale. En effet, la faculté qui lui appartient de forcer le possesseur à l'enlèvement sans indemnité, lui permettra souvent d'obtenir à l'amiable un rabais sur le prix des travaux. L'ex-possesseur aimera mieux ne toucher qu'une indemnité réduite que d'être obligé de se contenter de la valeur des démolitions.

En revanche, le droit de démolir, qui appartient au constructeur de mau-

vaise foi, lorsque le propriétaire du sol entend ne payer aucune indemnité, doit être maintenu rigoureusement. C'est à tort qu'on a prétendu le lui enlever, dans le cas où il serait établi qu'il ne peut tirer aucun parti des matériaux à provenir de la destruction. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse de peintures exécutées sur les murs de l'immeuble d'autrui. A quoi bon, a-t-on dit, autoriser le possesseur expulsé de l'immeuble à gratter ces peintures, au cas où le propriétaire entend ne pas les payer ? Il y aurait de sa part, s'il faisait cette opération, une malice pure et simple que la loi ne peut encourager ; *malitiis non est indulgendum*. Mais il est facile de répondre que l'acte du possesseur n'est pas une malice. C'est un procédé de bonne guerre, qu'il emploie pour éviter d'être frustré et qui a, par conséquent, un but légitime.

2° *Le possesseur était de bonne foi.* — La loi se montre moins dure pour lui, en ce sens qu'elle ne permet pas au propriétaire de lui imposer la destruction sans indemnité. Le propriétaire, en reprenant son fonds, doit donc conserver et payer les plantations et constructions. A quel taux ? A cette question, l'article 555 *in fine* répond que le propriétaire « aura le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. » Ainsi, remboursement de la dépense ou remboursement de la plus-value, le propriétaire a l'option entre les deux. Cette règle donne lieu à deux observations :

A. — On pourrait être tenté de s'étonner de la différence du traitement fait par la loi au possesseur de mauvaise foi et au possesseur de bonne foi. Celui-ci en effet peut paraître, à certains égards, moins favorisé que l'autre. Le possesseur de mauvaise foi, lorsque le maître du fonds entend conserver les ouvrages, a droit à la totalité de sa dépense. Le possesseur de bonne foi n'a droit, s'il plaît au propriétaire de l'y réduire, qu'au montant de la plus-value, laquelle, ainsi que cela résulte d'une expérience presque constante, est, en général, très inférieure à la somme dépensée. Comment expliquer cette anomalie ? La réponse à cette question traditionnelle est la suivante. Lorsque le possesseur est de bonne foi, le propriétaire est contraint de garder les travaux, *volens nolens*. Il serait injuste de lui imposer une trop forte dépense. Tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui. Au contraire, en face d'un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire ne garde les travaux que parce qu'il le veut bien ; s'il conserve des ouvrages qu'il pourrait faire démolir, il y a, de sa part, comme une approbation de la dépense, et il est naturel qu'il la rembourse dans sa totalité. On a vu d'ailleurs qu'en fait la faculté qui lui appartient de contraindre un constructeur de mauvaise foi à démolir sans indemnité, lui permettra le plus souvent d'obtenir des concessions amiables qui réduiront ses débours à une somme très inférieure.

Ajoutons que, s'il plaisait au propriétaire de ne pas qualifier le détenteur de l'immeuble de possesseur de mauvaise foi, par exemple, en s'abstenant, dans sa revendication, de conclure à la restitution des fruits, le possesseur ne serait pas admis à réclamer une indemnité supérieure à celle de la plus-

value, car il faudrait pour cela qu'il établît sa propre mauvaise foi, ce à quoi on ne saurait l'admettre. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Req., 7 novembre 1905, D. P. 1906.1.613, note de Guénée, S. 1910.1.390).

Enfin, d'après une jurisprudence, à la vérité assez contestable, il y a entre le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi cette différence, tout à l'avantage du dernier, qu'on lui reconnaît un *droit de rétention*, c'est-à-dire le droit de ne se dessaisir de l'immeuble revendiqué par son propriétaire, qu'après versement de l'indemnité à laquelle il a droit. Le possesseur de mauvaise foi, au contraire, n'a pas de droit de rétention ; il faut qu'il abandonne l'immeuble ; il recouvrera comme il pourra sa créance d'indemnité (Cf. Crenoble, 10 juillet 1860, D. P. 62.2.40 ; Besançon, 17 mars 1897, D. P. 98.2.211).

B. — Il peut se faire que la plus-value soit si considérable que le propriétaire se trouve hors d'état de la payer. Il a, en effet, des constructions qui doublent ou triplent la valeur du sol nu sur lequel elles ont été édifiées. Dans ce cas, l'ancien Droit admettait une solution tout à fait équitable et pratique : elle consistait à remplacer la dette du propriétaire par une rente perpétuelle, dont il payait les arrérages au moyen des revenus nécessairement accrus de l'immeuble (Pothier, *De la propriété*, n° 347). De nos jours, dans le silence de la loi, il est impossible d'adopter le même expédient. On doit donc décider que le propriétaire restera exposé aux poursuites du possesseur, son créancier, lequel, conformément au Droit commun, aura le droit de saisir et faire vendre tous ses biens, y compris l'immeuble muni de ses constructions. Toutefois nous croyons que le propriétaire, par application de la règle des *délais de grâce* (art. 1244), pourrait solliciter et obtenir du juge un délai, qui lui permettrait de s'acquitter par versements échelonnés (V. anal. Besançon, 17 mars 1897, D. P. 98.2.211).

Les dispositions de l'article 555 que nous venons d'étudier sont d'ailleurs moins intéressantes en elles-mêmes, qu'à propos des *extensions* plus ou moins considérables qu'il y a lieu d'en faire à des matières que le législateur ne semble pas avoir prévues. Ces extensions ont suscité des controverses dont il nous reste à faire l'exposé.

A quels ouvrages s'applique l'article 555 ? — On peut se demander d'abord à *quelles choses* s'appliquent les règles de l'article 555. La loi parle de *plantations*, de *constructions*, d'*ouvrages ;* il semble bien que ces mots visent un travail ayant abouti à la création d'un objet nouveau, mais non les simples *améliorations*, telles que des travaux de desséchement et de drainage ou, à plus forte raison, des *réparations* de constructions déjà existantes. Si l'on suppose cependant que le possesseur de la chose d'autrui y a effectué des améliorations ou des réparations, à quel règlement donneront-elles lieu, lorsque le propriétaire reprendra son immeuble ?

On répondra que, la loi ayant gardé le silence, il y a seulement lieu d'appliquer cette règle générale que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, ce qui nous conduit à adopter les solutions toutes rationnelles professées par les jurisconsultes romains, quant au règlement des

impenses faites par le possesseur, en cas de revendication ou de pétition d'hérédité (38, 39, D., *de hered. petit.*, V, 3 ; 37, 38, D., *de rei vind.*, VI, 1). On distinguera donc les impenses *nécessaire, utiles, voluptuaires*. Le propriétaire qui revendique doit toujours rembourser, en totalité, les impenses *nécessaires*, celles sans lesquelles l'immeuble eût péri ou se fût détérioré gravement ; en effet, il aurait été forcé de les faire lui-même, s'il fût resté en possession. Il doit rembourser les impenses *utiles*, c'est-à-dire telles qu'elles ont produit une plus-value, en payant à son choix le montant de la dépense, ou le montant de la plus-value. Enfin, il n'a pas à payer les dépenses *voluptuaires*, car elles n'ont pas augmenté la valeur de son fonds, et n'ont servi qu'à l'agrément du possesseur imprudent. Jamais le propriétaire ne peut exiger la destruction des travaux d'amélioration ou de réparation faits par le possesseur, fût-il de mauvaise foi (Civ., 22 août 1865, D. P. 65.1.358, S. 66.1.153).

A quels possesseurs s'applique l'article 555 ? — Le texte vise les rapports d'un propriétaire et d'un possesseur. Mais de quel *possesseur* s'agit-il? Nous verrons en effet que ce terme a deux acceptions. Dans son sens large et vulgaire, il s'applique à quiconque détient la chose d'autrui ; par exemple, on appellera possesseur un locataire, un usufruitier, etc... Dans son sens technique et restreint, au contraire, le mot de possesseur s'applique exclusivement à celui qui détient la chose *animo domini*, pour son compte et non comme représentant du propriétaire véritable, c'est-à-dire dans des conditions telles, qu'au bout d'un laps de temps plus ou moins long, sa possession se transformera en propriété par la vertu de la prescription. Or, il semble bien que le texte de l'article 555 ne vise que les possesseurs, au sens le plus strict du mot. En effet, il suppose un propriétaire en face d'un « tiers évincé ». Ces mots impliquent qu'il y a eu instance en revendication ou en pétition d'hérédité ; ils ne sauraient donc concerner le cas d'un simple détenteur précaire. Voici dès lors les diverses catégories de personnes auxquelles on ne saurait appliquer les dispositions de l'article 555 :

1° Les mandataires ou gérants d'affaires qui ont détenu l'immeuble pour le compte du propriétaire et en son nom ;

2° Les locataires et fermiers, qui sont de simples détenteurs précaires et qui, lorsqu'arrive la fin du bail, ne restituent pas l'immeuble à la suite d'une revendication qui les *évince*, mais en vertu de l'obligation personnelle de restituer qu'ils ont souscrite envers leur bailleur ;

3° Les propriétaires, dont le droit a été ensuite *résolu* par l'effet d'une condition, par exemple, un acheteur à réméré, ou un donataire dont la donation est anéantie par la survenance d'enfants au donateur, ou encore, un acheteur qui n'a pas payé son prix et se voit expulser de l'immeuble. En effet, ici encore, il n'y a pas *éviction* du détenteur, mais *résolution* de son droit ; de plus, on ne peut même le qualifier de *tiers*, car, lorsqu'il détenait l'immeuble, c'était lui qui en était propriétaire. Et nous en dirons autant d'un copropriétaire par indivis qui, ensuite, par l'effet du partage, voit l'im-

meuble ou la portion d'immeuble qu il avait détenue pendant l'indivision, passer entre les mains d'un autre copartageant.

Si donc l'on suppose qu'un détenteur, appartenant à l'une des catégories ci-dessus, a effectué des plantations ou des constructions sur l'immeuble, ces ouvrages devenant, à titre d'accessoire du fonds, la propriété du maître de l'immeuble, et l'article 555 n'étant pas applicable à l'hypothèse, il semble que, rationnellement, on devrait adopter la solution suivante.

D'abord, bien entendu, il va de soi que, s'il y a *convention* entre les parties au sujet des constructions et plantations à effectuer par le détenteur (ce qui est souvent le cas entre bailleur et locataire), cet accord devra être observé et le règlement être établi en conséquence, si désavantageux qu'il puisse être pour l'une des parties (Req., 18 février 1896, D. P. 96.1.240, S. 97.1.36).

A défaut de contrat, on devrait, semble-t-il, appliquer la règle que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. Donc, le propriétaire de l'immeuble devrait payer, à son choix, le montant de la dépense ou celui de la plus-value ; jamais il n'aurait le droit d'imposer la destruction au détenteur. Que s'il s'agit de travaux de pur agrément et n'ayant, par conséquent, ajouté aucune valeur à l'immeuble, le propriétaire n'étant tenu de rien payer, le constructeur aurait le droit de reprendre les matériaux, dans la mesure où cette reprise pourrait s'accomplir sans détérioration de l'immeuble.

Ce n'est pas cependant toujours ainsi qu'a statué la Jurisprudence, et ses décisions, en cette matière, ne sont ni parfaitement juridiques, ni très cohérentes entre elles.

1° Les travaux ont-ils été faits par un *mandataire* ou *gérant d'affaires*, le maître du terrain, conformément aux principes de la gestion d'affaires (art. 1375), ne sera tenu que dans la mesure de l'utilité finale de la gestion, autrement dit, jusqu'à concurrence de la plus-value donnée à l'immeuble (Pau, 15 juillet 1904, sous Req., 7 novembre 1905, D. P. 1906.1.513).

2° En revanche, on appliquera la distinction de l'article 555 aux *locataires* ou *fermiers*, aux *propriétaires dont le droit est résolu* et aux *copropriétaires par indivis*. On les traitera donc comme des possesseurs de bonne foi ou de mauvaise foi, ayant droit, dans le premier cas, au remboursement de la dépense ou de la plus-value, au gré du propriétaire, pouvant se voir imposer la destruction sans indemnité, dans le second cas, selon qu'ils auront connu ou ignoré qu'ils possédaient le fonds d'autrui. En conséquence, le locataire, le fermier et le copropriétaire par indivis seront assimilés à des personnes *de mauvaise foi*, le titre même en vertu duquel ils détiennent impliquant qu'ils sont au courant de la situation ; le propriétaire aura donc l'option, ou de leur imposer l'enlèvement des travaux, ou de conserver ceux-ci en payant les matériaux et la main-d'œuvre. Quant aux propriétaires dont le droit est anéanti, ils seront considérés, soit comme des possesseurs de bonne foi, soit comme des possesseurs de mauvaise foi, selon qu'ils auront ou non agi en connaissance de cause. Par exemple, un donataire dont le droit a été résolu pour survenance d'enfants, sera un possesseur de bonne foi, s'il a fait les travaux avant la naissance des enfants ; il sera possesseur de mauvaise foi, s'il a élevé les constructions depuis que cette

cause de révocation a été connue de lui (Cf. Req., 8 mars 1886, D. P. 87.1 298, S. 87.1.373 ; Pau, 5 mai 1890, D. P. 91.2.213 ; Besançon, 17 mars 1897, D. P. 98.2.211).

3° Cependant, on ne laisse pas de relever des décisions isolées qui excluent l'application de l'article 555 à certains détenteurs précaires, assimilables au précédents, car ils connaissaient la situation, et qui leur donnent droit au remboursement de la dépense ou de la plus-value, sans que le maître du terrain puisse jamais leur imposer la destruction sans indemnité. Il en est ainsi pour l'affectataire chargé d'un service public sur un immeuble dépendant du domaine de l'Etat (Paris, 23 avril 1891, sous Req., 4 décembre 1894, D. P. 96.1.97, note de M. Sarrut, S. 97.1.173); et pour le successible qui, du vivant du *de cujus*, a construit sur un fonds appartenant à ce dernier (Agen, 3 mars 1902. D. P. 1902.2.241, note de M. Ambroise Colin).

Constructions et plantations faites par un usufruitier. — Il semble, étant donnés les errements de la Jurisprudence, que l'usufruitier devrait être traité comme un possesseur de mauvaise foi, lorsqu'il a élevé des constructions ou fait des plantations sur l'immeuble. C'est ce que décide la Jurisprudence belge (Cass. belge, 27 janvier 1887, D. P. 88.2.256, S. 87.4.29). Mais notre Cour de cassation adopte une opinion contraire. En effet, elle étend à ces *travaux neufs* la solution que l'article 599, on s'en souvient, édicte pour les *améliorations* faites par l'usufruitier. Un premier arrêt de 1825 (Civ., 23 mars 1825, D. *J. G.*, *Usufruit*, 745, S. chron.) établit cette assimilation dans une espèce où les constructions atteignaient une valeur de plus de 500.000 francs. Un autre arrêt de 1885 (Req., 4 novembre 1885, D. P. 86.1.361, S. 86.1.113. Cf. Montpellier, 21 février 1907, S. 1907.2.138) a statué dans le même sens, au sujet d'une maison édifiée par l'usufruitier en façade de la rue Royale, à Paris, et dont la valeur n'était pas moindre de 256.889 francs. Les arguments invoqués en faveur de cette extension sont, d'abord, la difficulté pratique qu'il y aurait à discerner où finit l'*amélioration* et où commence la *construction*, ensuite une prétendue analogie avec la disposition de l'article 2133, aux termes duquel l'hypothèque « s'étend à toutes les *améliorations* survenues à l'immeuble hypothéqué », phrase qui, de l'avis général, comprend les constructions ou plantations élevées sur le terrain nu. Enfin, on invoque la tradition des jurisconsultes romains et de notre ancien Droit français.

Nous n'hésitons pas à désapprouver cette jurisprudence, qui consacre de criantes injustices et traite l'usufruitier plus défavorablement qu'un usurpateur. L'extension de la règle de l'article 599, déjà si critiquable en soi, nous l'avons vu, est contraire au bon sens. Les améliorations sont prises en général sur les revenus ; on conçoit à la rigueur que l'usufruitier subisse seul l'effet d'une spéculation qu'il a faite en sacrifiant une partie des fruits. Mais une construction nouvelle est un capital. Pourquoi le faire passer, sans indemnité, du patrimoine de l'usufruitier dans celui du nu-propriétaire ? La difficulté pratique de discerner les travaux neufs des simples

améliorations est-elle si grande ? Nous avons vu que la Cour de cassation fait, par ailleurs, cette distinction, quand il s'agit de possesseurs au sens rigoureux du mot[1]. Quant à l'argument tiré de la tradition doctrinale, il est sans valeur. En effet, les Romains et, à leur suite, nos anciens auteurs, (Voir Pothier, *Douaire*, n° 277) refusaient toute indemnité à celui qui a construit *sciemment* sur le sol d'autrui (7, § 12, D., *de adquir. rer. dom.*, XLI, 1). Mais, aujourd'hui, l'article 555 a rompu avec cette règle injuste ; il attribue une indemnité au possesseur de mauvaise foi, lorsque le maître du terrain entend conserver ses travaux. Le moins qu'on devrait accorder à l'usufruitier serait de l'assimiler au possesseur de mauvaise foi.

L'iniquité de la Jurisprudence est même encore aggravée par la Doctrine qui, en général, refuse à l'usufruitier jusqu'au droit d'*enlever* les matériaux qu'il pourrait retirer sans détériorer le fonds. Il y a cependant là une faculté, qui non seulement appartient au constructeur de mauvaise foi non indemnisé, mais que l'article 599 semble bien accorder expressément à l'usufruitier, quand il nous dit que celui-ci peut « enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer... à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ». Mais on argumente du mot *ornements*, contenu dans cet article, pour décider que le droit d'enlèvement n'existe pas pour les accessoires *utiles*, tels que constructions et plantations, lesquels ne peuvent être détachés du fonds auquel ils se sont incorporés.

II. **Accession immobilière naturelle.** — La loi prévoit deux catégories d'accession immobilière naturelle : l'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau, et l'accession résultant de la fixation de certains animaux sur le fonds.

1° **Accession résultant du voisinage des cours d'eau.** — Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

A. — *Atterrissements ou alluvions.* — On appelle ainsi les accroissements naturels que reçoit la rive d'un cours d'eau, sans qu'il y ait détachement d'une portion reconnaissable d'un rivage supérieur. C'est le propriétaire riverain qui profite de l'atterrissement ; c'est là un avantage qui compense les inconvénients pouvant résulter du voisinage du cours d'eau. Cette variété d'acquisition par accession se rencontre dans deux cas distincts, ceux du *lai* ou alluvion, et du *relai*.

a) *L'alluvion* proprement dite, ou *lai* de rivière, est l'accroissement résultant de ce que des parcelles de terre se sont « successivement et imperceptiblement » attachées à une rive. Dans ce cas, l'article 556 décide que « l'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non ; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements ». Le *marchepied* ou *chemin de halage* est la partie du fonds limitrophe d'une rivière navigable ou flottable, qui est frappée de la « servi-

[1] V. *suprà*, p. 867

tude publique » de l'article 650. Cette portion de terrain, bien que servant à un usage public, n'en est pas moins une propriété privée. Si donc la rivière venait à modifier son cours, le marchepied ou chemin de halage serait reporté plus loin, et le propriétaire de la rive reprendrait l'usage de la partie de son fonds qui se trouverait ainsi libérée.

b) Le *relai* de rivière, c'est la surface découverte par « l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre ». Alors (art. 557) « le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu ». On remarquera que le Code ne distingue pas davantage ici entre les rivières navigables et flottables et les autres. Mais, si la solution légale est tout à fait conforme, en ce qui concerne les cours d'eau non navigables ni flottables, au principe (consacré en 1898) qui attribue la propriété de leur lit aux riverains, elle s'explique moins en ce qui concerne les rivières navigables et flottables, dont le lit appartient à l'Etat et dont les relais, en bonne logique, devraient lui appartenir aussi. D'ailleurs, l'avantage concédé aux riverains au détriment de l'Etat comporte deux restrictions importantes :

α) Lorsqu'il s'agit d'une rivière *canalisée*, il est généralement admis que les riverains ne profitent pas des relais formés le long des berges.

β) Quand il se forme un atterrissement subit dans une rivière navigable ou flottable, à la suite de travaux publics, tels que l'établissement de digues ou de quais, les riverains n'ont pas un droit de propriété sur les surfaces découvertes, lesquelles appartiennent à l'Etat. Seulement, lorsque ces terrains sont aliénés au profit du Trésor, les riverains ont un droit de *préemption*, analogue à celui que nous rencontrerons bientôt dans l'article 563 (nouveau). Ainsi l'a décidé la loi du 8 avril 1898 (art. 38).

Deux questions délicates ont été discutées à propos des alluvions ou atterrissements :

a') A quelle hauteur doivent atteindre les dépôts ou relais découverts le long des berges, pour qu'on puisse dire qu'il y a alluvion ? On admet en pratique que l'alluvion n'est réputée formée que quand elle dépasse le niveau de l'eau, aux époques de l'année où son débit est le plus considérable (Paris, 7 avril 1868, D. P. 68.2.115, S. 68.2.309).

b') Comment l'alluvion se partage-t-elle entre propriétaires riverains ? L'opinion dominante est qu'il n'y a pas à tenir compte du plus ou moins de *profondeur* des héritages, ni de la *direction des lignes* qui les divisent, et que le partage doit se faire proportionnellement à la *largeur* que chaque héritage présente sur l'ancienne rive (V. note, D. P. 54.2.229. — Pour l'hypothèse où le cours d'eau forme des angles saillants ou rentrants, V. Req., 25 février 1907, D. P. 1908.1.281, S. 1910.1.177, note de M. Naquet).

B. — *Avulsion.* — On désigne ainsi le cas, assurément assez rare, sauf pour des torrents très fougueux, où une portion d'un fonds, considérable et reconnaissable, en est détachée par les eaux et portée vers un fonds inférieur, ou sur la rive opposée. Dans ce cas, l'article 559 décide que « le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété ; mais il est tenu de former sa demande dans l'année ; après ce délai, il n'y sera plus rece-

vable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci ».

C. — *Iles et îlots de formation nouvelle.* — Les îles et îlots qui se forment par suite de l'abaissement des eaux ou de l'exhaussement partiel du lit, appartiennent à l'Etat ou aux particuliers riverains, suivant que leur formation a eu lieu dans une rivière navigable ou flottable, ou dans un cours d'eau non navigable ni flottable (art. 560-561). C'est, en somme, la même solution que pour les alluvions, avec cette différence que, pour les cours d'eau navigables et flottables, la loi consacre ici la solution logique, en attribuant les îles et îlots non aux particuliers, mais à l'Etat. Lorsqu'il y a plusieurs riverains, le partage se fait en traçant une *ligne médiane* dans la rivière ; cette ligne détermine à quelle rive les îles doivent être attribuées, ou pour quelle part elles seront partagées entre les deux rives ; quant aux riverains de chaque rive, le partage se fait entre eux, comme pour les alluvions, proportionnellement à leur ligne de front.

Cette hypothèse ne comprend pas le cas où « une rivière, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain et en fait une île ». Dans ce cas (art. 562), « le propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable ».

D. — *Découverte totale du lit.* — La dernière hypothèse à envisager est celle où un cours d'eau abandonne entièrement son ancien lit, pour se former un nouveau cours. L'ancien article 563, par une disposition toute d'équité, décidait que les propriétaires du terrain nouvellement occupé prendraient, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui aurait été enlevé. Mais cette disposition a été abrogée par la loi du 8 avril 1898. Désormais, il y a lieu de faire la distinction suivante :

S'agit-il de rivières non navigables ni flottables, le lit mis à découvert appartiendra, non plus aux propriétaires envahis par le nouveau tracé de la rivière, mais aux anciens riverains qui, de par la loi de 1898, en sont les propriétaires (L. avril 1898, art. 5).

S'agit-il d'une rivière navigable et flottable, le lit découvert appartient à l'Etat ; mais il reçoit une destination ayant pour but le dédommagement des propriétaires envahis. A cet effet, le texte nouveau emploie un procédé plus pratique que l'ancien. Le lit découvert doit être mis en vente. Le prix du terrain est fixé par des experts nommés par le président du tribunal, à la requête du préfet. Ce dernier fait notification aux riverains de la somme fixée par les experts, et ils ont trois mois pour se rendre acquéreurs, à ce prix, du lit abandonné, chacun en droit soi. Faute de leur déclaration, « il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit, selon les règles qui président aux aliénations du domaine de l'Etat. Le prix provenant de la vente est en tous cas distribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours, à titre d'indemnité, dans la proportion de la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux ».

On aura remarqué ici un nouvel effet regrettable du cadeau malencon-

treux que la loi du 8 avril 1898 a fait aux riverains en décidant qu'ils sont propriétaires du lit des rivières non navigables ni flottables. L'une des conséquences de cette attribution a été, on le voit, de faire supprimer l'indemnité naguère accordée aux propriétaires envahis par les petites rivières changeant de cours, et de conférer ainsi, le cas échéant, un enrichissement absolument injustifié aux riverains de l'ancien lit !

Faisons cette dernière observation que, telle quelle, la règle de l'article 563 ne s'applique certainement qu'au cas où le changement du cours de la rivière est dû à un accident naturel, et non à celui où il a été le résultat d'un travail public (Req., 6 novembre 1867, D. P. 71.1.245, S. 69.1.352).

2° Droit d'accession sur certains animaux[1]. — Aux termes de l'article 564, « les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et par artifice ». Ainsi, la loi considère comme une sorte d'accession, le passage spontané, ou provoqué sans fraude, des animaux qu'elle énumère, sur un autre héritage ; ils deviennent l'accessoire de ce fonds et appartiennent, dès lors, à son propriétaire.

A quels animaux s'applique la règle de l'article 564 ?

Ce n'est pas aux animaux entièrement sauvages, perdrix, lièvres, bêtes fauves, qui sont *res nullius* et appartiennent au premier occupant.

Ce n'est pas non plus aux animaux domestiques, tels que les animaux de basse-cour qui, s'ils s'échappent du fonds, ne cessent pas d'être la propriété de leur maître et peuvent, dès lors, être revendiqués. On notera toutefois que les animaux de basse-cour ne peuvent être réclamés que dans le mois après la déclaration qui devra être faite à la mairie par les personnes chez lesquelles les animaux se sont enfuis (L. 4 avril 1889, art. 5).

Les animaux dont parle notre texte sont les animaux d'une nature mixte, ni tout à fait domestiques, ni tout à fait sauvages, qui vivent sur un fonds *in libertate naturali*. L'article 564 cite les pigeons des colombiers, les lapins, des garennes, les poissons des étangs. Mais cette énumération n'a rien de limitatif. Ainsi, l'article 564 s'applique au gibier tout à fait sauvage, mais renfermé dans un parc enclos, de même qu'aux abeilles. On sait toutefois, en ce qui concerne ces derniers animaux, que le propriétaire de l'essaim a le droit de le ressaisir, tant qu'il n'a pas cessé de le suivre (L. 4 avril 1889, art. 9).

La disposition de l'article 564 donne lieu à deux observations :

A. — Elle est en contradiction, a-t-on dit, avec l'article 524, d'après lequel les lapins des garennes, les pigeons des colombiers, les poissons des étangs ne sont immeubles par destination que s'ils ont été placés sur le fonds *par le propriétaire*. Nous croyons, au contraire, qu'il n'y a nullle contradiction. Dans les hypothèses visées par l'article 564, les animaux

1. **Sorel**, *Du droit de suite et de la propriété du gibier*.

deviennent *pars fundi* non par *destination*, mais par *accession* ; les deux textes se concilient donc très bien.

B. — La loi admet que les animaux qu'elle vise deviennent propriété du maître du terrain, même quand ils ont été attirés par lui, pourvu que ce soit sans *fraude* ni *artifice*, et la Jurisprudence se montre assez large dans l'appréciation, d'ailleurs souveraine, qu'elle fait des cas où il y a attirance frauduleuse. C'est ainsi que le fait de disposer aux limites de son enclos des trappes mobiles permettant au gibier du voisin d'entrer, mais non de sortir, est considéré comme légitime ! (Req., 22 juillet 1861, D. P. 61.1.475, S. 61.1.825) Et il en est de même du fait de placer des écluses, qui laissent pénétrer le poisson dans un réservoir aux heures de marée, ou de grande pluie, mais l'empêchent d'en sortir (Bordeaux, 20 février 1888, D. P. 89.2. 161). Mais on se demande si, au cas où il y a eu fraude ou artifice, le propriétaire dépouillé pourrait réclamer les animaux, à supposer qu'il puisse justifier de leur identité. Certains auteurs ont répondu négativement et enseigné qu'il a seulement droit à des dommages-intérêts. Nous croyons au contraire, avec la majorité de la Doctrine, que la revendication est possible. L'article 2279 ne peut être objecté, car le possesseur n'est pas de bonne foi. Et d'ailleurs les animaux en question ne sont pas des meubles, mais des immeubles par accession.

§ 2. — Accession mobilière.

L'union, l'incorporation d'une chose mobilière à un autre meuble prend, suivant les circonstances, les noms différents d'*adjonction*, de *spécification*, de *mélange*.

De quelque variété qu'il s'agisse, certaines règles générales dominent toutes les hypothèses.

D'abord, si les deux objets appartenaient au même propriétaire, il va de soi que c'est lui qui devient propriétaire de la chose nouvelle créée par leur réunion.

En second lieu, à supposer que les deux choses appartiennent à des maîtres différents, lorsqu'il y a convention expresse ou implicite entre eux sur l'attribution de la chose nouvelle, cette convention doit être respectée. Or, c'est le cas qui se présentera presque toujours. L'application des dispositions minutieuses que le Code civil a empruntées en cette matière au Droit romain, et que nous allons exposer brièvement, sera donc infiniment rare, car elle supposera le plus souvent une incorporation survenue *par accident* ou *par erreur*. Et même, lorsqu'il y aura erreur, un industriel ayant, par exemple, employé des matières qu'il croyait siennes et qui appartenaient à un autre, les dispositions du Code civil seront-elles encore inapplicables, étant donné que l'article 2279 attribue de plein droit la propriété des meubles au possesseur de bonne foi. Si bien que, dans l'hypothèse supposée, notre industriel a, en réalité, réuni des choses qui étaient les unes et les autres sa légitime propriété.

Dans les cas, exceptionnels par conséquent, où les principes qu'on vient

de rappeler ne fournissent pas la solution du problème mis en jeu par l'union des choses mobilières, le Code le résout par une série de dispositions qui peuvent toutes se ramener à cette idée, que la propriété du tout appartient au propriétaire de la chose principale. *Accessorium sequitur principale*. Que si, par extraordinaire, on se trouvait en présence d'une hypothèse que la loi n'ait pas prévue, l'article 565 ajoute (assez inutilement d'ailleurs) que le juge devra décider d'après les « principes de l'équité naturelle » et en s'inspirant des « exemples » que la loi a tracés dans les cas qu'elle prévoit.

1° *Adjonction.* — On appelle ainsi l'union de deux choses qui restent néanmoins distinctes et reconnaissables, comme le cadre et le tableau, le boîtier de la montre et le mouvement. Le propriétaire sera le maître de la chose *principale*, sous l'obligation de payer la valeur de la chose accessoire à celui qui l'a fournie, et cela, que les deux choses soient séparables ou non (art. 566).

Comment reconnaîtra-t-on quelle est la chose principale ? D'après les trois règles ci-après.

A. — La chose accessoire est celle qui est adjointe pour l'*usage*, l'*ornement* ou le *complément* d'une autre (art. 567). Il y a cependant exception, quand l'ornement est beaucoup plus précieux que la chose ornée (par exemple, les diamants enchâssés dans une tabatière). Alors, le propriétaire de la chose la plus précieuse peut exiger qu'elle soit détachée pour lui être rendue, quand bien même il en résulterait quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (art. 568).

B. — Si le premier critérium fait défaut, on doit considérer comme principale la chose qui a le plus de valeur.

C. — Et, à égalité de valeur, celle qui a le plus de volume (art. 569).

Que s'il n'y a aucun critérium applicable, chacun des propriétaires des choses unies ensemble peut demander leur séparation, si elle n'offre pas d'inconvénient. Si elle en présente, la chose nouvelle devient la propriété commune des divers intéressés (art. 573, 2e al.) ; elle doit être licitée et le prix partagé (art. 575).

2° *Mélange.* — On appelle ainsi l'union de deux choses qui cessent d'être distinctes et reconnaissables (par exemple, deux liquides, deux métaux fondus en un seul lingot), en quoi le mélange diffère de l'adjonction.

Ici encore, c'est le propriétaire de la chose principale, comme « supérieure à l'autre par la quantité et le prix », qui devient propriétaire du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière. Et s'il n'y a pas de chose supérieure, au cas où la séparation est impossible, il y a propriété commune et licitation au profit commun (art. 573, 574, 575)

3° *Spécification.* — Ce terme désigne la création d'un objet nouveau avec une matière que l'on transforme. Ainsi, avec des pièces de bois on construit un meuble, avec du marbre on fait une statue. Il semble qu'il n'y ait pas là *accession*, parce qu'il n'y a pas deux objets différents réunis ; cependant, à aller au fond des choses, on se trouve bien en présence de l'union, de l'incorporation, sinon de deux choses, du moins de deux *valeurs*, la matière et le travail.

Supposons que l'ouvrier ait travaillé, transformé la matière d'autrui à l'insu de celui-ci. A qui doit aller la propriété de l'objet nouveau? Les Romains, chez qui l'absence d'une règle analogue à celle de notre article 2279 donnait un certain intérêt pratique à la question, avaient beaucoup discuté sur ce point, et, à l'époque classique, une controverse avait, à ce sujet, divisé les Sabiniens et les Proculiens. Les Sabiniens attribuaient la chose au propriétaire de la matière, les Proculiens s'attachaient plutôt à la forme (*forma dat esse rei*), et donnaient la préférence à l'ouvrier (7, § 7, D. *de adquir. rer dom.*, XLI, 1). Justinien fit cesser la controverse en établissant une distinction nouvelle. Si la matière pouvait être ramenée à son état primitif, comme un vase de métal qui peut redevenir lingot, on considérait que la chose primitive subsistait toujours ; donc elle appartenait, sous sa nouvelle forme, au même propriétaire, à charge d'indemniser l'ouvrier. Au contraire, si la matière ne pouvait être rétablie en son état primitif, comme du raisin dont on aurait fait du vin, c'etait le spécificateur qui devait l'avoir, sauf indemnité au maître de la matière (25, Inst. Just. II, 1).

Le Code civil, à son tour, repousse la distinction justinienne. Les solutions qu'il consacre sont une conciliation entre les thèses opposées des Sabiniens et des Proculiens. Selon que domine, dans la composition de l'objet nouveau, l'importance de la matière, ou celle du travail, la propriété va au maître de la matière ou à l'ouvrier ; l'autre a droit à une indemnité. Des solutions spéciales sont prévues pour le cas où le spécificateur aurait employé à la fois sa matière et celle d'autrui. Il suffit, sur tous ces points, de renvoyer à la lecture des articles 570, 571 et 572.

Les diverses règles que nous venons d'exposer demeuraient, pour les raisons indiquées plus haut, à peu près sans application pratique, et la théorie de l'accession mobilière sommeillait dans un oubli à peu près complet, lorsqu'un écrivain ingénieux[1] s'avisa qu'on pouvait découvrir, de par le monde, quelque millions de spécificateurs, à savoir les ouvriers de l'industrie, et que, dès lors, c'était une fâcheuse erreur d'appliquer à leurs rapports avec les employeurs les règles du contrat de louage, plutôt que celles de la spécification, notamment les articles 570 et 571 du Code civil. Un pareil système aboutissait à attribuer à l'ouvrier, selon les cas, soit un droit sur la chose même manufacturée par lui et non plus une simple créance de salaires, soit une indemnité à calculer d'après la plus-value conférée à la chose. Une révolution économique devait être la conséquence de cette heureuse découverte ! Un mot suffisait cependant pour faire évanouir de telles espérances. C'est que les règles de l'accession mobilière ne s'appliquent, nous l'avons montré, qu'à défaut de conventions, « dans les cas non prévus », comme dit l'article 565, et lorsque l'union ou la transformation de la chose a eu lieu par *accident* (« à *l'insu du propriétaire* » répètent à satiété les articles 573, 576, 577). Comment a-t-on pu songer à faire l'application de ces règles aux travailleurs de l'industrie ?

1. V. Chatelain, *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneur, étude critique de droit économique*, et l'analyse du livre par M. Gény dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 333.

SECTION II. — Théorie de la possession [1].

Généralités

Le second fait dont la loi fait résulter l'acquisition de la propriété et des autres droits réels, sous certaines conditions, c'est la *possession* prolongée pendant un certain temps, ce qui constitue l'opération juridique appelée *prescription acquisitive* ou *usucapion*. Mais la possession produit beaucoup d'effets autres que celui de faire acquérir la propriété ou des droits réels. Cependant, le Code civil n'étudie la possession, et encore en quelques articles beaucoup trop sommaires (art. 2228 à 2235), que dans le titre de la *Prescription*. Il faut suppléer à ce silence et tracer un exposé d'ensemble sur cette très importante institution juridique.

Définition de la possession. Théorie classique. — Au sens courant et ordinaire du mot, on *possède* une chose quand on l'a en son *pouvoir*. La possession nous apparaît donc comme un *fait*. Et ce fait peut — exceptionnellement, il est vrai — ne pas être d'accord avec le Droit, car il arrive quelquefois que celui qui a une chose en sa possession, n'est pas celui qui a un droit sur cette chose.

Si nous nous en tenions à cette première notion, nous n'aurions pas encore une définition juridique de la possession. Elle se confondrait avec la *détention* matérielle. Or, la simple *détention*, qu'on appelle aussi quelquefois *possession naturelle*, se différencie, au moins dans la théorie classique qu'ont construite les jurisconsultes romains et que le Code civil a évidemment reproduite dans ses grandes lignes, de la *possession*, au sens juridique et technique du mot. En quoi ? En ceci d'essentiel que la détention se compose uniquement de cet élément de fait, ou purement matériel, qu'une chose est en notre pouvoir. Cet élément matériel, les Romains le désignaient sous le nom de *corpus*. La *possession* proprement dite comporte, de plus, un élément psychologique ou intellectuel, qu'on désigne sous le nom d'*animus*, qui est l'*intention*, *la volonté* (justifiée ou non) *d'exercer sur une chose un droit* et, plus spécialement, le droit de propriété. Ainsi, le locataire, le dépositaire et autres *détenteurs précaires*, (c'est-à-dire pour le compte d'autrui) ont le *corpus* sans l'*animus*. Ils *détiennent*, ils ne *possèdent pas*.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que nous admettons une possession correspondant non seulement au droit de propriété, mais aux autres droits que l'on peut avoir sur une chose. En cela, notre législation moderne s'est écartée des conceptions des jurisconsultes romains qui, eux, n'appliquèrent longtemps la notion de possession qu'au droit de propriété et non aux autres droits réels. Leur esprit, d'une logique un peu étroite, se refusait, en effet, à admettre qu'il pût y avoir possession, c'est-à-dire exercice d'actes

1. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Traité de la Prescription*; Cornil, *Traité de la possession en Droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, tome III, *Les Biens*, avec le concours de Picard, nos 143 et suiv.

matériels sur une chose, pour d'autres droits que le droit de propriété, car seul le droit de propriété autorise ces actes d'appréhension matérielle de la chose. Pourtant, plus tard, ils ont été amenés à étendre cette notion aux servitudes. En effet, celui qui a ou prétend avoir une servitude sur la chose d'autrui, par exemple, un droit de passage, accomplit naturellement les gestes correspondant à l'exercice de ce droit en passant sur le fonds voisin. Ces actes d'exercice de la servitude furent donc qualifiés par les Romains de *quasi-possessio* et protégés au même titre que la possession proprement dite (Javolenus, 20, D., *de servit.*, VIII, 1). De nos jours, toute distinction a disparu et nous appelons *possession* tout court la situation que les Romains qualifiait de quasi-possession.

Il y a plus, la notion de possession s'est même étendue à d'autres droits que les *droits réels*, à savoir aux *droits de créance* et aux *droits constitutifs de l'état des personnes*.

Pour les droits de créance d'abord, il y a possession quand une personne se comporte comme un créancier, ce qui consiste à réclamer au débiteur les intérêts, puis le capital, à le poursuivre en justice. L'article 1240 du Code civil suppose précisément que le paiement de la créance peut être fait de bonne foi à celui qui est en *possession* de la créance, par exemple, à une personne qu'on croit héritier du créancier et qui se comporte comme tel, et le texte déclare ce payement valable, encore que le possesseur soit par la suite évincé, c'est à-dire que le véritable créancier se soit enfin fait connaître.

Et quant aux droits se rattachant à l'*état des personnes*, il nous suffira de renvoyer à ce que nous avons dit de la *possession d'état d'époux* (art. 195 à 197) et de la *possession d'état d'enfant* légitime ou naturel (art. 320, 321).

Cependant, comme la possession des droits de créance ou d'un état ne produit que des effets spéciaux et restreints, on n'envisagera ici que la possession correspondant aux *droits réels* qui peuvent exister sur une chose.

Nous pouvons désormais comprendre la définition de la possession que nous donne l'article 2228 : « *La possession est la détention ou la jouissance* D'UNE CHOSE OU D'UN DROIT (allusion à la vieille distinction entre la possession ou la quasi-possession) *que nous tenons* (la chose) *ou que nous exerçons* (le droit) *par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.* »

Cette définition paraîtra incomplète, si l'on se place au point de vue de la théorie classique, parce qu'elle ne contient aucune allusion à l'élément de l'*animus*. On devrait dès lors la rectifier comme suit :

La possession, *c'est un rapport de fait entre une chose et une personne, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir sur cette chose des actes matériels d'usage et de transformation, avec la volonté de la soumettre à l'exercice du droit réel auquel normalement ces actes correspondent.*

En somme, ce qui se *possède*, c'est moins une *chose* qu'un *droit* réel sur cette chose. Posséder, c'est *exercer un droit*, que ce droit vous appartienne ou ne vous appartienne pas.

On aura remarqué dans le texte de l'article 2228 cette indication finale, que l'on peut posséder *par soi-même ou par un autre* qui possède en notre

nom. Cette faculté de posséder par l'intermédiaire d'autrui s'applique aux deux éléments de la possession, au *corpus* comme à l'*animus*.

Au corpus: Quand je donne ma maison, ma terre à bail, je n'exerce sur elle aucun acte de jouissance ou d'usage ; cependant, je n'en perds pas la possession ; je continue à la posséder par l'intermédiaire du locataire, du fermier.

A l'animus : Les personnes qui n'ont pas de volonté, au sens juridique du mot, le fou, l'*infans*, ne peuvent évidemment avoir cette disposition psychologique intentionnelle en quoi consiste l'*animus*. Mais leur représentant légal, leur père, leur tuteur, pourra l'avoir pour eux. Ils sont donc capables de posséder.

Quels sont les effets généraux de la possession. — Le fait de la possession, c'est-à-dire le fait d'exercer un droit sur une chose, produit des effets juridiques, abstraction faite du point de savoir si le droit existe en réalité, ou n'existe pas. La loi protège la possession en tant que possession. Celà peut sembler étonnant. En effet, si le possesseur est bien titulaire du droit qu'il exerce, à quoi bon ce dédoublement? Si, d'autre part, il ne l'est pas, n'est-il pas contradictoire de le protéger, alors que la chose appartient à un autre ?

Et pourtant, ce dédoublement, cette protection du possesseur en tant que possesseur, ce sont là des phénomènes que l'on retrouve dans toutes les législations, signe assuré qu'ils correspondent à un besoin social invariable et certain.

Nous nous réservons d revenir sur les raisons qui ont déterminé les solutions du Droit positif, à propos de chacun des effets que produit la possession. Mais, dès maintenant, nous pouvons indiquer les deux principales :

La première, c'est que, le plus souvent, et même presque toujours, celui qui se comporte comme ayant un droit, en un mot, celui qui *possède* un droit, en est le véritable titulaire. Mais très souvent aussi, il serait pour lui très difficile ou, en tous cas, assez long de *démontrer* l'existence de son droit. Mieux vaut que la loi vienne aussitôt et provisoirement à son secours, puisque la vraisemblance est de son côté et puisque, d'autre part, les droits, possibles quoique invraisemblables, du non-possesseur sont naturellement réservés et pourront être établis par lui.

Et cela est d'autant plus désirable que, si la moindre contestation sur la réalité du droit d'un possesseur pouvait entraîner la dépossession de celui-ci, il en résulterait presque infailliblement des violences, des voies de fait intolérables. L'intérêt de la paix sociale commande donc au législateur de prendre en considération un *fait* qui, le plus souvent, est conforme au *droit*, une *apparence* qui a toutes les chances possibles de recouvrir la *réalité*.

Les effets juridiques de la possession dans notre Droit sont très nombreux. Ils varient en importance, selon que le possesseur est de *bonne* ou de *mauvaise foi*, selon qu'il s'agit de *meubles* ou d'*immeubles*.

1° Tout d'abord, même quand le possesseur est de mauvaise foi, la possession emporte trois avantages :

A. — Le possesseur a le droit de conserver le bénéfice de sa possession, tant qu'un autre ne prouve pas qu'il est propriétaire. Il en résulte que, quand un procès surgit entre deux personnes qui se disputent la propriété d'un bien, *c'est le possesseur qui est défendeur ; in pari causa melior est possidentis*. L'avantage est considérable, car le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur.

B. — Le possesseur d'une chose, au moins lorsqu'il est en possession depuis un an et qu'il s'agit d'un immeuble, est investi d'actions spéciales, dites *actions possessoires*, qui lui permettent de se faire maintenir en possession, quand il est troublé par les prétentions d'un tiers, ou de s'y faire remettre, s'il a été dépouillé.

C. — Enfin, et c'est là l'effet le plus considérable attaché à la possession, lorsqu'elle se prolonge pendant un laps de temps déterminé (trente années), le possesseur acquiert le droit qu'il exerçait en fait, à supposer qu'il ne l'eût pas encore. C'est là un mode d'acquisition *lege* que l'on désigne sous le nom de *prescription acquisitive* ou *usucapion*. C'est à cause de l'importance tout exceptionnelle de cette conséquence, que nous avons été conduits à traiter de la possession à propos des modes d'acquisition de la propriété et des autres droits réels.

2° Spécialement, quand le possesseur est de bonne foi, la possession produit trois effets particuliers :

A. — En matière d'*immeubles*, l'usucapion s'accomplit par *un délai raccourci*, qui est de dix ou vingt ans (au lieu de trente) selon les cas.

B. — Le possesseur de bonne foi *acquiert les fruits* de la chose au fur et à mesure de leur perception. Lorsque le propriétaire revendiquera sa chose le possesseur ne sera pas tenu de restituer les fruits ou leur valeur.

C. — En matière de *meubles* (tout au moins de meubles corporels), la possession a la vertu de conférer immédiatement la propriété au possesseur de bonne foi et de dépouiller, par conséquent, le propriétaire véritable qui a commis l'imprudence de ce dessaisir de la chose. C'est la fameuse règle de l'article 2279 : *En fait de meubles possession vaut titre.*

Nous réserverons les deux premiers effets de la possession (rôle de défendeur appartenant au possesseur, actions possessoires) pour le moment où nous exposerons la garantie judiciaire et la preuve des droits réels. Il nous reste donc actuellement à étudier la *prescription acquisitive*, *l'acquisition des fruits* par le possesseur de bonne foi, et la règle : *En fait de meubles possession vaut titre.* Mais, comme, pour produire les divers effets juridiques dont nous avons donné l'énumération, la possession doit remplir certaines conditions, présenter certains caractères, nous consacrerons un paragraphe à l'étude de ces conditions et caractères.

D'où les cinq paragraphes suivants :

§ 1. — Des caractères de la possession.
§ 2. — Prescription acquisitive ordinaire.
§ 3. — Prescription abrégée du possesseur de bonne foi d'un immeuble.
§ 4. — Règle : En fait de meubles possession vaut titre.
§ 5. — Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

§ 1. — Des caractères de la possession.

Enumération de ces caractères. — L'article 2229 nous dit que « pour pouvoir prescrire » (disons, d'une manière plus exacte et plus générale, pour être réputé possesseur et jouir des avantages que donne la possession), « il faut une possession *continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.* » L'absence de l'une de ces conditions constitue un *vice de la possession.* Les vices de la possession sont donc les suivants : la *discontinuité*, la *violence*, la *clandestinité*, l'*équivoque*, la *précarité* (vice de celui qui ne possède pas à titre de propriétaire). Nous les examinerons successivement.

Nous n'avons pas indiqué de vice correspondant aux mots *non interrompue*. En effet, une possession interrompue n'est pas une possession vicieuse, c'est une possession qui ne peut plus engendrer la prescription. L'*interruption* est un moyen d'arrêter la prescription ; nous l'étudierons à propos de cet effet spécial de la possession.

I. Vice de précarité. Théorie classique de la détention précaire. Sa critique[1]. — Le mot *précaire* est une expression romaine qui a désigné d'abord un rapport juridique vraisemblablement issu de l'institution de la *clientèle.* Un grand propriétaire concède des terres à des *tenuiores*, ses clients, sur leur prière (*preces*, d'où le mot de *précaire*, V. Ulpien, 1 pr., D. *de precario*, XLIII, 26). Ces tenanciers cultiveront la terre et en vivront, mais ils devront la restituer, dès qu'il plaira au concédant de la leur reprendre. Le mot de *précaire* fut ensuite transporté dans les institutions du Moyen-Age, mais il changea de sens. Dans notre Droit actuel, sa signification s'est encore modifiée. Posséder à titre précaire, c'est *détenir* plutôt que *posséder*, si l'on prend ce dernier mot dans son acception proprement technique, ou, comme dit l'article 2236, c'est « posséder pour autrui ». Le même article nous donne un certain nombre d'exemples de détenteurs précaires. Ce sont « le fermier, le dépositaire, l'usufruitier ». En effet, ces derniers possèdent pour le compte du bailleur, du déposant, du nu-propriétaire. Mais, comme cela résulte d'ailleurs du texte lui-même (V. les mots « et *tous autres* qui détiennent *précairement* la chose du propriétaire »), l'énumération n'a rien de limitatif, et l'on peut citer bien d'autres détenteurs précaires. Ainsi, le *créancier*, qui reçoit une chose en *gage*, possède pour le compte du débiteur qui l'a engagée ; l'emprunteur ou *commodataire*, pour le compte du prêteur ou commodant ; l'*administrateur de la chose d'autrui*, pour le compte du mandant, par exemple, de l'incapable dont il détient la chose afin de l'administrer.

Nous avons dit que, dans la théorie classique de la possession, les détenteurs précaires ne sont pas des possesseurs. En effet, s'ils détiennent

1. V. de Ihering, *Fondement de la protection possessoire*, 1865 ; *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891; Cf. Esmein, *Nouv. Rev. Historique de Droit français et étranger*, 1877, p. 489.

matériellement la chose, s'ils ont le *corpus*, il leur manque l'autre élément essentiel de la possession qui est l'*animus*, l'intention de se comporter en maîtres. Comme disaient les Romains, *sunt in possessione*, *sed non possident* (10, § 1, D., *de acquir. vel amitt. poss*, XLI, 2). Par conséquent à leur détention ne seront pas attachés les effets juridiques de la possession ; elle ne sera pas protégée par la loi ; et l'article 2236 déduit une simple conséquence de cette règle générale, en disposant qu'ils ne pourront pas devenir propriétaires par la prescription. Ainsi, dans la théorie classique, on doit leur refuser tous les autres attributs de la possession véritable, et, notamment, les actions possessoires contre les tiers qui viendraient à les troubler.

Cette analyse traditionnelle de la notion de possession et de détention précaire est superficielle et inexacte. Comme l'a démontré le jurisconsulte Ihering, il est faux de dire que le détenteur précaire n'a pas l'*animus*. Ce qu'il n'a pas, c'est l'*animus sibi habendi*, c'est-à-dire la volonté de se comporter comme *propriétaire*. Mais il a la volonté d'exercer *un droit*, droit existant ou supposé, parce qu'il est, ou qu'il se croit, ou qu'il veut se faire croire fermier, locataire, usufruitier, créancier gagiste, etc. On ne comprend pas qu'on puisse parler de *corpus* sans *animus*. Le *corpus* sans *l'animus* ne peut se rencontrer que dans des cas presque uniquement théoriques, par exemple, si un fou s'empare d'un objet, ou si un passant dépose une chose dans la main d'un homme endormi ! Nous croyons donc que l'on pourrait sans inconvénient corriger la théorie classique, d'autant plus que, s'il est vraisemblable que les rédacteurs du Code en ont été imbus, ils ne l'ont pas expressément consacrée, bien au contraire. D'une part, en effet, on aura pu observer que la définition de la *possession* donnée par l'article 2228 ne fait aucune allusion à l'élément intentionnel de l'*animus*. D'autre part, il y a telle personne désignée par la loi elle-même, comme détenant à titre précaire et qui est certainement possesseur au sens technique du mot, à savoir l'*usufruitier* : l'usufruitier est si bien un possesseur que nous verrons qu'on peut acquérir l'usufruit d'une chose par la possession prolongée de ce droit. Il a certainement aussi les actions possessoires. Enfin, le seul effet que la loi fasse expressément résulter de la précarité de la possession (V. art. 2236), c'est l'impossibilité de prescrire *la propriété* de la chose détenue.

La vraie définition du détenteur précaire serait donc celle-ci : un possesseur qui détient la chose, mais en exerçant ou prétendant exercer sur elle *un droit autre que la propriété*. Cette définition convient déjà à ceux qui accomplissent sur la chose des actes correspondant à un *droit réel* autre que la propriété, tel qu'un usufruit, une servitude, un droit de gage. Nous avons vu que les Romains voyaient en eux des *quasi-possesseurs* et que, nous, nous confondons la quasi-possession et la possession proprement dite. Il reste vrai cependant de dire, avec l'article 2236, que ces quasi possesseurs ne peuvent prescrire, en ce sens qu'ils ne peuvent acquérir *la propriété* par la possession prolongée. Mais cette solution offre le caractère d'une vérité d'évidence. La prescription est la transformation d'un état de fait en état de droit, l'attribution du droit à celui qui en accom-

plit déjà depuis longtemps les manifestations extérieures. Or, celui qui possède un usufruit, une servitude, n'accomplit pas les gestes d'un *propriétaire*, mais ceux d'un usufruitier, d'un voisin investi d'une servitude ; il recueille seulement les fruits, ou bien il passe à travers le champ du voisin. Comment ces gestes, en se répétant, pourraient-ils aboutir à lui attribuer un droit différent de celui auquel ils se rapportent normalement ?

Ceci posé, et étant donné que certains détenteurs précaires sont déjà des possesseurs, on ne voit pas pourquoi on n'en dirait pas autant de *tous* les détenteurs précaires, exerçant ou se comportant comme ayant un droit, mais un droit quelconque, aussi bien le droit personnel résultant d'un contrat de location ou de mandat qu'un droit réel. Certes, il serait utile que ces détenteurs pussent jouir, à l'encontre des tiers, de la protection possessoire que l'on doit accorder au voleur, à l'usurpateur, car ceux-ci détiennent *pro suo*. La précarité deviendrait dès lors, dans la classification de notre loi (et il serait nécessaire à cet effet, d'effacer dans l'article 2229 les mots « à titre de propriétaire »), *non pas un vice de la possession*, mais un simple obstacle à ce que la possession prolongée pût se transformer en *propriété* par la *prescription*.

C'est vers cette conception qu'ont marché les législations étrangères plus récentes que la nôtre, et que semble s'acheminer, dans certaines de ses décisions, la Jurisprudence française.

Comme législation étrangère, nous pouvons citer le Code civil allemand, qui considère comme possesseur (art. 854), toute personne ayant un pouvoir de fait sur la chose, par exemple, en qualité d'usufruitier, de créancier gagiste, de fermier, locataire, dépositaire, ou à un titre analogue lui donnant droit ou l'obligeant envers autrui à posséder temporairement. En même temps et concurremment, celui pour lequel un tel détenteur possède est également possesseur (art. 868). De même, le Code civil suisse porte : (art. 919) : « Celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession » ; (art. 920) : « Lorsque le possesseur remet la chose à un tiers pour lui conférer soit un droit de servitude ou de gage, soit un droit personnel, tous deux en ont la possession. »

Quant à notre Jurisprudence, on peut y relever des décisions qui accordent les actions possessoires à des détenteurs précaires, notamment, aux concessionnaires du domaine public, tels que les compagnies de chemins de fer. Et cependant, les Compagnies n'ont aucun droit réel, mais un simple droit de concession sur les voies soumises à leur exploitation. Elles n'en pourron pas moins opposer les actions possessoires aux tiers qui les troubleraient dans leur jouissance (Req., 5 novembre 1867, D. P. 68.1.117, S. 67.1.417 ; 9 décembre 1895, S. 97.1.405). D'autres arrêts décident que le dépositaire de titres au porteur, dépouillé de ces titres à la suite d'un abus de confiance, pourra les réclamer, non seulement à l'individu coupable de détournement, mais même à un créancier gagiste auquel ce tiers les aurait engagés. Cette solution équivaut à conférer au dépositaire, cependant simple détenteur précaire, le bénéfice de la protection possessoire, et. sous

le nom de revendication, l'équivalent de l'action possessoire dite *en réintégrande*. (V. not., Civ., 28 mars 1888, D. P. 88. 1.252, S. 88.1.265).

Dans quels cas y a-t-il détention précaire ? — Que la précarité soit un vice de la possession (théorie classique), ou un simple obstacle à la prescription de la propriété, il est toujours nécessaire de discerner dans quels cas un détenteur peut être considéré comme tenant la chose à titre précaire. Or, cela est souvent difficile à décider, lorsqu'une personne accomplit sur la chose des actes de jouissance et d'usage étendus et complets. Extérieurement, un locataire, un usufruiter ressemblent beaucoup dans leurs agissements à un propriétaire. Comment savoir si on se trouve en présence de l'un ou de l'autre ? Le Code nous fournit à cet égard des indications qui parfois obscurcissent le problème. Heureusement qu'il ne se pose que dans des hypothèses assez rares, car, en fait, à l'origine de la détention de chacun, il se trouve presque toujours un contrat, un titre, qui détermine dans quelles conditions la chose va se trouver détenue, par exemple, une vente, auquel cas il est certain que l'acheteur détient à titre de propriétaire, ou un bail, ou un testament instituant un légataire d'usufruit, auxquels cas il est évident que le détenteur ne détient qu'à titre précaire.

Cependant, comme il peut se faire que le titre ne soit pas produit ou ne le soit pas immédiatement, ou soit perdu ou n'existe pas, la loi établit dans les articles 2230 et 2231 deux présomptions, qui se complètent l'une par l'autre.

1° (art. 2230). — « On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre. » C'est la présomption de *non-précarité*.

2° (art. 2231). — Inversement, quand il est établi qu' « on a commence a posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire. » C'est la présomption de *non-interversion du titre*.

Ces deux présomptions ne sont, au fond, qu'une application des principes généraux en matière de preuve (art. 1315) : c'est à celui qui allègue un fait juridique, qui aurait eu pour résultat de modifier un état de choses normal ou une situation acquise, à en produire la démonstration. Il est cependant nécessaire de développer le sens de l'une et de l'autre.

1° *Présomption de non-précarité.* — Cette première présomption, a dit Ihering, fait honneur au bon sens du législateur français ; elle est de nature à corriger très heureusement ce qu'il peut y avoir de regrettable dans les conséquences de la doctrine classique, en matière de détention précaire. Jusqu'à ce qu'on ait démontré la précarité de sa possession, tout détenteur sera donc, aussi bien à l'égard d'un prétendu propriétaire qui revendiquerait que vis-à-vis d'un tiers qui le troublerait, muni de la protection possessoire dans toute son étendue (V. Civ., 2 mars 1908, D. P. 1911.1.37, S. 1910.1.366).

2° *Interdiction de l'interversion du titre.* — A cette seconde règle se rattachent les deux corollaires suivants :

A. — (art. 2240). — « On ne peut pas prescrire *contre son titre*, en ce sens que l'on ne peut point *se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.* »

Un exemple éclaircira cette disposition. Voici un fermier qui, après la mort du propriétaire, son bailleur, a cessé de payer les fermages, tout en se maintenant sur l'immeuble loué. L'héritier du propriétaire ne les lui a pas réclamés, parce qu'il ignorait le bail. Après trente ans écoulés, cet héritier apprend la situation ; il veut reprendre l'immeuble. Le fermier ne serait pas admis à lui opposer la prescription, en disant : à partir de la mort de votre auteur, j'ai commencé à posséder, non comme fermier, c'est-à-dire comme détenteur précaire, mais comme prétendant à la propriété ; j'ai donc prescrit la propriété. Du moment qu'il n'est pas contesté que la détention, au début, a été précaire, sa coloration ne peut changer ; elle ne peut se transformer en possession par un simple changement dans l'état d'esprit, dans les dispositions subjectives du détenteur. S'il en était autrement, il faudrait se livrer, pour démontrer ce changement d'*animus*, à des recherches psychologiques trop difficiles, trop délicates, et dont la loi a répudié la production (V. un exemple intéressant d'application de la règle dans Req., 12 juillet 1905, D. P. 1907.1.141, avec le rapport de M. le conseiller Potier, S. 1907.1.273, note de M. Wahl).

L'article 2238 indique cependant deux hypothèses, où, par exception, celui qui a commencé à détenir à titre précaire, peut se transformer en possesseur *ad usucapionem* par interversion de son titre. Cela peut résulter « soit d'une cause venant d'*un tiers* », soit de la *contradiction* que le détenteur a « opposée au droit du propriétaire ».

a) Une cause venant d'un tiers. — Par exemple, le propriétaire meurt ; le fermier achète l'immeuble d'une personne qui se donne, à tort, pour l'héritier du propriétaire, et il cesse de payer les fermages. Une fois les délais de la prescription accomplis, l'héritier véritable, en se révélant, pourra-t-il reprendre l'immeuble, en invoquant la nullité de la vente de la chose d'autrui ? Non, la prescription s'y oppose ; elle a été rendue possible par l'interversion du titre ; mais celle-ci s'est produite, non au moment où le fermier a cessé de payer ses fermages, mais à celui où il a acheté la ferme au prétendu héritier.

b) La contradiction opposée au droit du propriétaire. — Nous supposerons que le propriétaire, à l'expiration du bail, réclame la restitution de l'immeuble. Le fermier la refuse et répond : « je conserve l'immeuble, parce que j'ai appris que vous usurpiez la qualité de propriétaire ; le vrai propriétaire c'est moi, car j'ai découvert des titres démontrant que je suis légitime héritier du propriétaire antérieur. » Si la situation se prolonge pendant le délai nécessaire à la prescription, le bailleur aura perdu la possibilité de reprendre l'immeuble, apportât-il maintenant des preuves établissant l'inexactitude des dires du détenteur. Celui-ci en effet a prescrit la propriété, et c'est encore l'interversion de son titre qui a amené ce résultat.

On s'explique ces deux exceptions au principe de l'article 2240, si on se réfère au motif de cette disposition. L'interversion du titre est possible

dans les deux cas indiqués par l'article 2238, parce que le changement dans les dispositions mentales du détenteur y est manifeste, se traduit par des faits extérieurs d'une signification indiscutable, et que, dès lors, il n'est pas besoin, pour l'établir, de se livrer aux recherches subjectives trop délicates que la loi a voulu repousser.

B. — (Art. 2237). — Les *héritiers* de celui qui tenait la chose à titre précaire ne peuvent pas non plus prescrire Ainsi, dans l'hypothèse précédemment supposée, les héritiers du fermier, s'il vient à mourir, ne pourraient, pas plus que lui-même, invoquer un changement dans leurs dispositions psychologiques, prétendre qu'en cessant de payer les fermages, ils ont manifesté leur intention de posséder désormais *pro suo*, avec l'*animus sibi habendi* et, par conséquent, commencé à prescrire. Il y a à cela une raison bien simple, c'est que le fermier (et plus généralement tout détenteur précaire) étant tenu d'une obligation personnelle de restitution, cette obligation a passé à ses héritiers ; elle constitue le titre initial qui accompagne leur prise de possession, et ainsi l'hypothèse se ramène à la précédente.

Rien de plus logique, par conséquent, que la disposition en sens contraire de l'article 2239 : « Ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété, peuvent la prescrire. » Ces tiers acquéreurs en effet ne sont pas les ayants cause à titre universel du détenteur précaire ; le titre de possession de leur auteur n'est donc pas devenu le leur. Ils possèdent en vertu d'un titre non interverti, mais personnel, nouveau, avec l'*animus* de propriétaire, et sont donc des possesseurs au sens étroit du mot.

II. **Vice de discontinuité.** — La continuité consiste dans le fait d'accomplir les actes correspondant au droit auquel on prétend sur la chose, d'une façon régulière, sans intervalle anormal, sans lacune ; en d'autres termes, dans le fait de se comporter comme le ferait un titulaire véritable du droit prétendu. Par exemple, la possession d'un bois taillis se manifeste par des coupes faites conformément à l'aménagement du bois. De même, le possesseur de pâturages situés à la montagne exerce son droit en y envoyant ses bestiaux pendant l'été. On le voit, la continuité n'exclut pas l'*intermittence* dans les actes d'usage, pourvu qu'elle soit normale. La discontinuité est un vice *absolu*, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué contre le prétendu possesseur par toute personne intéressée à lui contester cette qualité.

III. **Vice de violence.** — « Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription. » (Art. 2233, 1er al.). Lorsque le possesseur s'est mis en possession de la chose en usant de violence, de voies de fait, ou de menaces contre celui qui la possédait auparavant, il ne mérite plus la protection de la loi. Ce n'est pas ainsi que se comporte en général un ayant droit régulier.

Deux différences doivent être signalées ici entre les solutions de notre Code et celles du Droit romain ou de notre ancien Droit.

1° Chez nous, le vice de violence initial n'entache pas *définitivement* la

possession ; du jour où la violence a pris fin, où la possession prend un caractère paisible, elle produit les effets légaux. C'est ce qui résulte de l'alinéa 2 de l'article 2233 : « La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé. » Dans ce système, le dépossédé aura rarement l'occasion d'opposer le vice de violence. Il ne pourra le faire qu'au moment même où les actes de violence sont exercés. En Droit romain, au contraire, la possession acquise par violence restait infectée de ce vice jusqu'à ce que la chose fût revenue entre les mains de son propriétaire, ou qu'il y eût eu arrangement avec lui. Ce système était plus équitable que le nôtre. Mais le nôtre est plus pratique. Comment établir en effet qu'à l'origine d'une possession, qui peut être fort longue, il y a eu des actes de violence ? (V. Locré, t. XVI, p. 566.)

2° A l'inverse, le caractère paisible initial de la possession suffit pour la purger du vice de violence. Ainsi, ma possession a une origine paisible, mais durant son cours, j'ai été troublé par des tentatives réitérées d'usurpation ; elle n'a été qu'une longue dispute. Ma possession n'en sera pas moins réputée paisible. En repoussant la violence, en faisant respecter ma possession, j'ai usé du droit que je prétends avoir. Je n'ai pas fait autre chose, en somme, que ce que fait un propriétaire véritable, auquel on dispute sa chose (Req., 24 mars 1868, D. P. 69.1.83).

A la différence de la discontinuité, la violence est un vice *relatif*, qui ne peut être invoqué que par la personne victime des voies de fait ou des menaces. En effet, admettre qu'une personne non violentée puisse, elle aussi, s'en prévaloir, ce serait méconnaître le caractère *passager* du vice de violence et se mettre, par conséquent, en contradiction avec l'article 2233, al. 2.

IV. Vice de clandestinité. — La possession doit s'exercer au grand jour, ne pas se dissimuler. Autrement elle est vicieuse. En effet, un ayant-droit légitime ne songerait pas à cacher ses agissements.

La clandestinité de la possession se conçoit facilement pour les meubles. Au contraire, elle est fort rare pour les immeubles. Le seul exemple que l'on cite en général est le suivant, et encore est-il presque purement théorique, bien que l'article 553 ait cru devoir viser le fait : Je creuse une cave sous la maison du voisin, et aucun vestige extérieur, tel qu'un soupirail, ne révèle cet empiétement.

La clandestinité est un vice *relatif*, qui ne peut être invoqué à l'encontre du prétendu possesseur, que par celui au détriment duquel ont été employées les manœuvres destinées à dissimuler la possession.

Cette relativité du vice de clandestinité nous permettra de fournir un exemple de possession clandestine, plus pratique que celui de la cave creusée sous le bâtiment d'autrui. Nous avons vu (art. 2238) que le détenteur précaire, par exemple, le fermier, peut intervertir son titre, s'il achète à un tiers. Mais supposons que, nonobstant cet achat, il continue à payer régulièrement ses fermages. Vainement il invoquerait ensuite la prescription. L'interversion de titre dont il se prévaut resterait inopérante, parce qu'à l'égard de son bailleur elle a été clandestine.

V. Vice d'équivoque. — Il y a équivoque, lorsque les actes d'usage ou de jouissance du prétendu possesseur ne correspondent pas d'une manière certaine, indiscutable, au droit dont il soutient qu'ils constituent la manifestation, en un mot, lorsqu'il est possible de les expliquer autrement que par la prétention à un droit sur la chose.

Par exemple, après la mort d'un individu, ses objets mobiliers précieux bijoux, argenterie, valeurs) sont demeurés aux mains d une dame de compagnie qui vivait avec lui de son vivant. Celle-ci, pour éviter de les restituer aux héritiers, va-t-elle pouvoir invoquer la possession de ces meubles, possession qui, devant être présumée régulière (par exemple, consécutive à un don manuel), suffirait, en vertu de l'article 2279, à la rendre propriétaire? Non, car cette possession peut s'expliquer autrement que par une appréhension de ces objets à titre de donataire et, partant, *cum animo sibi habendi*; elle peut être rattachée aux fonctions qu'exerçait la dame de compagnie auprès du *de cujus*, auquel cas elle serait précaire ; il y a vice d'équivoque (Cf. Aix, 3 février 1902, D. P. 1904.2.289, note de M. Planiol, S. 1903.2.41, note de M. Ferron).

Autre exemple encore. Une succession s'est ouverte au profit de plusieurs cohéritiers. L'un d'eux, qui est resté en possession exclusive de tous les biens de la succession pendant trente ans, va-t-il pouvoir opposer la prescription à la demande en partage de ses cohéritiers ? L'article 816 *in fine* le permet, mais c'est, ajoute la Cour de cassation (Req., 19 février 1872, S. 72. 1.336), à cette condition que l'héritier ait manifesté, par des actes clairs et significatifs, son intention de se comporter désormais en maître unique, et non plus seulement comme copropriétaire administrant le tout, partie en son nom propre, partie pour le compte de ses copropriétaires. Tant que cette manifestation n'a pas eu lieu, la possession de l'héritier est *équivoque*.

§ 2. — Prescription acquisitive ou Usucapion ordinaire.

Généralités. Définition. Fondement de l'institution. — Lorsque la possession, à la supposer revêtue des caractères que nous venons d'étudier, s'est prolongée pendant un certains laps de temps, trente ans d'après l'article 2262, le possesseur, à supposer qu'il ne fût pas déjà propriétaire de la chose ou titulaire du droit réel qu'il a exercé en fait, acquiert la propriété ou le droit réel en question. Nous avons déjà vu que c'est en cela que consiste la *prescription*.

Mais ici une observation préalable est nécessaire. Le titre du Code civil placé sous la rubrique *de la Prescription* (liv. III, tit. XX) traite, en réalité, de deux institutions différentes (V. art. 2219). D'abord, de la *prescription acquisitive* ou *usucapion*, la seule dont nous ayons parlé jusqu'ici ; ensuite, de la *prescription extinctive* ou *libératoire*. Celle-ci est un mode d'extinction des obligations, en vertu duquel un débiteur est libéré lorsque, pendant un certain temps (trente ans encore en général), le créancier n'a fait aucune diligence pour se faire payer. On a critiqué les rédacteurs du Code civil pour avoir ainsi rapproché deux institutions aussi différentes. Au fond,

leur méthode n'est pas si fautive. Les deux prescriptions se justifient par des raisons analogues. De plus, le régime de l'une et de l'autre est le même à beaucoup d'égards, en ce qui concerne notamment les règles de computation des délais, et, en général, les modes de suspension et d'interruption.

Quoi qu'il en soit, nous n'avons à parler ici que *de la prescription acquisitive* ou *usucapion*. Et la première question que nous ayons à résoudre consiste à justifier une institution qui, par définition même, a pour effet de spolier le véritable ayant-droit au profit d'un usurpateur. Comment expliquer qu'aboutissant ainsi à consacrer une iniquité, la prescription ait été admise et le soit encore par la législation de tant de peuples civilisés ? Bien plus, comment se fait-il qu'on ait pu vanter ses effets utiles, au point de l'appeler quelque fois la *patronne du genre humain ?* Cette question n'est d'ailleurs qu'une face d'un problème plus général et que nous avons indiqué plus haut, celui de savoir comment se justifie la protection de la simple possession. Mais il n'est pas inutile d'en développer ici l'explication.

1° Tout d'abord, l'expérience démontre que, lorsqu'un état de fait s'est prolongé longtemps, il peut être fâcheux de porter atteinte à l'ordre de choses établi. *Quieta ne moveas*, dit le philosophe. L'ordre social est, en quelque mesure, intéressé à la fixité des situations.

2° Le propriétaire qui laisse, pendant de longues années, sa chose aux mains d'un autre possesseur, commet une négligence incontestable, dont il est assez naturel qu'il subisse, un jour, la punition.

3° Si une personne a possédé longtemps une chose, sans que le prétendu ayant-droit l'ait revendiquée, il est fort à présumer que le revendiquant actuel, lui ou ses auteurs, l'avait aliénée autrefois. Ainsi envisagée, la prescription sera moins un mode d'acquérir, un *titulus adquirendi*, que l'indice de l'existence d'un titre antérieur qui ne se retrouve pas. Cette raison s'applique, on le remarquera, aussi bien à la prescription libératoire qu'à l'acquisitive. Elle nous fait comprendre comment le Code civil a pu faire allusion à ces deux prescriptions, en traitant des *présomptions légales*, dont l'article 1350 voit un spécimen dans les hypothèses « où la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ».

Et ceci nous amène à la meilleure justification que l'on puisse, de nos jours, donner de la prescription acquisitive. Dans l'état actuel de notre Droit, le mode habituel d'acquisition de la propriété ou d'un autre droit réel, c'est l'acte ou le fait translatif (contrat, testament, succession) émanant d'un propriétaire antérieur. Mais pour que cet acte ou ce fait produise un résultat légal, il faut que celui dont il émane soit lui-même propriétaire, c'est-à-dire qu'il ait acquis la chose d'un autre, qui lui-même était propriétaire, et ainsi de suite. Donc, pour prouver sa propriété, il ne suffit pas de présenter le titre d'où elle résulte ; il faut encore produire celui qui l'a transmise à votre propre auteur, et celui qui l'avait conférée à l'auteur de votre auteur. Ainsi de suite à l'infini ! *Probatio diabolica*, a-t-on dit. Or la difficulté est simplifiée par la prescription. Point n'est besoin de remonter au delà de trente années en arrière. Peu importe qu'on ne puisse produire de titres antérieurs, puisque, à supposer qu'il n'y en ait pas eu

anciennement, ou qu'ils aient été irréguliers, la prescription se serait opérée et aurait donné naissance au droit légitime du possesseur actuel.

Il faut maintenant déterminer à quelles conditions est subordonné l'accomplissement de la prescription. Celle-ci peut-être définie une acquisition par la possession prolongée. On exigera donc qu'il y ait eu : 1° Des faits constituant la possession *ad usucapionem* ; 2° un certain *délai*, une certaine prolongation de ces faits ; 3° de plus, il ne faut pas que l'efficacité de cette possession prolongée soit contrariée, annihilée, soit par *l'interruption*, soit par la *suspension* de la prescription ; 4° enfin, il faut que la prescription ait été *invoquée formellement*. Autant de questions à examiner.

I. **Quels faits constituent la possession utile. Actes de tolérance et de pure faculté.** — Nous ne reviendrons pas sur les caractères que doit présenter la possession pour conduire à la prescription. Nous nous contenterons de signaler que, dans notre Droit, il n'est point besoin que le possesseur soit de bonne foi pour pouvoir prescrire. L'usurpateur, le voleur même sont possesseurs et peuvent prescrire (par trente ans). En revanche, les détenteurs précaires ne le peuvent pas.

Il n'est pas nécessaire non plus de revenir sur l'indication des droits susceptibles d'être acquis par la prescription. Il en est ainsi de tous les droits réels, au moins des droits réels principaux, propriété, usufruit, servitudes.

Mais il y a lieu de nous expliquer sur le sens et la portée d'une disposition spéciale, celle de l'article 2232, aux termes duquel « *les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription* ».

Par *actes de simple tolérance*, on entend les actes peu gênants de jouissance partielle que le propriétaire d'un fonds permet de faire à ses voisins par suite de ses relations de bon voisinage, comme de passer sur ses terres, d'abreuver des chevaux à son abreuvoir, de puiser de l'eau à sa source. Il va de soi que ces actes devront cesser, dès que le propriétaire le voudra. Qu'il les laisse accomplir par le voisin pendant un délai si prolongé que ce soit, il n'en saurait résulter l'acquisition d'une servitude par la prescription. La loi le décide ainsi, parce que, autrement, chacun devrait veiller jalousement à ne laisser accomplir aucun acte de ce genre par ses voisins. Ce serait la défiance, l'aigreur et l'animosité établies à l'état permanent.

Quant aux *actes de pure faculté*, ce sont les actes de jouissance qui constituent la *suite normale* d'une situation juridique acquise, *sans empiètement sur le voisin*. Ces actes ne peuvent davantage servir de fondement à la prescription. Voici un exemple d'un acte de pure faculté. Propriétaire d'une maison séparée de la plage par un terrain nu, je jouis depuis plus de trente ans de la vue de la mer, par dessus le sol non bâti de mon voisin. Mais celui-ci s'avise de construire. Puis-je m'y opposer en alléguant que j'ai acquis, par la possession trentenaire des avantages qu'elle procure, une servitude de ne pas bâtir ? Non ; car en jouissant de la vue qui s'offrait à moi pendant trente ans et plus, je n'ai fait que recueillir les avantages de ma propre maison ; je n'ai pas empiété sur mon voisin ; je n'ai manifesté d'aucune façon l'intention, la volonté de restreindre, de démembrer son propre droit

de propriété. Il me manque, pour que j'aie la possession, à la fois le *corpus* et l'*animus*.

Application de l'exclusion des actes de pure faculté à la servitude aquam non retinendi. — L'article 642, remanié par la loi du 8 avril 1898, nous fournit un autre exemple significatif. Supposons que le propriétaire d'un fonds y reçoive l'eau découlant d'une source jaillissant sur le fonds supérieur, eau que le propriétaire de la source, on s'en souvient, du moment qu'elle ne présente pas le caractère d'une eau publique et courante, a le droit de retenir ou de laisser écouler, à son gré, après s'en être servi (art. 640, 642). Le propriétaire du fonds inférieur exécute *sur son sol* des ouvrages, par exemple, des rigoles, destinés à faciliter ou à utiliser l'écoulement de cette eau. Mais le propriétaire de la source se décide (après trente ans passés) à utiliser son eau autrement et à en empêcher l'écoulement sur le fonds inférieur. Le propriétaire de ce fonds pourra-t-il s'y opposer en alléguant qu'il a acquis, à l'encontre du fonds supérieur, une servitude *aquam non retinendi* par l'effet des travaux par lui effectués, travaux constituant une possession, laquelle se serait prolongée pendant le délai requis pour la prescription ? Non, répondrons-nous ; car les travaux effectués par le propriétaire *sur son propre sol* n'empiètent pas sur autrui ; ce sont des actes de *pure faculté*. Avant la loi de 1898, il y avait, à la vérité, controverse, sur ce point. L'article 642 qui prévoyait le cas, décidait en effet que la prescription pourrait être opposée au propriétaire supérieur prétendant retenir l'eau de sa source, lorsqu'il y aurait eu, de la part du propriétaire inférieur, possession caractérisée par des « ouvrages *apparents* destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau ». A prendre le texte à la lettre, il suffisait donc, pour fonder la prescription, qu'il y eût des travaux *apparents*, c'est-à-dire *visibles*, effectués sur le fonds inférieur. Cependant, la Jurisprudence décidait avec raison que cette condition était insuffisante : elle exigeait, de plus, que les ouvrages fussent *extérieurs*, c'est-à-dire empiétassent sur le fonds supérieur (Civ., 5 juillet 1893, D. P. 93.1.595, S. 93.1.376). La loi du 8 avril 1898 a consacré cette jurisprudence, en remaniant le texte de l'article 642. La disposition actuelle exige en effet des « travaux faits et terminés *sur le fonds où jaillit la source* ». L'article 642 a été ainsi mis en harmonie avec l'article 2232.

Application des règles précédentes à la prescription des servitudes. — Nous voyons également une application des règles précédentes dans la disposition des articles 690 et 691, d'où il résulte que les seules servitudes qui puissent s'acquérir par prescription sont les servitudes à la fois *continues et apparentes*.

Cette règle fondamentale est le produit d'une transaction entre deux systèmes opposés de notre ancien Droit. Tandis que la Coutume de Paris (art. 186) et celle d'Orléans (art. 225) prohibaient l'acquisition des servitudes par la prescription, c'est-à-dire par l'accomplissement prolongé des actet correspondants à la servitude, certaines autres coutumes et les pays de Drois

écrit admettaient l'acquisition des servitudes par l'effet d'un exercice prolongé, à l'exception cependant des servitudes *discontinues*, pour lesquelles on n'admettait en général la prescription, qu'autant qu'il y avait *possession immémoriale*, celle-ci faisant présumer l'existence d'un titre ancien, perdu depuis (V. Merlin, *Répert.*, V° *Servitudes*, § 20 à 27). Aujourd'hui (et ce système intermédiaire était déjà celui de l'ancienne Coutume de Bretagne, art. 271) la prescription des servitudes est possible en principe. Mais il y a exception pour les servitudes *discontinues* ou *non apparentes*. Celles-ci ne peuvent s'établir que par titre. La possession même immémoriale ne suffirait pas pour les créer (art. 691).

Quelle est la raison de cette exclusion ?

1° *Servitudes discontinues*. — On trouve, dans le Droit romain, un texte (Paul, 14, pr., D., *de servit.*, VIII, 1) dans lequel l'auteur nous dit que les servitudes rurales ne peuvent s'acquérir par prescription, parce que ces servitudes ne sont pas susceptibles d'une possession certaine et continue : car, ajoute-t-il, en faisant allusion à une servitude de passage, personne ne peut passer d'une façon si continue sur un chemin que sa possession ne soit interrompue à quelque moment. Dans notre ancien Droit, Ferrière (*Cout. de Paris*, art. 186, gl. 1, n° 11) reprend cette explication, et nous dit que les servitudes discontinues s'exercent par des actes *isolés* et ne peuvent dès lors être possédées d'une façon continue.

Mais les auteurs modernes n'ont pas eu de peine à montrer que cette explication n'avait pas de valeur juridique. S'il est nécessaire que la possession soit *continue*, cela veut dire, non pas qu'il faut accomplir les actes de possession sans interruption, sans arrêt, mais qu'il ne doit y avoir entre ces actes que des intermittences régulières, normales. Dès lors, une *servitude discontinue*, comme celle de passage, est cependant l'objet d'une *possession continue*, du moment que l'intéressé use du droit de passage toutes les fois qu'il en a besoin.

La raison véritable de l'exclusion des servitudes *discontinues* est donc différente. Elle a été très bien indiquée par Berlier, orateur du Gouvernement devant le Corps législatif. C'est que les actes isolés, correspondant à ces servitudes, passage, abreuvage, puisage, etc..., sont en général *des actes de simple tolérance*, sur lesquels l'attention du voisin n'est, en conséquence, pas attirée, et dont on ne pourrait faire résulter l'acquisition d'un droit, sous peine d'envenimer les relations des voisins entre eux. En un mot, ce n'est pas l'article 2229, c'est l'article 2232 qui explique les règles des articles 690 et 691.

La règle relative aux servitudes discontinues donne lieu à deux observations importantes :

A. — On peut concevoir que des actes correspondant à des servitudes autres que des servitudes discontinues offrent, eux aussi, le caractère d'actes de simple tolérance. Par exemple, sans concéder à un voisin une servitude *de vue*, vous pouvez convenir avec lui, à titre de tolérance, qu'il pourra ouvrir une fenêtre d'aspect dans celui de ses murs qui borde immédiatement votre propriété, mais que cette fenêtre devra être fermée à votre

première réquisition. Seulement, lorsqu'il en est ainsi, on devra présumer, jusqu'à preuve du contraire, qu'il y a *animus possidendi* chez le propriétaire de la fenêtre (arg. art. 2230) ; ce sera à vous à démontrer, le cas échéant, que l'ouverture de la fenêtre n'a eu lieu qu'en vertu d'une simple tolérance de votre part. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'actes correspondant à une servitude discontinue (passage, puisage, pacage, abreuvage, etc...), on présume qu'il y a une simple tolérance ; mais la preuve contraire peut toujours se faire par la production d'un titre, et généralement par tous les moyens de preuve à l'aide desquels se démontre l'existence d'une convention (Req., 13 février 1877, D. P. 78.1.259 ; Civ., 23 février 1904, D. P. 1905.1.359 ; Req., 20 février 1907, D. P. 1907.1.227).

B. — Certains droits, tels que ceux de passage, de puisage, d'abreuvage, de pacage sont susceptibles de s'exercer, suivant les cas, soit comme servitude discontinue sur le fonds d'autrui, soit comme *droit de copropriété*. Il en est ainsi, par exemple, pour l'usage d'un corridor, d'une cour, d'une ruelle qui dessert deux maisons voisines. La desserte en question peut appartenir aux deux propriétaires, ou, étant la propriété d'un seul, se trouver grevée d'une servitude au profit de l'autre. De même, pour un puits, un abreuvoir, un pâturage. Or le droit de copropriété peut, à la différence des servitudes discontinues, s'acquérir par la possession prolongée ; il arrivera donc souvent que l'intéressé invoquera, pour maintenir sa jouissance actuelle, qu'il a acquis par prescription, non un droit de servitude, mais un droit de copropriété. Il pourra même parfois prétendre qu'il a acquis la propriété exclusive, totale de la portion du sol d'autrui nécessaire à sa jouissance, par exemple, celle de la bande de terrain qui n'a jamais servi à autre chose qu'à son passage (Req., 7 février 1883, D. P. 84.1.128, S. 84.1.320). Supposons qu'une prétention de ce genre soit soutenue devant les juges, sans que son auteur puisse fournir aucun titre établissant la nature de son droit. Le tribunal aura à se prononcer en examinant la situation des lieux, les actes faits par le prétendu copropriétaire, la conduite des deux parties, par exemple, ce fait que les deux voisins ont contribué à frais communs à l'entretien du chemin ou de l'abreuvoir ; il recherchera dans les actes anciens qui peuvent lui être fournis, des présomptions de nature à l'éclairer. Et, suivant les cas, il décidera souverainement si l'on se trouve en présence de faits bien caractéristiques d'une prétention à la copropriété, auquel cas la prescription aura pu jouer, ou, au contraire, de simples faits correspondant à une servitude discontinue, impuissants à faire acquérir un droit par l'effet de la prescription (Req., 23 janvier 1900, S. 1900.1.215 ; Civ., 5 juillet 1900, D. P. 1901.1.294, S. 1902.1.502).

Deux applications spéciales de la distinction ci-dessus méritent d'être notées :

a) La première se rattache à une controverse souvent agitée avant 1881 à propos des *chemins d'exploitation*, c'est-à-dire servant de communication entre les parcelles, dans les pays où la propriété est très morcelée. Ces chemins sont indispensables aux propriétaires des fonds desservis, mais leur origine est presque toujours inconnue. On se demandait donc s'ils

étaient la propriété exclusive de ceux dont ils traversaient les terres, sous charge de servitude de passage, ou la copropriété de tous ceux qui s'en servaient. Dans la première opinion, la prescription ne pouvait être invoquée pour l'acquisition de l'usage des chemins d'exploitation. La seconde opinion entraînait une solution contraire. La loi du 20 août 1881 a tranché la question. L'article 33 dit que les chemins et sentiers d'exploitation sont présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi, mais que l'usage en est commun à tous les intéressés.

b) La même difficulté s'est également présentée pour les droits d'*usage* et de *pâturage* dans les forêts. Si on les considère comme des *servitudes discontinues*, ils ne peuvent s'acquérir par la prescription. Il en est autrement si on les traite comme constituant un droit d'usage proprement dit, c'est-à-dire comme une variété d'usufruit. Plusieurs arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation ont décidé que ces droits sont susceptibles d'être usucapés (V. not., Civ., 1er décembre 1880, D. P. 81.1.121, S. 81.1.303 ; 9 janvier 1889, D. P. 90.1.125, S. 89.1.118). Au contraire, la Chambre des requêtes a jugé que les droits d'usage et de pâturage forestiers constituent des servitudes discontinues, et ne peuvent, dès lors, être consolidés par la possession prolongée (Req., 23 juin 1880, D. P. 81.1.316, S. 81.1.468).

2° *Servitudes non apparentes.* — Pour ce qui est des servitudes non apparentes, on serait tenté de croire tout d'abord que l'impossibilité de les acquérir par prescription tient à ce que leur possession étant, par définition, occulte, n'est pas une possession régulière, aux termes de l'article 2229, parce qu'elle est atteinte du vice de *clandestinité.* Cette explication suffit lorsqu'il s'agit de servitudes *positives* non apparentes, par exemple, d'une servitude d'*aqueduc* qui s'exercerait par des *conduits souterrains*, dont rien ne révèlerait l'existence à la surface. Mais des servitudes de ce genre sont excessivement rares. La plupart des servitudes non apparentes sont des servitudes *négatives* (c'est-à-dire imposant une abstention, par exemple, les servitudes de prospect, de ne pas bâtir, *altius non tollendi*, *aquam non retinendi*, etc... (Douai, 9 décembre 1889, D. P. 91.2.69). Or, la notion de clandestinité ou de publicité n'a rien à voir avec des servitudes de ce genre, puisqu'il est *normal, nécessaire* que ces droits, consistant, non pas à agir soi-même, mais à empêcher que le propriétaire voisin accomplisse sur son propre bien tel ou tel acte déterminé, ne se révèlent point par quelque indice matériel et extérieur. La vraie raison de l'exclusion des servitudes négatives non apparentes doit donc être cherchée encore dans la règle de l'article 2232. Cette raison, c'est que les prétendus faits de possession, dont le soi-disant possesseur invoquerait la prolongation (avoir toujours joui de telle ou telle vue, n'avoir jamais eu devant soi que des constructions peu élevées, etc...) ne sont en réalité que des actes de *pure faculté.* Ils ne peuvent donc servir de fondement à la prescription.

II. **Computation des délais de la prescription.** — Le calcul du délai de la prescription fait l'objet d'un certain nombre de règles très simples,

dont quelques-unes sont formulées par le Code civil, dont les autres résultent d'autres dispositions ou d'une pratique constante :

1° art. 2260). — « La prescription se compte par jours, et non par heures. » On ne tient donc pas compte, dans le calcul, des fractions de jour. Il en résulte nécessairement que le jour de la prise de possession, ou *dies a quo*, n'est pas compris dans le délai.

2° (art. 2261). — La prescription « est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli ». Ainsi le *dies ad quem* est compris dans le délai. J'ai pris possession le 1er janvier 1910 ; la prescription sera accomplie à mon profit, lorsqu'aura sonné l'heure de minuit séparant le 1er du 2 janvier 1940.

3° Lorsque la prescription se compte par années ou par mois, on calcule le délai de quantième à quantième, suivant le calendrier grégorien. Il en est ainsi depuis la deuxième édition du Code civil, car auparavant on suivait des règles correspondant à la computation du calendrier républicain, encore en vigueur en 1804. Il n'y a donc pas à tenir compte, s'il s'agit de mois, du nombre de jours du mois, ni, s'il s'agit d'années, du jour complémentaire des années bissextiles.

4° Les jours fériés et dimanches sont compris dans le délai de la prescription. Elle peut donc arriver à son terme aussi bien un jour férié qu'un jour ouvrable.

Jonction ou accession des possessions. — Une cinquième règle relative à la computation du délai nous est fournie par l'article 2235 : « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux. » C'est là ce qu'on appelle la *jonction* ou *accession des possessions*.

On comprend aisément le motif de la règle. Les choses changent souvent de possesseur, soit par le décès de celui qui les détient et les transmet à ses héritiers, soit par des actes entre vifs. S'il avait fallu, pour qu'un possesseur pût invoquer la prescription, que le temps de possession nécessaire se fût accompli en sa personne, la prescription eût été rarement applicable. Le but de la loi qui est, en première ligne, de consolider les situations acquises, à cause de tous les intérêts qui peuvent se greffer sur ces situations, n'aurait pas été atteint.

La loi nous dit qu'il y a jonction des possessions, à quelque titre que les possesseurs successifs se soient succédé. Mais dans quel cas peut-on dire qu'il y a *succession* ou *transmission*, que l'un des possesseurs est l'*auteur* et l'autre l'*ayant-cause?* Est-ce seulement lorsqu'il y a eu transmission *volontaire* (c'est-à-dire par l'effet d'un contrat ou d'un testament) ou *légale* (c'est-à-dire par l'effet de la succession *ab intestat*). Ou, au contraire, ne faut-il pas élargir la portée de l'article 2235, l'appliquer chaque fois qu'il y a succession, fût-elle *fortuite*, de plusieurs possesseurs sur un même objet ?

Commençons par un cas qui n'est pas douteux. Primus, usurpateur de la chose d'autrui, en est dépossédé par Secundus, autre usurpateur. Si le

vrai propriétaire revendique, Secundus va-t-il pouvoir, afin d'opposer la prescription, prétendre utiliser le temps de possession de Primus, qu'il avait réussi à expulser par violence ou par ruse? Non évidemment. Aucun lien n'existe entre les deux occupants successifs.

Supposons maintenant que l'occupant actuel possédait la chose à la suite d'un occupant antérieur, contre lequel il avait eu gain de cause dans une instance en revendication. Au fond, les deux plaideurs n'avaient pas plus de droit l'un que l'autre sur la chose litigieuse. Voici que le véritable propriétaire la revendique à son tour. Son adversaire voudrait lui opposer la prescription. Mais il faudrait qu'il pût joindre à sa possession le temps pendant lequel le possesseur antérieur avait détenu la chose. Le pourra-t il? La question semble bizarre. Le second occupant n'est pas l'ayant-cause du premier. Son droit, s'il en avait un, serait la négation de celui de son prédécesseur. Cependant, les Romains, sans doute sous l'empire de l'idée du contrat judiciaire, admettaient ici la jonction des possessions (14, § 3, D., *de div. temp.*, XLIV, 3). Nous croyons néanmoins qu'elle doit être repoussée aujourd'hui. Le possesseur actuel ne *tient* pas sa possession de l'occupant antérieur; il la tient de lui-même, de sa situation personnelle, qui a été jugée préférable à celle de son adversaire.

Nous ne raisonnerons pas de même dans l'hypothèse où le défendeur à la revendication du *verus dominus* aurait autrefois aliéné la chose (par exemple l'aurait donnée), puis l'aurait reprise en vertu d'une condition résolutoire (par exemple, la révocation de la donation pour survenance d'enfants ou la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix). Le temps de l'interrègne devra être compté. En effet, la condition résolutoire produisant un effet rétroactif, le possesseur actuel est censé n'avoir jamais cessé de posséder. On remarquera d'ailleurs qu'il n'y a pas ici à proprement parler un cas de jonction de possessions, mais une application du principe de la rétroactivité de la condition.

Enfin, nous admettrons la jonction dans l'hypothèse suivante. Primus avait constitué, sur la chose qu'il possédait sans droit, un usufruit au profit de Secundus. Le vrai propriétaire revendique. Secundus va pouvoir alléguer qu'il a prescrit l'usufruit, et cela en joignant au temps de sa possession comme usufruitier celui de la possession de Primus comme propriétaire. En effet, Secundus est bien l'ayant-cause de Primus, et celui-ci avait bien possédé le même droit que lui, car il *possédait* la propriété, laquelle comprend son démembrement, l'usufruit.

Nous ne pouvons d'ailleurs donner ici qu'un aperçu des question complexes engendrées par la jonction des possessions. Ce sont les jurisconsultes romains qui les ont le mieux éclaircies et c'est encore, en général, leurs solutions que nous devons suivre. Comme l'a écrit Scévola, cette matière est toute d'équité et de bons sens. *De accessionibus possessionum nihil generaliter definire possumus : consistunt enim in sola æquitate* (14, pr. D., *h. t.*).

III. Interruption de la prescription. — On appelle ainsi les faits qui mettent fin à l'effet utile de la prescription. Celle-ci suppose la posses-

sion prolongée en fait et sans réclamation du propriétaire. Il y aura donc deux sortes d'interruption : l'interruption *naturelle*, qui résulte de la non-prolongation de la possession, et l'interruption *civile*, qui résulte de la réclamation du propriétaire (art. 2242). Qu'elle soit civile ou naturelle, l'interruption abolit tout effet du laps antérieurement écoulé. En général, le possesseur pourra ensuite recommencer à posséder et à prescrire, mais ce sera une nouvelle prescription, qui ne courra que du moment de la réintégration. Tout le temps antérieur à l'interruption est perdu pour lui.

1° *Interruption naturelle.* — C'est la perte en fait de la possession. Aux termes de l'article 2243, « il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, *pendant plus d'un an*, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers ». Ce délai d'un an s'explique par le rapprochement du texte avec les dispositions du Code de procédure civile (art. 23), accordant l'exercice des actions possessoires à celui-là seul qui possède depuis un an. Tant que ce délai n'est pas écoulé, ce n'est pas le nouveau possesseur qui a les actions possessoires, c'est l'ancien. Il n'y a donc pas eu interruption.

Deux observations trouvent ici leur place :

A. — Il résulte de l'article 2229 qu'il n'y a pas possession utile lorsque celle-ci n'est pas *continue*. Or, aucun texte n'exige que le défaut de continuité se soit prolongé pendant plus d'un an. L'article 2243 a-t-il donc modifié le régime du vice de discontinuité ? En aucune façon. L'article 2243 vise la cessation des faits de possession qui serait imputable à l'*action des tiers*. La discontinuité de l'article 2229, c'est la cessation de faits de possession, imputable *au possesseur lui-même*. On conçoit que, dans ce dernier cas, cette cessation entraîne, dès qu'elle s'est prolongée d'une façon anormale, la perte de la possession, parce qu'elle implique que le possesseur n'a plus l'*animus*. Au contraire, l'interruption venant d'un tiers n'emporte pas aussitôt, chez l'ex-possesseur, cette sorte de renonciation qui fait présumer de sa part la perte de l'*animus*. Il faut qu'elle se prolonge jusqu'au moment où le possesseur aura perdu les actions possessoires.

B. — Il résulte des motifs mêmes de l'article 2243 et de son rapprochement avec l'article 23 du Code de procédure civile, qu'il ne s'applique qu'à la possession des immeubles, car les immeubles seuls font l'objet des actions possessoires. Donc, la prescription d'un meuble (nous verrons plus tard dans quel cas elle est concevable) est interrompue, dès que le meuble a cessé d'être au pouvoir du possesseur pendant le temps moralement nécessaire pour qu'on puisse considérer celui-ci comme dépossédé.

2° *Interruption civile.* — D'après les articles 2244 et 2248, deux ordres de faits interrompent civilement la prescription, à savoir l'*interpellation* faite par le vrai propriétaire, et la *reconnaissance*, par le possesseur, du droit de celui contre lequel il prescrivait. La reconnaissance de la part du possesseur lui fait perdre l'*animus sibi habendi* ; il y a donc là moins une interruption civile qu'une interruption naturelle. Quant à l'interpellation ou réclamation judiciaire du propriétaire, qui ne détruit évidemment ni le *corpus* ni l'*animus* du possesseur, l'effet interruptif qu'elle produit tient à des

considérations de pratique et d'équité. Le procès commencé peut mettre longtemps à aboutir. Il ne faudrait pas que la prescription pût s'accomplir *intra moras litis*. Il est d'ailleurs conforme au Droit commun moderne que les jugements déclaratifs de droits rétroagissent au jour du début de l'instance.

A. — L'*interpellation* du propriétaire produit un effet interruptif qui, à la différence de l'interruption naturelle, est simplement *relatif*, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée qu'à l'encontre de celui à qui, ou aux ayants-cause de qui, l'interpellation a été adressée (Req., 19 mars 1906, D. P. 1907.1.151).

Quant aux actes de procédure qui constituent l'interpellation, l'article 2244 en énumère trois, qui sont la *citation en justice*, le *commandement*, la *saisie*. De ces trois modes, les deux derniers doivent être écartés ici, parce qu'ils supposent les rapports d'un créancier et d'un débiteur et se réfèrent donc exclusivement à la prescription libératoire. Nous ne nous occuperons par conséquent que de la citation en justice.

Quelles sont les conditions d'efficacité de la citation en justice comme mode d'interruption ? Ceci comprend deux questions : *a*) Que faut il entendre par citation ? *b*) Dans quel cas une citation est-elle inopérante ?

a) *Que faut-il entendre par citation en justice* ? Différents points ont fait l'objet de controverses aujourd'hui tranchées par la Jurisprudence. D'autres sont fixés par la loi même.

α) La citation en justice, pour interrompre la prescription, a-t-elle besoin d'avoir été *signifiée* à l'adversaire ? Non, répond la Jurisprudence (V. Bordeaux, 24 mai 1893, D. P. 95.2.63). En effet, le motif de la loi, qui est d'empêcher que le propriétaire ne souffre des lenteurs de la justice, commande de considérer la prescription comme interrompue, dès que le revendiquant a, en fait, commencé le procès.

β) Une *demande en référé* constitue-t-elle une citation ? Non, du moins quand elle ne contient pas de conclusions au fond, mais se borne à demander, chose fréquente, des mesures provisoires (Civ., 5 juin 1883, D. P. 83.1.373, S. 84.1.49, note de M. Labbé).

γ) En revanche, la *citation en conciliation* interrompt la prescription, pourvu qu'elle soit suivie d'une citation en justice dans les délais fixés par le Code de procédure (art. 2245). La solution de la loi se comprend très bien. La citation en conciliation est, en règle générale, le préliminaire obligé des procès. Bien qu'elle n'en constitue pas le commencement, elle en retarde la solution. Dès lors, le motif de la loi exige qu'elle entraîne interruption de la prescription.

Si une citation en conciliation était formée dans une affaire où la loi dispense de ce préliminaire, l'effet interruptif ne se produirait pas (Req., 17 janvier 1877, D. P. 78.1.19, S. 78.1.165).

Au contraire, il serait attaché aux préliminaires, autres que la citation en conciliation, exigés par la loi au début d'autres procès, par exemple, au dépôt du mémoire préalable que doit faire, à la préfecture, celui qui veut intenter une action contre une commune (Req., 21 août 1882, D. P. 82.1.409, S. 83.1.121).

b) *Dans quels cas une citation est-elle inopérante ?* La citation est non avenue comme acte interruptif, dans un certain nombre de cas indiqués par l'article 2247.

α) Lorsque l'assignation est nulle *pour défaut de forme*. On rapprochera cette disposition de celle de l'article 2246, d'après laquelle la citation en justice donnée « devant un juge incompétent » n'en interrompt pas moins la prescription. Cependant, l'incompétence entraîne la nullité de la procédure, aussi bien que le vice de formes. On explique traditionnellement cette différence en disant que, les questions de compétence étant très délicates parfois à juger, les parties ne sauraient être rendues responsables d'une erreur commise, à ce point de vue, dans l'assignation. La raison est plus que médiocre. Pas plus que la mauvaise direction donnée à la citation, le vice de forme ne devrait, en équité, pouvoir être reproché au plaideur, car, dans les deux cas, la procédure est l'œuvre de l'avoué. Heureusement, en pratique, la sanction attachée au défaut de forme ne jouera que très rarement, par suite de l'excellente habitude prise par les avoués des grands ressorts de ne jamais relever de vices de pure forme dans les citations.

β) Pas d'interruption de prescription non plus, lorsque la citation est périmée par suite du *désistement* du demandeur, c'est-à-dire de l'abandon qu'il fait de sa procédure (art. 402, 403, C. proc. civ.) ;

γ) Ou par suite de la *péremption d'instance*, laquelle, en effet, équivaut à un désistement (art. 397 à 401, C. proc. civ.).

δ) L'interruption est enfin regardée comme non avenue, en cas de *rejet de la demande*. Au premier abord, il est malaisé de comprendre l'intérêt de cette solution. Si le demandeur est débouté de sa revendication, le possesseur n'aura pas besoin, pour repousser une nouvelle demande, d'invoquer la prescription ; il lui suffira d'invoquer l'autorité de la chose jugée d'où il résulte que le demandeur n'a aucun droit sur la chose litigieuse. Et, de même, pour que le possesseur puisse, au besoin, opposer victorieusement la prescription à d'autres demandeurs qu'à celui qui a été débouté, il est sans intérêt de décider que la citation de celui-ci n'a pas produit d'effet interruptif, car nous savons que l'interpellation est un mode d'interruption *relatif*, invocable seulement par celui qui l'a formée.

Cependant, on a pu indiquer telle hypothèse où la règle de l'article 2247, *in fine*, reste utile pratiquement. On peut supposer que la revendication a été rejetée pour des causes ne tenant pas au fond du droit, ni à un vice de forme, ni à l'incompétence du juge, ni au désistement, ni à la péremption, cas expressément visés par la loi. Par exemple, le demandeur en revendication avait, pour plaider, besoin d'une autorisation, dont il avait négligé de se munir ; il a été débouté pour *défaut de qualité*. Que va-t-il faire ? Il va solliciter cette autorisation, puis, une fois qu'il l'aura obtenue, il recommencera son procès, sans qu'on puisse lui opposer l'exception de chose jugée, puisqu'il n'a pas été débouté au fond. Il sera, dans ce cas, utile au possesseur qui aurait complété, dans l'intervalle, le temps de la prescription, de pouvoir lui opposer l'inefficacité de la première citation en tant qu'acte interruptif. Or, c'est ce que l'article 2247, al. 4, lui permettra de faire

B. — La *reconnaissance* du droit du demandeur par le possesseur n'est subordonnée par la loi à aucune forme préconstituée. Elle peut donc être soit expresse, soit tacite : par exemple, elle pourra résulter d'une déclaration faite dans un inventaire ; elle pourra être judiciaire ou extrajudiciaire etc. La seule condition requise pour l'efficacité de cet acte, en tant que mode d'interruption de la prescription, resulte des principes généraux du Droit : c'est que l'auteur de la reconnaissance ait la capacité voulue pour aliéner.

Quant à l'effet que produira cette reconnaissance, il variera suivant les circonstances. Le plus souvent, l'auteur de la reconnaissance aura avoué qu'il possède pour le compte d'autrui ; à partir de ce moment, il devra être considéré comme détenteur précaire. Mais quelquefois cependant il pourra se faire que le possesseur, tout en reconnaissant le droit d'autrui, avoue ne posséder à aucun titre juridique, mais seulement par une usurpation pure et simple ; dans ce cas, il ne devra pas être considéré comme détenteur précaire ; il continuera à posséder et recommencera à prescrire, car la loi n'exige pas la bonne foi comme condition de la prescription (de trente ans). Le caractère de la *reconnaissance* est alors celui d'une renonciation à la partie de la prescription déjà accomplie *dans le passé*. D'où les conséquences suivantes variant avec les cas :

a) Le possesseur, en reconnaissant le droit d'autrui, s'est-il avoué détenteur précaire, l'interruption de la prescription produit un effet *absolu*, c'est-à-dire invocable par tout intéressé. En effet, il n'y a plus possession *ad usucapionem*. La prescription sera en outre rendue impossible pour l'avenir, à moins d'un cas ultérieur d'interversion du titre.

b) Au contraire, si le possesseur n'a fait que renoncer au temps antérieurement acquis, l'interruption n'a qu'un effet *relatif*, invocable seulement par le bénéficiaire de la reconnaissance. De plus, si l'auteur de la reconnaissance reste en possession, la prescription recommencera aussitôt. Bien entendu, si elle était de nature auparavant à s'accomplir par le délai abrégé, de dix ou de vingt ans, à raison de la bonne foi du possesseur, celle qui courra désormais sera la prescription de trente ans.

IV. Suspension de la prescription. — Il y a *suspension* de la prescription, dans un certain nombre de cas où la loi empêche la possession prolongée de produire ses effets, pendant un certain temps, au détriment d'ayants-droit qu'elle entend favoriser et protéger particulièrement.

On aperçoit aussitôt la différence entre la *suspension* et *l'interruption*. En cas de suspension, une fois la cause qui la produisait disparue, la prescription recommence à courir, en *empruntant le temps déjà écoulé* antérieurement à la suspension. En cas d'interruption, au contraire, lorsque la prescription peut recommencer à courir, c'est une prescription nouvelle qui ne prend date qu'à partir du moment où elle a repris ; tout le temps de la possession antérieure est perdu pour le possesseur.

Les causes de suspension se justifient par des considérations d'équité, elles profitent en effet à des personnes qui, vu leur situation, ne seraient pas en mesure d'accomplir les actes interruptifs d'une prescription courant

à leur rencontre, ou qui ne pourraient les accomplir sans s'exposer à des inconvénients de nature à les entraver dans la sauvegarde de leurs intérêts.

On remarquera d'ailleurs aussitôt que le mot de *suspension* n'est pas toujours exact. Il ne l'est que lorsque les faits suspensifs produisent leur effet au cours d'une prescription déjà commencée. Mais ces faits ont aussi cette vertu, le cas échéant, *d'empêcher la prescription de commencer.*

Dans quels cas donc la loi établit-elle des causes de suspension de la prescription ?

1° — (art. 2252). — « La prescription ne court pas contre les *mineurs et les interdits*, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi ». Les motifs de la faveur faite aux mineurs et aux interdits s'expliquent assez mal. En somme, le Droit moderne reproduit ici maladroitement une règle du Droit romain d'une portée beaucoup moins générale. Cette règle suspendait la prescription relativement aux biens adventices des fils de famille, pendant la durée de la *patria potestas*. L'équité commandait impérieusement cette solution. En effet, le fils de famille ne pouvait exercer aucune action, ni, dès lors, interrompre la prescription. Et, d'autre part, le *pater*, maître des actions de son fils, n'aurait pas été admis à agir relativement aux biens adventices, par suite de son défaut d'intérêt. On sait enfin qu'à Rome le *pater* ne représentait pas le fils de famille. Il en est différemment chez nous. Le mineur et l'interdit ont des représentants légaux, père ou tuteur, qui ont le droit et le devoir d'agir pour la sauvegarde de leurs intérêts. La règle de l'article 2252 offre donc le caractère d'une *restitutio in integrum*, accordée à certains incapables contre l'*une* des négligences possibles de la part de leurs représentants légaux. Et cela est tout à fait contraire aux principes généraux de la représentation, telle que nous l'entendons actuellement.

Aussi, la pratique et la Doctrine donnent-elles de l'article 2252 une interprétation restrictive. Il n'a pas été possible d'en refuser le bénéfice aux *mineurs émancipes*, le texte parlant des mineurs en général d'une façon trop nette pour qu'on pût faire des distinctions. Mais on n'étend pas la suspension aux *interdits légaux*, non plus qu'aux personnes pourvues d'un *conseil judiciaire*, ni aux *aliénés* non interdits.

Nous n'avons pas à nous occuper ici du renvoi fait par le texte à l'article 2278, car il vise les *courtes prescriptions extinctives*, c'est-à-dire celles qui s'effectuent par cinq ans ou moins de cinq ans.

2° — (art. 2253). — « Elle (la prescription) ne court point *entre époux* ». Les motifs qui font suspendre la prescription entre époux pendant la durée du mariage sont complexes. Le motif le plus général, c'est que, dans l'intérêt de la bonne entente dans les ménages, la loi ne veut pas qu'un époux puisse se voir forcé, pour sauvegarder ses intérêts, d'envoyer une citation en justice à son conjoint. Mais il y a d'autres raisons encore. Sous divers régimes, le mari ne pourrait usucaper les biens de sa femme par ce motif que, les détenant comme administrateur légal, c'est-à-dire comme mandataire de celle-ci, sa possession est entachée du vice de précarité. Du reste, la loi ne

distingue pas suivant que le possesseur est le mari ou la femme, ni suivant qu'il y a ou non séparation, non plus que selon les régimes matrimoniaux adoptés. Un dernier motif encore peut être assigné à la règle de l'article 2253. C'est que la loi interdit aux époux de se faire, durant le mariage, des donations irrévocables (art. 1096). Or, la possibilité de la prescription pourrait leur offrir un moyen détourné d'enfreindre cette prohibition.

3° — Les *femmes mariées* jouissent aussi d'une cause de suspension de la prescription, mais *dans certains cas seulement.* Le principe en effet, c'est que *la prescription court contre la femme mariée.* L'article 2254 le dit en termes formels. On peut d'ailleurs s'étonner de cette disposition. En soi elle est bonne, mais évidemment peu en harmonie avec la faveur accordée à d'autres incapables, les mineurs et les interdits, au moins lorsqu'il s'agit de femmes mariées sous un régime qui fait du mari l'administrateur de leurs biens. L'article 2254 *in fine* a cependant souligné que les tiers peuvent usucaper même les biens dont le mari a l'administration, sauf recours de la femme contre son mari négligent.

Quoi qu'il en soit, voici trois cas où, par exception, la prescription est suspendue dans les rapports de la femme mariée avec les tiers.

A. — (art. 2255). — Si la femme est mariée sous le régime dotal, les *immeubles dotaux* ne peuvent être prescrits contre elle. C'est une conséquence de l'*inaliénabilité* des biens dotaux. Toutefois, on verra plus loin (art. 1561) qu'après la séparation de biens, les biens dotaux peuvent se prescrire, alors qu'ils demeurent inaliénables, ce qui est tout à fait illogique.

B. — (art. 2256-1°). — Pas de prescription non plus durant le mariage contre les femmes mariées sous le régime de la *communauté*, lorsque l'action qu'elles auraient à exercer pour l'interrompre suppose une *option* qu'elles ne peuvent faire qu'après la dissolution de la communauté, en acceptant cette communauté ou en y renonçant (art. 1408, 1435).

C. — (art. 2256-2°). — Pas de prescription enfin contre la femme « dans le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement, est garant de la vente, et dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari ». La loi n'a pas voulu obliger la femme, désireuse d'empêcher la prescription de courir à son désavantage, à intenter contre le possesseur un procès qui aurait des suites fâcheuses pour le mari, dont on suppose la responsabilité engagée à l'égard de ce possesseur.

Extension des causes de suspension. — L'énumération que nous venons de donner est-elle limitative ? Ou, au contraire, les juges peuvent-ils admettre que la prescription n'a pas couru à l'encontre du propriétaire, dans les hypothèses où il est établi qu'en fait il lui a été impossible de l'interrompre ?

Dans l'ancien Droit, cette liberté était accordée aux juges de la manière la plus large ; ils n'avaient qu'à s'inspirer de l'équité. Deux formules célèbres exprimaient la règle suivie à cet égard : *Contra non valentem agere non currit præscriptio* ; *actioni non natæ non præscribitur.* Aussi, les tribu-

naux ne se faisaient-ils pas faute de soustraire à l'usucapion, non seulement les incapables, tels que les mineurs, mais certaines personnes morales particulièrement favorisées, les églises et les communautés religieuses, par exemple. De plus, dans chaque espèce où la prescription était invoquée, ils examinaient s'il n'y avait pas eu d'obstacle à l'action du *verus dominus* et, dans le cas de l'affirmative, déclaraient que l'usucapion avait été suspendue.

Aujourd'hui, l'article 2251 entend couper court à ces pratiques. « La prescription », nous dit-il, « court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. » Il semble donc qu'il ne doive jamais y avoir lieu à d'autres suspensions qu'à celles que nous venons de voir, à moins de lois particulières, telles que celle du 20 décembre 1870, par l'effet de laquelle le cours de toutes les prescriptions a été suspendu de plein droit, pendant la durée de la guerre franco-allemande et de la guerre civile consécutive, ou que le décret du 10 août 1914 (art. 1er) qui a édicté une règle semblable pour la guerre dernière.

Cependant, la Jurisprudence semble parfois faire assez bon marché de la règle rigoureuse de l'article 2251. Voici comment elle raisonne. A la vérité, dit-on, l'article 2251 déclare que la prescription, à moins d'une dispense expresse et légale, doit courir *contre toute personne*. Mais cette exclusion ne porte *in terminis* que contre les causes de suspension tenant *à la condition de la personne*. Ainsi, on devra refuser le bénéfice d'une suspension à l'État, aux communes, aux établissements publics, parce qu'on ne peut invoquer, en leur faveur, aucune disposition semblable à celle que l'article 2252 édicte en faveur du mineur et des interdits. Il en sera de même pour les absents (Req., 19 juillet 1869, D. P. 70.1.75, S. 69.1.407). Mais, ajoute-t-on, la loi n'exclut pas formellement les causes de suspension qui tiendraient, non à la qualité des personnes, mais à des *événements* qui ont rendu l'interruption impossible. Par exemple, la rupture des communications tenant à la guerre, à l'inondation, aux épidémies, aux éruptions volcaniques, à plus forte raison la suspension du cours de la justice qui, parfois, résulte de ces faits, ne constitueront pas, à proprement parler, des causes de suspension, mais permettront au juge, le jour où le propriétaire recouvrera la possibilité de faire valoir ses droits, de le relever des conséquences de la prescription qui se serait accomplie à son préjudice pendant la durée de l'événement de force majeure auquel on vient de faire allusion. De plus, l'article 2251 prévoit « quelque exception établie par une loi ». Il ne dit pas que cette loi doive *expressément* prononcer la suspension. Celle-ci peut être *virtuelle*, résulter, comme une conséquence logique et nécessaire, de telle ou telle dis position qui rende l'action impossible. Et c'est ainsi que, en matière, il est vrai, de prescription libératoire, on accordera la dispense de prescription aux créanciers de la faillite faisant partie de la masse, et cela comme une conséquence des dispositions légales qui leur interdisent toute poursuite individuelle et ne leur permettent pas même d'accomplir les actes conservatoires (Cf. Req., 21 mai 1900, D. P. 1900.1.422, S. 1902. 1.133).

Cause de suspension tenant au caractère conditionnel du droit. — Il y a une variété de suspension de la prescription dont nous n'avons point parlé jusqu'à présent. C'est celle qui résulte de l'article 2257, en vertu duquel la prescription ne court point à l'égard d'une *créance conditionnelle* ou *à terme*, jusqu'à l'échéance du terme ou de la condition. C'est qu'en effet les termes mêmes de cette disposition font douter qu'elle puisse être applicable à la *prescription acquisitive*. D'ailleurs, les motifs de la loi semblent bien aussi ne convenir qu'à la prescription libératoire: La principale raison qui justifie l'extinction automatique des créances, au bout du délai de la prescription, c'est que le long délai écoulé *depuis l'exigibilité* de la créance suppose une négligence fautive de la part du créancier. Or, tant que la modalité du terme ou de la condition n'est pas arrivée à échéance, la créance n'a pas été exigible ; il n'y a donc point place pour la présomption dont résulte la prescription libératoire. On le voit, nous ne sortons pas de la sphère des obligations et de leurs modes d'extinction.

Cependant, on peut soutenir que la règle de l'article 2257 trouve son application en matière d'usucapion. Voici une hypothèse où on le concevrait. Un individu a, sur un immeuble, un droit conditionnel. C'est, par exemple, un légataire particulier sous condition. L'héritier, persuadé que la condition ne se réalisera jamais et que, partant, le legs est condamné à devenir caduc, vend l'immeuble à un tiers, qui le possède pendant le temps requis pour la prescription. Puis, la condition se réalise, contrairement aux prévisions de l'héritier. Le légataire revendique l'immeuble entre les mains du détenteur. Celui-ci lui oppose la prescription qui se serait effectuée, entre temps, à son profit. Pourquoi refuser au propriétaire actuel, c'est-à-dire au légataire, le bénéfice de l'article 2257, d'où il résulterait que la propriété n'a pu être prescrite contre lui, avant l'échéance de la condition qui affectait son droit ? Parce que l'article 2257 contient ces mots « à l'égard d'une créance » ? Mais c'est attacher bien de l'importance à une simple formule. Au fond, la règle n'est-elle pas une application de la vieille maxime : *contra non valentem agere non currit præscriptio* ? S'il en est ainsi, ne doit-elle pas s'appliquer, tout aussi bien, lorsqu'il s'agit de sauvegarder les droits d'un propriétaire conditionnel qui, tout comme un créancier conditionnel, ne peut pas agir en justice pour défendre ses droits avant l'échéance de la modalité ? On objecte que, si le légataire sous condition n'a pas pu réclamer son legs, il lui était loisible d'exercer les actes conservatoires (art. 1180), et, dès lors d'interrompre la prescription qui était en voie de s'accomplir à son détriment. Mais on répondra que le mineur et l'interdit, eux aussi, peuvent faire les actes conservatoires ; cependant, la loi les relève de la prescription (art. 2252). Il ne suffit donc pas d'être capable des actes conservatoires pour entrer dans la catégorie des *valentes agere* (V. Civ., 9 juillet 1879, D. P. 79.1.343. S. 79.1.463).

V. Obligation d'invoquer formellement la prescription. — Son effet rétroactif. — Nous avons classé, *commoditatis causa*, la prescrip-

tion acquisitive parmi les *modes d'acquérir*. Ce n'est pas tout à fait exact. Elle est plutôt un *moyen d'acquérir*. Nous entendons par là qu'elle ne réalise pas automatiquement le transfert du droit réel au profit de l'usucapant. Il faut, de la part de celui-ci, une *manifestation de volonté* qui est la condition ultime de l'acquisition ou, mieux encore, la réalisation même de cette acquisition. C'est ce qui résulte de l'article 2223 : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. » Il faut donc que le possesseur l'*invoque* formellement. La raison de cette disposition, c'est que la prescription est un procédé qui peut répugner à la conscience de celui qui possédait la chose d'autrui, qui le savait ou qui l'apprend.

L'article 2224 ajoute que « la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé ». Ainsi, le moyen de la prescription ne peut pas être opposé, pour la première fois, devant la Cour de cassation, parce qu'à ce moment de la procédure, le procès est terminé au fond, mais il peut être présenté soit devant le tribunal, soit devant la cour d'appel. Tout cela est l'application du Droit commun. Ajoutons, avec la Cour de cassation, qu'il faut des *conclusions formelles,* c'est-à-dire prises par écrit et visant expressément la prescription (Req., 16 novembre 1886, S. 87.1.72).

Cependant, si la prescription ne s'acquiert, en réalité, que par la manifestation de volonté du possesseur, une fois acquise, elle ne produit pas seulement ses effets dans l'avenir. Elle rétroagit dans le passé jusqu'au jour de la prise de possession. Cela résulte, entre autres arguments, de l'article 1402. Quelle est la raison qui a fait admettre par le législateur moderne cette solution, très controversée en Droit romain ? Il faut la chercher dans la meilleure des justifications que nous ayons données de l'institution de la prescription. Le temps prolongé de la possession paisible doit nous faire présumer que le revendiquant actuel est sans droit, ayant abdiqué sa propriété par un acte antérieur, dont le possesseur ne peut malheureusement pas retrouver la trace. Voici les conséquences qui découlent de cet effet rétroactif attaché à la prescription :

1° — Si on suppose qu'un époux, marié sous le régime de la communauté, a commencé à posséder un immeuble avant son mariage, et que la prescription s'accomplit au cours du mariage, cet immeuble, en dépit de la règle d'après laquelle les biens acquis depuis le mariage sont communs, ne tombera pas en communauté (art. 1402). C'est donc que cet immeuble est considéré comme ayant été la propriété de l'usucapant dès la prise de possession.

2° — Les fruits perçus par le possesseur qui a fini par usucaper, lui demeurent définitivement, eût-il été un possesseur de mauvaise foi.

3° — L'usucapant acquiert l'immeuble, libre de tous les droits réels qui auraient pu le grever, pendant le temps de sa possession, du chef du *verus dominus*, par exemple, de l'hypothèque légale de la femme de celui-ci.

4° — Et, à l'inverse, les droits réels constitués sur les biens par le possesseur durant le temps de sa possession et avant qu'il eût encore usucapé, seront consolidés par l'accomplissement de la prescription.

Renonciation à la prescription. — La disposition de l'article 2223 comporte des conséquences importantes, quant aux caractères de la *renonciation à prescription*. L'article 2220, qui prévoit cette renonciation, décide qu'elle est possible, *une fois la prescription acquise* (art. 2220, *in fine*). Et il résulte de l'article 2221 et des derniers mots de l'article 2224, que la renonciation n'a pas besoin d'être *expresse* ; elle peut être *tacite*, résulter de circonstances propres à faire présumer que le possesseur a entendu renoncer à invoquer le moyen de la prescription. De ces circonstances, les juges du fond sont naturellement les souverains appréciateurs (Grenoble, 12 janvier 1904, D. P. 1907.2.289, note de M. Poncet). Mais c'est tout ce que la loi nous dit relativement à la renonciation à la prescription. Quel est le caractère de cet acte ? Quel effet produit-il au juste ? Il y a là toute une théorie qu'il faut construire avec les éléments que nous fournissent les solutions précédemment relevées.

Si la prescription était un mode d'acquérir fonctionnant automatiquement, par l'expiration du délai requis, la renonciation serait, au fond, un acte *translatif*, par lequel le possesseur ferait repasser le droit qu'il a usucapé, entre les mains de celui au détriment duquel il avait prescrit. On pourrait invoquer, en faveur de cette conception, les termes de l'article 2221 *in fine*, qui semblent nous faire voir dans la renonciation à la prescription « l'abandon d'un droit acquis », ainsi que la disposition de l'article 2222 : « Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise ». Cependant, et précisément à raison de ce principe fondamental que la prescription n'est en réalité qu'un *moyen* d'acquérir, de rendre possible la manifestation de volonté prévue à l'article 2223, on considère, en général, aujourd'hui, que la renonciation à la prescription n'a pas un caractère translatif ; c'est l'abdication d'une faculté non encore exercée. Les mots de *droit acquis* employés par l'article 2221 ne doivent pas nous faire illusion. Le droit acquis perdu par le renonçant, c'est celui qu'il avait d'invoquer la prescription, ce n'est pas la propriété même de la chose. Et on conçoit d'ailleurs que la loi exige, chez celui qui perd une faculté d'acquérir, la capacité nécessaire pour aliéner, comme le fait l'article 2222. Il ne résulte donc nullement de ce texte que ce soit la propriété de la chose qui soit aliénée par le renonçant.

Des intérêts pratiques considérables se rattachent à cette discussion :

1° — Si la renonciation à la prescription avait un effet translatif, ce serait un acte *bilatéral*, qui exigerait l'intervention du bénéficiaire de la renonciation, son acceptation, soit simultanée, soit postérieure. Au contraire, dans l'opinion dominante, on doit y voir un acte *unilatéral*. D'où nous tirons aussitôt cette conséquence que, si la renonciation a été le résultat d'un *dol* commis à l'encontre du renonçant, il en résultera une cause de nullité de cette renonciation, quand bien même le dol n'émanerait pas de la partie à qui il a profité.

2° — Si la renonciation était un acte translatif, on devrait la ranger parmi les *donations*. Elle serait dès lors soumise, sinon aux formes des donations, (l'article 2221 pourrait être considéré à bon droit comme une dis-

pense de ces formes), du moins aux règles de fond des donations, quant à la capacité par exemple, quant au rapport ou à la réduction. Mais, dans notre opinion, la renonciation, n'étant qu'une simple reconnaissance du droit d'autrui, un *aveu*, n'est pas soumise aux règles des donations. La seule condition de fond exigée, c'est la capacité d'aliéner chez le renonçant (art. 2222).

3° — De même, la renonciation, s'il s'agit de la prescription d'un immeuble, ne sera pas soumise à la *transcription*, qui est requise pour les actes *translatifs* de propriété et de droits réels immobiliers.

4° — Elle ne donnera pas lieu à la perception des droits de mutation.

5° — Enfin, si la renonciation à la prescription était un acte translatif, les droits des créanciers du renonçant seraient régis par l'article 1167, visant les *aliénations* faites en fraude des droits des créanciers. Mais, la renonciation étant la simple abdication d'une faculté d'acquérir, les droits des créanciers du renonçant relèvent ici, non de l'article 1167, mais de l'article 1166, visant le cas où le débiteur néglige d'exercer un droit lui appartenant. Or, c'est bien là ce que nous dit l'article 2225, aux termes duquel « les créanciers ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription *soit acquise* » (elle ne l'était donc pas avant d'avoir été opposée) « peuvent l'opposer, encore que le détenteur ou le propriétaire y renonce ».

On remarquera que l'article 2220, qui permet de renoncer à la prescription acquise, interdit (*in princ.*) la renonciation à la prescription non encore accomplie. Cette règle semble ne pouvoir s'appliquer qu'à la prescription libératoire, à propos de laquelle elle se justifie d'ailleurs suffisamment. S'il était permis qu'un débiteur, en s'engageant, pût s'interdire d'avance d'invoquer à l'avenir la prescription, cette clause deviendrait bientôt de style dans tous les contrats. Autant vaudrait que le législateur rayât la prescription de la liste des modes de libération. Or, cette institution s'inspire de considérations de bon ordre et d'utilité sociale. Mais, pour ce qui est de la prescription acquisitive, on conçoit mal quel intérêt pratique peut présenter la prohibition de renoncer d'avance à la prescription. Voit-on le possesseur de la chose d'autrui déclarant qu'il s'interdit de jamais opposer la prescription à la revendication du propriétaire? Un usurpateur de mauvaise foi ne le fera certainement jamais. Un possesseur de bonne foi encore moins. Pourtant, à la rigueur, on peut s'imaginer qu'un propriétaire, avant de livrer sa chose à une personne qui doit la tenir à titre précaire, fermier ou autre, s'avise de faire inscrire dans l'acte, dans le bail par exemple, une clause par laquelle le preneur s'interdit pour l'avenir toute interversion de son titre de nature à rendre possible l'usucapion. Un pareil luxe de précautions est peu vraisemblable ; il serait prohibé par l'article 2220. De quoi il est d'ailleurs impossible de donner une bonne raison.

§ 3. Prescription ou usucapion par dix ou vingt ans.

Aux termes de l'article 2265, « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, si le proprié-

taire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé ; et par vingt ans, s'il est domicilié hors du dit ressort. »

Ainsi, cette prescription abrégée, qui ne s'applique, remarquons le tout de suite, qu'aux immeubles, nécessite deux conditions, le *juste titre* et la *bonne foi*, conditions dont la réunion rend le possesseur particulièrement digne d'intérêt.

Que faut-il entendre par juste titre ? — Par *juste titre* on n'entend pas un écrit, mais un *acte juridique*, qui, de sa nature, est *translatif* de propriété (ou du droit réel qu'il s'agit de prescrire), et auquel il n'a manqué, pour avoir transmis à l'acquéreur la propriété (ou le droit réel), que d'émaner du véritable propriétaire. Par exemple, la *vente*, la *donation*, l'*échange* émanant d'un *non dominus*, ne rendent pas l'acquéreur propriétaire, mais constituent à son profit, s'il est mis en possession, le *juste titre* exigé par l'article 2265.

Dans quel cas y a-t-il véritablement *juste titre* ? C'est là une question particulièrement délicate à trancher. En bonne législation, elle devrait être résolue de la manière la plus simple. On devrait considérer qu'il y a juste titre, chaque fois qu'un individu, réunissant les conditions générales de la possession, s'est installé sur l'immeuble *régulièrement*, que ce soit à la suite d'une vente, d'un legs, d'un partage, d'un jugement, etc..., et non point comme un usurpateur qui profite de ce qu'un immeuble est mal gardé pour s'en adjuger la possession. Le *juste titre*, en d'autres termes, devrait être considéré uniquement comme un élément de la *bonne foi*. Mais, perpétuant une tradition que nos anciens auteurs avaient eux-mêmes empruntée aux écrits des jurisconsultes romains, notre Jurisprudence voit dans le juste titre, envisagé comme condition spéciale de la prescription abrégée des immeubles, *un élément indépendant de la bonne foi*. Elle exige, avons-nous dit, que le titre, en vertu duquel le possesseur a occupé l'immeuble, soit un acte de sa nature *attributif* de propriété, et non simplement *déclaratif* (Civ., 3 janvier 1894, D. P. 94.1.103 ; 29 octobre 1899, D. P. 1900.1.253 ; Req., 18 janvier 1899, D. P. 99.1.134, S. 1901.1.415 ; 22 mai 1906, D. P. 1906.1.351, S. 1910.1.172). D'où les questions et décisions suivantes :

1° — Le *paiement* est-il un juste titre ? Il s'agit, par exemple, du paiement d'un legs particulier ; l'héritier a, à tort, délivré au prétendu légataire un immeuble qu'il croyait, par erreur, avoir été légué à ce dernier. Y a-t-il là juste titre ? Non, car la délivrance d'un legs n'est pas ce qui transfère la propriété de la chose léguée ; elle n'en remet que la possession ; la propriété est transférée, s'il y a lieu, par l'effet de la mort du testateur. La délivrance faite au légataire supposé n'est donc pas un juste titre, parce que c'est un acte *non translatif*.

2° — La *succession* ne sera pas non plus un juste titre. Par exemple, j'ai recueilli de bonne foi dans la succession de mon père défunt, un immeuble qu'il possédait avant sa mort. Il n'y a pas là pour moi de juste titre. Car le successeur ne fait que continuer la possession de son auteur. C'est en la personne de celui-ci qu'il faut rechercher s'il y a eu, à l'origine de sa pos-

session, un acte de sa nature translatif, tel que *vente*, *donation* ou *legs*. L'article 2237, d'après lequel les héritiers de celui qui détenait à titre précaire ne peuvent pas non plus prescrire, est d'ailleurs une application de cette idée.

3° — Le *partage* ne peut pas constituer un juste titre, car, chez nous, le partage n'est pas un acte attributif ; il est *déclaratif* de droits (art. 883). Le titre du copartageant devra être cherché dans l'acte antérieur qui a créé l'état d'indivision que le partage a eu pour but de faire cesser, par exemple, dans l'*achat* de l'immeuble par l'auteur commun des copartageants.

4° — Le *jugement* ayant, en principe, un effet déclaratif, n'est, pas plus que le partage, un juste titre de possession. Par exemple, Primus possède un immeuble qu'il voit usurper par Secundus. Il le revendique et en obtient, par jugement, la restitution. Mais il se trouve que l'immeuble n'appartenait, en réalité, ni à Primus, ni à Secundus. Le vrai propriétaire le réclame à son tour à Primus. Celui-ci ne pourra pas invoquer le jugement qu'il avait obtenu contre Secundus, comme lui conférant un juste titre. Pour apprécier s'il en a un, il faudra se reporter au fait initial de sa première prise de possession.

Toutefois, il y a certains jugements qui constitueront des justes titres, parce qu'ils sont, non pas déclaratifs, mais attributifs de droits. Ce sont les *jugements d'adjudication* sur saisie immobilière et autres. Ces jugements en effet n'ont que la forme extérieure d'une décision judiciaire. En réalité et au fond des choses, ce sont des ventes. Voici, par exemple, une saisie portant, à la suite d'une erreur, sur un immeuble qui n'appartenait pas au débiteur saisi, si bien que l'adjudicataire a acquis *a non domino*. S'il est de bonne foi, il pourra opposer la prescription abrégée au vrai propriétaire qui viendrait, par la suite, revendiquer son immeuble.

5° — *Transaction.* — Une difficulté s'élève entre deux personnes qui se disputent la propriété d'un immeuble. Primus finit par l'abandonner à Secundus moyennant une indemnité pécuniaire. Puis on découvre que l'immeuble n'appartenait ni à l'un, ni à l'autre, et le vrai propriétaire le revendique. Secundus pourra-t-il lui opposer la prescription de faveur de l'article 2265, en s'appuyant sur le juste titre qui résulterait pour lui de la transaction ? Non, répond la Jurisprudence (Cass. Ch réun., 12 décembre 1865, D. P. 65.1.457, S. 66.1.73), car la transaction n'est que la reconnaissance du droit d'autrui ; c'est un acte déclaratif, comme le prouve d'ailleurs l'article 2052, qui l'assimile à un jugement passé en force de chose jugée.

Toutefois, supposons que, dans notre hypothèse, Secundus, pour rester en possession de l'immeuble qu'il occupait, ait cédé à Primus, à titre de transaction au lieu d'une somme d'argent, un autre immeuble sur lequel Primus n'élevait aucune prétention et qui, d'ailleurs, ne lui appartenait pas en réalité ; cette transaction pourra être considérée comme un juste titre pour Primus, parce qu'elle offre ici, de toute évidence, un caractère translatif ; elle est l'équivalent d'une vente ou d'un échange.

Le titre irrégulier peut-il être un juste titre ? — Il ne suffit pas que le titre de prise de possession de l'occupant soit un acte translatif de sa

nature. Il faut encore que ce titre soit *juste*, c'est-à-dire régulier, de bonne qualité en soi, tel, en un mot, qu'il transférerait bien la propriété ou le droit réel, s'il émanait du véritable propriétaire. Voyons les conséquences de cette condition :

A. — **Titre nul.** — *a*) (Art. 2267). — « Le titre *nul par défaut de forme*, ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans ». Supposons, par exemple, qu'un donataire s'est mis en possession de l'immeuble, à la suite d'une donation ou d'un testament irréguliers, parce qu'ils n'avaient pas été rédigés dans la forme requise par la loi. Le donateur ne pourrait, si l'immeuble était ensuite réclamé par le *verus dominus*, se prétendre investi d'un juste titre. En réalité, il n'y a eu ni donation ni testament.

b) — La loi nous parle de la nullité du titre résultant d'un défaut de forme. Que faut-il décider des autres causes de nullité dont elle ne fait pas mention ? Ici la Jurisprudence fait la distinction suivante :

S'agit-il d'une *nullité absolue*, comme l'acte invoqué n'a, en réalité, aucune existence légale, il ne saurait constituer un titre. Par exemple, une vente ou un apport en société, émanant d'une congrégation religieuse non autorisée, n'est pas un juste titre, pas plus que le même acte émanant d'une congrégation reconnue d'utilité publique, lorsqu'il est constaté que l'acte n'est pas sincère et que la société à laquelle a été fait l'apport ou la vente n'est qu'une personne interposée (Req., 9 avril 1906, D. P. 1907.1.406).

Quand, au contraire, la nullité est *relative*, elle n'empêche pas l'acte qui en est atteint de valoir comme juste titre. Voici, par exemple, une vente consentie par une femme mariée non autorisée, laquelle se trouve avoir vendu l'immeuble d'autrui. Le *verus dominus* revendique. L'acheteur de bonne foi pourra se prévaloir, à son encontre, de la prescription abrégée, sans que le revendiquant puisse répliquer en objectant la nullité de la vente. Un acte fait par un incapable n'est pas en effet sans existence légale ; il est seulement exposé à l'annulation. Mais celle-ci ne peut être réclamée que par les personnes déterminées par la loi. Le revendiquant n'est pas admis à l'invoquer.

B. — **Titre putatif.** — On entend par là un titre qui n'a d'existence que dans la pensée (*putare*, penser) du possesseur. Par exemple, je me mets en possession d'un immeuble qui m'a été légué par le testament d'un ami ; j'ignore que, par la suite, il y a eu un second testament qui a révoqué le premier. Ou bien encore, j'avais donné mandat à un tiers d'acheter pour moi un immeuble ; il ne l'a pas acheté, mais m'a fait croire à l'exécution de son mandat, et je me suis mis en possession. Pourrai-je opposer à la revendication du propriétaire la prescription de faveur de l'article 2265 ? En d'autres termes, le *titre putatif* peut-il servir ici de juste titre ?

Il faut répondre négativement. Et c'est déjà dans ce sens que le Droit romain, après avoir varié, semble-t-il, avait fini par se fixer. *Error falsæ causæ usucapionem non parit* (11, Inst. J., *De usuc.*, II, 6). L'argument décisif, de nos jours, c'est que la loi exige, pour laisser cours à la pres-

cription abrégée, *deux* conditions distinctes : d'abord, le juste titre, ensuite, la bonne foi. Si la persuasion erronée de l'existence d'un titre suffisait, une seule condition serait nécessaire, car le juste titre ne serait plus alors qu'un *élément de la bonne foi.* A quoi on peut ajouter que l'article 2267, portant que le titre nul pour vice de forme ne peut servir de base à la prescription abrégée, ne souffre pas d'exception, pour le cas où le possesseur aurait ignoré ce vice de forme. Si l'ignorance d'un vice de forme n'est pas excusée, à plus forte raison doit-il en être de même de l'erreur portant sur l'existence même du titre.

De la condition de la bonne foi. — On entend par *bonne foi* la croyance à l'existence du droit chez celui de qui émane le titre d'acquisition, *falsa opinio quæsiti dominii* (V. Req., 13 juillet 1897, D. P. 98.1.308, S. 1910. 1.173, *ad notam*). Le possesseur est donc de bonne foi quand il croit que son titre d'acquisition l'a rendu propriétaire de l'immeuble ou titulaire du droit réel qu'il voulait acquérir sur cet immeuble. Conformément aux principes généraux, la bonne foi se *présume* toujours chez le possesseur. « C'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver », dit l'article 2268 (Req. 22 mai 1906, D. P. 1906 1.351, S. 1910.1. 172)

Mais à quel moment la bonne foi est-elle requise pour qu'il y ait lieu à application de l'article 2265 ? Il suffit, nous répond l'article 2269, qu'elle « ait existé au moment de l'acquisition ». Ainsi, peu importe que le possesseur ait appris postérieurement le vice de son titre d'acquisition. *Mala fides superveniens usucapionem non impedit.* Notre Droit coutumier, inspiré sur ce point par les solutions plus scrupuleuses du Droit canonique, admettait une règle contraire. C'est à la solution bénigne du Droit romain (Paul, 48, § 1, D., *De adquir. rer. dom.*, XLI, 1) qu'est revenu le législateur moderne. Sans doute a-t-il pensé que celui qui entre en possession, dans l'ignorance du vice affectant l'acte translatif auquel il doit la chose, ne peut être considéré comme prêtant à de graves reproches si, apprenant ensuite le défaut de droit de son auteur, il conserve cependant la chose possédée. La loi impose l'honnêteté, mais non la délicatesse ! La prescription abrégée sera donc accordée à ce possesseur, de vertu médiocre, qu'on ne saurait cependant assimiler à un aigrefin.

Du délai de la prescription abrégée. — Nous avons vu que la durée de la prescription abrégée (art. 2265) est de *dix* ou de *vingt* années, suivant que le propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel où est situé l'immeuble litigieux, ou hors de ce ressort. La négligence du propriétaire est moins reprochable, s'il habite au loin que s'il habite tout près de son immeuble. La règle moderne est la reproduction améliorée de celle du Droit de Justinien (L. un. C. *de usuc. transf.*, VII, 31 ; pr. Inst. J. *de usuc.*, II, 6), qui faisait accomplir la prescription par vingt ans *inter præsentes*, et par dix ans *inter absentes.* Pour être réputé *présent*, il fallait habiter la même province que le possesseur. Aujourd'hui, on s'attache, non au domicile des deux antagonistes, mais à la *situation* de l'immeuble et à l'habitat du seul propriétaire. Cela est plus logique ; les actes de possession qui révèlent la pres-

cription en cours, s'accomplissent sur l'immeuble et non au domicile du possesseur.

Nous avons, comme la loi, parlé de l'*habitation* du propriétaire. Peu importe donc quel est son *domicile*, au sens précis et technique du mot. On n'a à envisager que la *résidence* de fait. Ce qui fait varier, en effet, le délai de la prescription, c'est le plus ou moins de facilité qu'offre, pour le propriétaire, la surveillance de son immeuble. Or, cette facilité dépend de la proximité de l'habitat de fait, et non de celle du domicile légal.

On peut supposer que, pendant la durée de la possession, l'habitation du propriétaire ait changé, qu'elle ait été tantôt dans le ressort, tantôt hors du ressort de la cour. L'article 2266 nous dit que, dans ce cas, « il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence, un nombre d'années d'absence double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence ». Cette phrase, qui n'est pas d'un style irréprochable, est au fond assez claire. Elle signifie, en somme, qu'une année de présence vaut, pour la prescription, deux années d'éloignement. Ainsi, quand j'ai commencé à posséder, le propriétaire habitait le ressort; il y est resté quatre ans; ensuite il a transporté sa résidence hors du ressort. Pour compléter ma prescription, il m'aurait manqué six ans, à supposer que le propriétaire n'eût pas changé de résidence. Comme il en a changé, il faut deux fois six ans. J'aurai prescrit au bout de $4 + 12 = 16$ ans.

Il resulte de cette dernière règle que le délai de la prescription sera parfois d'un chiffre intermédiaire entre dix et vingt ans. Et ainsi se justifie qu'on puisse, dans la pratique, parler, sans incorrection, de la prescription de dix à vingt ans.

A quels droits immobiliers s'applique la prescription abrégée ? — L'article 2265 nous dit qu'on peut prescrire par dix ou vingt ans « un immeuble ». Que faut-il entendre par là ? N'oublions pas que la prescription de dix ou vingt ans étant une faveur, une exception, les textes qui la gouvernent doivent s'interpréter restrictivement.

Tout d'abord, la loi nous parle « d'un immeuble ». Elle ne s'applique donc pas aux *masses* de biens comprenant des immeubles, par exemple, à une *succession*, fût-elle entièrement immobilière (Alger, 18 juin 1895, D. P. 96. 2.308), Ne peut-on pas dire d'ailleurs que l'article 2265 vise la défense à opposer à une *revendication* et non à une *pétition d'hérédité* ?

Mais que décider pour les *droits réels autres que la propriété* d'un immeuble ? La question d'application de l'article 2265 se pose à propos de l'usufruit, des servitudes et de l'hypothèque. Nous réserverons ce qui concerne l'hypothèque, pour en traiter quand nous étudierons ce droit réel et ses modes d'extinction.

En ce qui concerne l'*usufruit*, on admet, sans conteste, qu'il peut être usucapé dans les conditions de l'article 2265. L'usufruit en effet est, aux termes mêmes de l'article 526, un immeuble (par l'objet auquel il s'applique). Ainsi, supposons qu'une personne constitue un usufruit sur un fonds ne lui appartenant pas. Le bénéficiaire de cette concession pourra

opposer au vrai propriétaire la prescription de l'article 2265, s'il en réunit les conditions, juste titre et bonne foi.

Faut-il raisonner de même pour les *servitudes*? Ici, il y a un texte, l'article 690, *in fine*, d'après lequel « les servitudes continues et apparentes s'acquièrent... par la possession de trente ans ». Mais pourquoi pas par la possession de dix ou vingt ans, s'il y a juste titre et bonne foi? La servitude est, comme l'usufruit, un immeuble par l'objet auquel elle s'applique (art. 526). Supposons que l'usurpateur d'un fonds m'ait cédé en toute propriété sur ce fonds une bande de terrain, pour que j'y établisse un aqueduc; je pourrais certainement, pour peu que je fusse de bonne foi, opposer à la revendication ultérieure du vrai propriétaire la prescription de dix ou vingt ans. Pourquoi ne pourrais-je pas opposer la même prescription, si on suppose qu'au lieu de m'avoir fait une cession de propriété, l'usurpateur m'a concédé une servitude d'aqueduc? Ajoutons que, dans l'ancien Droit, les Coutumes de Paris et d'Orléans qui, en principe, n'admettaient pas la prescription des servitudes, faisaient exception quand le possesseur avait juste titre et bonne foi. La prescription admise dans ce cas était celle de dix ou vingt ans (Laurière, *Cout. de Paris*, t. II, p. 166).

Cependant, la Jurisprudence décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 2265 aux servitudes et que, par conséquent, la seule prescription qui puisse servir à les acquérir est celle de trente ans. On invoque en ce sens le texte même de l'article 690, ainsi que les termes des travaux préparatoires qui n'ont visé que la prescription trentenaire, et par là ont exclu l'autre (V. Fenet, t. XI, p. 313; Req., 23 novembre 1875, D. P. 76.1. 423, S. 76.1. 103). Et il nous semble que la Jurisprudence a raison de faire ici, nonobstant l'article 526, une différence entre l'usufruit et les servitudes. On comprend qu'on accorde à un possesseur d'usufruit le bénéfice d'une prescription abrégée, aboutissant à la spoliation plus rapide du propriétaire, parce que, l'usufruit absorbant toute l'utilité du fonds, les actes de possession de ce droit sont de nature à attirer l'attention du propriétaire. Mais il en est autrement pour une servitude, pour celle d'aqueduc par exemple. Les actes par lesquels elle se manifeste peuvent rester inconnus longtemps du propriétaire. Dès lors, il vaut mieux que la loi exige le temps le plus long pour en rendre la prescription possible (V. cep. la note de M. Chavegrin, S. 92.1.65).

Combinaison de la prescription ordinaire et de la prescription abrégée en cas de jonction des possessions. — Supposons que le possesseur, pour compléter la prescription, soit obligé de joindre au temps de sa propre occupation le temps de la possession de son auteur, en un mot, qu'il y ait lieu à *jonction des possessions*. Il se peut que la possession de l'un ou celle de l'autre ne soient pas *colorées* d'une manière identique. Il y en a un qui a été de bonne foi, par exemple, mais l'autre ne l'a pas été. A laquelle des deux possessions devra-t-on s'attacher pour déterminer la prescription applicable?

Si l'on en croyait l'article 2235 qui, nous l'avons vu, est consacré à la

jonction des possessions, il ne faudrait faire aucune différence entre le cas où cette jonction s'effectue au profit d'un ayant-cause à titre universel (un héritier par exemple), et celui où elle est invoquée par un ayant cause à titre particulier (un acheteur par exemple). Et cependant, on est unanime à reconnaître qu'une distinction aussi fondamentale s'impose ici. Les Romains ne s'y étaient pas trompés. Et l'on applique encore, à peu de chose près, les solutions toutes rationnelles qu'ils avaient établies en cette matière (12 et 13, Inst. J., *De usuc.*, II, 6 ; l. un. C., *De usuc. transf.*, VII, 31 ; 2, § 20, D., *pro empt.*, XLI, 4). Et la preuve que la distinction créée par eux ne peut être restée indifférente au législateur, en matière de prescription, se trouve dans les articles 2237 et 2239 qui, sur le point de savoir si le vice de précarité dans la possession se transmet à un ayant-cause, distinguent très nettement entre les *héritiers* (art. 2237) et les acquéreurs à titre particulier (art. 2239).

Voici comment on peut formuler les règles applicables en cette matière :

1° Quand le possesseur actuel est l'héritier, ou, plus généralement, l'ayant-cause à titre universel d'un possesseur antérieur, sa possession n'étant que la *continuation* de celle de son prédécesseur, c'est dans cette dernière qu'il faut rechercher le caractère, la coloration de la prescription à appliquer, c'est-à-dire les éléments, juste titre, bonne foi, dont la présence ou l'absence déterminera la durée de la prescription. La possession du nouveau détenteur ne compte que pour le calcul du temps dont a besoin la première pour parfaire la prescription. *Tempora conjunguntur.*

2° Inversement, quand le possesseur actuel est un acquéreur à titre particulier, par exemple, un acheteur, c'est exclusivement en sa personne que doit se colorer la possession. Il ne peut donc prescrire par dix ou vingt ans que s'il a lui-même juste titre et bonne foi, et, dans ce cas, il ne peut même pas emprunter le temps de possession de son auteur pour compléter le délai de la prescription, si ce dernier était de mauvaise foi.

Ces règles se comprendront mieux par quelques applications.

Un individu possède un immeuble, mais de mauvaise foi. Il meurt ayant seulement possédé quelques années. Son héritier qui, lui, est de *bonne foi*, va-t-il pouvoir commencer à prescrire par dix ou vingt ans ? Non. Il lui faudra trente ans. Seulement, il pourra joindre à sa possession le temps de la possession de son auteur. On remarquera que l'on pourrait arriver, d'ailleurs, à la même solution par une voie différente. Il suffit de se rappeler que la *succession* ne peut pas être considérée comme un juste titre au sens de l'article 2265, parce qu'elle n'a pas un caractère translatif.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse. Un individu meurt, ayant commencé à posséder avec juste titre et bonne foi. Son héritier, quoique personnellement de *mauvaise foi*, pourra achever la prescription de dix ou vingt ans, en joignant aux années de possession de son auteur le complément de durée nécessaire. Ici encore, la solution consacrée pourrait être rattachée à un autre principe, à savoir que l'on doit s'attacher, pour la coloration de la possession, à son moment initial, et que la *mala fides superveniens* ne doit pas être prise en considération.

Passant aux transmissions à titre particulier, nous supposerons qu'un possesseur a vendu la chose à un acheteur. Si les deux détenteurs successifs ont une possession de caractère identique, rien de plus simple, elles s'additionnent l'une à l'autre, de manière à former les trente ans, les dix ou les vingt ans nécessaires selon les cas.

Que si le premier possesseur était de bonne foi, mais l'acheteur de mauvaise, celui-ci ne pourra prescrire que par trente ans. Mais, pour parfaire ses trente ans, il pourra joindre à sa possession celle de son auteur. En effet, il ne l'additionne à la sienne que pour le temps. *Tempora conjunguntur.*

Si, au contraire, c'était le vendeur qui avait été un possesseur de mauvaise foi, l'acheteur, étant personnellement de bonne foi, pourra bien prescrire par dix ou vingt ans, mais sans pouvoir rien emprunter, pour parfaire son délai, à la possession de son auteur. Et ainsi s'explique que, quoique réunissant les conditions de l'article 2265, un possesseur puisse avoir avantage à ne pas les invoquer et à s'en tenir à la prescription de Droit commun. Cela se produira si le précédent possesseur, encore que de mauvaise foi, avait presque entièrement achevé sa prescription ; alors son ayant-cause aura intérêt à se laisser assimiler à un possesseur de mauvaise foi, afin de profiter de la règle *tempora conjunguntur*.

§ 4. — De la règle : En fait de meubles possession vaut titre[1].

Sens général de la règle. — Nous avons vu précédemment que la possession donne au possesseur l'avantage d'être défendeur au procès en revendication. Le possesseur actionné en revendication, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (peu importe, puisque la bonne foi se présume), n'a donc aucune preuve à fournir. C'est à son adversaire à établir l'existence de son droit sur la chose. Nous n'oublions pas non plus qu'on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.

En résumé, celui qui a une chose entre ses mains et qui est actionné en revendication, n'a aucune preuve à faire. Il n'a qu'à conserver une attitude défensive, avec la jouissance de la chose ; c'est à celui qui prétend la lui enlever à supporter le poids de la preuve à administrer en justice.

Telle est la règle, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.

Mais, en matière de meubles, la possession produit un effet bien plus

1. Saleilles, *La possession des meubles*, dans *Mélanges de Droit comparé*, t. II, 1907 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 343 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, 3e édit., nos 819 et s., p. 641 et s. ; Bressolles, *Théorie et pratique des dons manuels*, 1885 ; M. Colin, *Etude de jurisprudence et de législation sur les dons manuels*, 1885 ; Jobbé Duval, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, 1881 ; Guillouard, *Traité de la prescription*, 1901 ; Van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, 1887. — V. aussi les thèses de MM. Poincaré, *De la possession et de la revendication des meubles*, Paris, 1883, et Tournesac, *Application pratique de la maxime : en fait de meubles possession vaut titre*, Paris, 1913.

étendu. Lorsque le possesseur est de bonne foi (et la bonne foi, nous le savons, est toujours présumée jusqu'à preuve contraire), *la revendication ne peut*, en principe, *être intentée contre lui*. Le possesseur de bonne foi ne peut donc pas être évincé par le véritable propriétaire de la chose. ***La seule possession a suffi pour lui transférer la propriété***, comme aurait pu le faire un titre régulier émanant du propriétaire antérieur.

Tel est l'effet curieux, original, que produit la possession en fait de meubles, effet que consacre l'article 2279, et que nous allons maintenant étudier.

Conditions d'application de la règle. — Les conditions d'application de la règle de l'article 2279, que nous fournit la lecture des textes, sont au nombre de deux. Il faut : 1° que le possesseur soit de bonne foi ; 2° que le propriétaire ait été dépouillé de la chose par un acte de dépossession volontaire.

1° Nous avons déjà dit que la *bonne foi* du possesseur était une condition essentielle pour l'application de la règle. Cependant l'article 2279 n'y fait lui-même aucune allusion. Il se contente de dire : En fait de meubles *possession* vaut titre ; il ne dit pas : *possession de bonne foi*. Mais notre solution découle, avec évidence, du rapprochement de l'article 2279 avec l'article 1141, qui en contient une application manifeste. Dans ce dernier texte, en effet, il est parlé du fait d'un vendeur qui vend successivement le même meuble à deux acheteurs successifs. Et, bien que le premier acheteur soit devenu propriétaire par le fait même de la vente, l'article 1141 porte que le second acquéreur sera préféré, s'il a été mis en possession, ce qui ne peut s'expliquer que par la règle : « En fait de meubles possession vaut titre ». Mais le texte ajoute, « *pourvu qu'il soit de bonne foi* ». Si donc le second acheteur, simple possesseur de la chose, n'était pas de bonne foi, le premier acheteur, vrai propriétaire, pourrait revendiquer la chose entre ses mains.

2° Pour que l'article 2279 puisse être invoqué par le possesseur contre le propriétaire, il faut qu'il s'agisse d'un meuble dont celui-ci se soit dessaisi volontairement. En effet l'article 2279, al. 2, ajoute : « Néanmoins celui qui a *perdu* ou auquel il a été *volé* une chose (un meuble), *peut la revendiquer* pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ». Celui qui ne peut pas revendiquer, c'est donc celui-là seul qui n'a été victime ni d'une perte, ni d'un vol, mais qui s'est dépossédé lui-même, soit (hypothèse très rare) en abandonnant volontairement le meuble, soit (hypothèse très fréquente) en le confiant mal à propos à une autre personne (dépositaire, mandataire, locataire, etc...) qui aura abusé de ce dépôt, de cette location ou de cette commission.

Mais deux observations sont nécessaires pour que l'on comprenne bien la portée de l'exception apportée au principe de l'article 2279 par l'alinéa 2 de ce texte.

A. — L'article 2279, al. 2, ne vise pas les rapports du propriétaire dépouillé de son meuble avec le voleur ou l'inventeur lui-même. Pour celui-ci, le texte serait inutile. En effet, par définition même, le voleur et l'inventeur ne sont pas des possesseurs de bonne foi. Donc, la revendication pourra s'exercer contre eux, tant qu'ils n'auront pas usucapé la chose par une possession prolongée pendant trente ans Ce que le texte vise, ce sont les rapports du propriétaire, dépouillé à la suite d'une perte ou d'un vol, *avec les tiers* entre les mains de qui la chose est parvenue, après n'avoir fait que passer entre les mains du voleur ou de l'inventeur. C'est contre ceux-là que la revendication est rendue possible, mais incluse dans un délai de trois ans à dater de la perte ou du vol.

B. — Encore faut-il qu'il s'agisse d'*un tiers de bonne foi*. Le tiers qui détiendrait de *mauvaise foi*, c'est-à-dire sciemment, une chose perdue ou volée, non seulement serait soumis à la revendication, mais encore y resterait exposé jusqu'à ce qu'il ait usucapé la chose par une possession de trente ans. Cela résulte des derniers mots de l'article 2279. al. 2: « Sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. » Pour que le tiers ait un recours à exercer, il faut qu'il soit un acquéreur de bonne foi et non un complice du voleur ou de l'inventeur indélicat (Cf. art. 1599, *in fine*).

Motifs de la règle. Son utilité. — Toute restreinte qu'elle est par l'exception que nous venons de voir, la règle: *En fait de meubles, possession vaut titre*, n'en constitue pas moins une anomalie, qui contraste avec les solutions, toutes rationnelles d'ailleurs, consacrées pour les aliénations d'immeubles. Il en résulte que, contrairement à ce principe de bon sens et d'équité : *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, un acquéreur de meubles en deviendra propriétaire alors que son auteur n'en avait pas la propriété, n'en ayant été lui-même que dépositaire, emprunteur, gagiste, locataire, etc... Ou bien encore, il arrivera que les droits du vendeur du meuble venant à être résolus ou annulés, ceux de l'acquéreur subsisteront néanmoins, en dépit de la règle : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Comment justifier de telles dérogations aux principes? Par des nécessités pratiques et économiques impérieuses. Les meubles circulent en effet de mains en mains, avec la plus grande fréquence et la plus grande rapidité. C'est leur fonction, leur caractère. Il n'est pas d'usage de dresser d'écrit pour les transactions qui les concernent. Dès lors, comment celui qui acquiert un objet mobilier pourrait-il réclamer de son auteur la production des titres établissant le droit qu'il a sur la chose? Cette impossibilité, qui est d'évidence pour les meubles les plus répandus, à savoir, les métaux précieux servant aux transactions, les monnaies, se révèle à peu près égale pour les autres objets mobiliers. Voit-on l'acheteur d'une pièce d'étoffe, d'un fauteuil, d'un bijou, d'un chien, demandant à son vendeur de lui fournir les pièces attestant sa légitime propriété sur un meuble de ce genre? Si, faute de l'avoir fait, l'acquéreur était exposé à voir revendiquer l'objet entre ses mains par le *verus dominus*, aucune sécurité, aucune rapidité ne seraient

plus possibles dans les relations commerciales et autres qui en exigent le plus. Ajoutons que, des deux intérêts en présence, celui qui paraît le plus digne de faveur est celui du possesseur. La loi le suppose de bonne foi, c'est-à-dire n'ayant rien à se reprocher. Le propriétaire qu'elle sacrifie s'est, au contraire, rendu coupable de négligence, d'un mauvais choix dans la personne de son mandataire ou de son dépositaire. « Que celui qui a mal placé sa confiance, dit un vieux proverbe allemand, aille la chercher où il l'a mise ». Si c'est, au contraire, par perte ou par vol que le propriétaire a été dessaisi, alors la faveur de la loi se retourne de son côté ; elle lui sacrifie le tiers possesseur de bonne foi, à l'encontre duquel le propriétaire pourra reprendre sa chose, solution dure pour le tiers possesseur, mais que tempère, nous le verrons, l'obligation imposée au revendiquant de restituer le prix, lorsque le tiers de bonne foi a acheté le meuble dans une foire ou un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, en un mot dans des conditions de nature à tranquilliser les consciences les plus timorées (art. 2280, 1re al.).

Champ d'application de la règle. — Les motifs de la règle permettent de comprendre les limites que souffre son champ d'application. La règle « *En fait de meubles possession vaut titre* » ne s'applique qu'aux *meubles corporels*, parce que ce sont les seuls qui soient susceptibles d'une *détention matérielle*, et les seuls dont il ne soit pas d'usage de relater la transmission dans des actes écrits. C'est pour cela que l'article 1141 suppose que le possesseur a la *possession réelle*, expression signifiant évidemment *détention matérielle*.

Donc, la règle de l'article 2279 ne s'applique point :

1° Aux *créances*, ou généralement, aux *meubles incorporels*. En effet, les créances ne sont pas l'objet de cessions fréquentes, et ces cessions se font le plus souvent par écrit.

Cependant, il y a des créances qui se transmettent de la main à la main sans écrit et sont l'objet de mutations nombreuses. Ce sont les *titres au porteur*, billets de banque, actions et obligations des compagnies de finances, de commerce, d'industrie, obligations émises par les villes, rentes sur l'Etat, affectant la forme de titres au porteur. A ces valeurs immatérielles, mais qui *s'incorporent* en quelque sorte dans l'écrit, le papier, destiné à circuler de main en main, et dont la transmission confère le droit sur la créance exprimée, s'applique l'article 2279 qui, par là, a pris de nos jours une importance bien plus grande qu'autrefois.

On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu également d'appliquer l'art. 2279 aux *fonds de commerce*. Voici l'intérêt de la question : Un fonds de commerce a été vendu, puis le vendeur demande la résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix. Mais, au moment où la résolution est prononcée, le fonds de commerce se trouve entre les mains d'un sous-acquéreur. Ce sous-acquéreur peut-il opposer à l'action du vendeur primitif la règle : *En fait de meubles possession vaut titre ?* Envisagée en doctrine pure, la question ne semble pas pouvoir faire doute. Il est trop évident que le fonds

de commerce est un meuble incorporel. Cependant les besoins de la pratique parlaient si haut, et ils exigeaient si clairement que les acquéreurs d'un fonds de commerce ne pussent être inquiétés par un vendeur antérieur dont ils ignoraient presque toujours le droit, que la jurisprudence, bien qu'hésitante, tendait à appliquer ici l'article 2279 (Paris, 27 juin, 22 novembre 1904, S. 1905.2.121, note de M. Wahl). Ajoutons aussitôt que la question a perdu la plus grande partie de son intérêt depuis la loi du 19 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, parce que cette loi soumet le privilège du vendeur à la publicité et décide que son action résolutoire doit, pour pouvoir être opposée aux tiers, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription. L'acheteur d'un fonds de commerce impayé ne peut donc plus, à l'égard de la revendication du précédent vendeur, être considéré comme un possesseur de bonne foi.

2° La règle *En fait de meubles,* etc... ne s'applique pas aux navires. Leur vente doit être passée par écrit (art. 195, C. com.). Il en est de même des bateaux destinés à la navigation fluviale d'un tonnage égal ou supérieur à 20 tonnes (art. 15, loi du 5 juillet 1917) et des aéronefs (Loi du 31 mai 1924, art. 12).

3° *Les meubles du domaine public* (objets compris dans les musées et collections publiques, manuscrits des bibliothèques publiques, etc...) ne tombent pas non plus sous l'application de l'article 2279 (Req., 17 juin 1896, D. P. 97.1.257, note de M. Guénée, S. 96.1.408). Il serait ici irrationnel de protéger l'acquéreur, puisque ces objets sont le plus souvent *inaliénables.* Rappelons cependant ici que beaucoup d'auteurs nient que des meubles puissent faire partie du domaine public.

4° L'article 2279 ne s'applique pas non plus aux *universalités mobilières,* par exemple, à une *succession mobilière.* Il est bien évident que l article 2279 n'est pas fait pour trancher le débat qui s'élève entre deux héritiers. Donc, celui des deux qui s'est mis en possession ne pourrait se prévaloir de sa possession pour repousser la pétition d'hérédité intentée par l'autre. Ajoutons qu'il ne pourrait pas davantage s'en prévaloir pour chacun des objets corporels compris dans la sucession qu'il détient.

5° On doit enfin écarter l'application de la règle en ce qui concerne les meubles acquis *accessoirement* à un immeuble, sans toutefois constituer des immeubles par destination. Ainsi, le mobilier d'un château, acheté avec le château *a non domino,* pourra être revendiqué en même temps que l'immeuble dont il est l'accessoire.

En résumé, l'article 2279 ne s'applique qu'*aux meubles corporels et aux titres au porteur, possédés individuellement.*

Origine et fonctionnement de la règle : En fait de meubles. etc ..

Division. — Nous avons fourni, sur la règle de l'article 2279, les indications générales qui résultent des textes positifs du Code. Il reste à éclaircir les questions de détail diverses et souvent controversées auxquelles donne lieu l'application de l'adage. Nous les étudierons dans l'ordre suivant :

I. — Origine historique de la règle.

II. — Fondement juridique de la transmission de propriété au possesseur et conséquences qui en résultent pour les conditions d'application de la règle.

III. — Hypothèses de perte et de vol.

IV. — Législation spéciale sur les titres au porteur perdus ou volés.

I. **Origine historique de la règle : En fait de meubles possession vaut titre.** — Ce n'est pas du Droit romain que nous vient cette règle. Les Romains en effet n'avaient pas cru utile de consacrer un régime différent aux aliénations de meubles et à celles d'immeubles. Aux unes et aux autres ils appliquaient le principe : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Il en résultait que l'acquéreur d'un meuble restait exposé aux mêmes causes d'éviction que ses auteurs. Le vrai propriétaire du meuble pouvait le revendiquer entre les mains du possesseur, même si ce dernier l'avait acquis de bonne foi. Seule, l'*usucapion* venait consolider son titre ; l'unique satisfaction donnée, en cette matière, au besoin de sécurité du commerce consistait en ce que le temps requis pour usucaper le meuble était réduit *à un an ;* et encore, plus tard, sous Justinien, il fut porté *à trois ans.*

Ajoutons que, si la chose avait été *volée ou perdue*, elle était frappée d'un vice qui rendait toute usucapion impossible, jusqu'à ce qu'elle fût revenue dans les mains de son propriétaire. Ce dernier pouvait donc la revendiquer indéfiniment. Enfin, la largeur de la définition romaine du vol (*contractatio fraudulosa*) permettait d'imposer la revendication perpétuelle dans un certain nombre de cas de dépossession volontaire, par exemple, dans celui où le propriétaire avait été dépouillé à la suite d'un abus de confiance.

Ainsi, le Droit romain sacrifiait les intérêts du possesseur et les besoins économiques du commerce au respect du droit de propriété.

Ces règles, demeurées en vigueur dans les pays de Droit écrit, étaient passées en pays coutumiers, et elles y étaient admises dès le XIV^e^ et le XV^e^ siècles. En conséquence, le propriétaire d'un meuble pouvait le revendiquer contre tout possesseur, tant que celui-n'avait pas usucapé. Cette règle est formellement écrite dans le *Grand Coutumier* (du XIV^e^ siècle, liv. II, ch. 33), et dans la *Somme rurale* (Liv. I, tit. 43) de Jean Bouteiller, un peu postérieure. On la retrouve dans les coutumes rédigées aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles.

Cependant, à mesure que la vie économique prenait quelque essor et que, par conséquent, les transactions mobilières se multipliaient, les inconvénients de la conception romaine, convenable seulement pour une société peu commerçante, se faisaient de plus en plus sentir. De plus, bien des questions donnaient lieu à discussion et à incertitude.

Tout d'abord, quel était le délai requis pour l'usucapion des meubles ? Quelques coutumes, telles que celles de Paris et d'Orléans, ne s'expliquaient pas sur ce point, et nombre d'auteurs en inféraient qu'il fallait appliquer la prescription de trente ans. D'autres coutumes avaient consacré la prescription romaine de trois ans, et certains auteurs proposaient de l'admettre

dans le ressort des coutumes qui restaien muettes sur la question. Mais ce délai était encore beaucoup trop long. De plus, on enseignait généralement que l'application de la prescription triennale requérait le juste titre et la bonne foi chez le possesseur. Or, comment faire la preuve de ce juste titre, étant donné, d'une part, l'habitude de ne pas passer d'écrit pour les transactions mobilières, et, d'autre part, la défense, contenue dans l'ordonnance de Moulins, d'employer la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs ?

Si l'on ajoute qu'en ce qui concerne les choses volées, nos anciens auteurs étaient très divisés sur la question de savoir si elles étaient ou n'étaient pas prescriptibles (Brissaud, *Manuel*, p. 236), on comprend combien ces incertitudes et ces impossibilités pratiques devaient inquiéter les acquéreurs de meubles et gêner les transactions.

Aussi la pratique judiciaire et la Doctrine firent-elles tous leurs efforts pour améliorer la législation.

Un premier progrès consista dans le droit, reconnu de bonne heure au possesseur de bonne foi qui avait acheté la chose dans un marché ou une vente publique, d'obtenir du revendiquant le remboursement de son prix d'achat (Pothier, *Tr. des Cheptels*, n° 42; *Tr. des donations entre mari et femme*, n° 66). C'est cette solution toute d'équité qui a passé dans l'article 2280 de notre Code civil.

Au XVIII[e] siècle, on alla plus loin encore, et c'est alors que prit naissance l'adage : *En fait de meubles possession vaut titre*, lequel semble avoir reçu, suivant les interprètes, deux significations différentes. Dans un premier système, celui de Pothier (*Donations entre mari et femme*, n° 67), il signifiait simplement que le possesseur n'avait pas besoin de produire de titre, pour bénéficier de la prescription abrégée de trois ans. La simple possession suffisait pour faire présumer l'existence d'un titre à son profit. Mais le sens qui devait prévaloir dans la pratique, celui dont on trouve l'indication chez des arrêtistes tels que Denizart (V° *Vente*, n° 6), chez des commercialistes, tels que Valin (*Comment. de la Cout. de La Rochelle*, art. 60), surtout chez Bourjon, commentateur de la jurisprudence du Châtelet de Paris (*Droit commun de la France*, liv. II, tit. 1[er], ch. 6, sect. I[re], n° 1; liv. III, tit. 22, ch. 5, n[os] 1 et 2; liv. VI, tit. 8, ch. 3, sect. 4, n° 18), c'est que, lorsqu'un meuble corporel est aux mains d'un possesseur de bonne foi, la revendication n'est pas possible de la part d'un prétendu propriétaire. Les arguments invoqués en faveur de cette solution toute pratique étaient d'ailleurs souvent contestables. La vraie justification de la règle, c'était l'utilité du commerce, c'était que la revendication des meubles, comme l'écrit Bourjon, « serait préjudiciable au bien public, puisque personne par rapport au meuble n'exige un titre qui soit tout ensemble justificatif et translatif de propriété, et que, sur ce, chacun se confie et se contente de la possession ».

Ce sont les mêmes considérations tirées de la pratique des affaires, qui ont fait adopter la règle nouvelle par le Droit moderne, avec la rédaction littérale que lui avait donnée Bourjon, et évidemment avec la même acception. Ce sont elles qui, à notre avis, suffisent à réfuter les critiques dont le

système du Code civil a été parfois l'objet. Ce sont elles enfin qui expliquent que les meilleures législations civiles étrangères adoptent, en cette matière, une règle identique à la nôtre (Code civil allemand, art. 932 ; Code civil suisse, art. 932-933), et que celles qui ont conservé la revendication des meubles, à l'instar du Droit romain, ne soient plus aujourd'hui qu'en très petit nombre (Code civil espagnol, art. 464; Code civil portugais, art. 552).

II. **Justification théorique de la règle.** — A quels principes généraux peut on rattacher aujourd'hui la règle de l'article 2279 ? C'est une question que les auteurs ont longuement étudiée.

Deux explications, l'une et l'autre inacceptables, ont été proposées.

La première consiste à dire que le possesseur devient propriétaire par l'effet d'une *prescription instantanée*, c'est-à-dire qui s'accomplit sans laps de temps. Et on invoque, entre autres arguments, la place de l'article 2279 qui se trouve dans le chapitre intitulé : *Du temps requis pour prescrire.*

Cette explication est évidemment inadmissible ; elle ne peut être considérée que comme une comparaison, une « manière pittoresque » (le mot est de M. Bufnoir) d'exprimer le résultat de la règle. Parler en effet d'une « prescription instantanée », c'est accoler deux termes contradictoires, la prescription étant la *possession prolongée*. C'est aussi absurde qu'il le serait de dire : contrat sans volonté, terme immédiat, mariage sans époux, etc...

Une deuxième explication a recours à l'idée de présomption légale. L'article 2279 crée, dit-on, au profit du possesseur, une *présomption de propriété*, présomption irréfragable, *juris et de jure*, devant laquelle cède le droit du propriétaire. Mais le caractère artificiel de cette thèse est visible. Dans l'article 2279, la loi ne *présume* pas, elle affirme, elle dispose que le possesseur est propriétaire.

La véritable explication nous est fournie par l'histoire. Elle consiste à dire que, en considération des avantages pratiques présentés par cette solution, *la loi* attache au fait de la possession de bonne foi un effet translatif de propriété et supprime, au profit du possesseur, le droit de revendication du propriétaire, lorsque celui-ci s'est volontairement dessaisi. Il y a, dans l'article 2279, nous l'avions par avance indiqué, un cas d'acquisition *lege*.

De ces explications, quelle est celle qu'adopte la Jurisprudence ? On croirait, à première vue, qu'elle se range au système de la présomption légale, nombre d'arrêts portant que l'article 2279 repose sur une présomption de propriété qui ne peut être détruite par la preuve contraire (Req., 27 mars 1889 [2 arrêts], D. P. 90.1. 413, S. 89.1.199 ; Nancy, 30 décembre 1891, D. P. 92.2.441, note de M. Planiol). Mais, en réalité, il n'y a là qu'une expression impropre. Ce que les arrêts entendent dire, c'est que celui qui revendique un meuble, ne peut triompher qu'à la condition de prouver ou que la possession renferme quelque vice, ou que le possesseur est de mauvaise foi. Mais cette solution découle tout aussi bien du système de l'acquisition *lege*.

Conséquences de l'explication adoptée quant aux conditions d'application de la règle. — Certaines de ces conditions, telles que nous les révèlent la pratique et la Jurisprudence, sont communes aux trois explications proposées. Certaines autres, au contraire, ne peuvent se rattacher qu'au système de l'acquisition *lege*.

1° *Conditions communes.* — Quelle que soit l'explication de la règle *En fait de meubles possession vaut titre*, à laquelle on se réfère, il va de soi que, pour qu'il y ait lieu à son application, trois conditions sont nécessaires : d'abord qu'il y ait possession, ensuite, que cette possession présente les caractères requis par l'article 2229, enfin, que le possesseur soit de bonne foi.

A. — *Il faut d'abord qu'il y ait possession.* — Donc, pas d'application de la règle de l'article 2279, à moins qu'il n'y ait *corpus* c'est-à-dire *détention matérielle* du meuble possédé. On verra, notamment en étudiant le Droit commercial, qu'il peut y avoir, dans la pratique, des doutes et des discussions sur le point de savoir si, dans tel ou tel cas, il y a ou non détention matérielle. Par exemple, la remise des clés d'un magasin où sont renfermées des marchandises, équivaut-elle à une prise de possession de ces marchandises ; la détention du récépissé d'une compagnie de chemins de fer ou d'une banque, d'un connaissement, d'une lettre de voiture, équivaut-elle, au point de vue de l'application de l'article 2279, à la détention des matières ou des titres mentionnés dans ces documents ? Nous ne pouvons ici que signaler ces diverses questions pratiques qui trouveront ailleurs leur solution.

De ce que la règle de l'article 2279 suppose la *possession* chez le détenteur du meuble, il devrait résulter, si l'on suivait à la lettre la théorie classique, que les *détenteurs précaires*, n'étant point des possesseurs, au sens rigoureux du mot, puisqu'il leur manque l'*animus*, ne pourraient opposer la règle *En fait de meubles...* non seulement à leur auteur (ce qui ne fait pas de doute, une fois prouvée la précarité de leur détention), mais encore à la revendication exercée par un tiers. Par exemple, un emprunteur met en gage, une personne dépose des titres au porteur, dans un établissement de crédit. Ces titres sont revendiqués par un prétendu propriétaire autre que l'emprunteur ou le dépositaire. L'établissement détenteur ne pourrait pas se retrancher derrière la règle de l'article 2279 !

Mais la pratique ne s'embarrasse pas ici de l'objection ; elle admet que le créancier gagiste et le dépositaire peuvent fort bien opposer leur possession au tiers revendiquant (Douai, 20 juin 1892, D. P. 92.2.375, S. 92.2.161, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 11 mai 1898, S. 98. 1. 481, note de M. Tissier ; Req., 23 octobre 1905, D. P. 1906.1.7, S. 1906. 1. 40) [1].

1. La Jurisprudence va même bien plus loin encore. Elle décide qu'un simple dépositaire, non seulement sera, à l'encontre des tiers, investi de la qualité de possesseur, mais qu'il puisera dans cette qualité le droit de réclamer à ce tiers la restitution des choses déposées qui lui auraient été soustraites (Civ., 28 mars 1888, D. P. 88.1.253, S. 88.1.265. Cf. note de M. Ambroise Colin, D. P. 99.2.153). Il y a là l'embryon d'une nouvelle extension fondée sur les besoins de la pratique, de la règle *en fait de meubles...* qui, elle-même, n'a pas eu d'autre origine, nous avons pu le constater.

B. — La possession ne suffit pas pour qu'il y ait lieu à application de l'article 2279 ; *il faut encore que cette possession présente les qualités requises pour qu'elle soit protégée par la loi* ; nous savons quelles elles sont. Rappelons ici que la possession doit être (art. 2229) *continue*, *paisible*, *publique*, *non équivoque*. De ces quatre conditions, la première doit être écartée, puisque, par exception, un effet légal est ici attaché à la possession non pas *continue*, mais *instantanée*. Quant au vice de *violence*, il sera, par hypothèse, toujours écarté ; puisque le possesseur doit être de *bonne foi*, il se sera nécessairement mis en possession d'une manière paisible. Il ne reste donc à retenir que les deux derniers caractères. La possession du meuble doit être *publique*, c'est-à-dire non dissimulée, et *non équivoque*.

De cette dernière condition, la Jurisprudence a fait de nombreuses et utiles applications, de nature à empêcher que la règle *En fait de meubles possession vaut titre* n'aboutisse à couvrir des actes frauduleux. Il suffit de rappeler celles que nous avons signalées déjà au sujet des prétendus dons manuels de titres ou objets précieux détenus, après la mort d'un individu, par une personne qui avait fait vie commune avec lui, de son vivant, en qualité de parent, domestique, secrétaire ou concubine. Dans ce cas, le détenteur ne sera pas, à la vérité, tenu de faire la preuve du don manuel qu'il invoque ; il lui suffira de se prévaloir de l'article 2279, ainsi que nous le dirons à la page suivante. Mais l'héritier pourra s'attacher à la circonstance de la vie commune avec le défunt, pour taxer d'équivoque la possession alléguée à son encontre. En effet, le détenteur a pu, à raison de sa qualité, s'emparer aisément des titres ou objets précieux ; ceux-ci ont pu lui être confiés par le défunt (Req., 16 janvier 1902, S. 1902.1.85 ; note précitée de M. Planiol, D. P. 1904.2.289). A la vérité, la communauté de vie ou d'habitation ne suffit pas, à elle seule, à rendre la possession équivoque (Req., 18 décembre 1894, D. P. 95 1.364, S. 95.1.136), mais elle y contribue, si elle est jointe à d'autres circonstances de nature à entraîner la conviction du juge (Civ., 31 janvier 1900, D. P. 1900.1.281, note de M. Poncet, S. 1902.1. 33, note de M. Naquet).

De même, un individu n'habitant pas avec le défunt a commencé par nier la possession des titres recherchés par la succession ; il en a fait encaisser les coupons par un tiers ; c'est seulement après coup, quand il a commencé à craindre d'être découvert, qu'il s'est décidé à avouer la possession des valeurs en question ; mais il a prétendu les avoir reçues à titre de don manuel. On lui refusera le bénéfice de l'article 2279, sa possession étant atteinte du vice de clandestinité (Aix, 3 février 1902, D. P. 1904.2.289, note de M. Planiol, S. 1903.2.41, note de M. Ferron ; Alger, 12 avril 1906, D. P. 1906.2.246, S. sous Req., 1910.1.558).

C. —Enfin, *le possesseur qui invoque la règle de l'article* 2279, *pour repousser une action en revendication, doit être de bonne foi.* Conformément au Droit commun, la bonne foi n'a besoin d'exister qu'au moment de l'entrée en possession ; il n'est pas nécessaire qu'elle persiste ensuite (art. 2269). De plus, elle est toujours présumée (art. 2268). C'est à celui qui revendique à prouver la mauvaise foi du possesseur, preuve qu'il pourra faire, il est vrai,

par tous les moyens possibles (Req., 27 mars 1889 [2 arrêts], D. P. 90.1.413, S. 89.1.199).

2° *Conditions se rattachant seulement au système de l'acquisition lege.* — Mais il existe, avons-nous dit, certaines conditions d'application de la règle de l'article 2279 qui ne peuvent se comprendre que si l'on adopte, parmi les explications proposées de ladite règle, celle que nous avons cru devoir fournir, et si l'on écarte le système de la prescription instantanée.

Supposons admise la thèse d'après laquelle l'article 2279 ne ferait que consacrer une hypothèse de prescription immédiate. Le bénéfice de cette règle devrait être subordonné, comme l'enseignaient déjà Pothier et nombre de nos anciens auteurs, aux conditions requises pour la prescription *abrégée*, c'est-à-dire non seulement à la *bonne foi*, mais à la preuve de l'existence d'un *juste titre*, dont le possesseur aurait à justifier. Or c'est ce que la pratique a délibérément refusé d'admettre.

Est-ce à dire que, dans l'explication qui est la nôtre, il n'y ait pas à tenir compte du juste titre ? Non assurément. Il faut que le possesseur qui invoque l'article 2279 soit de bonne foi. Or, on n'accordera pas cette qualité à celui qui s'est mis en possession de lui-même ; seul est de bonne foi le possesseur qui a reçu le meuble en vertu d'un acte translatif de sa nature (donation, vente, legs, etc.), dont il a ignoré les vices, en un mot celui qui possède en vertu d'un juste titre. Seulement, le juste titre n'est exigé ici que *comme élément constitutif de bonne foi*, au lieu de constituer, comme dans le système opposé, une condition spéciale et indépendante. Et il en résulte deux conséquences, qu'il serait impossible d'admettre dans le système de la prescription instantanée :

a) D'abord, que le titre simplement *putatif* permettra au possesseur de se retrancher derrière la règle de l'article 2279 ;

b) Ensuite et surtout, que le possesseur *n'aura pas à faire la preuve* de l'existence du juste titre. Ce n'est pas seulement la bonne foi qu'on présumera chez lui, mais encore l'existence d'un juste titre. Ainsi, celui qui détient des objets mobiliers soi-disant parvenus entre ses mains par don manuel, n'aura pas à faire la preuve de ce don. Il pourra se contenter de l'affirmer, sans en produire aucune preuve. Ce sera au revendiquant à démontrer qu'il n'y a pas eu don manuel, mais appropriation par un autre procédé, ou, tout au moins, équivoque sur les caractères de la prise de possession (Req., 20 juin 1881, D. P. 82.1.111, S. 83.1.447 ; Req., 30 juin 1908, D. P. 1908.1.440, S. 1908.1.444), avantage immense et de nature à fortifier considérablement la situation du possesseur de meubles. Et, ajoutons-le aussitôt, avantage nécessaire, commandé par les nécessités de la pratique, puisque, l'histoire le démontre, ce sont précisément les inconvénients attachés à l'obligation pour le possesseur de prouver son juste titre, qui ont le plus contribué à faire abandonner, en cette matière, les conceptions du Droit romain.

L'article 2279 s'applique-t-il aux rapports du possesseur avec l'aliénateur lui-même ? — La question est classique. Peut-être est elle

mal posée ? Il convient tout d'abord de préciser les situations de fait qui ont pu la faire surgir.

En premier lieu, on peut supposer que c'est un vendeur ou un donateur de meubles qui allègue que la vente, la donation ou, plus généralement, l'acte translatif, se trouve avoir été atteint de *nullité*, *résolution*, *révocation* et qui, en conséquence, réclame la restitution du meuble.

Ou bien, en second lieu, on supposera que c'est un prétendu bailleur, déposant, ou un constituant de gage, qui veut se faire restituer le meuble par celui à qui il affirme l'avoir loué, confié en dépôt, remis en gage, prêté, etc...

Dans les deux cas, il est évident que, *si l'on suppose faite la preuve* des faits allégués par le réclamant, le détenteur ne pourra se retrancher derrière la règle de l'article 2279 pour se refuser à la restitution. Il y a à cela une bonne raison, c'est que le détenteur est tenu d'une *obligation personnelle* de restitution. La règle de l'article 2279 ne peut avoir pour résultat de lui permettre de s'y soustraire. Ce n'est pas pour cela qu'elle a été écrite.

Mais, dans les deux cas, on pose la question suivante : *La revendication est-elle possible* en même temps que l'action personnelle en restitution ? Ce qui revient à se demander si le réclamant, à supposer qu'il ne soit pas en état de faire la preuve des faits par lui allégués (nullité, résolution, révocation de la vente ou de la donation, contrat de location, de gage, de dépôt, etc...), pourrait se contenter de *revendiquer* le meuble en disant : l'article 2279 ne concerne que les rapports du propriétaire avec les tiers détenteurs, et non ceux du propriétaire avec celui qui tient directement la chose de lui ; dès lors, la possession ne m'est pas opposable.

La Jurisprudence répond négativement à cette question. Elle décide que la règle *En fait de meubles...* peut être invoquée par l'acquéreur contre celui qui lui a remis la chose, aussi bien que contre qui que ce soit. Les motifs d'utilité publique (et, au fond, d'équité) qui justifient la règle, ne permettent pas d'en décider autrement, si l'on ne veut pas exposer les acquéreurs de meubles, qui n'ont pas fait dresser d'écrit, ou ont perdu celui qu'ils avaient fait dresser, à se voir évincés par des aliénateurs de mauvaise foi, à qui il suffirait ensuite d'invoquer une prétendue nullité du contrat, ou d'en dénaturer le caractère et de mettre en avant la prétendue précarité de la possession, pour rejeter sur le possesseur le fardeau de la preuve. Comme le dit très bien, dans ses motifs, un arrêt fondamental de la Cour de cassation (Req., 5 décembre 1893, D. P. 94.1.48, S. 96.1.79) : « L'article 2279, 1er al. ne met pas le possesseur d'objets mobiliers à l'abri d'une action en restitution, quand il est *personnellement obligé* à restituer ; mais cette règle implique, pour l'auteur d'une telle action, la charge de *justifier du lien personnel* sur lequel elle est fondée » (Cf. Req., 30 juin 1908, D. P. 1908.1.440, S. 1908.1 444 ; 10 avril 1922, *Gaz. Pal.*, 16 juin 1922).

Nous ne pouvons qu'approuver dans ses conclusions cette jurisprudence évidemment raisonnable ; mais nous ne croyons pas pouvoir accepter entièrement les motifs sur lesquels elle se fonde, ni même, avons-nous dit, la manière dont la question à résoudre est, en général, présentée par la

Doctrine. Ce qu'il y a à se demander, dit-on, c'est si un propriétaire, qui a été dessaisi autrement que par perte ou par vol, peut, à l'encontre de celui à qui il a volontairement livré la chose, prétendre se faire remettre en possession, non seulement par l'action personnelle née du contrat, mais par l'action en revendication. Et l'arrêt précité de 1893, nous l'avons vu, répond négativement. Il faut, dit-il, que le demandeur « justifie du lien personnel » qui le lie au possesseur.

L'explication, croyons-nous, est inexacte. Les solutions de la Jurisprudence peuvent se justifier autrement que par la suppression de la revendication. Au fond, il n'y a qu'une *question de preuve* en jeu. Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si, oui ou non, le possesseur du meuble est tenu de l'obligation de le restituer ; s'il en est tenu, il se révèle détenteur précaire et, par conséquent, n'est pas *possesseur*, au sens réel du mot, n'est pas, en tout cas, possesseur *à titre de propriétaire*, comme l'exige l'article 2229 ; le mode d'acquisition *lege* que consacre l'article 2279 ne s'est donc pas réalisé à son profit, et, en conséquence, la revendication du meuble est possible, à son encontre, tout aussi bien que l'exercice de l'action personnelle en restitution. Tout ce qui résulte de la Jurisprudence, c'est que le demandeur a besoin de *faire la preuve* que les conditions dans lesquelles son adversaire détient le meuble ne lui permettent pas d'opposer à sa revendication la règle *En fait de meubles possession vaut titre*. Celui qui possède le meuble n'a qu'à attendre la démonstration de la précarité de son titre.

Mais, dira-t-on, quel intérêt y a-t-il à décider que, si la preuve de la précarité du titre est administrée, le propriétaire aura, non seulement l'action personnelle en restitution, mais l'action en revendication ? Cet intérêt c'est qu'autrement il y aurait des cas où le propriétaire, nonobstant la démonstration de la précarité du titre du possesseur, pourrait se trouver dans l'impossibilité de reprendre le meuble, parce qu'il aurait perdu ou n'aurait pas acquis l'action personnelle. Ces cas sont au nombre de trois:

1° Il se peut que l'action personnelle en restitution soit éteinte par la *prescription extinctive*. Grâce à l'action en revendication, le propriétaire doit pouvoir cependant recouvrer son meuble, du moins si l'on admet, comme on doit le faire, croyons-nous, que l'action en revendication est imprescriptible.

2° Il se peut que le meuble ait été remis, à titre précaire, entre les mains d'un *incapable*, mineur par exemple, ou femme mariée non autorisée. Comment le propriétaire pourrait-il ensuite le reprendre, si l'on n'admettait pas qu'il a à sa disposition, indépendamment de la créance personnelle de restitution qui n'a pu prendre naissance, l'action en revendication? Et, que cette solution soit adoptée par le Code, cela résulte de l'article 1926, aux termes duquel « si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt *n'a que l'action en revendication* de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire. »

3° Enfin, même à l'égard d'un détenteur précaire capable, il y a un cas où le propriétaire ne pourrait peut-être pas reprendre son meuble, si on

le privait de l'action en revendication pour le réduire à la seule action personnelle en restitution. C'est lorsque le détenteur est un *usufruitier*, et que l'usufruitier et le propriétaire tiennent l'un et l'autre leurs droits d'un testament. Quelle est l'action personnelle que ferait valoir ici le nu-propriétaire puisqu'il n'y a pas de contrat entre lui et l'usufruitier ? Il faut donc bien admettre que c'est par la revendication que, en cas de résistance de l'usufruitier, il réclamera le meuble à la fin de l'usufruit (Ulpien, 9, D., *de rei vind.*, VI, I) [1].

III. **Hypothèses de perte ou de vol.** — Elles sont visées par les articles 2279, al. 2, et 2280. Il en résulte que deux cas doivent être distingués.

Tout d'abord, la chose peut se trouver entre les mains de celui-là même qui l'a *volée* ou l'a *trouvée*. Ou bien encore, elle est aux mains d'un tiers, mais ce tiers est un possesseur de *mauvaise foi*. Dans les deux hypothèses, la revendication est possible, et le possesseur ne peut devenir propriétaire que par une possession prolongée pendant *trente ans*.

Si, au contraire, le propriétaire est en présence d'un tiers *possesseur de bonne foi*, il peut encore revendiquer, mais ici les conditions changent :

1° La revendication ne peut s'exercer que pendant les *trois années qui suivent le jour de la perte ou du vol* (art. 2279, al. 2).

2° « Si le possesseur a acheté l'objet dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en lui remboursant le prix qu'elle lui a coûté » (art. 2280, al. 1).

Reprenons ces deux propositions. Mais auparavant, disons bien que l'article 2279, al. 2, ne s'applique que dans les cas où il y a eu *perte* ou *vol*, et qu'il ne faut pas l'étendre en dehors de ces deux hypothèses. Notamment, il ne faut pas l'appliquer aux délits autres que le vol, quand même ils présentent avec lui une certaine analogie, abus de confiance, violation de dépôt et même escroquerie. Dans tous ces cas, le propriétaire a abandonné volontairement la possession, et la revendication ne serait pas possible contre un tiers possesseur de bonne foi (Req., 16 juillet 1884, D. P. 85.1.232, S. 86.1.407).

1° Le délai de trois ans donné au propriétaire pour revendiquer court, avons-nous dit, à partir du jour de la perte ou du vol. Ce n'est donc pas un délai de prescription acquisitive au profit du possesseur. Ainsi, celui qui acquerrait la chose perdue ou volée dans les derniers jours de la troisième année pourrait, dès l'expiration de celle-ci, opposer au propriétaire la règle *En fait de meubles possession vaut titre*. Ce qu'on peut dire pour expliquer cette solution, c'est que, pendant les trois ans qui suivent la perte ou le

1. Les Romains avaient remarqué que, dans cette hypothèse, la revendication était exercée *par le possesseur*, puisque le nu-propriétaire peut être considéré comme possédant par l'intermédiaire de l'usufruitier. Telle est peut-être l'explication du fameux texte des Institutes *Sane uno casu*, etc... où on nous dit que, contrairement à la règle générale, il y a un cas où, dans une instance en revendication, c'est au possesseur qu'il appartient de faire la preuve (2, Inst. J., IV, 6).

vol, la loi suspend l'effet de la maxime *En fait de meubles...* en faveur du propriétaire.

Et il n'y a pas davantage de prescription *extinctive*. On se trouve en présence d'un simple délai préfix, d'où cette conséquence qu'il ne faut pas lui appliquer les règles ordinaires de la suspension des prescriptions.

2° Si le possesseur de bonne foi de la chose perdue ou volée l'a achetée dans une foire ou un marché, ou dans un vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. Le motif de cette disposition empruntée à notre ancien Droit est visible : L'acheteur n'a aucun reproche à se faire ; il n'a commis aucune imprudence. Rien ne pouvait lui laisser soupçonner que la chose avait été trouvée ou dérobée. Il serait injuste de lui faire subir la perte du prix. Quant au vrai propriétaire, il aurait peut-être pu, avec plus d'attention, éviter la perte ou empêcher le vol. Des deux intérêts mis dans la balance, c'est le premier qui doit l'emporter.

La règle de l'article 2280 donne lieu, on le devine, dans la pratique, à d'assez fréquentes applications. D'où, parfois, certaines difficultés. Nous retiendrons les trois suivantes :

A. — Un *changeur*, qui, de bonne foi, achète des titres au porteur volés ou perdus qu'on vient lui offrir dans sa boutique, laquelle pourrait être considérée comme un marché permanent, peut-il, sur la revendication ultérieure du propriétaire, lui demander le remboursemeut du prix d'achat. Non certainement. On ne peut pas dire que le changeur remplisse les conditions exigées de l'acheteur par l'article 2280 ; il doit se renseigner sur la moralité de l'inconnu qui lui offre les titres, sur leur provenance. Il est en faute, s'il ne l'a pas fait.

B. — Un créancier, par exemple, un établissement financier qui reçoit *en gage* de son client des titres au porteur perdus ou volés, pourra-t-il opposer à la revendication du vrai propriétaire l'exception de l'article 2280, et lui réclamer le remboursement du prix, c'est-à-dire en l'espèce, le montant de la créance garantie par le gage ? La question est la même que la précédente. Le siège de l'établissement de crédit ne peut être assimilé à un marché. Le créancier gagiste est en faute de ne pas s'être entouré de renseignements ; il devra donc restituer les titres, sans avoir droit à aucune indemnité (Civ., 11 mai 1898, S. 98.1.481, note de M. Tissier).

La solution serait différente, remarquons-le, si l'établissement de crédit avait reçu les titres en gage des mains d'un dépositaire ou d'un mandataire qui les aurait détournés. Alors, le créancier pourrait se refuser à la restitution (Req., 23 octobre 1905, D. P. 1906.1.7, S. 1906.1.40). En un mot, le créancier gagiste peut se prévaloir de l'article 2279, mais non de l'article 2280.

C. — Si l'on admet que des meubles puissent faire partie du domaine public, la revendication de ces meubles, lorsqu'ils ont été perdus ou volés, est-elle soumise à la condition de remboursement du prix, au profit de celui qui les avait achetés de bonne foi et dans les conditions de l'ar-

ticle 2280? Non, répond la Doctrine. En effet, il est certain que la disposition qui limite à trois ans la possibilité d'une revendication du meuble perdu ou volé ne s'applique pas ici, parce que les meubles en question sont inaliénables et imprescriptibles. L'État et la Commune conservent donc, à perpétuité, le droit de le revendiquer. Cela étant, puisque la disposition de l'article 2279, al. 2, ne concerne pas ces meubles, on doit décider qu'il en est de même de celle de l'article 2280, qui n'est qu'un *tempérament* à la rigueur de la disposition précédente et qui ne peut, dès lors, s'appliquer que lorsqu'un propriétaire exerce la revendication de l'article 2279, al. 2 (V. cep. Trib. Lyon 25 jauvier 1899, D. P. 99.2.230).

La même question se posera à propos de l'application de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, remplaçant et abrogeant celle du 30 mars 1887. Aux termes de son article 20, lorsqu'un objet mobilier classé comme présentant un intérêt historique et artistique, appartenant à l'État, à un département, à une commune ou à un établissement public, a été aliéné contrairement aux dispositions de l'article 18 de la même loi, l'aliénation est nulle et la revendication peut en être exercée à toute époque. Mais (art. 20, al. 2) l'acquéreur ou sous-acquéreur de bonne foi entre les mains duquel l'objet est revendiqué a droit au remboursement de son prix d'acquisition, sauf recours du ministre de Beaux-Arts contre le vendeur originaire. Cette disposition, ajoute l'alinéa 3, est applicable aux objets perdus ou volés.

IV. Législation spéciale relative aux titres au porteur perdus ou volés[1]. — Nous n'avons pas à revenir sur la définition *des titres au porteur.* Il nous suffira de constater que la forme de ces titres, éminemment favorable à la rapidité et à la commodité des opérations de bourse et de commerce, les fait grandement rechercher par le public. Les titres au porteur ont donc contribué à l'essor des entreprises industrielles et commerciales de notre époque. Mais il ne faut pas se dissimuler qu'ils donnent lieu à plusieurs dangers.

Au point de vue de l'intérêt de l'État, ils fournissent de grandes facilités à ceux qui veulent frauder le fisc, en dérobant à ses investigations une partie de l'actif des successions, ou en dissimulant d'autres transmissions.

Au point de vue des intérêts privés, les titres au porteur offrent ce danger qu'ils peuvent être aisément, soit *détournés* par un mandataire ou dépositaire (par exemple par un employé de banque), soit *perdus* ou *volés*. Au premier cas, l'article 2279 ne permet pas la revendication contre un tiers possesseur de bonne foi. Au second cas, la revendication est bien possible pendant trois ans, mais l'article 2280 rend cette faculté illusoire pour le propriétaire. En effet, à supposer qu'il ait conservé les numéros de ses titres et puisse un jour les retrouver, il ne pourra les reprendre, pour peu que le

1. V. Wahl, *Traité des titres au porteur*; Deloison, *Traité des valeur mobilières*, Bézard-Falgas, *Contentieux des oppositions sur titres*.

détenteur actuel ait acheté ces titres en bourse ou dans une boutique de changeur, qu'en remboursant le prix d'achat.

De plus, en attendant qu'on ait retrouvé la trace des titres, le propriétaire sera privé de ses revenus ; c'est le porteur qui touchera les coupons. C'est lui qui, à supposer que la valeur arrive à une échéance de remboursement, se fera verser le capital par l'établissement débiteur, auquel cas le propriétaire dépossédé devra perdre tout espoir de jamais rien récupérer. La pratique n'avait apporté ici à la situation du propriétaire qu'un remède bien insuffisant, en lui permettant d'exiger la consignation des intérêts ou dividendes non réclamés par un porteur régulier du titre, pour se les faire attribuer au bout de *cinq ans* (délai de la prescription des arrérages dus au porteur, art. 2277), et d'exiger pareillement la consignation du capital remboursable, pour le réclamer au bout de trente ans.

Ces inconvénients étaient des plus sérieux. En effet, le nombre des titres perdus ou volés est très grand chaque année[1]. A la suite des événements de 1870 et 1871 qui avaient amené beaucoup de catastrophes de ce genre, le législateur crut donc devoir intervenir en faveur des propriétaires de ces titres, en organisant une revendication qui ne serait pas préjudiciable au public, grâce à une publicité portant à la connaissance des intermédiaires requis pour les négociations en bourse, le fait de la perte, du vol ou du détournement.

De là *la loi du 15 juin* 1872, amendée depuis, dans certaines de ses dispositions, par *la loi du 8 février* 1902.

Le système général de cette législation consiste à mettre le propriétaire, dépossédé *de quelque manière que ce soit* (aussi bien, par conséquent, à la suite d'un détournement que par l'effet d'une perte ou d'un vol), en mesure de faire concurremment une *double opposition*, en vue d'empêcher :

1° La négociation du titre ;

2° Le paiement des coupons ou dividendes, ou le remboursement du capital devenu exigible, à un tiers porteur.

De la sorte le propriétaire dépossédé pourra :

1° Revendiquer son titre, dont la trace sera retrouvée plus aisément, grâce à l'opposition mise à toute négociation nouvelle.

2° En attendant, toucher les revenus, et, au besoin, obtenir un duplicata du titre.

Première opposition. — Une première opposition est notifiée à la Chambre syndicale des *agents de change* à Paris, avec réquisition de faire publier les numéros des titres frappés d'opposition dans une publication spéciale éditée par la Compagnie des agents de change, le *Bulletin des oppositions*. A partir du moment où le bulletin est parvenu par la poste au lieu de la négociation, toute négociation en Bourse ou hors Bourse des titres frappés d'opposition et publiés au bulletin, est *sans effet à l'encontre de l'opposant*, qui pourra revendiquer les titres.

1. D'après le *Bulletin des oppositions*, le nombre des titres publics perdus ou volés s'élevait en janvier 1900 à plus de 50,000 représentant une valeur de 25 millions de francs.

Seconde opposition. — La seconde opposition est faite à l'*établissement débiteur*. Par cet acte il est défendu à cet établissement de payer tant le capital que les intérêts ou dividendes échus ou à échoir. A partir de la signification qui lui en est faite, l'établissement débiteur ne peut plus rien payer entre les mains d'un tiers. Que si les titres frappés d'opposition lui sont présentés, il doit *les retenir* et avertir l'opposant, en lui faisant connaître le nom et l'adresse du tiers porteur.

De plus, au bout de trois ans ou même au bout d'un an, s'il fournit une caution, l'opposant pourra toucher les *sommes venues à échéance*, moyennant une autorisation du président du tribunal.

Enfin, au bout dix ans, il pourra obtenir *un duplicata* du titre disparu.

Ainsi, la revendication est rendue possible même contre un possesseur de *bonne foi*, même au sujet d'un titre non pas perdu ou volé, mais *détourné*. Elle ne donne jamais lieu à un remboursement en faveur de l'acquéreur. Il y a là une triple et considérable dérogation au droit commun.

Dérogation efficace assurément, car l'acquéreur évincé ne devant pas manquer de se retourner à la fois contre son vendeur et contre l'agent de change responsable de la validité de l'opération, il n'y a aucun danger que celui-ci se résigne à prêter la main à une négociation.

Une question s'est posée devant les tribunaux, celle de savoir si l'opposition fait effet seulement à l'égard des agents de change, ou aussi à l'égard des autres intermédiaires, banquiers, coulissiers, changeurs, etc, qui peuvent avoir reçu les titres soit en dépôt, soit à l'effet de les négocier. La Jurisprudence admet que l'opposition produit un effet général, d'où il résulte que tous ces intermédiaires sont responsables en cas de négociation des titres, dès lors qu'ils ont eu connaissance de la publication insérée dans le *Bulletin des oppositions* (Civ., 26 février 1913, S. 1913.1.201).

Le code civil demeurant applicable aux négociations de titres ayant eu lieu avant que le *Bulletin* soit parvenu au lieu de la transaction, une autre question délicate se posait sous l'empire de la loi de 1872 : c'était celle de savoir à quel moment précis la négociation devait être réputée accomplie. A cet égard il y avait controverse. D'après l'opinion la moins favorable aux agents de change, la négociation n'était réputée parfaite que lorsque le titre était délivré à l'acheteur. La loi de 1902, modifiant l'article 13 de la loi de 1872, a résolu la question de la manière suivante. La négociation doit être considérée comme accomplie, dès le moment qu'est opérée sur les livres de l'agent de change l'inscription des titres qu'on lui a donné l'ordre de vendre. En effet, il faut que l'agent de change soit à couvert dès le moment où il a accepté les titres à vendre ; c'est à ce moment qu'il consulte le *Bulletin des oppositions*. Produite postérieurement à l'inscription sur le registre de l'intermédiaire des valeurs à négocier, l'opposition serait inopérante. Toutefois, la loi réserve à l'opposant, si son opposition est formée avant la livraison du titre, la faculté de réclamer celui-ci, mais en remboursant le prix.

La loi de 1872 ne s'applique pas à tous les titres au porteur (art. 16). Ceux qui sont exempts de son application et demeurent soumis aux seules

dispositions du Code civil, quant à l'effet produit par leur remise entre les mains d'un possesseur, sont :

1° Les *billets de banque*. — Il y a là une nécessité pratique ; il faut qu'ils puissent circuler, comme une monnaie fiduciaire, sans que leur transmission nécessite aucune vérification.

2° Les *rentes sur l'Etat français* — C'est là un privilège destiné à assurer une circulation plus libre et partant plus large aux fonds d'Etat, privilège analogue à celui de l'insaisissabilité. Pourtant, en pratique, l'Administration tient compte, à titre officieux, des oppositions qui lui sont signalées[1].

3° Enfin, en principe, les *valeurs étrangères* ne tombent pas sous le coup de la loi. Pourtant, la Jurisprudence l'applique aux titres au porteur étrangers négociés en France.

Le régime instauré par la loi de 1872, on le remarquera, n'a pas été imité par les Etats étrangers. En France, des critiques se sont élevées contre l'innovation, qu'on a accusée de jeter du discrédit sur nos valeurs dans les bourses étrangères, et d'y empêcher le trafic de certaines d'entre elles ; (Thaller, *Tr. élém. de Dr. comm.*, 5e éd, n. 916). Nous croyons ces reproches exagérés. La preuve que la pratique n'a pas trop à souffrir du régime de la loi de 1872, c'est que la loi du 8 fév. 1902, préparée par les soins de la Compagnie des agents de change eux-mêmes, n'en a pas modifié les traits essentiels[2].

§ 5. — Attribution des fruits au possesseur de bonne foi.

Sens, motifs, origine de la règle. — Aux termes de l'article 549, le « simple possesseur » fait les fruits siens quand il possède de bonne foi ; « dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ». A quoi l'article 550 ajoute : » Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ».

La loi suppose que le possesseur d'un immeuble (ou aussi d'un meuble frugifère, par exemple, d'un titre au porteur ou d'un animal qui produit un croît), est tenu de restituer la chose à son propriétaire. Logiquement, il devrait être obligé de restituer aussi les produits de cette chose ou leur valeur, car ces produits appartenaient au propriétaire comme *accessoire* de la chose (art. 547). Mais cette obligation pourrait avoir des conséquences désastreuses pour le possesseur. Vraisemblablement il a consommé les fruits au fur et à mesure de leur perception ; s'il était obligé d'en restituer la valeur, il serait obligé de la prendre sur son propre patrimoine. Or le propriétaire a été sans doute négligent. C'est par sa faute que le possesseur, s'il est de bonne foi, se trouve exposé à ce préjudice. N'est-il pas équitable que, des deux intérêts en présence, la loi préfère celui du possesseur qui, par hypothèse, n'a rien à se reprocher ? Les Romains l'avaient

1. En ce qui concerne les titres au porteur de rentes sur l'Etat dont le propriétaire a été dépossédé par suite de faits de guerre dans les régions envahies, la loi du 16 février 1917 permet formellement les oppositions.

2. V. aussi la loi générale du 4 avril 1915 relative aux titres dont ont été dépossédés par suite de faits de guerre les habitants des territoires occupés par l'ennemi. Cette loi maintient le système de la double opposition, en se contentant d'en diminuer les frais.

pensé. Alors qu'en principe, ils ordonnaient la restitution au légitime propriétaire de l'immeuble revendiqué, *cum sua causa*, c'est-à-dire avec tous ses accessoires, ils faisaient, au cas où le défendeur à la revendication était de bonne foi, cette distinction, que les fruits *déjà consommés* ne donnaient lieu à aucune restitution, et que les fruits *extants*, c'est-à-dire non consommés, devaient seuls être rendus avec l'immeuble. Cette règle a passé ensuite dans notre ancien Droit et dans notre Code civil ; elle y a subi une légère correction. Le Code ne distingue pas, on l'a vu, entre les fruits consommés ou non ; tous les fruits perçus par le possesseur lui appartiennent, même ceux qu'il aurait mis en réserve. Cette modification s'est inspirée de ce motif tout pratique que le fait de la consommation des fruits serait d'une vérification souvent très difficile ; mais, au fond, le changement est de faible importance. On peut considérer que la règle romaine subsiste, mais qu'il y a dorénavant une présomption de consommation pour tous les fruits perçus.

La règle est subordonnée, cela résulte du texte même, à deux conditions : 1° la perception des fruits ; 2° la bonne foi du possesseur.

Première condition : Perception des fruits. — Si les fruits de la chose n'ont pas été perçus, il est évident que le possesseur doit les restituer, car il ne peut les avoir consommés ; leur restitution ne l'appauvrira point.

Il résulte de cette explication que, bien qu'on l'ait prétendu à tort, on ne doit pas appliquer à notre matière la règle de l'article 586, relative à l'acquisition des fruits civils au jour le jour. Si donc le possesseur de bonne foi d'un immeuble loué le voit revendiquer entre ses mains la veille du jour où écheoit un terme de location, il ne sera pas autorisé à réclamer au revendiquant une fraction du loyer futur correspondant à la durée de sa jouissance. L'article 586 ne vise que les rapports d'un usufruitier et d'un propriétaire ; il s'explique par le caractère généralement alimentaire de l'usufruit. Dans notre hypothèse, la situation est tout autre : le possesseur n'a aucun droit sur les fruits, sauf à partir de leur perception. D'ailleurs, l'article 549, décidant que le possesseur de mauvaise foi doit *rendre* les fruits, ne permet, à l'inverse, au possesseur de bonne foi que de *garder* ceux qu'il a perçus ; il ne l'autorise pas à en *réclamer* d'autres.

Doit-on appliquer la même solution dans le cas où, en fait, le possesseur de bonne foi aurait perçu les fruits civils *par anticipation*, par exemple, aurait touché d'avance des loyers ? Ici, il est clair que la restitution de ces fruits appauvrirait le possesseur. Cependant, nous n'hésitons pas à décider qu'elle doit être faite. Le possesseur est en faute. Et il n'y a pas de raison pour le traiter mieux qu'un usufruitier, lequel, nous l'avons vu, serait tenu de restituer les fruits civils touchés par anticipation.

Seconde condition : Bonne foi. Différences avec la théorie de la bonne foi en matière de prescription. — La bonne foi, c'est ici, comme toujours, l'*erreur* du possesseur qui a ignoré le vice de sa possession. **On**

remarquera que l'article 550 ne fait aucune différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Il se contente de dire que la bonne foi suppose nécessairement l'existence d'un titre d'acquisition à la valeur duquel le possesseur a cru. De ce texte résultent deux importantes différences entre la théorie actuelle et celle de l'usucapion des immeubles par dix ou vingt ans qui, elle aussi, repose sur la condition de la bonne foi du possesseur.

1° *Première différence : Rôle du juste titre.* — D'après l'article 550, pour qu'il y ait bonne foi, il faut qu'il y ait croyance à l'existence d'un *juste titre ;* mais ce juste titre n'est exigé ici que *comme élément constitutif de la bonne foi.* En matière de prescription par dix ou vingt ans, au contraire (art. 2265), l'existence du juste titre est une condition spéciale et distincte de celle de la bonne foi. D'où les conséquences suivantes :

A. — Le titre *nul* peut, dans tous les cas, servir de titre justifiant l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi, sans qu'il y ait lieu de distinguer, comme en matière de prescription abrégée, entre les nullités absolues et les nullités relatives (art. 2267). Le possesseur n'en sera pas moins de bonne foi, lorsque le titre en vertu duquel il possède est nul d'une nullité radicale (par exemple, une donation nulle pour vice de forme), du moment qu'il l'a ignorée (Cf. Toulouse, 27 mai 1878, D. P. 79.2.141, S. 80.2.5).

Toutefois, parmi les nullités absolues il y a un départ à faire. Si la nullité du titre d'acquisition tient *à l'ordre public*, la Jurisprudence décide que le possesseur ne peut être autorisé à conserver les fruits. C'est qu'il y a ici une raison spéciale. On ne saurait, sans faire échec à la loi, attacher un avantage quelconque à un acte déclaré nul par une disposition intéressant l'ordre public. Par exemple, une congrégation non autorisée ne pourra retenir les fruits de biens qui lui ont été donnés par actes simulés ou par personne interposée (Civ., 19 décembre 1864, D. P. 65.1.116, S. 65.1.18 ; et, sur renvoi, Rouen, 24 mai 1865, D. P. 65.2.146, S. 65.2.268).

B. — Le simple *titre putatif* (c'est-à-dire n'existant que dans la pensée du possesseur) suffit pour l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, tandis qu'il ne peut servir de base à la prescription de dix ou vingt ans.

On doit toutefois signaler une différence importante, au point de vue de la *preuve*, entre le cas où le titre d'acquisition constitutif de la bonne foi du possesseur existe réellement, et celui où il n'a qu'une existence putative. On dit quelquefois que, pour l'application des articles 549-550, il faut appliquer le principe, formulé à l'article 2268, d'après lequel la bonne foi est toujours présumée (Civ., 11 janvier 1887, D. P. 88.5.269, S. 87.1.225). Or, ce n'est pas toujours exact, au moins quant à cet élément de la bonne foi qui consiste dans l'existence d'un titre. Et il faut faire la distinction suivante :

A'). Si le possesseur invoque un titre *putatif*, les conditions de l'article 550 n'étant pas, en somme, réunies à son profit, c'est à ce possesseur à prouver sa bonne foi, en ce sens que c'est à lui de démontrer qu'il a eu des raisons plausibles de croire à l'existence d'un titre régulier.

B'). Si au contraire il y a un titre effectif, alors on appliquera la règle de l'article 2268, en ce sens que, à supposer le titre nul, le possesseur n'aura

pas à prouver son erreur. Ce sera au demandeur à démontrer, pour le contraindre à restituer les fruits, qu'il les a perçus *sciemment*, c'est-à-dire en connaissant la cause de nullité (Civ., 8 janvier 1872, D. P. 73.1.57; Toulouse, 27 mai 1878, précité). Toutefois, il n'en est ainsi que si l'erreur constitutive de la bonne foi du possesseur est une *erreur de fait*. S'il alléguait une *erreur de droit*, étant donné que nul n'est censé ignorer la loi, ce serait à lui à faire la preuve de l'erreur où il s'est trouvé (V. cep. Toulouse, 27 mai 1878, précité).

2° *Deuxième différence : A quel moment doit exister la bonne foi ?* Quand il s'agit du bénéfice de la prescription abrégée, la bonne foi, avons-nous vu, doit exister au *début de la possession*. Au contraire, quand il s'agit de l'acquisition des fruits par le possesseur, la bonne foi doit exister *à chaque perception de fruits*. De là les conséquences suivantes :

A. — Le possesseur qui *cesse d'être de bonne foi* peut continuer à usucaper par la prescription abrégée ; mais il cesse de faire les fruits siens (art. 550, al. 2). Et cela est parfaitement conforme aux motifs de la règle. Car le possesseur qui est mis au courant des vices de son titre d'acquisition, tombe en faute quand il consomme ou dépense les fruits et revenus de la chose d'autrui.

La question de savoir quand le possesseur perd la bonne foi et cesse, dès lors, de faire les fruits siens, est évidemment une question de fait que les tribunaux résoudront souverainement d'après les circonstances de la cause. Cependant, on rencontre de nombreuses décisions portant que le possesseur doit être présumé de mauvaise foi à partir de la demande dirigée contre lui par le propriétaire (V. not., Civ., 11 janvier 1887, D. P. 88.5.268, S. 87.1.225 ; Civ., 21 décembre 1903, D. P. 1908.1.377, S. 1909.1.324). Nous pensons qu'il y a dans cette thèse une certaine exagération. Le plus souvent, il est vrai, la demande du propriétaire, en révélant la situation au possesseur, doit être considérée comme le constituant en état de mauvaise foi. Pourtant, il n'en est pas toujours ainsi ; le possesseur, troublé par la revendication, peut la considérer comme mal fondée et conserver, par conséquent, la bonne foi requise par l'article 549. A notre avis, l'obligation qui s'impose au possesseur évincé de restituer les fruits à partir du jour de la demande, ne s'explique point par la perte de la bonne foi, mais par l'effet rétroactif attribué aux jugements.

B. — Lorsqu'il s'agit de l'acquisition des fruits, la bonne foi doit s'apprécier exclusivement *dans la personne du possesseur actuel*. Il n'y a point place, comme en matière de prescription abrégée, pour la théorie de la jonction des possessions. Ainsi, qu'un possesseur de mauvaise foi vienne à décéder, son héritier fera cependant siens les fruits qu'il percevra, s'il est personnellement de bonne foi. Et, inversement, si l'héritier est de mauvaise foi, peu importe que son auteur fût de bonne foi ; l'héritier ne fera pas les fruits siens. Il ne gardera que ceux qui ont été perçus par son auteur (Dijon, 12 août 1874, D. P. 76.2.92, S. 74.2.289).

Fondement juridique de la règle. Conséquences pratiques. —

Reste à déterminer à quels principes juridiques se rattache la règle des articles 549 et 550 du Code civil.

Une première explication, qui fut proposée aux débuts de l'interprétation du Code civil, voit dans cette règle une application pure et simple de l'article 2279. Le possesseur de bonne foi fait siens les fruits de l'immeuble d'autrui, parce que ces fruits deviennent des meubles dès qu'ils ont été séparés du sol (art. 520, 2e al.).

Mais cette manière de voir est certainement inexacte. En effet, la disposition de l'article 2279 règle les rapports du propriétaire d'un meuble corporel avec le possesseur, dans une revendication portant *principalement* sur le meuble. Ici, il s'agit d'une revendication portant, non sur les fruits mêmes, mais sur l'immeuble dont ils sont l'*accessoire*. On se trouve en dehors de la sphère de l'article 2279. Et la preuve qu'il en est bien ainsi, c'est que la règle de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi nous vient en droite ligne du Droit romain ; on ne saurait donc la rattacher à l'adage : « *En fait de meubles possession vaut titre* », puisque cet adage date, tout au plus, de notre jurisprudence du XVIIe et du XVIIIe siècles. La vérité, nous l'avons indiqué par avance, c'est que la règle des articles 549 et 550 est un effet légal de plus attaché à la possession de bonne foi, et cela pour des raisons d'équité. Le possesseur, qui subirait un appauvrissement en prenant sur son patrimoine le montant des fruits consommés pour les rembourser, serait en droit de demander une réparation au propriétaire négligent par la faute duquel il a été exposé à ce mécompte. N'est-il pas plus simple de repousser *de plano* la demande de ce propriétaire, en tant qu'elle s'applique aux fruits consommés ou présumés tels ?

On peut rattacher à cette discussion plusieurs solutions pratiques que nous empruntons à la Jurisprudence :

1° Si la règle des articles 549-550 s'expliquait par celle de l'article 2279, elle devrait s'étendre à *tous les produits* de la chose, qu'ils aient ou non le caractère de fruits proprement dits, car tous sont des meubles. Avec notre explication au contraire, on n'attribuera au possesseur de bonne foi que les fruits proprement dits, qu'ils soient d'ailleurs civils ou naturels, et, en outre, les produits assimilés aux fruits, en vertu de l'aménagement de la chose, comme les coupes des futaies aménagées, les produits de carrières ouvertes, etc... En effet, ces divers fruits étant des produits ordinaires de la chose, il est naturel, normal, que celui qui se croit propriétaire de cette chose les dépense à mesure de leur perception. Au contraire, le possesseur ne sera pas dispensé de restituer les produits extraordinaires, par exemple, les pierres ou ardoises extraites d'une carrière non aménagée, parce qu'il est *en faute* d'avoir consommé cette partie du capital. Il n'a à accuser que lui même de l'appauvrissement que lui cause l'obligation de la restituer (Nancy, 30 janvier 1897, D. P. 97.2.457).

2° Si la règle de l'article 549 n'était qu'un corollaire de celle de l'article 2279, la bonne foi ne pourrait consister que dans une erreur portant sur l'*existence du droit de propriété* chez l'auteur du possesseur. C'est là en effet le seul vice dont l'ignorance par le possesseur constitue la *bonne foi* au sens

de l'article 2279. Mais, si la règle de l'article 549 a un caractère plus général, peu importe le vice qui a empêché l'acte de produire son effet translatif. Par exemple, celui qui acquiert un immeuble d'un incapable, le croyant capable, pourra invoquer l'article 549 pour éviter la restitution des fruits, exactement comme celui qui achète un immeuble *a non domino*, croyant l'obtenir du vrai propriétaire. Tous deux en effet sont excusables d'avoir consommé les fruits de l'immeuble; il serait inique de les contraindre à les restituer. D'ailleurs, l'article 550 porte que l'acquéreur est de bonne foi, quand il a acquis en vertu d'un titre translatif « dont il ignore les vices », n'importe quels vices, sans distinction (Civ., 12 mai 1840, S. 40.1.668).

3° Si l'article 549 était la conséquence pure et simple de l'article 2279, il n'y aurait lieu de l'appliquer que dans les hypothèses où l'éviction du possesseur tient à une *revendication* proprement dite du *verus dominus*. La règle devrait être écartée chaque fois que la réclamation du propriétaire s'exerce sous la forme d'une action personnelle, par exemple, lorsqu'il invoque la nullité de l'acte translatif consenti à l'acquéreur, ou exerce l'action en répétition de l'indû. Avec notre explication, au contraire, il semble qu'à moins de textes ou de motifs spéciaux, il n'y ait pas lieu de distinguer. Du moment qu'il y a une réclamation portant à la fois sur les fruits et sur l'immeuble, les motifs d'équité ci-dessus indiqués conduisent à exclure la répétition des fruits, qu'il s'agisse d'une action personnelle ou d'une revendication (V. pour le cas d'une répétition tenant à l'exercice d'une action en nullité, Civ., 21 décembre 1903, D. P. 1908.1.377, S. 1909.1.324). En faveur de cette solution, on peut invoquer l'article 1378, d'où il résulte qu'en cas d'action en répétition d'une chose indûment payée, action toute personnelle puisqu'elle résulte du *quasi-contrat* de paiement de l'indû, l'*accipiens* n'est obligé à restituer les intérêts ou les fruits que s'il est de mauvaise foi (Civ., 3 février 1904, D. P. 1904.1.215, S. 1904.1.264).

Il y a cependant cette différence entre les effets de la revendication et ceux de l'action personnelle en restitution, que les héritiers de celui qui est tenu, *comme débiteur*, de rendre la chose, doivent restituer les fruits, lorsque leur auteur était de mauvaise foi, quand bien même ils seraient personnellement de bonne foi (Civ., 8 juin 1864, D. P. 64.1.273, S. 64.1.388; Civ., 17 mai 1865, D. P. 65.1.273, S. 65.1.250). Cette obligation leur est imposée, non en vertu de l'idée de jonction des possessions, mais comme une conséquence de la transmission des dettes aux héritiers du débiteur.

4° Enfin, il nous suffira de rappeler la solution que nous avons donnée au sujet des fruits perçus par *anticipation* par le possesseur. Nous avons décidé que celui-ci doit les restituer, parce qu'il y a eu faute de sa part à les percevoir. Or, ce serait la solution contraire qui s'imposerait si l'article 549 était un simple corollaire de l'article 2279 : les fruits perçus prématurément n'en ont pas moins, en effet, le caractère de *meubles*, dès le moment où ils ont été perçus.

CHAPITRE III

ACQUISITION PAR L'EFFET DES CONTRATS

SECTION PREMIÈRE. — Généralités.

Effet translatif des contrats en Droit français moderne. — Le troisième mode d'acquisition de la propriété et des droits réels, avons-nous dit, c'est le *contrat*. L'article 711 s'exprime un peu autrement : il nous dit que la propriété s'acquiert et se transmet « par l'effet des obligations ». Au fond, ce n'est qu'une manière différente d'exprimer la même idée. Les obligations consistant à transférer la propriété ou un droit réel, que le Code, dans les articles 1136 et suivants, appelle des *obligations de donner* (au sens latin du mot *dare*), résultent en effet des contrats. Il est à peine besoin de faire observer que ce mode d'acquisition est le plus pratique et le plus usuel. La *vente*, la *donation*, l'*échange*, voilà des exemples de contrats translatifs. Ajoutons que, dans le langage courant, ces types de contrats ne semblent servir qu'à la transmission de la propriété ; mais, en réalité, ils peuvent tout aussi bien avoir pour objet d'autres droits réels. Ainsi, la constitution d'une servitude contre argent au profit d'un fonds voisin n'est pas autre chose qu'une vente de servitude. S'il y avait constitution de servitude à titre gratuit, ce serait une donation.

Une pratique déjà plus que séculaire nous a si bien familiarisés avec cette idée que l'accord des volontés de deux personnes suffit pour transférer la propriété (ou un droit réel et même un droit quelconque), de celui qui veut l'aliéner à celui qui veut l'acquérir, qu'elle nous paraît toute simple. Une telle conception est cependant assez complexe, assez illogique même. Et, de plus, l'histoire nous démontre qu'elle ne se présente pas naturellement à l'esprit, et qu'il a fallu une véritable révolution juridique pour l'introduire dans le Droit moderne.

L'idée est d'abord compliquée et peu logique. Il y a en effet quelque contradiction à ce qu'un droit, de sa nature *absolu*, opposable *erga omnes*, comme la propriété ou le droit réel, puisse résulter d'un acte purement *relatif*, comme un contrat, d'un acte dont, normalement, les effets ne devraient pas s'étendre au-delà des parties contractantes (art. 1165). Nous ne tarderons pas à découvrir les difficultés et le laborieux travail de législation qui ont été le résultat de cette contradiction.

Au point de vue historique, la règle moderne offre un contraste frappant avec les solutions du Droit romain. Chez nous, il suffit de l'accord des volontés pour que l'effet translatif se produise, ce que l'article 1138 exprime

d'une façon, au premier abord, un peu obscure, en disant que « l'obligation de *livrer* la chose est *parfaite* par le seul consentement des parties contractantes ». Or les Romains disaient exactement le contraire : *non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (20 C. J., *de pactis*, II, 3). Le rôle des contrats, en Droit romain, n'est pas de transférer la propriété, mais seulement de donner naissance à des obligations. Et, quand l'obligation consiste pour le débiteur à transférer la propriété (Paul, 3 pr., D., *de oblig. et act.*, XLIV, 7), ce transfert résulte d'une opération concomitante ou ultérieure, de la *mancipatio* pour les *res mancipi*, de la *tradition*, pour les *res nec mancipi*, ou encore de l'*in jure cessio*, pour les unes et les autres.

En d'autres termes, la transmission de la propriété est, chez les Romains, une opération qui s'accomplit en deux temps. Chez nous, elle se fait en une fois, par le contrat même. « L'obligation, dit l'article 1138, al. 2, rend le créancier propriétaire, *encore que la tradition n'en ait point été faite.* » Ainsi, la vente, la donation, l'échange, etc... n'étaient jadis que des *titres d'acquisition* (*titulus* AD *adquirendum*). De nos jours ce sont, à la fois, des *titres* et des *modes* d'acquisition.

Ce ne sont pas seulement les articles 711 et 1138 qui expriment cette idée. L'article 1583 en fait une application formelle à la matière de la vente, l'article 938 à celle de la donation.

Comment s'est formée la règle moderne. — Le changement ne s'est pas opéré en un jour. En réalité, on le trouve déjà en germe chez les jurisconsultes romains. Ceux-ci en effet avaient imaginé divers procédés qui permettaient de réduire la *tradition*, mode le plus pratique et unique, à la fin, de transmission, à une opération purement fictive. Ces procédés sont les suivants :

1° La tradition dite de *brève main* (Gaius, 9, § 5, D., *de adquir. rer. dom.*, XLI, 1). On suppose que l'acquéreur a déjà, en fait, la chose en sa possession. Par exemple, c'est un locataire, un emprunteur. Il suffira alors que le bailleur ou le prêteur déclare renoncer à la propriété ; le transfert se réalisera par une opération purement psychologique, un changement dans l'*animus* du détenteur, qui cesse de posséder à titre de détenteur précaire pour posséder dorénavant comme propriétaire.

2° Le *constitut possessoire*. On veut transférer la propriété d'un objet, d'un immeuble, par exemple. Mais il est dans les intentions des parties que, provisoirement, l'aliénateur reste en possession, à titre de locataire ou d'emprunteur, par exemple. Dans la rigueur des principes, il aurait fallu une double tradition ; d'abord, que l'aliénateur livrât l'immeuble à l'acquéreur pour l'en rendre propriétaire, puis que celui-ci le lui remît, mais cette fois à titre précaire. Il vint un moment où les jurisconsultes enseignèrent que cette complication était inutile, et qu'il suffisait d'une convention (qu'on appela *constitut possessoire*), par laquelle le vendeur reconnaissait posséder dorénavant la chose pour le compte de l'acquéreur, nouveau propriétaire, *nam possidet cujus nomine possidetur* (Celsus, 18, 2, D., *de adquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Ici encore, il y a simple interversion d'*animus*,

mais, cette fois, c'est l'aliénateur qui cesse de posséder à titre de propriétaire, pour devenir détenteur précaire.

3° La tradition de *longue main* (45 Inst. J., *de div. rer.*, II. 1) Les Romains avaient fini même par admettre qu'une chose, bien que non appréhendée matériellement par l'acquéreur doit être considérée comme ayant fait l'objet d'une tradition, lorsqu'elle a été mise à sa disposition, par exemple, que des marchandises sont réputées livrées lorsqu'on a remis à l'acheteur la clé du grenier qui les contient.

4° Enfin, Justinien apporta une véritable dérogation au Droit antérieur, en décidant que la remise des titres de propriété, ou même simplement la souscription de l'acte de donation par le donateur emportaient transfert de la propriété (V. Cuq *Manuel*, p. 269).

Dans l'*Ancien Droit français*, les solutions romaines que nous venons d'indiquer, furent encore enseignées par nos jurisconsultes. De plus, les praticiens imaginèrent un nouveau procédé rendant inutile la remise effective de l'objet. Ce fut la clause dite de *dessaisine saisine* ou de *tradition feinte* (Pothier, *Vente*, n° 313 ; Argou, 10e édit., II, p. 238, 243). Voici en quoi elle consistait. Dans un contrat de vente, par exemple, on insérait une phrase en vertu de laquelle le vendeur déclarait qu'il s'était dessaisi de la possession de la chose entre les mains de l'acheteur, et celui-ci déclarait qu'il s'en était saisi. Dès lors, peu importait qu'en fait la chose fût demeurée aux mains du vendeur, la tradition n'en était pas moins réputée accomplie. Il semble bien que la clause devait revêtir la forme authentique ou, tout au moins, avoir acquis date certaine pour être opposable aux tiers. En fait, d'ailleurs les contrats de vente immobilière avaient toujours lieu devant notaire. Ajoutons cette variante que si, par hasard, le vendeur n'était pas en possession de sa chose au moment de la vente, parce que cette chose se trouvait possédée par un tiers, on insérait dans le contrat une cession accessoire de l'action en revendication. Ainsi la tradition, toujours indispensable en principe pour la réalisation du transfert résultait d'une opération purement intellectuelle, d'une manifestation de volonté des parties, d'une clause du contrat. Cette clause devait naturellement devenir de style (V. Pothier, Propriété, nos 193 et s. et 245 ; Viollet, *op, cit.*, 3e édit., p. 653 et s. ; Brissaud, *Manuel*, p. 339 et s.).

On comprend dès lors aisément le sens et la facilité de la révolution accomplie par les rédacteurs du Code civil. Praticiens, ils se contentèrent de transporter dans la loi ce qu'ils avaient fait ou vu faire dans la pratique ; ils *sous entendirent une clause de style contenue dans tous les formulaires*. De là, l'expression de l'article 1138 al. 1 « L'obligation de livrer (c'est-à-dire de transférer la propriété) est *parfaite...* » Cela ne signifie pas qu'elle est *valable* « par le seul consentement des parties contractantes », ce qui serait inutile à dire et résulte assez du principe de l'article 1134, mais qu'elle est *consommée*, *exécutée* (en latin, *perfecta*, accomplie). Le mot est répété par les articles 1583 et 938. Et ce dernier texte ajoute que la propriété est transférée sans qu'il soit besoin d'*autre tradition*. La tradition qui est déjà faite dans le contrat, c'est la tradition fictive de la

clause de dessaisine-saisine, désormais sous-entendue. Ajoutons que, dorénavant, si la chose n'est pas entre les mains de l'aliénateur au moment de la transmission, il n'y a pas besoin de faire à l'acquéreur une cession accessoire de l'action en revendication.

Ainsi s'est réalisé sans secousses un changement cependant gros de conséquences. Il nous suffira de signaler dès maintenant que, si le transfert de la propriété résulte du simple contrat, le contrat, d'autre part, consistant, dans notre Droit, en un simple échange de volontés, c'est-à-dire en un fait interne, occulte en soi, le point de savoir s'il y a eu transmission et à quel moment précis elle s'est opérée, dépendra parfois de recherches d'intention difficiles. Le système romain, au contraire, donnait au transfert de propriété une certaine publicité, soit par les formes solennelles de la *mancipatio* ou de *l'in jure cessio*, soit par le fait du changement de mains résultant de la tradition.

Conditions d'application de la règle moderne de l'effet translatif du contrat. — Les conditions nécessaires pour que le contrat transfère la propriété sont les suivantes :

1° Il faut tout d'abord que l'aliénateur soit propriétaire de la chose qu'il transfère. *Nemo plus juris transfert quam ipse habet.* Si donc le contrat porte sur la chose d'autrui, le transfert de propriété ne se réalise pas (art. 1599). Mais, si le vendeur s'est en réalité engagé à acquérir la chose d'autrui, pour la transmettre à l'acheteur, l'acquisition aura lieu au profit de celui-ci, dès le moment où le vendeur se sera rendu acquéreur de la chose vendue, sans qu'il soit besoin de tradition.

2° Il faut ensuite que le contrat porte sur une chose individuellement *déterminée*. Si la chose vendue était indéterminée, ce qui se produit en cas de vente de choses envisagées *in genere* (tant de barriques de vin de ma récolte, tant de moutons de mon troupeau), il y aurait impossibilité naturelle à ce que l'effet translatif se produisît par l'effet de la convention (Lyon, 14 août 1850, D. P. 51.2.178).

Mais à quel moment s'effectuera alors le transfert ? On dit en général qu'il se réalisera par la *tradition* des barriques de vin ou des moutons, si bien que la tradition conserverait, en certains cas, dans le Droit moderne, la même fonction qu'en Droit romain. En fait, dans la plupart des cas, c'est bien au moment de la tradition que l'acheteur *in genere* deviendra propriétaire des choses achetées ; mais ce n'est pas là un effet de la tradition elle-même. En réalité, c'est toujours le contrat qui a transféré la propriété. L'indétermination de l'objet a fait obstacle à ce que l'effet translatif se produisît immédiatement. C'est parce que la tradition supprime cet obstacle que le transfert se réalise le jour où elle a lieu. En quoi consiste, dira-t-on, l'intérêt de la question ? En ceci que, la tradition n'agissant que comme *procédé de détermination*, tout autre mode de désignation certaine qui fera cesser l'indétermination, produira le même effet. Ainsi, l'apposition d'une marque sur les animaux, la mise à part des barriques destinées à l'acheteur rendront celui-ci propriétaire, dès avant l'expédition ou la livraison,

ce qui est, pratiquement, très important, parce que c'est depuis ce moment que les *risques* de la chose seront à sa charge ; l'animal pourra périr, il n'en devra pas moins le prix (art. 1138, al. 2).

3° Pour l'application de l'article 1138, il faut également que la chose, objet du contrat, soit une chose *actuelle*. Si c'est une chose *future*, l'acquisition de la propriété par l'acheteur se placera au moment où l'obstacle naturel que rencontrait l'application de la règle aura pris fin, c'est-à-dire au moment de la création de la chose.

Encore, pour qu'il en soit ainsi, faut-il qu'on se trouve bien en présence de la *vente* d'une chose future. Et il est parfois très délicat, à supposer que la chose future doive être créée, fabriquée par le vendeur, de savoir s'il y a *vente* proprement dite ou *louage d'ouvrage*, obligation de *donner* ou obligation de *faire*. Supposons, par exemple, un peintre qui s'engage à faire le portrait d'un client ; un constructeur qui s'engage à construire un bateau pour un armateur. Y a-t-il vente d'un bateau, d'un tableau, ou contrat d'entreprise passé entre un *locator* et un *conductor* ? Au premier cas, la propriété de la chose passera à l'acheteur, dès le moment où le travail de fabrication sera assez avancé pour que l'objet ait acquis une détermination, une individualité complète. Dès ce moment, l'objet vendu sera le gage des créanciers de l'acheteur, dès ce moment aussi, le vendeur aura perdu le droit de détruire l'objet, s'il ne le satisfait pas (V. Paris, 2 décembre 1897, aff. *Eden-Whistler*, D. P. 98.2.465, S. 1900.2.201, note de M. Wahl, et Civ., 14 mars 1900, D. P. 1900.1.497, S. 1900.1.489). Au contraire, si l'on considérait qu'il y a louage d'ouvrage, le *conductor* ne deviendrait propriétaire que par le *paiement* de l'obligation, c'est-à-dire par la *réception* de la chose. Jusque-là, le créateur aurait le droit de la détruire, c'est lui qui pourrait l'offrir comme gage à ses propres créanciers. On examinera ultérieurement ce problème. Disons dès maintenant que sa solution dépend des intentions des parties appréciées par les juges du fait.

4° Enfin, il faut que la convention n'exclue pas la transmission de propriété immédiate. Ce que la volonté présumée des parties réalise, la volonté exprimée en sens contraire peut en effet l'exclure. On peut, sans aucun doute, si on le veut, décider que la propriété de la chose vendue ne passera à l'acquéreur qu'au moment de la tradition, ou à toute autre date postérieure au contrat. Des intérêts pratiques divers peuvent expliquer une clause de cette nature, bien qu'en fait elle soit assez insolite. Il se peut que les contractants aient voulu, en retardant la transmission de la propriété, reculer le moment où la chose serait aux risques de l'acquéreur (Civ., 8 juin 1904, D. P. 1904 1.455). Ou bien, c'est un tuteur qui, acquérant un immeuble peu de temps avant la cessation de la tutelle, ne se soucie pas que son acquisition soit grevée de l'hypothèque légale du pupille, de telle sorte qu'il ait ensuite à en faire effectuer la radiation. Or, il pourra facilement éviter ce résultat en stipulant, dans l'acte d'achat, que la propriété de l'immeuble ne lui sera transférée qu'à une date postérieure à la cessation de la tutelle.

SECTION II. — Moyens employés pour porter a la connaissance des tiers la transmission des droits réels.

Inconvénients du principe de l'article 1138. — Le système législatif qui consiste à faire découler la transmission ou la constitution des droits réels de la seule convention, a le mérite d'une grande simplicité au moins apparente. Mais nous avons déjà laissé entendre qu'il peut prêter à de grands inconvénients. Les plus graves sont assurément ceux qui résultent de la clandestinité possible de l'acte translatif. Les tiers sont en effet exposés à traiter avec une personne qui se trouve, sans que rien l'ait révélé, avoir déjà perdu le droit, objet de la tractation. Par exemple, Primus vend à Tertius un immeuble que celui-ci croit libre de toutes charges; or auparavant, Primus avait grevé cet immeuble de droits réels, servitudes, hypothèque. Bien plus, Primus peut avoir, auparavant, vendu l'immeuble à un autre acheteur, Secundus, sans que celui-ci en ait pris livraison effective ; dès lors, Primus a disposé de la chose d'autrui, en concluant une vente avec Tertius ; cette seconde vente est nulle (art. 1599). Cependant, Primus en a touché le prix ; il le dissipe ou le dissimule. Puis Secundus revendique son immeuble entre les mains de Tertius. Celui-ci est réduit à un recours illusoire contre Primus. Il y a là un redoutable péril, de nature à entraver fâcheusement les transactions et à nuire, par conséquent, à la libre circulation des biens.

Remarquons aussitôt que le danger signalé n'existerait pas, ou serait moindre, si nous avions conservé le système romain du transfert par la tradition. Avec ce système, en effet, les tiers étaient renseignés par un fait extérieur, visible, qui était celui de la possession. Tant que Primus n'a pas livré la chose à Secundus, Tertius est sûr que Secundus, même s'il a acheté avant lui, n'est pas propriétaire. Si, au contraire, la chose est aux mains de Secundus, Tertius est averti que Primus n'en est vraisemblablement plus le propriétaire ; il prendra des informations avant de l'acheter. Toutefois, le système romain exposait, lui aussi, les tiers à des inconvénients moindres, mais encore appréciables, dans les divers cas ci-après.

1° Rien ne peut empêcher que Primus vende la chose à Tertius après l'avoir vendue déjà à Secundus, sans que celui-ci en ait pris livraison. Or, il y a là un danger pour les deux acheteurs. Aucun des deux n'est devenu *propriétaire*, tant que la livraison n'a été faite ni à l'un ni à l'autre. Mais ils sont tous deux *créanciers*. Et, comme le même objet ne peut leur être transmis à tous deux, il faudra bien sacrifier les droits de l'un à ceux de l'autre, à moins que les deux créances ne soient réduites en argent et, en cas d'insolvabilité du débiteur commun, ne subissent une réduction proportionnelle.

2° Nous avons vu que le système du Droit romain et de l'ancien Droit français comportait des tempéraments notables, tradition de brève main et de longue main, constitut possessoire, en vertu desquels la possession était transférée *fictivement*. Or, il est clair que, dans ces diverses hypothèses,

les tiers restaient exposés à tous les inconvénients de la clandestinité des transmissions.

3° Et, quand bien même ces tempéraments eussent été écartés, et la tradition effective rigoureusement exigée, le système ne pouvait s'appliquer qu'aux transmissions de propriété et d'usufruit, parce que ces droits, mettant la chose à l'entière disposition de l'acquéreur, entraînent un changement de main. Mais, pour certains droits réels, tels que l'hypothèque ou les servitudes non apparentes, l'application du système de la tradition matérielle restait impossible, et la clandestinité inévitable.

4° Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le système de la tradition, dans lequel les mutations de propriété sont révélées par un changement dans la possession, expose les tiers à des confusions constantes, car rien ne différencie à l'extérieur un propriétaire d'un simple détenteur précaire, usufruitier ou fermier.

Dans une législation posant le principe que les transmissions de propriété ou de droits réels résultent du contrat, le seul remède topique aux inconvénients que nous avons signalés, consiste dans l'organisation d'une *publicité* efficace autour des actes translatifs. Seule, cette publicité peut mettre le public en état d'apprécier les éventualités auxquelles on se soumet en traitant avec tel ou tel individu. Et, de fait, nous allons voir que, dès notre ancien Droit, à partir du moment où se généralisa le procédé de la tradition purement fictive, un système de publicité commença à s'ébaucher.

C'est le Droit moderne qui a, en grande partie et d'une manière d'ailleurs encore imparfaite, réalisé la publicité des transmissions. Cette question est économiquement des plus importantes : elle touche de près à la protection du crédit public et, plus particulièrement, au problème de l'organisation du *crédit hypothécaire*. Plus que tous autres, en effet, les capitalistes disposés à employer leurs fonds en prêts hypothécaires, ont besoin de savoir si l'immeuble qui leur est offert en gage est bien la propriété de leur emprunteur, si cette propriété est restée pleine et entière entre ses mains, ou si, au contraire, elle n'est pas démembrée par la constitution de droits réels qui en restreignent la valeur pécuniaire, notamment, d'hypothèques antérieures.

Très simple est le système législatif suivi pour les transmissions mobilières ; celui des transmissions immobilières, au contraire, fait l'objet d'une législation particulière qui s'est greffée sur les insuffisantes dispositions du Code civil.

§ 1. — Transmissions mobilières.

Principe de l'article 1141. — Il était impossible d'organiser ici une publicité, et cela pour bien des raisons pratiques ; d'abord, le grand nombre de meubles et, souvent, leur peu de valeur ; ensuite, la difficulté de les identifier. Ajoutons que le système de publicité adopté en France nécessite que les biens transmis aient une assiette fixe. En effet, la publicité s'opère par des écritures sur des registres tenus par des fonctionnaires

publics préposés à une circonscription territoriale déterminée. Il est évident que les meubles ne se prêtent pas à un pareil système[1].

Mais, au moins quand il s'agit de *meubles corporels* et de *titres au porteur*, les inconvénients de la clandestinité des transmissions sont tempérés par la règle de l'article 1141 : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est *purement mobilière*, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

Nous avons, par avance, donné l'explication de cette règle. Nous y voyons une application de la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre*. Secundus, premier acheteur, a imprudemment, à tout le moins volontairement, laissé sa chose entre les mains de Primus, vendeur, qui a cessé depuis la vente d'être propriétaire. Ce dernier abuse de cette confiance en vendant le meuble à Tertius. Celui-ci, du moment qu'il est de bonne foi, remplit toutes les conditions voulues pour pouvoir exciper de l'article 2279 à l'encontre d'une revendication du propriétaire, c'est-à-dire de Secundus.

Cependant, la règle formulée aujourd'hui par l'article 1141 était déjà enseignée par Pothier, quoique celui-ci, nous l'avons vu, n'admît pas la maxime : « *En fait de meubles possession vaut titre* », du moins avec son sens actuel. C'est qu'on arrivait au même résultat avec le principe romain, encore admis dans notre ancien Droit, de la nécessité d'une tradition pour la transmission de la propriété. Ce qui faisait que Tertius pouvait acquérir la propriété de la chose déjà vendue à Secundus, c'est que celui-ci, faute d'une remise effective de la chose entre ses mains, n'était pas devenu propriétaire, la vente ne l'ayant rendu que *créancier*. A ce titre, Secundus aurait eu le droit, il est vrai, de faire annuler, comme faite en fraude de ses droits et au moyen de l'action Paulienne, l'aliénation consentie à Tertius ; mais l'exercice de l'action Paulienne suppose établie la complicité de l'acquéreur dans la fraude commise ; l'annulation de la seconde vente était donc impossible, du moment que Tertius était innocent de toute fraude, en d'autres termes, de bonne foi.

Il y a plusieurs conséquences intéressantes à tirer du changement de point de vue qui s'est opéré, depuis Pothier, dans notre Droit, et d'où il résulte que, de nos jours, la préférence donnée à l'acquéreur mis en possession réelle doit s'expliquer, non par une survivance partielle de la règle romaine *Non nudis pactis dominia transferuntur*, mais comme une application de l'article 2279.

1° Si on suppose que l'acquéreur mis en possession réelle est de *mau-*

1. On pourrait bien concevoir un système différent qui, pratiquement, sauvegarderait contre toute surprise les acquéreurs de certains meubles, de ceux du moins que, vu leur valeur considérable, il est possible d'identifier. Ce système consisterait à exiger que chaque mutation, pour être valable, fût accompagnée d'une mention sur une pièce d'identité correspondant à l'objet en question, objet d'art, meuble précieux, animal de prix. Ce système, en pratique, fonctionne déjà pour les opérations concernant les chevaux de sang, qu'on ne peut vendre ou engager sans remettre à l'intéressé la *carte d'origine* du cheval.

vaise foi, le propriétaire, c'est-à-dire le premier acheteur, pourra revendiquer le meuble entre ses mains. Dans le système de Pothier, au contraire, la reprise de l'objet supposant l'annulation de la seconde vente par la vertu de l'action Paulienne, le premier acheteur ne pourrait agir contre le second que *si le vendeur est insolvable*, car l'action Paulienne est une action *subsidiaire*, par laquelle un créancier ne peut inquiéter le tiers acquéreur, qu'à condition d'avoir épuisé tous les moyens d'obtenir satisfaction du débiteur.

2° Si l'article 1141 était l'application de la vieille règle romaine de la tradition effective qui aurait subsisté pour les transmissions de meubles corporels, il faudrait décider que, jusqu'à la tradition, le meuble aliéné, n'étant pas encore la propriété de l'acheteur, ne peut être saisi par les créanciers de celui-ci. Or, c'est le contraire qu'admet, et depuis longtemps, la Jurisprudence (Civ., 24 juin 1845, D. P. 45.1.309, S. 46.1.551).

Transmissions mobilières auxquelles ne s'applique point la règle générale. — Etant donnée sa justification, l'article 1141 ne peut s'appliquer qu'aux meubles soumis à la règle de l'article 2279, c'est-à-dire aux *meubles corporels* et aux *titres au porteur*.

Pour les meubles incorporels, autres que les titres au porteur, il y a plusieurs systèmes différents dans notre législation.

1° Les *créances ordinaires* ou *contre personne déterminée* se transmettent par le seul accord des volontés. Mais le Code (art. 1690) prescrit, pour leur transmission, des formalités qui, dans une certaine mesure, tiennent lieu de publicité. Elles consistent en ce que le débiteur cédé doit être instruit de la cession de la créance, en général au moyen d'une signification qui lui est adressée par le cessionnaire. De cette façon, les tiers qui voudraient dorénavant traiter à l'occasion de la créance avec le créancier originaire, seront mis au courant de la cession déjà opérée, pour peu qu'ils prennent la précaution élémentaire de se renseigner auprès du débiteur.

2° Les *valeurs de bourse*, affectant la forme de *titres nominatifs*, se transmettent par le moyen d'un jeu d'écriture, sur les registres de l'établissement débiteur, ou, s'il s'agit de rentes sur l'Etat français, sur le Grand Livre de la Dette publique. De cette manière, aucun danger du genre de ceux que nous avons signalés n'est à craindre.

3° La cession des *brevets d'invention*, autre catégorie de meubles incorporels, doit être enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé et, à Paris, aux bureaux de l'*Office national* (L. 5 juillet 1844, art. 20, modifiée par l'art. 58 de la loi de finances du 26 décembre 1908).

4° La cession des *fonds de commerce* a pratiquement donné lieu, aussi, à un embryon de publicité. A Paris en effet, il est d'usage que la cession soit publiée dans les journaux. De plus, l'article 1er de la loi du 17 mars 1909, subordonnant le privilège du vendeur à l'inscription de la vente sur un registre public au greffe du tribunal de commerce, le plus grand nombre des cessions sera toujours connu du public.

5° Nous verrons enfin, en étudiant la publicité des transmissions immobilières, que la cession de certains droits de créance est rendue publique par l'opération de la *transcription* sur le registre du conservateur des hypothèques. En effet, celui qui prend un immeuble à bail pour plus de dix-huit ans ne peut opposer son droit aux tiers qu'à la condition d'avoir transcrit le bail. Et, d'autre part, quand le propriétaire d'un immeuble loué cède à un tiers sa créance des loyers et fermages à venir pour une durée égale au moins à trois années, le cessionnaire ne peut opposer son droit aux tiers que s'il a fait transcrire la cession (art. 2, 4° et 5°, L. 23 mars 1855).

Il est remarquable de voir ici la loi emprunter le procédé de publicité correspondant aux transmissions d'immeubles. Cette particularité s'explique parce qu'il est possible de *situer* au bureau d'une circonscription déterminée les actes concernant les créances en question ; car ces créances, encore qu'elles n'occupent évidemment aucun point de l'espace, s'exercent *à propos* de tel ou tel immeuble ; la circonscription où est placé cet immeuble sera celle où s'effectuera la transcription.

Enfin on remarquera que certains meubles même corporels sont soustraits à l'application des articles 2279 et 1141, leur mutation étant astreinte à une certaine publicité sur des registres publics. Il en est ainsi des *navires de mer* (Décr. 27 vendémiaire an II), des *bateaux de navigation intérieure* de vingt tonnes et plus (Loi du 5 juillet 1917, art. 16), et enfin des *aéronefs* (Loi du 31 mai 1924, art. 12 et 13).

§ 2. — Transmissions immobilières.

En ce qui concerne les immeubles, les transmissions et constitutions de droits réels sont actuellement rendues publiques au moyen d'*inscriptions* ou de *transcriptions*, c'est-à-dire d'écritures sur des registres publics tenus, dans chaque arrondissement, par un fonctionnaire appelé *conservateur des hypothèques*. Mais cet état de choses n'est que le résultat d'une longue évolution historique.

Clandestinité des mutations immobilières à titre onéreux dans l'ancien Droit. — On trouve, dans notre ancien Droit français, des antécédents intéressants de notre système actuel. En effet, dans le ressort de certaines coutumes, dites *coutumes de nantissement*, à savoir celles des pays belges et français du nord (Flandre, Artois, Hainaut, Ponthieu, partie de la Picardie, de la Champagne, de l'Ile-de-France), la transmission des droits réels immobiliers donnait lieu à une formalité extérieure appelée *œuvres de la loi*. L'origine de cette formalité est toute féodale. On se rappelle que, dans les régions coutumières, toute terre était réputée tenue à titre de *mouvance*, c'est-à-dire en vertu de la concession d'un propriétaire supérieur, concession faite à charge de certains services perpétuels. De là, à chaque changement de personne sur la mouvance, la nécessité de l'intervention du

seigneur féodal, afin de dégager le tenancier antérieur et d'investir le nouveau. Cette intervention s'exerçant par les formalités dites de *devest* et de *vest*, finit par dégénérer en une simple inscription sur un registre tenu par le greffier de la justice seigneuriale. L'opération des œuvres de la loi offrait, pour les seigneurs, ce double avantage de donner lieu à une perception fiscale, et de rendre impossible la dissimulation des transmissions frappées, à leur profit, d'un droit de mutation. En effet, à défaut de la formalité requise, la transmission était non seulement inopposable aux tiers, mais inopérante entre les parties. Le vendeur demeurait propriétaire, l'acheteur n'était, comme un acheteur romain, que créancier de la transmission qu'il restait à opérer.

A côté des pays de nantissement, certaines régions de la Bretagne pratiquaient un système analogue, celui de l'*appropriance par bannies*. Le mot de *bannie* caractérise un procédé de publicité orale, analogue à celui des bans de mariage, et consistant en annonces faites le dimanche en public. Les appropriances bretonnes, c'est-à-dire les mises en possession consécutives aux *bannies*, firent l'objet d'un édit de 1626 qui institua des greffes spéciaux pour leur enregistrement (V. Brissaud, *Manuel*, p. 323 et s.).

Mais il n'y avait là que des législations toutes locales. Dans le reste du royaume, les mutations immobilières, d'une part, la constitution des hypothèques, de l'autre, n'étaient soumises à aucune formalité en vue de les faire connaître aux tiers intéressés. Cependant, des efforts avaient été faits pour rendre publique, à tout le moins, la constitution des *hypothèques*. Un édit de Colbert, en date de mars 1673, établit des greffes spéciaux, dans lesquels, pour être valables au regard des autres créanciers, les hypothèques devraient être rendues publiques au moyen d'oppositions émanant des créanciers hypothécaires. Mais cet édit se heurta à d'énergiques résistances. Les familles aristocratiques étaient peu soucieuses de faire connaître leur situation obérée. L'édit fut rapporté l'année suivante, en avril 1674. Les hypothèques restèrent occultes comme les autres droits réels, sauf dans les pays de nantissement et d'appropriances par bannies.

Insinuation des donations. — Cependant, il y a, dès l'ancien Droit, une variété d'actes translatifs de droits réels pour lesquels on rencontre déjà une publicité organisée. Il est vrai que cette organisation s'inspire de considérations toutes spéciales, étrangères en somme à l'intérêt du crédit public. Ces actes translatifs sont les *donations entre vifs*. Après les Romains, mais pour d'autres raisons, notre ancien Droit, entièrement dominé par le souci de la conservation des patrimoines familiaux, était hostile aux donations. Il voulut donc les rendre moins fréquentes, en les soumettant au contrôle de l'opinion publique. Ce résultat fut atteint grâce à une formalité d'enregistrement sur des registres spéciaux tenus dans les greffes ; cette formalité s'appela, d'un nom emprunté à l'arsenal des constitutions impériales romaines, l'*insinuation*. L'insinuation des donations d'une certaine importance fut donc requise par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 132) dont la disposition fut reproduite dans l'ordonnance de Moulins, puis dans l'ordonnance dite des *Donations* de 1731, art. 20 et 27. Cette

formalité n'était pas, comme le *vest devest* des pays de nantissement, une investiture publique, mais un procédé de simple publicité. En effet, le défaut d'insinuation ne rendait pas la donation inefficace dans les rapports des parties entre elles ; il la rendait seulement *inopposable aux tiers*. A la suite de la donation non insinuée, le donataire devenait bien propriétaire de la chose donnée, s'il y avait eu tradition ou clause de dessaisine-saisine. Seulement, si, avant l'insinuation, le donateur s'avisait de vendre la chose ou de l'hypothéquer, l'acheteur, au moment de réclamer livraison, ou le créancier hypothécaire, au moment de pratiquer sa saisie, pouvait repousser toute réclamation du donataire en lui disant : je ne vous connais pas, car vous invoquez, à mon encontre, une donation qui, *à mon égard*, est non avenue, par défaut d'insinuation.

On remarquera que ce régime de l'insinuation s'appliquait aussi bien aux donations de meubles qu'à celles d'immeubles.

Le Droit intermédiaire. Loi de brumaire an VII. — La Révolution avait d'abord laissé subsister la législation spéciale des pays de nantissement ou d'appropriances, ainsi que l'insinuation des ordonnances royales. Mais bientôt, par une généralisation heureuse, elle réalisa la publicité des hypothèques et des mutations d'immeubles, dans deux lois justement célèbres.

1° *La loi du 9 messidor an III* commença par prescrire la *publicité des hypothèques* (art. 9), en décidant que celles-ci n'auraient d'efficacité qu'à la condition d'avoir été rendues publiques par une *inscription* sur le registre du fonctionnaire dit conservateur. Dorénavant donc, la révélation d'une hypothèque inconnue ne pourra venir surprendre soit un créancier hypothécaire postérieur qui aurait fait toutes diligences pour assurer à sa créance un rang utile, soit un acquéreur de l'immeuble qui aurait cru, en l'achetant, obtenir un immeuble libre de toute charge hypothécaire.

2° Vint ensuite la loi plus complète du *11 brumaire an VII*, dite loi de crédit hypothécaire. Cette loi, inspirée, avant tout, par le désir de conférer toute sécurité aux prêteurs sur hypothèque, commença par confirmer, en l'améliorant, la réforme accomplie par la loi du 9 messidor an III. Mais, pour assurer le crédit hypothécaire, il ne suffisait pas de faire apparaître les hypothèques déjà existantes sur un immeuble déterminé. Le prêteur sur hypothèque, bien que dûment renseigné à cet égard, courait toujours un grand danger, en ce qu'il restait exposé à prêter son argent sur un immeuble n'appartenant déjà plus à son propriétaire apparent. C'est à ce danger que voulut parer la loi nouvelle, en assujettissant à la *transcription*, ou copie sur les registres du conservateur, *tous les actes translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque* (c'est-à-dire d'*usufruit immobilier*). Pour bien comprendre le système de cette loi justement célèbre, il faut tenir compte des quatre observations suivantes :

A. — Les caractères de la *transcription* instituée par la loi de brumaire sont empruntés, non au système des coutumes de nantissement, mais à celui de l'insinuation. La transcription n'est pas une investiture de l'autorité publique ; c'est seulement un procédé de publicité. Elle n'est donc

pas nécessaire pour que la transmission soit valable, mais seulement pour qu'elle soit *opposable aux tiers*, c'est-à-dire (l'article 26 nous le dit formellement) à ceux qui, dorénavant, contracteraient avec le même aliénateur.

B. — La *transcription* diffère matérielliement de l'*inscription* des hypothèques. Les deux opérations offrent cette ressemblance qu'elles s effectuent, l'une et l'autre, sur les registres du conservateur des hypothèques. Mais l'inscription réalise une *publicité analytique* ou par *extraits* ; ces extraits sont tirés d'un bordereau remis par les parties au conservateur des hypothèques et qui ne contient que les mentions du contrat notarié d'hypothèque utiles à faire connaître au public. La transcription, au contraire, est une *reproduction in extenso*, la copie intégrale de l'acte translatif, vente, échange, donation. Entre autres raisons de cette différence, on peut signaler celle-ci. Les hypothèques ne peuvent être établies que par un acte dressé par un notaire. Il est donc sûr que cet acte sera correctement rédigé et contiendra toutes les indications utiles, et que le bordereau les reproduisant par extrait sera suffisant et complet. Au contraire, un acte de vente ou d'échange peut être rédigé sous seing privé ; dès lors, il peut être incomplet, mal rédigé. Le conservateur des hypothèques, n'étant pas un magistrat chargé de rectifier les erreurs des parties, ne doit avoir qu'à le copier intégralement et tel quel.

C. — La loi de brumaire an VII laissait subsister l'*insinuation* pour les donations entre vifs. Elle se contentait de prescrire, *en outre*, *la transcription* pour les donations d'immeubles. Entre les deux formalités il y a lieu de relever les différences suivantes :

a) L'insinuation atteint la donation en tant que donation ; la transcription, en tant qu'acte translatif de propriété ou d'usufruit immobilier. L'insinuation sera donc nécessaire pour *toutes* les donations mobilières ou immobilières de quelque importance, la transcription exclusivement pour les donations d'immeubles en propriété ou en usufruit.

b) L'ordonnance de 1731 fixait un certain délai pour l'accomplissement de l'insinuation, quatre ou six mois, suivant que les personnes intéressées étaient ou non domiciliées dans le royaume. Faite dans ce délai, l'insinuation *rétroagissait*, c'est-à-dire que la donation était considérée comme opposable aux tiers, dès le moment où elle avait été conclue. Ce n'est que dans le cas où l'insinuation aurait été faite passé le délai légal, que le jour de l'opposabilité de la donation coïncidait avec celui de l'accomplissement de la formalité. Pour la transcription, on ne trouve rien de tel, et son effet ne remonte pas en deçà de sa date.

c) Nous avons dit que la sanction du défaut de transcription était empruntée au système des ordonnances royales relatif à l'insinuation. Cela est vrai en gros, mais, si on y regarde de plus près, il y a entre les deux législations une différence essentielle : c'est que les *tiers*, c'est-à-dire ceux qui peuvent se prévaloir de l'inaccomplissement de la formalité légale ne sont pas les mêmes. D'après la loi de brumaire, les tiers, ce sont seulement *ceux qui ont acquis un droit réel sur l'immeuble*, du chef de l'aliénateur, et par contrat. Au contraire, d'après l'article 20 de l'ordonnance de 1731, ceux

qui peuvent se prévaloir du défaut d'insinuation, les tiers en un mot, ce sont *tous les intéressés*, c'est-à-dire, non seulement ceux que vise la loi de brumaire, mais, en outre, les *créanciers chirographaires* de l'aliénateur et même ses *héritiers* ; une seule personne est déclarée inapte à se prévaloir du défaut d'insinuation de la donation pour se dispenser de l'exécuter, c'est le donateur lui-même.

D. — La loi de brumaire an VII était restée incomplète à un certain point de vue. Pour mettre entièrement à jour l'état de la propriété immobilière en France, il eût fallu qu'elle assujettît à la transcription, non seulement les actes translatifs de propriété ou d'usufruit immobilier, mais encore les constitutions d'autres droits réels, des servitudes par exemple. Le crédit hypothécaire était intéressé à cette extension, car la sécurité du prêteur sur hypothèque se trouvera compromise, s'il ignore les démembrements ou charges qui, grevant l'immeuble affecté à son gage, en diminuent la valeur vénale. Or, la formule employée par la loi, ne prescrivant la transcription que pour les actes translatifs de *droits réels susceptibles d'hypothèque*, n'embrassait ni les constitutions de *servitudes*, ni celles des *droits d'usage et d'habitation*, car ce sont là des droit réels qui ne peuvent faire l'objet d'une hypothèque.

Le Code civil. Abandon du système de la loi de brumaire. — Au moment de la rédaction du Code civil, le système si nouveau de la publicité créé par la loi de brumaire an VII n'était pas encore entré dans les mœurs ; il donnait lieu à des frais que les intéressés, peu éclairés, considéraient comme frustratoires. Les tribunaux, lors de la consultation qu'ils eurent à émettre sur le projet du Code civil, se prononcèrent donc, en grande partie, contre le maintien de la formalité de la transcription. Le Conseil d'Etat se partagea. Il entendit deux rapports, l'un, de Bigot-Préameneu, en faveur de la clandestinité des mutations, l'autre, de Réal, en faveur de la publicité. Cependant, grâce aux instances du tribunal de cassation, la publicité des hypothèques devait être consacrée. L'article 2134 du Code civil décida qu'elles ne seraient opposables aux tiers que moyennant une *inscription*.

Pour ce qui est des mutations immobilières, le Conseil d'Etat commença par voter, au titre *des Obligations*, le texte correspondant à l'article 1138 actuel, à savoir que la propriété se transmet par le seul effet de la convention, et, à ce sujet, la bataille s'engagea entre partisans et adversaires de la publicité. Ceux-ci paraissaient devoir l'emporter. Néanmoins, les partisans de la loi de brumaire gagnèrent que la question ne serait réglée qu'ultérieurement, lorsqu'on s'occuperait de la *Vente* et des *Hypothèques* (art. 1140). Quand on fut arrivé à la Vente, l'article 1583, reproduisant, en substance, la disposition de l'article 1138, ne trancha pas encore la question. Et cependant, ce texte, en disant que, par le simple effet du consentement, « la propriété est acquise à l'acheteur *à l'égard du vendeur* », semblait bien reconnaître implicitement qu'il fallait quelque chose de plus pour que la transmission s'opérât *à l'égard des tiers*.

Enfin, on arriva au titre des Hypothèques. Le projet contenait deux textes, les articles 91 et 92, qui reproduisaient à peu près les articles 26 et 28 de la loi de brumaire. L'article 91 disait que la propriété n'est réputée transférée à l'égard des tiers que par la transcription. L'article 92, passant à un tout autre ordre d'idées, portait que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il a lui-même sur la chose vendue. Les adversaires de la transcription firent remarquer une prétendue contradiction entre ces deux textes. Comment pouvait-on dire que le vendeur transmet seulement les droits qu'il a sur la chose si, après avoir aliéné et, par conséquent, perdu la propriété, il peut (ce qui résulte de l'art. 91), par suite du défaut de transcription, être considéré comme étant resté propriétaire de l'immeuble, et, dès lors, le vendre valablement à un second acheteur? Ce raisonnement n'était qu'un sophisme. Ce que l'article 92 voulait dire, c'est que les droits réels grevant un immeuble, une fois dûment constitués, le suivent en quelques mains qu'il passe ; mais il laissait de côté la question de savoir à quelles conditions ils sont dûment constitués. La meilleure preuve qu'il n'y avait pas contradiction entre les articles 91 et 92, c'est qu'ils étaient, l'un et l'autre, empruntés à la loi de brumaire , c'est aussi que, dans notre Code, l'article 92 du projet, devenu l'article 2182, al. 2 actuel, se concilie fort bien avec le système de la transcription réintroduit dans notre législation en 1855. Mais, si mauvais qu'il fût, l'argument fit impression sur le Conseil d'Etat, qui renvoya les articles 91 et 92 à la Section de législation en vue d'une refonte. Quant le projet revint de la Section, l'article 92 était reproduit, mais l'article 91 avait disparu. Comme on était pressé d'aboutir, on vota le nouveau projet tel quel. La transcription était rejetée, on a dit quelquefois *escamotée*.

Toutefois, si le système de la publicité des mutations immobilières n'était pas adopté en principe, le Code faisait encore une place à la formalité de la transcription. Il la déclarait tout d'abord nécessaire pour les *donations d'immeubles* (art. 939 et 941). Ici, ce qui avait sauvé la publicité, c'était la persistance de l'institution séculaire de l'insinuation. Il est vrai que la formalité de publicité requise pour les donations tient au moins autant de la transcription nouvelle que de la vieille insinuation. Ainsi, elle n'est requise que pour les donations de *biens susceptibles d'hypothèques*. En second lieu, la transcription est exigée pour les *substitutions permises*, en tant qu'elles portent sur des biens susceptibles d'hypothèques (art. 1069).

Même à propos des actes à titre onéreux, des dispositions nombreuses du Code civil faisaient allusion à une transcription de ces actes. Ainsi, d'après l'article 2108, elle sert à conserver le privilège du vendeur ; l'article 2181, en fait le début obligé de la procédure de purge des hypothèques ; d'après l'article 2180, elle marque le point de départ du délai requis pour la prescription des hypothèques par l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué (V. encore art. 2189).

Aussi se demandait-on, en présence de ces vestiges évidents d'un système complet établi sur la base de la transcription, si l'on ne devait pas considérer que le Code civil eût, en définitive, conservé les règles de la loi

de brumaire que nulle disposition formelle n'avait formellement rejetées. En faveur de cette thèse fort soutenable, on alléguait les textes ci-dessus mentionnés, et surtout l'article 1583, d'où semble bien résulter une opposition entre les effets de la vente *inter partes*, et ses effets *à l'égard des tiers*. Naturellement, l'Administration de l'Enregistrement soutenait la thèse du maintien de l'institution, source de recettes fiscales appréciables. Mais ses prétentions furent repoussées par un avis du Conseil d'Etat en date du 11 fructidor an XIII. Cette décision portait que la transcription de la vente d'un immeuble n'était pas nécessaire pour mettre obstacle à l'inscription des hypothèques consenties par le précédent propriétaire, toute inscription nouvelle devenant impossible *à partir de la vente*. C'était décider que, sans la transcription, la vente est valable non seulement *inter partes*, mais encore au regard des créanciers hypothécaires. L'abandon du système de la loi de brumaire était définitivement scellé.

Après le Code civil : Loi du 23 mars 1855 ; réapparition de la transcription. — Cependant, l'Administration de l'Enregistrement revint à la charge. N'ayant pas réussi à faire déclarer la transcription *nécessaire* pour la validité des mutations immobilières au regard des tiers, elle s'avisa de la rendre au moins *utile*, si utile que la plupart des acquéreurs ne dussent pas hésiter à y recourir. A cet effet, elle obtint, en 1807, l'insertion dans le Code de procédure civile d'un article 834, aux termes duquel l'inscription des hypothèques consenties par le vendeur avant la vente et non encore rendues publiques à ce moment, restait encore possible *jusqu'à la transcription de la vente et même quinze jours après*. Le prétexte donné pour justifier cette règle était de mettre le créancier hypothécaire à l'abri de la fraude de son emprunteur, qui consisterait dans une revente précipitée de l'immeuble effectuée avant que le créancier n'ait eu le temps moral de requérir l'inscription. De la sorte, l'acquéreur d'un immeuble avait le plus grand intérêt à transcrire, afin de hâter le moment où il serait libéré de la crainte de voir surgir une hypothèque ignorée consentie par son vendeur[1].

Mais nonobstant cette disposition, la transcription restait inutile, en ce sens qu'elle n'était point nécessaire pour que les mutations immobilières fussent opposables aux tiers autres que les créanciers hypothécaires du vendeur. Ajoutons que, même parmi ces créanciers, les seuls qui étaient autorisés à se prévaloir de l'article 834 du Code de procédure étaient les créanciers du vendeur *antérieurs* à la vente. Celle-ci, par le seul accord des parties et indépendamment de toute transcription, mettait fin au droit, pour le vendeur, de consentir de nouvelles hypothèques. C'est donc que l'acheteur devenait bien propriétaire *erga omnes*, à partir de la vente. Et, en consacrant implicitement cette solution, le Code de procédure

1. Comme cette première mesure ne donna pas les résultats espérés, la loi de finances du 28 avril 1816, article 54 a employé un moyen plus radical. Depuis cette époque, en effet, le droit fiscal, qui jusque-là n'était exigible qu'au moment de la transcription, est incorporé au droit de mutation, et perçu en même temps que lui, abstraction faite de l'accomplissement de la formalité.

affirmait, en somme, une fois de plus, l'abandon du système de la loi de brumaire.

Il ne fallut pas moins de cinquante ans pour combler cette lacune du Code civil dont les inconvénients, dans une société d'activité économique toujours croissante, étaient considérables. Le procureur général Dupin, parlant devant la Cour de cassation, pouvait dire sans exagération : « Celui qui achète n'est pas sûr de rester propriétaire, celui qui paye, de ne pas être obligé de payer une seconde fois, et celui qui prête, d'être remboursé ! » Les critiques de ce genre aboutirent, en 1841, à l'institution, par le garde des sceaux, Martin du Nord, d'une vaste enquête sur le régime hypothécaire, qui se prolongea jusqu'aux derniers jours du gouvernement de juillet. La Révolution de 1848 retarda la réforme projetée. Mais, après l'établissement du Second Empire, et à la suite de l'institution, en 1852, du Crédit foncier, créé en vue de faciliter les prêts hypothécaires, la nécessité de donner à la propriété foncière une assiette fixe et stable apparut comme urgente. Et ainsi fut enfin votée la loi du 23 mars 1855, dite *loi sur la transcription en matière hypothécaire.*

Faisons aussitôt deux observations qui délimitent le champ d'application de cette loi :

L'article 11 (*in fine*) prend soin de dire qu'il n'est pas dérogé aux dispositions du Code civil sur la transcription des *donations* et des *substitutions.*

De même, la publicité des *hypothèques,* au moyen de l'*inscription*, subsiste aussi, telle que l'avait organisée le Code civil.

Pour faire l'exposé de la législation actuelle, nous examinerons les quatre points suivants :

I. — Quels sont les actes soumis aux formalités de publicité.

II. — Comment fonctionne cette publicité, quel en est le mécanisme.

III. — Quelle est la sanction du défaut de publicité.

IV. — Appréciation du système français et comparaison rapide avec les systèmes étrangers.

I. Quels sont les actes soumis aux formalités de publicité. — Il y a quatre catégories d'actes soumis à ces formalités :

Première catégorie : Actes entre vifs à titre onéreux translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers. — Remarquons tout d'abord que la publicité ne s'applique qu'aux actes entre vifs ; ni les mutations par voie de succession *ab intestat*, ni les legs n'y sont assujettis. Nous en dirons la raison plus loin (p. 972). L'art. 1er et l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 procèdent par énumération des actes soumis à la publicité. Ce qui explique cette dualité de textes, c'est que l'article 1er est la reproduction de l'article 26 de la loi de brumaire, qui contenait cette énumération, mais avec des lacunes. L'article 2 a pour but de les combler en complétant l'énumération. De la formule générale que nous avons employée, il résulte que nous avons à examiner deux questions : 1° Quels sont les droits dits *réels immobiliers* ; 2° Quels sont les actes dits *translatifs ou constitutifs* de ces droits.

1° *Que faut-il entendre par droits réels immobiliers?* — La loi de brumaire ne soumettait à la transcription que les actes translatifs de *propriété et de droits immobiliers susceptibles d'hypothèque* (disons de propriété et d'usufruit immobilier). L'article 1er de la loi de 1855 vise encore ces deux droits.

Mais l'article 2 ajoute à l'usufruit et à la propriété, les actes constitutifs de *servitude, d'usage, et d'habitation.* Nous avons vu que cela était indispensable, car, non seulement un acquéreur a besoin d'être renseigné sur les charges de ce genre qui grèveraient l'immeuble, mais, au point de vue, spécial du crédit hypothécaire, il est nécessaire de les révéler à un prêteur à cause de la diminution qu'elles entraînent dans la valeur vénale de l'immeuble.

L'article 2 soumet aussi à la transcription les actes constitutifs d'*antichrèse*, c'est-à-dire de nantissement immobilier. Cette opération pourrait, à la rigueur, se passer de la publicité des registres hypothécaires, parce qu'elle entraîne la mise de l'immeuble en la possession effective du créancier, ce qui renseigne les tiers. Mais cette prise de possession reste équivoque en somme ; les tiers ne savent pas au juste si le possesseur n'est pas un simple détenteur précaire, fermier ou usufruitier ; la transcription reste donc utile.

Voici, dès lors, les droits réels, d'ailleurs *droits accessoires*, dont la constitution reste en dehors des règles de la loi de 1855 et, par conséquent, *n'est pas soumise à la transcription.*

A. — Les *hypothèques.* — Mais nous avons vu que le Code civil les astreint à l'*inscription.*

B. — Le *droit de rétention.* — On appelle ainsi le droit qui appartient au détenteur de la chose d'autrui de retenir cette chose quand il est devenu, à son occasion, créancier du propriétaire. Par exemple, l'acheteur à réméré peut, au cas où le vendeur use de la faculté de rachat, retenir l'immeuble, c'est-à-dire, refuser de le restituer, jusqu'à ce qu'il ait été remboursé des dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites sur cet immeuble (art. 1673, al. 1). Nous verrons que la Jurisprudence fait du droit de rétention un véritable droit réel. Dès lors, il y aurait un intérêt incontestable à ce que la publicité fût assurée à la constitution d'un droit de ce genre. Cependant, la lacune que présente notre Droit à cet égard n'est pas très grave, étant donné que le droit de rétention suppose nécessairement que l'immeuble n'est plus aux mains de son propriétaire, mais en la possession du créancier.

C. — On remarquera que ni l'article 1er, ni l'article 2 de la loi de 1855 ne parlent de l'emphytéose. Mais les actes constitutifs d'un droit de ce genre doivent être certainement transcrits, et cela à un double titre. D'abord, parce que l'emphytéose (d'après la loi du 25 juin 1902) est certainement un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque et rentre, dès lors, dans la formule de l'article 1er, 1°, de la loi de 1855 ; ensuite, parce que les *baux* de longue durée sont, nous le verrons, soumis à la transcription.

2° *Quels sont les actes entre vifs qui peuvent être considérés comme translatifs ou constitutifs?* — Il y en a plusieurs séries :

A. — Les *contrats translatifs* : *ventes, promesses de vente, échanges, da-*

tions en paiement, *mises en société*, *cessions de droits successifs*, *contrats de mariage* lorsqu'ils entraînent une clause d'*ameublissement*, c'est-à-dire de mise en communauté des immeubles d'un époux (art. 1505), ou encore lorsqu'ils contiennent une clause de *communauté universelle* et que les époux possèdent des immeubles, car, dans les deux cas, la clause du contrat de mariage équivaut à un apport en société. De même, la *transaction* doit être transcrite, lorsqu'elle implique cession d'un immeuble, mais à la condition qu'il s'agisse d'un immeuble non litigieux (Orléans, 23 novembre 1893, D. P. 94.2.287, S. 94.2.9).

B. — Les *renonciations* à des droits réels soumis à transcription (art. 1er, 2°). La renonciation, en effet, opère un transfert, en sens inverse, du droit réel précédemment transféré. Par exemple, si un usufruitier renonce à son usufruit, c'est comme s'il le cédait au nu-propriétaire. Cependant, si cela est vrai en général, il y a des cas où le caractère translatif de la renonciation dépend des circonstances dans lesquelles elle s'effectue. Il en est ainsi pour la renonciation d'un héritier à une succession immobilière, et pour celle d'un légataire à un legs immobilier. Si la renonciation intervient *après l'acceptation* de la succession ou du legs, c'est certainement un acte translatif, et elle doit être transcrite. Mais si, au contraire, elle intervient *avant l'acceptation*, il en est autrement. En effet, dans ce cas, la renonciation produit un *effet rétroactif*. Celui qui renonce, dit l'article 785, est censé n'avoir jamais été héritier. Donc, celui qui bénéficie de la renonciation sera réputé tenir sa part de succession immobilière ou l'immeuble, non pas de l'héritier ou du légataire renonçant, mais directement du défunt.

C. — *Certains jugements* (art. 1er, 3° et 4°). — En général, les jugements sont des actes non pas constitutifs, mais déclaratifs de droits. Cependant, il en est autrement de certains jugements qui n'ont que l'apparence d'une décision judiciaire, et qui sont, en réalité et au fond, l'équivalent d'une vente, ou, plus généralement d'un acte translatif de droits réels. Peuvent être considérés comme tels :

a) Les jugements qui *déclarent l'existence d'une convention verbale* translative (vente, échange, mise en société, etc...). Bien que déclaratifs, ces jugements sont soumis à la transcription, parce que la convention qu'ils constatent n'a pas pu être transcrite, étant purement verbale.

b) Les *jugements d'adjudication sur saisie immobilière*. Ce sont en effet de véritables ventes, parce qu'ils réalisent un transfert de propriété entre le saisi et l'adjudicataire. Ils doivent donc être transcrits (Req., 24 janvier 1898, D. P. 99.1.109, S. 1902.1.494).

Mais ici se pose la question suivante. Le Code de procédure exige (art. 678) que la saisie immobilière fasse l'objet d'une transcription dès son début, lors de la rédaction du procès-verbal de saisie. Et l'article 686 ajoute qu'à partir de cette transcription initiale, le débiteur saisi ne peut plus aliéner l'immeuble à peine de nullité. On peut se demander alors à quoi sert la seconde transcription, celle que la loi de 1855 exige après l'adjudication. La réponse est aisée. D'abord, la transcription initiale empêche bien les aliénations de l'immeuble saisi, mais non l'inscription des hypothèques anté-

rieurement constituées par le débiteur. Ensuite, d'après l'opinion dominante au moins, le débiteur saisi ne perd, à la suite de la transcription du procès-verbal, que le droit d'aliéner l'immeuble, mais non celui de l'hypothéquer. C'est donc seulement la transcription consécutive à l'adjudication qui fixera la liste invariable des créanciers hypothécaires appelés à venir, par préférence, sur le prix de l'immeuble vendu.

c) *Certains jugements d'adjudication sur licitation.* On suppose qu'une succession devant être partagée, les cohéritiers, faute de pouvoir ou de vouloir partager les immeubles en nature, font liciter, c'est-à-dire vendre un immeuble successoral aux enchères publiques pour se répartir le prix. A première vue, il paraît bien que le jugement d'adjudication n'est, au fond, qu'une vente affectant la forme judiciaire et que, dès lors, il y a lieu d'en opérer la transcription. Cependant, la loi de 1855 fait ici la distinction suivante (art. 1er, 4°). La transcription est requise si l'adjudication est prononcée au profit d'*un étranger*. Elle ne l'est pas, au contraire, si l'adjudication a eu lieu au profit *d'un copartageant*. Pourquoi? Parce que, dans ce dernier cas, l'adjudication est considérée comme un simple *procédé de partage;* or le partage est, dans notre Droit, un acte *déclaratif* ; le copartageant est censé tenir les objets mis dans son lot, non pas de ses consorts, mais, directement, du défunt (art. 883). Il n'y a donc pas lieu à transcription, puisque celle-ci n'atteint que les actes translatifs entre vifs.

La distinction ainsi faite par la loi de 1855 est de bonne logique juridique. Il est permis de douter qu'elle soit de bonne législation, et il serait préférable que le jugement d'adjudication sur licitation fût porté à la connaissance du public, même quand il est intervenu au profit d'un co-partageant. En effet, même en ce cas, le changement de situation est de nature à intéresser les tiers. Avant la licitation, tant que l'immeuble était indivis, chacun des co-partageants pouvait concéder aux tiers, pour sa part, des droits sur l'immeuble commun, droits subordonnés, il est vrai, à cette condition que l'immeuble serait ensuite mis dans son propre lot. Après l'adjudication, les choses sont changées ; seul, le co-partageant adjudicataire a le droit de grever ou d'aliéner l'immeuble. Pourquoi ne pas en avertir les tiers?

Il y a encore certains jugements d'adjudication qui, bien que réalisant un transfert, sont dispensés de la transcription, parce qu'on les considère comme ne faisant que confirmer, consolider des droits préexistants. Ce sont:

α) Certains jugements d'*adjudication sur surenchère.* L'adjudication d'un immeuble à la suite d'enchères publiques peut être frappée d'une surenchère, qui est tantôt d'un dixième du prix (art. 2185, C. Civ., 573 C. com.), tantôt d'un sixième (art. 708, C. proc. civ.) ; c'est-à-dire que certaines personnes, si elles trouvent le prix d'adjudication insuffisant, ont le droit de faire remettre l'immeuble aux enchères, en s'engageant personnellement à rester acquéreurs pour le prix, majoré d'un sixième ou d'un dixième, si un nouvel adjudicataire ne se présente pas au-delà de ce taux. Lorsque le fait se produit, il y a lieu de faire une distinction. Au cas où l'immeuble est, sur la surenchère, adjugé à un nouvel acquéreur, le second jugement doit être transcrit. Si c'est, au contraire, le premier adjudicataire qui,

tenant à l'immeuble, se l'est fait adjuger sur les deuxièmes enchères, il n'y a pas lieu à transcription, parce que la loi considère que le jugement ne fait que confirmer son droit antérieur (art. 2189).

β) Les jugements d'*adjudication sur folle enchère*. Il faut supposer qu'à la suite d'une vente publique, l'adjudicataire de l'immeuble ne paie pas le prix. La loi, dans ce cas, décide qu'il y a lieu à revente. L'adjudicataire primitif, appelé *fol enchérisseur*, sera responsable, s'il y a lieu, de l'écart entre le prix de la première adjudication et le prix, peut-être inférieur, obtenu à la suite de la seconde. Or, il semble bien qu'il n'y a pas lieu de procéder à la transcription de cette seconde adjudication, car elle ne réalise pas un nouveau transfert, mais seulement la substitution d'un acquéreur à un autre ; en un mot, les droits du fol enchérisseur sur l'immeuble ne sont pas transmis, mais résolus (Cf. art. 779, C. proc. civ.).

Deuxième catégorie : Donations. — Nous avons vu qu'ici (art. 11, al. 6, loi de 1855) le Code civil reste en vigueur. L'article 939 soumet à la transcription les donations entre vifs portant sur des immeubles. Mais la combinaison de ce texte avec les dispositions de la loi de 1855 a donné lieu à une difficulté. En effet, l'article 939, conforme aux conceptions de la loi de brumaire, ne vise que les donations « de biens susceptibles d'hypothèques » c'est-à-dire de propriété ou d'usufruit immobilier. Que décider si la donation porte sur des droits réels immobiliers non susceptibles d'hypothèque, s'il s'agit, par exemple, d'une constitution entre vifs et à titre gratuit d'un droit d'usage ou d'habitation ? En ce qui concerne les donations *postérieures* à la loi de 1855, il ne pouvait guère y avoir de doute ; il est clair que l'article 2, 1° de la loi nouvelle (« sont transcrits... tout acte constitutif de servitude, d'usage et d'habitation ») embrasse, dans la généralité de ses termes, les donations de ce genre. Mais, pour les donations *antérieures*, il s'était élevé une controverse ; la Jurisprudence s'était en général prononcée en ce sens que, la loi n'ayant pas d'effet rétroactif, elles n'étaient pas soumises à la transcription (Pau, 26 mai 1893, D. P. 94.2.393, S. 94.2.20).

Ajoutons que les donations entre vifs consistant dans la remise ou la cession de trois années ou plus de loyers ou fermages non échus, doivent également être transcrites, si elles ont été faites depuis la loi de 1855. Ce ne sont pas, à la vérité, des donations de droits réels, et elles ne sont visées ni par l'article 939 du Code civil, ni par l'article 2, 1° de la loi de 1855 ; mais elles tombent sous le coup de l'article 2, 5° de ladite loi qui, nous allons le voir, assujettit à la transcription « tout acte constatant quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. »

Troisième catégorie : Baux de plus de dix-huit ans, quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers non échus. — L'article 2, 4° et 5° de la loi soumet à la transcription :

1° Les *baux de plus de dix-huit ans*. En effet, le droit du locataire, bien

qu'étant un simple droit de créance, participe du caractère des droits réels, en ce qu'il est, moyennant l'enregistrement, opposable aux tiers acquéreurs de l'immeuble (art. 1743). Un bail, surtout quand il est long, affecte donc la valeur vénale de l'immeuble, et il est utile que l'existence en soit révélée aux tiers acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires.

2° Les *quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois ans ou plus de loyers ou fermages non échus*. Si un propriétaire a touché ou aliéné d'avance les loyers de son immeuble, il est évident que la valeur de cet immeuble a diminué ; il est donc utile que les tiers en soient avertis. On peut même trouver que la loi est insuffisante. Les quittances ou cessions devraient être assujetties à la transcription, même quand elles ne portent que sur un ou deux ans de loyers non échus.

Quatrième catégorie : Jugements annulant un acte transcrit. — Aux termes de l'article 4 de la loi de 1855, « tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre ». Nombreux sont les jugements visés par cette disposition. On peut citer ceux qui prononcent la résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix (art. 1654), ou la rescision d'une vente pour lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674), ou son annulation, en vertu de l'action Paulienne, pour fraude faite aux créanciers (art. 1167), ou son annulation pour vice du consentement ou défaut de capacité chez l'aliénateur, etc.

On comprend aisément qu'il soit nécessaire de porter de tels jugements à la connaissance du public. En effet, celui que l'acte antérieurement transcrit faisait apparaître comme le propriétaire actuel de l'immeuble, cesse de l'être par l'effet de l'anéantissement de son acte d'acquisition. C'est l'ancien propriétaire qui, désormais, va se retrouver maître de disposer de l'immeuble. Il importe donc de prévenir les tiers de la situation nouvelle. Cependant, deux observations sont ici nécessaires :

1° La publicité donnée au jugement sauvegarde bien les intérêts des tiers qui, *ultérieurement*, seraient tentés de négocier avec le propriétaire apparent. Mais elle n'empêche pas d'être sacrifiés, en vertu de l'*effet rétroactif de la résolution ou de la nullité*, ceux qui, dans l'intervalle entre l'acte translatif et son annulation, auraient traité avec ce propriétaire intérimaire. Il faut donc qu'ils consultent avec soin le titre d'acquisition de ce dernier pour y découvrir les causes de résolution ou d'annulation qui peuvent s'y trouver.

2° La loi a sagement exigé la publicité des résolutions *judiciaires*. Mais elle laisse de côté les résolutions qui fonctionnent de *plein droit* et sans jugement, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une clause de condition résolutoire insérée dans l'acte translatif. L'exemple le plus frappant de ces résolutions nous est fourni par les *ventes à réméré*. Lorsque le vendeur rembourse le prix à l'acheteur, la vente est résolue *ipso jure* ; le vendeur redevient propriétaire. Or, nulle transcription n'est requise. Mais il est juste

d'observer que les inconvénients pratiques résultant de cette lacune ne doivent pas être exagérés. En effet, la vente contenant le pacte de réméré a dû faire l'objet d'une transcription ; les tiers disposés à traiter avec l'acheteur et qui ont dû se faire communiquer ses titres, ont donc été mis au courant de la clause de résolution ; à eux de prendre leurs précautions, en exigeant de leur contractant la preuve que la résolution n'est pas déjà encourue dans le passé et qu'elle n'est plus à craindre dans l'avenir.

II. Mécanisme de la publicité. Registres. — La publicité se fait en principe par la *transcription* et, pour les jugements prononçant la nullité ou la résolution d'un acte déjà transcrit, par une *mention marginale.*

1° *Transcription.* — Une loi du 24 juillet 1921, complétant la réforme déjà réalisée pour les inscriptions d'hypothèques par la loi du 1er mars 1918, a simplifié et abrégé la formalité. Auparavant, le requérant déposait l'acte à publier au bureau du conservateur, et celui-ci le *transcrivait,* c'est à-dire le recopiait sur un registre (art. 2181, 2e al.). Cela occasionnait un retard, et souvent il s'écoulait plusieurs mois entre le dépôt et le retour des pièces. Aujourd'hui, le conservateur n'est plus obligé de recopier les actes (voir l'art. 13 nouveau de la loi du 23 mars 1855). Le requérant dépose deux expéditions ou deux extraits littéraux de l'acte authentique ou du jugement à transcrire, ou deux originaux de l'acte sous seing privé, qui doivent être absolument conformes. L'un est rendu au déposant, après avoir été revêtu par le conservateur de la mention de transcription, l'autre, qui doit être écrit à la main ou à la machine à écrire, en toutes lettres, sans surcharges, grattages, ni interlignes, les blancs bâtonnés, sur du papier fourni par l'Administration aux frais des requérants, est conservé au bureau. Le conservateur classe les copies ou originaux destinés aux archives à la date et dans l'ordre des remises qui lui en sont faites (art. 2200) et les fait relier à ses frais. Ces volumes forment aujourd'hui les registres des transcriptions. La loi nouvelle a conservé ce mot consacré par l'usage, bien qu'il n'y ait plus à proprement parler transcription [1].

On a critiqué cette façon de publier les actes *in extenso.* Il est certain que beaucoup de leurs dispositions n'intéressent nullement les tiers. Théoriquement, il vaudrait mieux ne publier que les clauses utiles. Mais nous avons déjà indiqué que pour qu'il en pût être ainsi, il faudrait une publicité par bordereaux comme pour les hypothèques, ce qui supposerait l'intervention forcée d'un homme compétent, d'un notaire. On a bien proposé de rendre obligatoire le ministère des notaires pour les ventes d'immeubles, mais cela paraît impossible à cause de la grande division de la propriété foncière en France, et du nombre considérable de ventes modiques, presque

1. Pour éviter les difficultés de recherches dans les registres provenant de la synonimie des noms, l'article 14 nouveau de la loi du 23 mars 1855 prescrit de désigner les parties par leurs noms et prénoms, dans l'ordre de l'état civil, la date et le lieu de leur naissance et leur profession, s'ils en ont une.

insignifiantes, pour lesquelles les frais d'actes doivent être réduits au minimum.

Quant à faire pratiquer des extraits analytiques dans les actes à publier par le conservateur, on n'y pouvait songer, étant donné le rôle de la transcription et la nature des fonctions du conservateur. La transcription, en effet, n'est qu'un mode de publicité, ce n'est nullement une garantie de validité. La loi ne confère aucune investiture à celui qui publie son titre ; elle lui permet seulement de l'opposer aux tiers, mais sous cette condition que l'acte est valable en soi. Tel était le système créé par la loi de brumaire an VII, tel est celui qu'on a restauré en 1855. Et ainsi s'explique l'article 2199, d'après lequel les conservateurs ne peuvent, sous peine de dommages-intérêts, refuser ou retarder en aucune occasion, la transcription des actes qui leur sont présentés.

2° *Mention marginale.* — Pour les jugements prononçant la nullité, la résolution ou la rescision d'un acte transcrit, la publicité se fait par une mention en marge de la transcription. C'est l'avoué qui a obtenu le jugement qui est chargé de faire opérer cette mention, sous peine de cent francs d'amende (art. 4, loi du 23 mars 1855).

Autres Registres. — A côté des registres des inscriptions et des registres des transcriptions, constitués aujourd'hui les uns par les bordereaux, les autres par les copies des actes, l'article 2200 prescrit aux conservateurs d'avoir un *registre de dépôt* dans lequel ils inscrivent jour par jour et par ordre numérique les remises qui leur sont faites de tous les actes destinés à être publiés. Ce registre doit être tenu en double, et l'un des doubles est déposé dans les trente jours qui suivent sa clôture, au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur.

Enfin, chaque conservation des hypothèques est dotée d'un *Répertoire alphabétique* des noms des parties indiquées dans les actes. Ce répertoire est indispensable pour les recherches dans les registres, recherches qui s'effectuent non pas d'après les immeubles, mais d'après les noms des intéressés.

III. Sanction de la publicité des mutations immobilières. — Il faut se garder de dire que la loi du 23 mars 1855 a rendu la transcription obligatoire. Elle l'est si peu qu'en fait il y a un nombre énorme de ventes immobilières qui ne sont jamais transcrites, ce qui ne les empêche pas d'être parfaitement valables. Pour le comprendre, il suffit de savoir qu'il se conclut chaque année, en France, environ 80.000 ventes immobilières portant sur des parcelles de 200 francs et au-dessous. La loi du 27 juillet 1900 a eu beau réduire les frais de transcription, en supprimant le droit fixe pour le remplacer par une taxe proportionnelle à la valeur des droits immobiliers transmis, les paysans se refusent à supporter ces frais même réduits.

Quelle est donc la sanction du défaut de publicité ? Là est le point essentiel et comme le nœud de notre système législatif. La loi n'a pas cru devoir imposer la publicité ; mais elle l'a rendue *utile* au point que son absence expose l'acquéreur négligent aux plus graves inconvénients. C'est ce que nous allons préciser, en étudiant les deux systèmes, analogues, mais différents par un peu plus que des nuances, édictés à ce sujet par la loi de 1855, et par les dispositions du Code civil demeurées en vigueur en ce qui concerne les donations.

1° Système de la loi de 1855 pour les actes à titres onéreux.

1° Sanction du défaut de transcription. — L'article 3 de la loi du 23 mars 1855 indique cette sanction en termes d'une clarté peut-être insuffisante. « *Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.* »

Le sens de ce texte a été mis en lumière par le rapporteur de la loi de 1855, M. Debelleyme ; il résulte d'ailleurs de son rapprochement avec la loi de brumaire an VII. Il établit une opposition complète, quant à l'effet de l'acte non transcrit, suivant qu'on l'examine *inter partes*, ou à l'*égard des tiers*. Entre les parties, l'acte est valable et efficace ; mais il n'est pas opposable aux tiers ; ceux-ci peuvent le considérer comme non avenu. Reprenons successivement ces deux propositions.

A. — *Entre les parties, l'acte est valable.* — Le principe de l'article 1138, c'est-à-dire celui de la transmission par le seul effet du consentement, reste en vigueur. Voici les diverses conséquences que l'on peut tirer du principe :

a) L'acheteur (nous supposons qu'il s'agit d'une vente) est devenu, à l'égard du vendeur, non seulement créancier de la délivrance, mais propriétaire. Donc, il pourra, pour se faire mettre en possession, exercer contre le vendeur, soit l'action personnelle en délivrance (et cela devant le tribunal du domicile du défendeur), soit l'action en revendication, devant le tribunal de l'arrondissement où l'immeuble est situé (art. 59, C. proc. civ.).

b) Ce n'est pas seulement l'acheteur qui peut se prévaloir de la vente non transcrite à l'encontre du vendeur, ce sont encore tous les ayants-cause de l'acheteur. Ainsi, Primus vend son immeuble à Secundus. Puis, quelques jours ensuite, et avant toute transcription, d'un commun accord, on revient sur la vente. Primus reprendra son immeuble ; mais il le reprendra grevé des hypothèques qui ont pu, dans l'intervalle, s'étendre sur cet immeuble, du chef de Secundus, par exemple, de l'hypothèque légale de la femme ou du pupille de ce dernier. Primus ne pourra pas plus opposer à ces ayants-cause de Secundus le défaut de transcription qu'il n'aurait pu l'opposer à Secundus lui-même.

c) Si les parties sont d'accord pour revenir sur la vente, aussitôt après l'avoir conclue et avant la transcription, il y aura là une mutation nouvelle, un nouveau droit à payer au fisc. Cependant, si la résiliation intervenait dans les vingt-quatre heures, la loi de finances du 28 avril 1816 (art. 43,

n° 20) contient cette solution toute bienveillante que le droit proportionnel ne serait pas perçu une seconde fois.

d) Supposons que le vendeur d'un immeuble meure après l'avoir vendu et avant la transcription de la vente. Ses héritiers ou légataires universels ne pourront se prévaloir du défaut de transcription pour se refuser à livrer l'immeuble, ou pour le reprendre si l'acheteur a été mis en possession.

B. — *A l'égard des tiers, l'acte non transcrit est inefficace.* — Ainsi, ce sont les tiers qui, seuls, peuvent se prévaloir du défaut de transcription. *En ce qui les concerne,* la mutation n'est pas censée effectuée, l'aliénateur est réputé toujours propriétaire. Voici quelques applications de la règle :

a) Primus vend successivement le même immeuble à deux acheteurs, Secundus et Tertius. Lequel sera préféré ? Ce ne sera pas, comme s'il s'agissait d'un meuble corporel, celui des deux acheteurs qui sera le premier mis en possession (art. 1141). Ce ne sera pas, comme cela résultait de l'article 1138, avant la loi de 1855, celui qui produit l'acte de vente le plus ancien. Ce sera celui des deux acheteurs qui aura transcrit, le premier, son acte d'acquisition.

b) Primus grève son fonds d'une servitude au profit de Secundus, puis le vend à Tertius. La servitude sera t-elle opposable à ce dernier ? Oui, si Secundus a transcrit son titre avant que Tertius ait transcrit le sien. Non, si c'est Tertius qui a transcrit le premier.

c) Primus, usufruitier, renonce à son droit d'usufruit au profit de Secundus, nu-propriétaire. Puis Primus cède son droit d'usufruit à Tertius. Que vaut le droit de ce dernier ? Il n'aura pas de valeur si Secundus, nu-propriétaire, a pris la précaution de faire transcrire la renonciation de Primus, avant que Tertius n'ait, lui-même, fait transcrire son titre d'acquisition. Au contraire, Secundus ne pourra bénéficier de la renonciation, s'il a tardé à la faire transcrire et s'est laissé devancer par Tertius.

d) Primus consent à Secundus une hypothèque sur son immeuble, puis il vend le fonds à Tertius ; ou bien, il vend d'abord à Tertius, puis consent une hypothèque à Secundus. L'hypothèque grèvera-t-elle l'immeuble entre les mains de Tertius ? Oui, si Secundus a fait inscrire son hypothèque avant la transcription de la vente ; non, si Secundus a laissé opérer cette transcription auparavant.

On remarquera que certains créanciers hypothécaires du chef de Primus ont eu à souffrir de la loi de 1855 ; certains autres, au contraire, sont plus favorisés qu'auparavant.

Les créanciers hypothécaires qui ont perdu à la loi de 1855, sont les créanciers *antérieurs* à la vente. En effet, l'article 834 du Code de procédure leur accordait quinze jours pour s'inscrire utilement, après la transcription de la vente. La loi de 1855 ayant abrogé cet article 834 (art. 6 dern. al.), ces créanciers perdent aujourd'hui la faculté de s'inscrire, dès le moment de la transcription. Et cette solution ne laisse pas d'offrir quelque inconvénient, en ce qu'elle expose les créanciers hypothécaires au danger d'une revente frauduleusement précipitée.

Les créanciers hypothécaires qui, en revanche, ont gagné à la loi de 1855,

sont ceux auxquels Primus emprunterait *après la vente* de l'immeuble, mais *avant la transcription*. En effet, ils pourront aujourd'hui opposer leur hypothèque à l'acquéreur, pourvu qu'ils aient assez fait diligence pour l'inscrire séance tenante et avant la transcription de la vente.

Qui peut invoquer le défaut de transcription ? Conditions générales. — Il faut maintenant (et c'est là la plus grande difficulté du sujet) voir quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription. En d'autres termes, qui faut-il entendre par *tiers*, au sens de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 ?

Observons immédiatement qu *on ne doit pas accorder cette qualité de tiers à toute personne qui serait intéressée à ce que l'acte non transcrit ne lui fût pas opposé*. La loi de 1855 a été faite pour protéger les tiers contre le danger de traiter avec un propriétaire apparent, qui, à leur insu, aurait auparavant transmis à un autre, en tout ou en partie, ses droits sur la chose. Ceux-là donc qui sont protégés, sous le nom de *tiers*, sont exclusivement *ceux qui auraient traité avec le propriétaire* (disons le vendeur), *qui a consenti l'aliénation ou le démembrement de propriété non rendu publics*. L'article 26 de la loi de brumaire disait avec précision « ceux qui ont contracté avec le vendeur... » L'article 3 de la loi de 1855 emploie intentionnellement une formule plus large : les « tiers qui ont des droits sur l'immeuble... » Au fond, c'est la même idée. Si l'on a écarté le mot *contracté*, c'est pour ne pas exclure ceux qui ont acquis sur l'immeuble, du chef du vendeur, un droit ayant une origine *non contractuelle*. Tel, par exemple, un créancier armé d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque judiciaire, atteignant de plein droit tous les immeubles du débiteur. Si ce créancier saisit un des immeubles, et si on lui objecte une vente antérieure à la naissance de sa créance, ne pourra-t-il pas opposer le défaut de transcription de cette vente ? La formule de l'article 26 de la loi de brumaire l'en eût empêché ; la formule actuelle le lui permet.

Si nous voulons préciser à quelles conditions une personne peut être qualifiée de *tiers*, c'est-à-dire être admise à se prévaloir du défaut de transcription, nous dirons qu'en vertu du texte même de la loi ou des principes généraux, quatre conditions sont nécessaires :

1° Il faut avoir acquis un droit sur l'immeuble ;

2° Il faut avoir *conservé ce droit en se conformant à la loi* ;

3° Il faut tenir son droit de l'aliénateur ;

4° Il faut enfin que le défaut de transcription ne soit pas imputable à celui-là même qui entend l'invoquer.

En étudiant, en détail, chacune de ces conditions, nous découvrirons aisément quels sont ceux qui seront exclus de la qualité de tiers, et ne pourront, dès lors, se prévaloir du défaut de transcription.

Première condition : Avoir acquis un droit sur l'immeuble. — De nombreux intéressés remplissent sans aucun doute cette première con-

dition. Nous citerons l'*acheteur*, l'*acquéreur de servitude*, le *créancier hypothécaire* ou *antichrésiste*, le *preneur emphytéotique*.

Mais voici divers intéressés au sujet desquels il est nécessaire de s'expliquer.

1° Un *donataire*. Certainement un donataire rentre dans la formule de l'article 3 de la loi, car il a acquis un droit sur l'immeuble, à savoir le droit de propriété. C'est donc un tiers. J'achète un immeuble le 1er juin et, le 15 juin, je fais opérer la transcription de la vente. Mais au moment où je vais prendre livraison, surgit un tiers qui me dit : « Je suis donataire de l'immeuble en question, en vertu d'un acte du 5 juin que j'ai fait transcrire le 10. Donc la vente que vous invoquez pour vous mettre en possession, bien qu'antérieure à mon propre titre, ne m'est pas opposable parce qu'elle a été transcrite après. » Il n'est pas douteux que c'est ce donataire qui devra être préféré. Mais ce qu'il est permis de se demander, c'est quel intérêt il aura à invoquer ainsi le défaut de transcription de la vente. En effet, l'acheteur n'est pas devenu, il est vrai, propriétaire de l'immeuble à l'encontre du donataire ; mais, en *tant que créancier*, l'acheteur peut, par l'action Paulienne (art. 1167), faire tomber les aliénations consenties par le débiteur *en fraude de ses droits ;* il pourra donc faire annuler la donation, et cela d'autant plus aisément qu'envers un acquéreur à titre gratuit, le créancier qui exerce l'action Paulienne, n'a pas besoin de démontrer la complicité de celui-ci dans la fraude commise à son préjudice. Et, de fait, il est certain que cette éventualité de l'annulation de la donation par l'action Paulienne enlèvera souvent au donataire tout intérêt à se prévaloir, à l'encontre d'un acheteur plus ancien, du défaut de transcription de la vente. Néanmoins, cet intérêt subsiste, car l'action Paulienne ne peut être accordée à l'acheteur dans les cas suivants.

A. — Tout d'abord, quand il s'agit d'une constitution de dot faite par des parents à leur enfant, ce qui est le cas plus fréquent de donation entre-vifs, la Jurisprudence décide que l'action Paulienne ne peut être intentée que si les futurs époux ont été complices de la fraude du constituant.

B. — On se souvient, d'autre part, que l'action Paulienne est *subsidiaire*. Si donc le vendeur est assez solvable pour pouvoir indemniser l'acheteur, celui-ci, faute de pouvoir invoquer la vente inopposable au donataire, devra laisser ce dernier en possession de l'immeuble, et se contenter d'un recours en dommages-intérêts contre le vendeur.

C. — Enfin, l'action Paulienne ne peut être exercée que contre les acquéreurs invoquant un titre *postérieur* à la créance du demandeur, car on ne peut dire que les acquéreurs *antérieurs* ont fait fraude à des droits qui n'existaient pas encore. Si donc on suppose un donataire dont le titre date, non pas du 5 juin, mais du 15 mai (alors que l'acheteur n'a acheté que le 1er juin), ce dernier n'aura pas le droit d'exercer l'action Paulienne contre la donation, quand bien même l'auteur commun serait insolvable à condition que, comme nous allons le voir, l'acte de donation ait été transcrit avant l'acte de vente.

2° Un *créancier*. Un créancier est certainement un tiers qui a acquis un droit sur l'immeuble, quand il est un créancier *hypothécaire*. Il peut donc opposer à l'acquéreur le défaut de transcription, quand même l'hypothèque serait née postérieurement à l'aliénation, pourvu qu'elle ait été elle-même inscrite.

Au contraire, les *créanciers chirographaires ne sont pas des tiers;* ils ne sont pas admis à invoquer le défaut de transcription d'une aliénation faite par leur débiteur. A leur égard, l'aliénation est parfaite, dès qu'elle a acquis date certaine, abstraction faite de la transcription. Les travaux préparatoires de la loi de 1855 ne laissent aucun doute sur ce point. Et, au surplus, le texte de la loi est assez clair par lui-même. Un créancier chirographaire n'a pas de droits *sur l'immeuble* aliéné par son débiteur. Il ne peut saisir que les biens qui appartiennent au débiteur *au moment où il exerce son droit.*

Il convient d'insister sur cette solution qui, toute logique qu'elle est, constitue assurément l'un des points faibles de la loi de 1855. Il est trop évident qu'un créancier chirographaire pourrait avoir le plus grand intérêt à invoquer l'inefficacité d'une vente consentie par son débiteur, sans avoir à faire, comme l'y oblige l'action Paulienne, la preuve difficile de la fraude. Ce créancier a traité sur la foi du patrimoine apparent de son débiteur, patrimoine dont l'immeuble constituait peut-être la pièce principale. Au moment où il veut saisir, on lui oppose une vente qui, à son insu, a fait passer l'immeuble en d'autres mains. Cette vente n'a pas été transcrite, elle a seulement acquis date certaine par l'enregistrement (art. 1328). N'importe, le créancier devra s'incliner ; la saisie ne pourra s'effectuer.

Ce résultat, contraire à l'équité, est d'autant plus critiquable qu'il expose la législation française au reproche mérité d'incohérence. Et, en effet, il y a à ce point de vue, dans notre Droit, entre la publicité des hypothèques et celle des actes translatifs d'autres droits réels, bien qu'elles s'inspirent des mêmes besoins, un contraste injustifiable. Si, au lieu de trouver en face de lui un acheteur non transcrit, le créancier chirographaire rencontrait un créancier hypothécaire qui aurait négligé d'inscrire son hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication sur saisie, il pourrait se prévaloir du défaut d'inscription. Pourquoi donc lui refuse-t-on le droit de se prévaloir de la clandestinité d'un acte beaucoup plus préjudiciable qu'une hypothèque ? Car l'hypothèque laisse encore aux créanciers ordinaires l'espoir de retirer quelque argent de la saisie, après prélèvement du montant de la créance hypothécaire ; l'aliénation, au contraire, fait entièrement disparaître le gage !

Aussi les législations hypothécaires qui s'inspirent des mêmes principes généraux que la nôtre, comme la loi belge de 1851, art. 1, le Code civil espagnol de 1889, art. 606, font-elles disparaître cette anomalie, et accordent-elles aux créanciers chirographaires la qualité de tiers admis à se prévaloir, le cas échéant, du défaut de transcription.

L'exclusion des créanciers chirographaires comporte-t-elle des exceptions ? Y a-t-il des cas où un créancier ordinaire devient un *tiers* au

sens de la loi de 1855? La question se pose dans plusieurs hypothèses.

A. — Supposons qu'un créancier se soit fait consentir par le débiteur une *dation en paiement* portant sur un immeuble. C'est alors certainement un tiers. En effet, il a cessé, en réalité, d'être un créancier pour devenir un acheteur. La dation en paiement est une véritable vente et nous avons vu qu'elle est, à ce titre, soumise elle-même à la transcription (Req., 13 juillet 1891, D. P. 92.1.483, S. 92.1.257, note de M. Garsonnet).

B. — Une personne est décédée. Les créanciers héréditaires, devenus créanciers de l'héritier, invoquent contre les créanciers personnels de ce dernier la *séparation des patrimoines* qui leur confère (art. 878 et s.) un droit de préférence sur les biens du défunt. Mais l'héritier s'est empressé d'aliéner un immeuble de la succession. Si l'acquéreur ne fait pas transcrire son titre d'acquisition, les créanciers séparatistes pourront se prévaloir de ce défaut de transcription pour saisir l'immeuble entre ses mains, à condition d'avoir eux-mêmes rendu public le privilège que leur confère la séparation des patrimoines (art. 2111). Ce privilège a fait d'eux des *tiers* au sens de l'article 3 de la loi de 1855.

C. — Le débiteur est tombé en *faillite*. La masse de ses créanciers, représentée par le syndic, a le droit d'inscrire une hypothèque générale sur les immeubles du failli (art. 490, C. Comm.). A partir de ce moment, la masse doit être considérée comme ayant acquis un droit sur les immeubles; elle pourrait donc, en invoquant l'article 3 de la loi de 1855, repousser une revendication émanant d'un acheteur antérieur qui n'aurait pas transcrit son titre.

D. — Les créanciers *saisissants* ne doivent-ils pas aussi être considérés comme *ayant acquis un droit sur l'immeuble*, au moins à partir de la transcription du procès-verbal de saisie, transcription qui met obstacle à toute aliénation ultérieure de l'immeuble par le débiteur saisi ? (art. 678, 686, C. proc. civ.)[1]. Il faut répondre négativement. Ces créanciers ne peuvent pas saisir un immeuble antérieurement aliéné par leur débiteur, quand même la vente n'aurait pas encore été transcrite au moment où ils ont eux-mêmes fait transcrire le procès-verbal de saisie. En effet, la saisie même transcrite ne confère pas aux créanciers un droit réel sur l'immeuble saisi ; la preuve, c'est que le propriétaire, leur débiteur, pourrait encore valablement l'hypothéquer. Elle ne leur confère qu'un droit, qui est celui de continuer la saisie, et cela nonobstant toute aliénation *ultérieure* émanant du débiteur. Mais ce résultat suppose que la saisie *a été entamée régulièrement*. Or, c'est ce qui n'a pas eu lieu, puisque, par hypothèse au moment où les créanciers ont fait les premières diligences de la saisie, l'immeuble était déjà aliéné et, par conséquent, n'était plus la propriété de leur débiteur (Civ., 31 août 1881, D. P. 82.1.17, S. 82.1.248 ; Caen, 18 juin 1908, D. P. 1908.2.361, note de M. de Loynes, S. 1909 2.300).

La Cour de cassation a cependant admis la solution contraire dans une

1. Cette transcription s'opère aujourd'hui de la même façon que celle des actes énumérés par la loi du 23 mars 1855, c'est-à-dire par le dépôt à la conservation de deux copies certifiées par l'huissier (Voir art. 13 nouveau, 4e al.)

hypothèse où, détail caractéristique, le créancier saisissant était créancier hypothécaire (Req., 25 juillet 1877, D. P. 78.1.49, note de M. Ch. Beudant, S. 77.1.441, note de M. Labbé). On objectait à ce créancier saisissant une vente consentie par son débiteur, postérieurement à l'inscription de l'hypothèque, mais antérieurement à la saisie, et non encore transcrite lors de la transcription du procès-verbal de saisie. On prétendait que le créancier n'avait plus le droit de saisir l'immeuble entre les mains du débiteur, mais seulement entre celles du tiers acquéreur ; et, dans ce cas, il était exposé à la *purge* ou au *délaissement*, facultés qui appartiennent aux tiers détenteurs des immeubles hypothéqués et tempèrent, à leur profit, la rigueur du *droit de suite* appartenant au créancier. Ainsi s'explique l'intérêt que pouvait avoir le créancier hypothécaire à faire considérer la vente comme ne lui étant pas opposable, afin de persister dans sa saisie exercée entre les mains de son propre débiteur. La Cour suprême a admis la prétention du créancier hypothécaire, en considérant qu'il est bien un tiers, puisqu'il a un droit réel et spécial sur l'immeuble vendu. Cette solution, bien que la Cour de cassation l'ait reproduite depuis (Req., 18 décembre 1888, D. P. 89.1.185, S. 89.1.64), n'est pas à l'abri de la critique. Il est exact, en un certain sens, de dire que le créancier hypothécaire est bien un tiers ; cela signifie que l'existence de son hypothèque est assurée, avec tous les droits spéciaux qui en découlent, nonobstant l'aliénation de l'immeuble. Mais, en prétendant effectuer la saisie entre les mains du débiteur, le créancier hypothécaire n'exerçait pas un droit qu'il possédât comme tel ; il se comportait comme eût pu le faire n'importe quel créancier, même chirographaire, *pourvu que l'immeuble fût encore la propriété du débiteur* au moment de la saisie. Or, nous avons vu que l'immeuble à ce moment était déjà aliéné. Le créancier saisissant donc, en invoquant le défaut de transcription de cette aliénation, n'entendait pas préserver l'existence de son hypothèque ; celle-ci était sauve, du moment qu'il lui était loisible d'exercer son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur. Non, ce qu'il désirait, était de pouvoir exercer son droit d'une manière plus facile et plus avantageuse. Or, ce n'est pas pour l'y aider qu'a été faite la loi de 1855.

E. — Enfin, le *preneur*, *locataire* ou *fermier*, peut opposer le défaut de transcription au tiers acquéreur de l'immeuble qui lui est loué. Cela s'explique, car le preneur, quoique simple créancier chirographaire, a *un droit de créance qui a pour objet l'immeuble lui-même*. Mais, il résulte de la seconde condition, à laquelle nous arrivons, que seul, le titulaire d'un bail supérieur à dix-huit ans peut-être admis à invoquer la non-transcription de l'acte d'aliénation.

C'est pour la même raison que le *cessionnaire d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus*, et *le preneur* qui, ayant payé d'avance, a reçu quittance pour même somme, peuvent eux aussi opposer le défaut de transcription de l'aliénation de l'immeuble.

Deuxième condition : Avoir conservé son droit en se conformant à la loi. — Cette seconde condition, dont l'énoncé un peu énigmatique est

emprunté au texte même de l'article 3 de la loi de 1855, signifie que, pour être admis à se prévaloir du défaut de transcription d'un acte lui portant préjudice, le tiers intéressé doit avoir acquis sur l'immeuble un droit *soumis lui-même au régime de la publicité*, et doit avoir, en fait, accompli la formalité assurant cette publicité. C'est une pensée de réciprocité, plus équitable en apparence qu'en réalité, qui a inspiré cette disposition. Elle aboutit à exclure du bénéfice de la loi de 1855 les intéressés suivants :

1° Les locataires ou fermiers, titulaires d'un bail ne *dépassant pas dix-huit ans*. En effet, les baux de plus de dix-huit ans sont seuls assujettis à la formalité de la transcription et, par conséquent, les preneurs bénéficiaires de tels baux peuvent seuls remplir la seconde condition légale.

Par conséquent, il faut ici faire la distinction suivante. Si le bail n'excède pas dix-huit ans, il n'est opposable à l'acheteur que dans le cas où, étant antérieur à la vente, il a acquis, par l'enregistrement, date certaine le premier, c'est-à-dire avant que la vente ne l'ait acquise elle-même. S'il est de plus de dix-huit ans, il n'est opposable à l'acheteur pour toute sa durée que s'il a été transcrit antérieurement à la transcription de la vente. Faute de cette antériorité, il n'est opposable à l'acheteur que pour une durée de dix-huit ans et à condition qu'il ait été enregistré avant la vente (art. 3, al. 2, loi de 1855).

Une question analogue se pose pour les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus. Lorsque ces quittances ou cessions portent sur une durée de moins de trois ans, elles sont toujours opposables au tiers acquéreur, sous la seule condition qu'elles aient acquis date certaine avant l'acte d'aliénation. Mais, si elles ont pour objet une somme équivalente à trois années ou plus de loyers ou fermages, elle doivent être transcrites, et dès lors, ne sont opposables aux acheteurs pour toute leur durée qu'autant qu'elles ont été transcrites avant la transcription de la vente (Civ. 3 décembre 1919, *Gaz. Pal.* 9 janvier 1920).

2° Les *légataires d'immeubles*, ne peuvent non plus se prévaloir du défaut de transcription de la vente de l'immeuble effectuée par le testateur. En effet, les transmissions par décès, succession ou testament, ne sont pas soumises à la transcription. Le légataire d'un immeuble a donc bien un droit sur cet immeuble (art. 1014), mais il ne l'a pas rendu public en se conformant à la loi. On fera ici les remarques suivantes :

A. — La solution indiquée ne présente d'intérêt qu'au cas où le testateur aurait institué le legs *postérieurement* à la vente non transcrite. Il ressort de ce qui précède que, dans ce cas, le légataire ne pourra profiter du défaut de transcription pour réclamer la délivrance de l'immeuble qui, par l'effet de la vente antérieure, avait cessé d'appartenir à ce testateur. Mais, si le legs avait été fait d'*abord*, et la vente non transcrite *après*, il n'y aurait pas besoin de faire appel aux principes qui régissent la transcription pour retrancher le droit du légataire. En effet, l'aliénation de l'objet légué par le testateur vaut *révocation* du legs (art. 1038).

B. — Nous avons supposé un conflit entre le légataire d'un immeuble et un acquéreur *du chef du testateur*. Si le légataire se trouvait en face d'un

acquéreur auquel l'immeuble, objet du legs, aurait été vendu *par l'héritier*, il n'est pas douteux que cette vente, eût-elle été transcrite, ne lui serait pas opposable; il y aurait lieu d'appliquer seulement le principe de la nullité de la vente de la chose d'autrui (art. 1599).

Troisième condition : L'acquéreur et le tiers doivent être ayants cause du même aliénateur. — C'est entre les ayants cause du précédent propriétaire que la loi de 1855 a entendu régler les conflits possibles. En effet, elle considère comme des *tiers*, et rend aptes à se prévaloir du défaut de transcription, *ceux-là seuls auxquels pourrait préjudicier la clandestinité de l'acte non transcrit*. Or, ce sont seulement ceux qui tiennent un droit sur la chose de l'auteur de l'aliénation non transcrite. Voici diverses applications du principe :

1° Supposons qu'un acheteur se trouve, après la vente qu'il a négligé de faire transcrire, en présence d'un possesseur de bonne foi qui a acheté le même immeuble d'un *non dominus*. L'acheteur qui, lui, a traité avec le vrai propriétaire, revendique l'immeuble. Le possesseur pourra-t-il contester son droit, sous prétexte que le titre sur lequel il se fonde ne lui est pas opposable faute de transcription ? Non assurément. Le possesseur ne tient pas ses droits du même vendeur ; et on chercherait vainement en quoi la clandestinité de l'acte d'acquisition émanant du *verus dominus* a pu lui préjudicier. Ce qui est cause de son éviction, ce n'est pas la clandestinité de l'aliénation faite par le *verus dominus*, c'est le fait qu'il a eu le malheur de traiter avec un non-propriétaire.

2° Supposons maintenant un conflit *entre deux ayants cause de l'acquéreur*. Celui-ci, après avoir acheté, mais avant d'avoir transcrit, a constitué une hypothèque sur l'immeuble. Puis, il a fait transcrire son acte d'acquisition et a constitué sur l'immeuble, au profit d'un autre créancier, une seconde hypothèque. Vienne la saisie de l'immeuble ; le second créancier hypothécaire pourra-t-il prétendre que le premier ne doit pas passer avant lui, parce que son hypothèque a été établie à un moment où le droit de l'emprunteur sur l'immeuble n'était pas opposable aux tiers, faute de transcription de son titre? Non certainement. Les deux créanciers hypothécaires fondent leurs droits respectifs sur celui de leur auteur commun, indépendamment de toute publicité donnée à ce droit. En quoi le second créancier hypothécaire a-t-il eu à souffrir de la clandestinité antérieure du titre de son emprunteur? Quand il a prêté et quand on lui a offert une hypothèque, il a dû consulter les registres du conservateur des hypothèques. Il a pu constater alors qu'une première hypothèque avait déjà été consentie sur l'immeuble par son emprunteur ; c'est en connaissance de cause qu'il s'est contenté du second rang.

3° Enfin, il se peut que l'individu intéressé à invoquer la clandestinité d'un acte translatif soit le propriétaire lui-même de l'immeuble. L'hypothèse, quoique un peu compliquée, s'est présentée plusieurs fois dans la pratique. Secundus vend indûment l'immeuble de Primus à Tertius, lequel ne transcrit pas son titre d'acquisition. Primus, vrai propriétaire, revendique l'immeuble, mais après dix ou vingt ans. Tertius, possesseur que nous suppo-

serons de bonne foi, lui oppose la prescription de l'article 2265. Et en effet, dit-il, il peut invoquer un *juste titre*, puisqu'il possède en vertu d'un contrat de vente. Primus va-t-il pouvoir lui répondre : « Vous avez bien un juste titre, mais ce titre ne m'est pas opposable, car il n'a pas été transcrit. » Un arrêt a admis ce raisonnement en se fondant sur ce que le vrai propriétaire, ayant bien *un droit sur l'immeuble,* rentre, par conséquent, dans la formule de l'article 3 de la loi de 1855 (Alger, 15 novembre 1890, D. P. 91.5.405, S. 91.2.53). Mais d'autres arrêts ont, plus justement, décidé le contraire (Caen, 17 mars 1891, S. 91.2.118 ; Req., 27 février 1905, D. P. 1908.1.333, S. 1906.1.505, note de M. Naquet). En effet, il n'y a pas ici conflit entre ayants cause d'un même auteur. Pour qu'il y ait *juste titre* au point de vue de la prescription, il suffit qu'il y ait un titre translatif de *sa nature* ; or, tel est bien le caractère d'une vente *a non domino*, même non transcrite, puisque la transcription, c'est un principe essentiel, n'est pas une condition de validité de la vente. Enfin, ce que l'article 3 de la loi de 1855 interdit aux acquéreurs négligents d'opposer aux tiers, ce sont les *droits qui résultent pour eux de l'acte non transcrit.* Or, quand il s'agit de l'application de la prescription abrégée, le possesseur n'oppose pas à la revendication les droits qu'il tient de la vente qui lui a été consentie, mais ceux qui découlent de sa possession prolongée.

Quatrième condition : Le tiers ne doit pas être responsable du défaut de transcription. — Supposons l'acquisition d'un immeuble faite par un incapable, mineur ou femme mariée · c'est son mandataire légal, tuteur ou mari, qui a conclu le marché ; c'est lui qui aurait dû transcrire et qui a négligé de le faire. Plus tard, le tuteur ou le mari achète le même immeuble pour son compte personnel au même précédent propriétaire, et s'empresse, cette fois, d'opérer la transcription. Pourra-t-il invoquer le défaut de transcription de la première vente, pour évincer l'incapable ? Non, évidemment. Le second acquéreur réunit bien toutes les conditions requises pour pouvoir se prévaloir de l'article 3 de la loi de 1855 ; mais c'est par sa faute que la transcription de la première vente a été omise. Comment pourrait-il bénéficier de sa propre négligence ? *Nemo auditur propriam culpam allegans*. L'article 941 consacre la solution que nous indiquons, à propos, il est vrai, des donations, régies quant à leur publicité par le Code civil, mais il n'est pas douteux que cette règle, tout équitable et rationnelle, doit être étendue aux aliénations à titre onéreux régies par la loi de 1855.

Pas d'autre condition. Peu importe la mauvaise foi des tiers. — La loi n'exige pas, chez les tiers qui entendent se prévaloir du défaut de publicité d'un acte soumis à transcription, d'autres conditions que celles qui viennent d'être indiquées. Il n'est donc pas nécessaire que le tiers soit de bonne foi, c'est-à-dire ait ignoré en fait l'aliénation précédemment consentie par son auteur et non transcrite. Vainement l'acquéreur qui se verrait opposer par un autre acquéreur le défaut de transcription de son titre, prétendrait-il faire la preuve que ce tiers, quand il a traité avec le

même vendeur, avait, par ailleurs, la connaissance de la vente déjà consentie, et savait, par conséquent, qu'il acquérait la chose d'autrui. La loi le dit formellement, à propos encore des donations, dans l'article 1071 : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. » Et il n'est pas douteux que ce texte s'applique aux aliénations à titre onéreux aussi bien qu'aux donations (Civ. 7 décembre 1925, D. P. 1926. 1. 185, note de M. René Savatière). Quand la loi organise un système de publicité avec des formes précises et minutieuses comme celles qui constituent la transcription, elle entend que les intéressés se soumettent à ses prescriptions, s'ils veulent bénéficier des avantages qu'elle a attachés à leur observation. Ne voyons-nous pas d'ailleurs que la loi de 1855 assujettit indistinctement à la transcription, pour qu'elles soient opposables aux tiers, *toutes les servitudes*, aussi bien les servitudes *apparentes* que les autres ?

Ce n'est pas à dire que la loi doive prêter la main à des fraudes caractérisées, combinées par une collusion du vendeur et du tiers, en vue de faire servir les dispositions de la loi de 1855 à escroquer un premier acheteur. Par exemple, supposons que le vendeur, sachant que son acheteur fera faire la transcription le lendemain, s'entende avec un autre acheteur qui transcrira le soir même, et lui consente une seconde vente. Il a été décidé que, dans ce cas, le premier acheteur serait préféré au second, nonobstant le défaut de transcription (Req., 14 mars 1859, D. P. 59.1.500, S. 59.1.833). Mais cette solution se fonde sur le *délit* commis par le second acheteur qui, par là, s'est rendu passible d'une réparation envers le premier. Quelle meilleure indemnité lui imposer que de l'empêcher de causer, en évinçant l'acheteur, le préjudice qu'il lui faudrait ensuite réparer ? Et les conséquences de la préférence accordée dans ce cas au premier acheteur, si on la motive ainsi par le principe général de l'article 1382, ne seront pas en tout les mêmes que si l'on déclarait, au fond, le second acheteur inapte à se prévaloir de l'article 3 de la loi de 1855. Si l'on adoptait cette dernière thèse, un sous-acquéreur de bonne foi, auquel le second acheteur revendrait l'immeuble, devrait, comme son auteur lui-même, s'incliner devant le droit préférable du premier acheteur. Tandis que, s'il faut, pour écarter le second acheteur, recourir à l'idée d'une obligation délictuelle lui incombant à raison de la fraude par lui commise, cette obligation ne pèse pas sur le sous-acquéreur innocent auquel la propriété de l'immeuble aura été régulièrement transférée, et le premier acquéreur dépouillé ne pourra pas, dès lors, mettre obstacle à ce qu'il prenne possession de l'immeuble.

2° Sanction du défaut de mention. — En ce qui concerne les actes soumis, non à la formalité de la *transcription*, mais à celle de la *mention* marginale, à savoir les jugements prononçant la nullité ou résolution d'un acte précédemment transcrit, il résulte de l'article 4 de la loi de 1855 que le défaut de publicité ne les rend pas inopérants. Ces jugements, quoique non mentionnés, seront néanmoins opposables aux tiers

qui auront traité avec le propriétaire apparent, dans l'ignorance de la nullité qui frappait son droit. La seule sanction de la négligence commise est une amende de 100 francs contre l'avoué coupable de n'avoir point requis la mention.

On a donné, de cette différence entre la sanction du défaut de transcription et celle du défaut de mention, une raison assez faible. C'est qu'on ne saurait subordonner l'efficacité d'un jugement, acte de l'autorité publique, à l'accomplissement de formalités dépendant de particuliers. Il y a là une erreur. Il ne s'agirait pas de déclarer les jugements non mentionnés inefficaces, mais de les déclarer non opposables à certaines personnes ; or, ce n'est pas diminuer la valeur des jugements que de leur attribuer un effet simplement relatif ; cette relativité est même de principe en ce qui les concerne. Nous avons rencontré d'ailleurs, en matière d'adoption et de divorce notamment, plusieurs exemples de jugements subordonnés à la condition d'une transcription, même quant à leur efficacité *inter partes*.

Il convient d'ailleurs d'ajouter que, depuis la promulgation de la loi de 1855, grâce à l'exactitude des avoués, la sanction de l'article 4 ne paraît pas avoir jamais eu à s'appliquer.

2° Système du Code civil pour les donations.

Qui peut invoquer le défaut de transcription ? — Le système du Code civil, en ce qui concerne la transcription des donations d'immeubles, est contenu dans l'article 941, que la loi de 1855 a laissé en vigueur, et qui est emprunté d'ailleurs, à peu de chose près, à la formule finale de l'article 27 de l'ordonnance de 1731 sur les donations. « Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayant cause et le donateur. » Ainsi, d'une façon générale, la sanction du défaut de publicité est conçue de la même façon que dans le domaine de la loi de 1855. La donation non transcrite n'est pas nulle ; elle est valable entre les parties, mais non opposable aux tiers. La seule différence entre les deux systèmes législatifs, tenant à ce que la transcription des donations procède, dans le Code civil, non seulement de la transcription inventée par la loi de brumaire, mais de l'antique insinuation, consiste en ce que l'expression de *tiers* a ici un sens beaucoup plus général. Peuvent, en tant que *tiers*, invoquer le défaut de transcription, non seulement ceux qui ont acquis un droit sur l'immeuble et l'ont rendu public, mais « *toutes personnes ayant intérêt* ».

Ajoutons cependant que, si les deux premières des conditions requises pour avoir droit à la qualité de *tiers*, aux termes de la loi de 1855, ne sont plus requises quand il s'agit de donations, les deux dernières conditions doivent être encore exigées. Ainsi, il ne suffira pas d'avoir intérêt à ce que la donation ne vous soit pas opposable pour pouvoir se prévaloir de l'article 941 ; il faut encore être *l'ayant cause du donateur* (car alors seulement on appartient à la catégorie de ceux auxquels le défaut de publicité a pu

préjudicier) et, de plus — l'article 941 le dit formellement — *ne pas être soi-même responsable de l'absence de transcription.*

Ceci dit, il est aisé de déterminer, parmi les intéressés, quels sont ceux qui peuvent, quels sont ceux qui ne peuvent pas se prévaloir du défaut de transcription d'une donation immobilière :

1° Peuvent s'en prévaloir, d'abord, tous ceux à qui nous avons accordé ce droit sous le régime de la loi de 1855 et, en outre :

A. — *Les créanciers chirographaires du donateur* (Req., 23 novembre 1859, D. P. 59.1.481, S. 61.1.85 ; Limoges, 28 février 1879, D. P. 80.2.126, S. 80. 2.52). En effet, ils sont certainement intéressés à l'inefficacité de la donation qui appauvrit leur débiteur en diminuant leur gage ; et ils sont les ayants cause du donateur. D'ailleurs, l'article 27 de l'ordonnance de 1731 les mentionnait expressément parmi les tiers.

B. — Les *légataires* du donateur. Vainement l'a-t-on contesté. La Jurisprudence leur reconnaît ce droit avec raison, ainsi qu'à tous les autres ayants cause à titre gratuit du donateur (Grenoble, 17 janvier 1867, D. P. 68.2.17, S. 67.2.179 ; Pau, 29 mars 1871, D. P. 71.2.245, S. 71.2.1).

2° Ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription de la donation : ceux auquels nous avons refusé ce droit en traitant de la loi de 1855, abstraction faite des deux catégories précédentes, et en outre, parmi les *intéressés* que semblerait comprendre, à première vue, la formule de l'article 941 :

A. — Les *héritiers* ou *légataires universels* du donateur. Ils ne peuvent pas avoir plus de droits que le donateur lui-même, au regard duquel, nous l'avons vu, la donation est valable (Civ., 1er juin 1897, D. P. 98.1.58, S. 97.1. 399). On l'a cependant contesté, et certains auteurs enseignent que ces personnes doivent être admises à opposer le défaut de transcription. En effet, on ne saurait leur refuser un intérêt à l'inefficacité de la donation. Elles semblent donc comprises dans l'expression de « toutes personnes ayant intérêt » employée par l'article 941. De plus, l'article 27 de l'ordonnance de 1731 leur donnait le droit d'invoquer le défaut d'insinuation. On répondra que le système de l'insinuation, bien qu'il ait influé sur la transcription des donations immobilières, en différait essentiellement. Le défaut d'insinuation en effet rendait la donation inefficace, non seulement comme mode de transmisssion de la propriété, mais comme contrat générateur d'obligations. Le défaut de transcription n'atteint aujourd'hui la donation que comme mode de transfert. A quoi servirait-il donc à l'héritier d'écarter l'effet translatif de la donation faite par le *de cujus* et non transcrite, puisque, en tant que continuateur de la personne du donateur, il resterait tenu, comme débiteur, de réaliser la donation au profit du donataire ?

B. — Les *créanciers du donataire* (Req., 1er mai 1861, D. P. 61.1.323, S. 61.1.481 ; Nancy, 27 juillet 1875, S. 76.2.129, note de M. Lyon-Caen). A première vue on comprend difficilement quel intérêt les créanciers d'un donataire pourraient avoir à contester l'efficacité de la donation faite à leur débiteur. Cela s'est vu cependant, et notamment dans l'hypothèse suivante. La donation non transcrite a été faite à l'héritière présomptive du donateur, dans le contrat de mariage de cette héritière portant adoption du

régime dotal. Plus tard, le donateur est mort. Si la donation est valable à l'encontre des créanciers de la donataire, ceux-ci ne peuvent saisir l'immeuble donné parce que c'est un bien dotal ; au contraire, l'immeuble est saisissable par eux, si la donation est jugée inefficace à leur égard, car la saisie portera alors sur les biens libres advenus à la débitrice par succession et non compris dans la stipulation de dotalité. On comprend d'ailleurs aisément pourquoi, nonobstant l'intérêt évident des créanciers du donataire, la Jurisprudence leur refuse un droit qu'elle accorde aux créanciers du donateur. C'est parce que les créanciers du donataire ne sont pas les ayants cause du donateur. La *non-publicité* de la donation ne leur a causé aucun préjudice ; c'est à l'*existence* même de la donation qu'ils s'en prennent. Or le défaut de transcription n'emporte pas la nullité de l'acte non transcrit.

IV. Appréciation critique de la législation française et comparaison avec les systèmes étrangers[1]. Insuffisance et lacunes dans l'organisation du principe. — Commençons par les critiques de détail :

1° Il est évident que notre système de publicité des droits réels, issu d'une évolution historique décousue, contrariée par des incidents multiples et, parfois, par de véritables surprises, manque absolument de *cohésion*. A quelle idée rationnelle correspond, par exemple, la différence établie, au point de vue de la sanction de la clandestinité, entre les donations entre vifs et les actes à titres onéreux ? Pourquoi les *tiers* admis à s'en prévaloir ne sont-ils pas les mêmes dans les deux cas ?

2° Et ce reproche d'incohérence se double, en ce qui concerne la sanction de la publicité des actes à titre onéreux, de celui d'*insuffisance* et d'*étroitesse*. Les créanciers chirographaires sont les premiers intéressés à la publicité des mutations immobilières ou des démembrements de propriété. On ne peut donner que des raisons de pure logique juridique de la disposition de la loi de 1855 qui les exclut de la liste des *tiers*.

3° Notre système de publicité des mutations immobilières est, de plus, *très incomplet*. En effet, il y a toute une catégorie de mutations qu'il laisse de côté : ce sont les *mutations à cause de mort*. Ici, des précisions sont nécessaires.

A. — Il eût été facile d'assujettir à la transcription les mutations résultant d'un *testament*, c'est-à-dire les legs immobiliers ; il y a, en effet, ici un *titre* à publier : le testament. Pourquoi ne l'a-t-on pas fait ?

1. Besson, *Le crédit foncier et les charges de la propriété immobilière*, 1901 ; Chain, *La réforme hypothécaire au Sénat au point de vue de la transcription*, thèse, 1909 ; Dain, *Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence*, 1887 ; Flour de Saint-Genis, *Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire* ; Paul Magnin, *Etude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Grenoble, 1896 ; J. B. Hennequin. *Du cadastre, projet de réfection juridique avec révision périodique*, Paris, 1900. Il faut ajouter les *Procès-verbaux* de la Commission extra parlementaire du cadastre créée par le décret du 30 mai 1891, et les rapports sur le projet de réforme hypothécaire en cours, de M. Thézard (Sénat) et de M. Violette (Chambre). Consulter sur ce projet, Revue trimest. de droit civil, 1909, p. 199, *notes parlementaires*.

On a craint de sacrifier les droits des légataires d'immeubles. Souvent le testament n'est pas connu d'eux tout de suite. L'héritier seul en a eu la révélation. Si on avait subordonné l'efficacité du legs envers les tiers à la formalité de la transcription, l'héritier, en procédant, avec une hâte frauduleuse, à l'aliénation ou à l'hypothèque de l'immeuble, aurait pu rendre illusoire la disposition testamentaire du *de cujus*.

B. — En ce qui concerne les mutations par *succession ab intestat*, on a pu donner cette explication qu'ici il n'y a pas de *titre* translatif qui se prête à la publicité. Le titre des héritiers a sa source dans la loi, ou plutôt dans leur parenté avec le défunt. Mais cette justification est insuffisante. D'abord, il eût été facile d'astreindre à la publicité un certificat de succession ou acte de notoriété, que l'héritier se fût fait délivrer par le juge de paix ou par le tribunal. De plus, au moins quand il y a pluralité d'héritiers, la dévolution de succession donne lieu inévitablement à un acte, à un *titre* susceptible de transcription, à savoir le *partage*. Il est certain que la lacune de la loi de 1855 serait en partie comblée si, tout au moins, les actes de partage et les licitations étaient assujettis à la transcription dans tous les cas, et non plus seulement, comme aujourd'hui, lorsque l'on se trouve en présence d'une licitation au profit d'un adjudicataire étranger. La seule considération qui puisse être invoquée ici à la décharge du législateur, c'est que, si l'on avait assujetti à la transcription les partages (et plus généralement les mutations par décès), il en serait résulté une grande augmentation de frais pour les successions déjà si exagérément taxées par le fisc.

Il est bon d'ajouter qu'ici les inconvénients de notre système législatif reçoivent une atténuation sensible, grâce à la jurisprudence qui s'est heureusement formée quant au sort des actes accomplis par un *héritier apparent*. Supposons qu'une personne, que tout le monde suppose être l'héritier du précédent propriétaire, constitue un droit réel sur un immeuble, et qu'ensuite l'héritier véritable se révèle. En principe, les droits consentis aux tiers par l'héritier apparent devraient être réduits à néant, car ils ont été consentis *a non domino*, et la mutation successorale, qui a fait passer la propriété du *de cujus* à l'héritier véritable, est opposable à tous indépendamment de toute inscription. Mais une jurisprudence, aussi heureuse dans ses résultats qu'audacieuse dans son principe, est ici intervenue ; elle valide les actes de l'héritier apparent, notamment la constitution de droits réels faite, pendant l'interrègne, au profit des tiers. Cette solution est aujourd'hui généralement motivée par des considérations d'équité formulées dans l'adage romain *Error communis facit jus* (V. Civ., 26 janvier 1897, D. P. 1900.1.33, note de M. Sarrut, S. 97.1.313). Nous croyons que la meilleure base à lui assigner serait de dire que l'héritier véritable est en faute d'avoir, par sa négligence, causé la situation de fait génératrice de l'erreur commise par le tiers, lequel tiers est plus intéressant que lui. On ne doit point admettre l'héritier à lui causer, par la mise à néant de ses droits, un préjudice dont les principes généraux lui imposeraient la réparation[1].

1. V. Crémieu, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, Revue trim. de droit civil, 1910, p. 39.

Critique du principe lui-même : Il n'est ni rationnel, ni pratique. — Après ces critiques de détail, il est permis de s'attaquer au principe même de la loi de 1855, et plus haut encore, à ceux de notre Droit civil sur l'effet de la volonté pour la transmission des droits réels.

L'idée qui est le pivot de la loi de 1855, celle de la relativité de l'acte translatif de droits réels, valable *inter partes* par le seul effet du consentement, inefficace à l'égard des tiers à défaut de publicité, est une idée savante et féconde en conséquences, où s'est exercée brillamment la virtuosité casuistique de nos jurisconsultes. Mais elle n'est pas seulement subtile et compliquée ; elle apparaît comme peu en harmonie avec le concept même du droit réel qui est, précisément, de constituer un droit *absolu*. Il y a évidemment contradiction à dire : par l'effet du contrat, l'acquéreur obtient un droit réel, c'est-à-dire *absolu* ; mais, tant qu'il n'y aura pas eu publicité, le droit absolu ne sera pas opposable aux tiers, c'est-à-dire, en définitive, qu'il restera *relatif*.

Au point de vue économique, on est contraint de reconnaître que la réforme, laborieusement accomplie en 1855, a démenti les espérances qu'elle avait suscitées. On avait proclamé que ce qu'on recherchait, c'était de *consolider* la propriété foncière. Or, cette consolidation n'a nullement été atteinte. D'une part, la publicité est restée facultative[1]. D'autre part, même quand elle est effectuée, elle ne prouve pas la *validité* de la transmission ; elle ne prouve que l'acte par lequel on a voulu la réaliser, mais sans en garantir l'efficacité. Si le vendeur était un autre que le propriétaire, ou s'il était un propriétaire dont le titre était exposé à des causes de résolution ou de nullité (lesquelles n'apparaissent pas toujours à la lecture), la transcription faite par l'acheteur ne mettra pas celui-ci, ni ses ayants cause à l'abri d'une revendication ultérieure de l'immeuble.

On peut donc affirmer que l'état de la propriété foncière n'est pas en France régulièrement établi. La meilleure preuve des inconvénients pratiques dérivant de cet état de choses est le trop grand nombre des contestations que les tribunaux ont à juger chaque année sur des questions de propriété et de droits réels immobiliers.

Comparaison avec les systèmes étrangers. — Il est devenu banal de comparer ici le système de la législation française avec les systèmes étrangers, dont le trait commun est de faire des écritures publiques accompagnant chaque mutation une véritable *investiture*, quelque chose d'analogue à la *cessio in jure* romaine, et de mettre ainsi l'acquéreur à l'abri de toute revendication ou résolution ultérieure. On cite deux systèmes, le système allemand, dit des *registres fonciers*, établi d'abord

1. Il résulte d'une enquête spéciale poursuivie en 1893 par l'administration de l'Enregistrement que le nombre des ventes transcrites est extrêmement inférieur à celui des ventes réalisées. En 1898, le nombre des ventes immobilières a été de 717.454, le nombre des transcriptions immobilières n'a été que de 501.113 ; et il faut ajouter que ce chiffre ne comprend pas que des ventes, car il y a bien d'autres actes que les ventes immobilières soumis à transcription (V. *Bulletin de Statistique et de législation comparée*, juillet 1899, p. 209.

par une loi prussienne de 1872, puis par le Code civil de 1896, et le système *Torrens,* suivi en Australie, introduit en Tunisie par une loi du 5 juillet 1885[1], ainsi que dans plusieurs autres de nos colonies.

1° *Système allemand* (art. 873 à 902 du Code civil). — Il existe en Allemagne, dans chaque circonscription, un *registre foncier* ou *Grundbuch*, où sont immatriculés obligatoirement toutes les mutations immobilières, tous les démembrements de propriété. Une fois enregistrée, la mutation est à l'abri de toutes les causes possibles de fragilité. Les principales différences qu'il importe de faire ressortir avec le système français sont les suivantes :

A. — Chez nous, le conservateur des hypothèques joue un rôle purement passif : il se borne à transcrire ou à inscrire, c'est-à-dire à recevoir et conserver le document qui lui est remis. En Allemagne, le *Grundbuchrichter* est un magistrat. Il n'ordonne l'immatriculation qu'après avoir vérifié la validité de la mutation. C'est pourquoi la propriété ou le droit réel sont vraiment consolidés au bénéfice de l'acquéreur, si l'immatriculation a été accordée, car le juge du registre l'aurait refusée, s'il lui avait paru que la mutation ou le démembrement émanaient d'un *non dominus.* Les avantages en sont énormes. L'état de la propriété foncière reçoit une sécurité complète. Deux des théories les plus complexes de notre Droit civil, celle de la revendication et celle de la prescription acquisitive, ont pu ainsi être supprimées ou considérablement simplifiées dans le Droit allemand. La seule défectuosité qui formerait la contre-partie de ces avantages, c'est le déchet inévitable d'erreurs et de confusions qu'on rencontre dans toute organisation humaine et d'où il pourrait résulter que, parfois, grâce à une immatriculation erronée, les droits du véritable propriétaire se trouvent sacrifiés, ceux d'un usurpateur consolidés. Mais le remède résiderait dans une indemnisation pécuniaire à attribuer aux victimes du système, victimes assurément peu nombreuses. Cette indemnisation serait puisée dans un fonds de garantie, véritable caisse d'assurance mutuelle contre le risque d'erreur, alimenté au moyen d'un léger supplément aux perceptions fiscales nécessitées par l'immatriculation.

B. — Il faut noter, sur un point particulier, une autre supériorité du système allemand. Nous avons vu que la transcription française ne garantit pas les acquéreurs et leurs ayants cause contre le danger des clauses de résolution rétroactive affectant le droit de leur auteur. Dans le système allemand, celui qui demande ou entend se prévaloir un jour d'une cause de résolution est tenu de la faire connaître au public par une *prénotation*, grâce à laquelle les tiers, disposés à traiter sur l'immeuble, sont instruits de l'éventualité qui les menace.

On a remarqué que, en l'état de nos textes actuels, on trouve comme un embryon, de cette dernière conception dans l'article 958 du Code civil qui, réglant l'effet, à l'égard des tiers, des révocations de donations pour

1. Voir aussi les articles 942 à 977 du Code civil Suisse. Pour l'Angleterre, cons. de Lavergne, *La transmission de la propriété immobilière et l'introduction des livres fonciers en Angleterre*, Paris, 1905.

cause d'ingratitude, décide que le donateur est tenu de faire inscrire, en marge de la transcription de la donation, un extrait de *sa demande en révocation*, et que la révocation ne pourra préjudicier qu'aux aliénations ou hypothèques consenties par le donataire *postérieurement à cette inscription.*

C. — Le mécanisme matériel de la publicité n'est pas le même. Chez nous, c'est par *noms de parties* que sont tenus les registres. Pour faire l'historique de chaque parcelle, opération nécessaire pour certifier le droit de propriété de l'acquéreur, il faut retrouver le nom de tous les propriétaires antérieurs (en remontant au moins à trente ans en arrière). En Allemagne, au contraire, la publicité est *réelle*, c'est-à-dire que les registres fonciers sont tenus par parcelles, chaque parcelle cadastrale ayant son feuillet sur lequel sont énoncés, au fur et à mesure, les mutations et les démembrements.

2° *Système Torrens.* — Ce système inauguré en Australie en 1858, repose aussi sur une immatriculation ayant force d'investiture publique. Mais l'immatriculation est facultative. Lorsqu'un propriétaire la réclame, l'Administration examine ses titres, puis organise une publicité destinée à mettre en demeure de se révéler ceux qui prétendraient avoir des droits sur l'immeuble. Après quoi, on établit un double feuillet contenant la description de l'immeuble, avec l'indication des charges qui le grèvent. L'un de ces feuillets forme une page d'un registre public. L'autre exemplaire est remis au propriétaire. L'immatriculation met, comme en Allemagne, le propriétaire qui l'a obtenue à l'abri de toute revendication ou de tout droit réel antérieur non inscrit. De plus, si le propriétaire veut constituer un droit réel nouveau, d'accord avec son ayant cause, il remplit une formule imprimée qu'il envoie avec son feuillet à l'Administration. Celle ci lui renvoie cette pièce, après y avoir inscrit la charge nouvelle. Même manière de procéder pour les aliénations. L'administration annule le feuillet et le remplace par un autre qui est remis au nouveau propriétaire.

Le *système Torrens* offre, comme le système allemand, l'avantage de rendre impossibles les litiges relatifs à la propriété ou aux droits réels immobiliers, du moment qu'il est recouru à l'immatriculation. Mais il semble que ce système donne lieu, avec les facilités plus grandes qu'il offre aux mutations, aux mises en gage, à plus de fraudes et de surprises. Il ne paraît guère convenir qu'à des pays neufs. Aussi a-t-il échoué en Irlande, où on l'avait introduit. En Tunisie, où notre loi précitée de 1885 avait instauré un système Torrens d'ailleurs très mitigé, il n'a pas donné, surtout au début, toutes les satisfactions attendues[1].

1. Cons. Gouyon, *Le système des Livres fonciers en Tunisie*, thèse Paris, 1909; Théo Prat, *Le procès du titre foncier tunisien*, thèse, Paris, 1910.

Le système des livres fonciers a été appliqué dans plusieurs de nos colonies. Voir les décrets du 16 juillet 1897 pour Madagascar, du 28 mars 1899 pour le Congo français, du 20 juillet 1900 pour le Sénégal, du 24 juillet 1906 pour l'Afrique occidentale française. Cons. Arthur Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 3e édit., t. 2, n° 302. p. 408 et s.

En Algérie, une loi du 16 février 1897 a institué une procédure de purge destinée

Régime foncier et hypothécaire régissant provisoirement l'Alsace-Lorraine[1]. — La loi du 1er juin 1924, réalisant l'introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine, a, en attendant la révision de notre régime hypothécaire, établi, pour un laps de temps de dix années, (art. 145) des règles spéciales applicables dans les départements désannexés. En effet, l'Alsace-Lorraine pratiquait depuis plus de trente ans le régime allemand des livres fonciers, et elle avait trop apprécié le bienfait de cette organisation pour qu'il fût possible de l'en priver, en lui substituant notre système hypothécaire avec toutes ses imperfections. La loi du 1er juin 1924 a donc retenu celles de ces règles de la législation locale qui sont compatibles avec les principes généraux du Droit français (art. 36 à 65).

I. — Tout d'abord la loi d'introduction écarte l'un des principes essentiels du droit local, qui consistait dans l'effet absolu donné à la publicité, celle-ci étant requise même pour le transfert de propriété ou la constitution du droit réel même *inter partes*. L'article 36, alinéa 3, de la loi d'introduction, restaure la règle française de la transmission par le seul effet du contrat (art. 1138), en décidant que les règles dorénavant invoquées sont, sauf modifications, celles du Code civil et de la loi du 23 mars 1855. Le seul effet du défaut de publicité est donc, comme en France, que le droit qui y est soumis soit jusqu'à l'accomplissement des formalités requises non opposable aux tiers (art. 66).

Toutefois, sans rendre positivement la publicité obligatoire, la loi tend à réaliser dans une certaine mesure l'équivalent de cette solution. D'une part, en effet, elle prescrit (art. 42) l'emploi de la forme notariée pour tout acte entre vifs translatif ou déclaratif de propriété, en décidant que, seuls, les actes reçus par un notaire peuvent faire l'objet d'une inscription et qu'en cas de contrat passé sous une autre forme, l'acte doit être, dans les six mois, à peine de nullité, suivi d'un acte authentique. Et l'article 43 enjoint aux notaires, greffiers ou autorités administratives d'accomplir la publicité des droits résultant d'actes dressés par eux ou devant eux, et cela indépendamment de la volonté des parties. D'autre part (art. 44), les droits réels ou assimilés acquis sur un immeuble ne peuvent être rendus publics que si le droit de l'auteur de l'acquéreur de ces droits, a lui-même été inscrit.

Ajoutons que la loi de 1924 supprime toute exception aux principes de la spécialité et de la publicité des hypothèques. L'effet des privilèges et des hypothèques légales (femmes mariées, mineurs et interdit), ainsi que

à consolider le titre du propriétaire et à préparer l'introduction des livres fonciers : mais celle-ci depuis longtemps à l'étude n'a pas encore abouti. Cons. Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, Alger, 1900 ; Coëffard, *La propriété foncière en Algérie*, thèse, Paris, 1909.

Sur le système Torrens en général, Cons. Léon Estivant, thèse, Paris, 1899 ; René Viollette, thèse, Paris, 1900 ; Ch. Gide, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1886, p. 288.

1. V. Morel, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine* ; H. Degand, *Le régime foncier et hypothécaire dans la loi d'introduction*. dans Introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine, 1925, p. 100 et s.

de l'hypothèque judiciaire est subordonné à une inscription prise pour une somme déterminée sur des immeubles également déterminés, le tout d'après des règles qui varient suivant les cas (V. art. 47 à 62).

II. — Les articles 36 et 38 de la loi énumèrent les droits qui sont soumis à la publicité. Ce sont, en principe, les droits réels immobiliers admis par la loi française (propriété, superficie, emphytéose, usufruit, usages, habitations et servitudes établies par la volonté de l'homme, antichrèse, privilèges et hypothèques, droit du locataire ou fermier en vertu d'un bail de plus de douze années, quittance ou cession de trois années ou plus de loyers ou fermages non échus). Deux innovations doivent être signalées :

1° Un droit nouveau assujetti à la publicité est introduit : à savoir les *redevances foncières* (*Reallasten*), institution du droit local assez fréquemment utilisée. Ces redevances consistent en prestations périodiques à percevoir par des personnes déterminées et dont la durée est limitée à la vie de leurs bénéficiaires.

2° Empruntant au droit hypothécaire allemand le système de la *prénotation* (*Vormerkung*), les articles 38 et 39 organisent la publicité des *restrictions au droit de disposer*, insérées dans un acte, des *droits de retour conventionnels*, *droit de réméré*, et aussi celle du droit à la *résolution* (art. 1184 C. civ.), du droit à la *révocation* d'une donation pour inexécution des conditions ou survenance d'enfants, du droit d'exiger le *rapport en nature* d'une donation. De cette manière, les tiers se voient révéler toutes les éventualités susceptibles de restreindre ou annihiler le droit réel qu'ils se proposent d'acquérir.

III. — L'organisation de la publicité s'apparente nettement au système germanique. Le *livre foncier* est conservé (art. 37). Ce livre est tenu par le tribunal cantonal. Le *préposé* au livre foncier exerce un contrôle et vérifie, d'après les actes qui lui sont soumis, si l'inscription requise est justifiée (art. 46). L'État est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, l'action en responsabilité devant être intentée, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la découverte du dommage.

Il n'y a pas dualité des procédés de publicité : transcription et inscription. L'inscription seule fonctionne pour tous les droits et on remarquera, chose essentielle, que ce ne sont pas *les actes* qui sont rendus publics, mais *les droits*, ce qui ne permet plus aux mutations par décès de demeurer occultes.

La publicité est non pas *réelle*, mais *personnelle*. En effet, il résulte du décret du 18 novembre 1924, réglant la tenue du registre foncier, que le juge cantonal chargé d'y veiller établit un registre par commune et un feuillet personnel à chaque propriétaire, portant en tête le nom de ce propriétaire. Le feuillet est lui-même divisé en trois sections, dont la première contient l'énumération de toutes les propriétés que le titulaire possède dans la circonscription territoriale, dont le second comprend les charges et démembrements de propriété restreignant ces droits de pro-

priété, et le troisième les privilèges et hypothèques. Deux répertoires, l'un alphabétique, l'autre parcellaire, facilitent les recherches.

APPENDICE

MODE DE CRÉATION PARTICULIER AUX SERVITUDES :

LA DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE[1].

Définition. Caractère de ce mode de constitution des servitudes. Origine historique. — La *destination du père de famille* suppose que le propriétaire de deux fonds contigus établit entre eux un état de choses qui constituerait une servitude, si les deux fonds appartenaient à des propriétaires différents ; ou bien, ce rapport est établi entre deux parties d'un fonds unique. Plus tard, les deux fonds ou les deux parcelles sont mis aux mains de deux propriétaires différents. L'état de choses créé par le précédent propriétaire, état qui, jusqu'alors, n'avait pas constitué une servitude, car *nemini res sua servit*, va dorénavant subsister entre les propriétaires distincts à titre de servitude.

Premier exemple. — Le propriétaire de deux fonds contigus a aménagé les sources jaillissant sur l'un d'eux, de telle manière qu'elles s'écoulent sur le fonds inférieur, pour y actionner un moulin ou une usine. Plus tard il meurt ; l'un de ses héritiers prend dans le partage le fonds d'où jaillit la source ; l'autre héritier prend le fonds où s'exploite le moulin. Ce dernier conserve à l'encontre du fonds supérieur le droit à l'usage de l'eau, à titre de servitude *aquam non retinendi*.

Deuxième exemple. — Un propriétaire bâtit sur son fonds et perce, dans le bâtiment, des fenêtres sur les quatre faces. Puis il vend à deux acquéreurs différents la maison et le terrain qui la borde immédiatement d'un côté. L'acquéreur de la maison conservera, à l'encontre du fonds contigu, le droit aux fenêtres qu'il possède, à titre de *servitude de vue*.

Le motif de cette solution nous paraît très simple. Du moment que les acquéreurs des fonds séparés n'ont pas manifesté l'intention de modifier l'état de choses qu'ils ont trouvé établi, ils sont présumés avoir entendu le laisser subsister. Ce n'est donc pas la destination du père de famille qui est, à proprement parler, l'acte générateur de la servitude. Ce qui donne naissance à cette dernière, c'est l'*accord tacite* des parties. Il n'est pas tout à fait exact par conséquent, de dire, avec l'article 692, que « la destination du père de famille *vaut titre* »... A l'origine de la servitude, il y a, croyons-nous, *un titre*, mais un titre offrant cette particularité d'être tacite et, par là même, d'être occulte, dispensé de la transcription ; car celle-ci, ne peut, par la force des choses, s'appliquer qu'aux titres constitutifs de servitude *rédigés par écrit* (V. Trib. Agen, 9 avril 1900, D. P. 1907.2.196).

Ce n'est pas du Droit romain que nous vient ce mode de constitution des servitudes ; car les Romains n'admettaient, en cette matière, que les titres

1. V. Faugère, *De la destination du père de famille*, thèse, Paris, 1912.

constitutifs exprès. *Servitus nominatim imponenda est* (Paul. 30 pr., D , *De servil. præd. urb.*, VIII, 2). Mais il commença à s'introduire dans notre ancien Droit coutumier, avec de très sensibles variantes quant aux conditions d'application. Ainsi, les coutumes de Paris (art. 216) et d'Orléans (art. 227 et 228) n'admettaient l'établissement de la servitude en vertu de la destination du père de famille que moyennant la présentation de l'acte de séparation, contenant l'énonciation de la volonté conforme de l'auteur de cette séparation. Toutefois, il y avait exception pour les « servitudes *nécessaires et apparentes*, ou celles qui résultaient de travaux incorporés au fonds asservi ». En somme, c'est pour celles-là seulement que fonctionnait ce mode de constitution ; pour les autres, la destination du père de famille se confondait avec le titre. La Coutume de Provence portait que la destination du père de famille pouvait suppléer le titre, pour la création d'une servitude de passage rendue nécessaire par l'état d'enclave d'un fonds dans un autre. La Coutume de Normandie (art. 609), plus large que toutes les autres, admettait la destination du père de famille comme constitutive des servitudes simplement *apparentes*, au cas de séparation provenant d'un partage, et des servitudes à la fois *apparentes* et *continues*, en cas de séparation provenant de tout autre acte, tel que vente ou donation.

Conditions requises. — Plusieurs conditions sont nécessaires pour qu'une servitude puisse se constituer en vertu de la destination du père de famille.

Première condition. — Il doit être prouvé que « les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire » (art. 693).

Seconde condition. — Il doit être prouvé que c'est par ce même propriétaire « que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude » (art. 693 *in fine* . Bien entendu, cette condition devrait être considérée comme remplie, si le propriétaire avait, non pas *créé*, mais *maintenu* l'état de choses actuel créé par d'autres avant lui, par exemple, par deux propriétaires distincts dont il avait réuni les deux fonds. En conservant entre ces deux fonds le rapport établi par ses prédécesseurs, le propriétaire commun s'est approprié cet aménagement. C'est bien de lui qu'émane la destination.

Troisième condition. — Il faut que la servitude soit *apparente*. Autrement, en effet, il y aurait surprise et tromperie possibles pour l'acquéreur du fonds assujetti. L'interprétation légale du consentement présumé, sur laquelle repose la règle, ne serait plus exacte (art. 692 et 694).

Autres conditions. — Aux trois conditions précédentes indiquées en toutes lettres par les textes, il convient d'en ajouter deux autres, qui se rattachent naturellement aux raisons justificatives de ce mode de constitution. Ainsi :

A. — Il faut que les circonstances qui ont précédé ou accompagné l'acte de séparation n'excluent pas la présomption de volonté supposée par la loi. Par exemple, le propriétaire de deux maisons contiguës, qui habite l'une et l'autre avec sa famille, établit entre elles une porte de communication. Puis il vend les deux maisons séparément. Nulle servitude ne

résultera entre les deux habitations du fait de l'existence de la porte. Une convention tacite ne peut se supposer dans ce cas, l'utilité de la porte n'étant concevable qu'en cas de réunion des deux maisons (Cf. Req., 7 mars 1876, D. P. 78.1.69, S. 76.1.204).

Et ce sera l'application du même principe qui nous donnera la clé des décisions réputées contradictoires et, à notre avis, très logiques de la jurisprudence, sur le point de savoir s'il y a création de servitude par destination du père de famille, au cas où la séparation des fonds résulte d'une *expropriation* pour cause d'utilité publique. Il y a ceci de particulier dans ce cas que la séparation a été *imposée* par la volonté d'une des parties contractantes, l'*expropriant*. C'est donc la volonté présumable *du seul expropriant* qui doit être prise en considération. Ainsi peuvent se concilier les arrêts qui excluent la destination du père de famille dans des hypothèses où le fonds dominant serait la partie retenue *par l'exproprié* (V. not. Req., 20 janvier 1868, D. P. 68.1.133, S. 68.1.225), avec ceux qui admettent, au contraire, la constitution tacite de la servitude dans des cas où c'est *à l'expropriant* qu'elle doit bénéficier (Toulouse, 21 janvier 1897 sous Req., 10 novembre 1897, D. P. 98.1.177, note de M. Boistel, S. 1900.1.310).

B. — Il faut enfin, croyons-nous, que celui qui devient propriétaire du fonds assujetti, possède la capacité ou les pouvoirs nécessaires pour la constitution d'une servitude, c'est-à-dire pour l'aliénation d'un immeuble.

Quelles sont les servitudes qui peuvent être instituées par la destination du père de famille? — Nous avons dit que ce mode d'établissement s'appliquait aux servitudes *apparentes*, c'est-à-dire aussi bien aux servitudes *discontinues*, mais apparentes (comme une servitude de passage s'exerçant par un chemin empierré) qu'aux servitudes *à la fois continues et apparentes* (comme une servitude de vue). C'est bien ce qui résulte de l'article 694, aux termes duquel : « Si le propriétaire de deux héritages, *entre lesquels il existe un signe apparent de servitude*, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. » Mais un autre texte, l'article 692, contient une formule différente. La destination du père de famille, nous dit-il, « vaut titre *à l'égard des servitudes continues et apparentes* ». Ainsi, l'apparence ne suffirait pas ; il faudrait en outre la *continuité*.

La conciliation de ces deux textes a mis à l'épreuve la sagacité des commentateurs. Beaucoup de systèmes ont été proposés. Nous n'en retiendrons que deux, celui de la jurisprudence belge et celui de la jurisprudence française.

Premier système. - Chacun des deux articles aurait son domaine séparé. L'article 692, exigeant à la fois l'apparence et la continuité, réglerait les cas où l'état de choses existant entre les deux fonds a été *créé* par le propriétaire précédent. L'article 694 viserait le cas où il a été, non pas créé, mais *maintenu* par ce propriétaire ; il supposerait donc que ce dernier avait acquis deux fonds distincts entre lesquels il existait une servitude ; celle-ci s'est

éteinte par la *confusion*, mais le rapport entre les deux fonds a subsisté, si bien que la servitude revivra après une nouvelle séparation des deux fonds (Cass. belge, 29 juin 1905, S. 1909.4.4). Il est certain que ce système trouve un appui dans les termes de l'article 694, d'après lesquels la servitude *continue d'exister*, expression qui ne peut être exacte que s'il y a eu jadis séparation des deux fonds ; il peut invoquer aussi l'opinion du tribun Albisson, lors des travaux préparatoires (Fenet, XI, p. 327, 328). Mais la justification rationnelle de la distinction proposée semble bien difficile à découvrir. On ne voit pas pourquoi la loi se montrerait plus sévère dans le premier cas que dans le second. Ce qui importe en notre matière, ce n'est pas l'intention du propriétaire au moment où il a établi l'état de choses actuel, mais celle des parties au moment de la division des fonds.

Deuxième système. — Les tribunaux français adoptent une autre explication, qui offre le triple avantage d'être plus rationnelle que la précédente, en même temps que conforme au sens littéral des articles 692 et 694 et aux traditions des coutumes de Paris et d'Orléans. Voici en quoi elle consiste. La création de la servitude par destination du père de famille se justifie, avons-nous dit, par l'interprétation de la volonté des parties qui, en contractant l'acte de séparation, ont laissé subsister l'état de choses antérieur, sans rien dire qui manifestât leur intention de le faire cesser, ou de ne le laisser subsister qu'à titre de tolérance. Mais, après tout, il n'y a là qu'une supposition qui offre plus ou moins de vraisemblance selon les cas. Ceci dit, deux hypothèses doivent être distinguées. Ou bien, celui qui prétend à la servitude est à même de produire l'acte de séparation, *lequel ne contient aucune énonciation* relative à la servitude. Alors, la présomption sur laquelle repose la règle touche à l'évidence, et la loi se contente de cette condition que la servitude soit apparente. C'est le domaine de l'article 694, où nous lisons d'ailleurs cette phrase significative : « sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude ». Ou bien, au contraire, *il est impossible de produire l'acte de séparation*. Dans ce second cas, on se trouve en présence d'éléments de conviction moindres, et, pour que la seule circonstance du maintien de l'état de choses antérieur puisse être considérée comme une preuve de l'assentiment du propriétaire assujetti, il faut qu'il s'agisse d'actes impossibles à expliquer comme étant le résultat d'une simple tolérance, en un mot d'une servitude à la fois apparente et continue. Et là est le domaine restreint et exceptionnel de l'article 692 (Req., 28 mars 1904, D. P. 1905.1.162. S. 1904.1.317 ; Civ., 6 novembre 1906, D. P. 1907. 1.100. S. 1907.1.284. ; 8 juillet 1919 *Gaz. Pal.* 5 novembre 1919. ; Req., 15 février 1926, *Gaz. Pal.* 1926.1.600).

TROISIÈME PARTIE

EXTINCTION DES DROITS RÉELS

Comment s'*éteignent*, c'est-à-dire *prennent fin* les droits réels? De cette extinction, nous tracerons d'abord une *théorie générale*, en prenant, comme type des droits réels, le plus important de tous, c'est-à-dire la propriété. Puis nous examinerons les *causes spéciales d'extinction* qui fonctionnent en matière de *démembrements de la propriété* (sous réserve des causes applicables aux droits réels accessoires, c'est-à-dire à l'hypothèque et aux privilèges, matière que nous étudierons dans notre deuxième volume).

§ 1. — Théorie générale. Modes d'extinction communs à la propriété et aux droits réels.

Le droit de propriété, et, plus généralement, tous les droits réels, s'éteignent d'une manière *absolue* ou d'une manière *relative*. Il y a extinction absolue, quant le droit n'existe plus au profit de personne ; extinction relative, quand il cesse d'appartenir à son titulaire actuel, pour passer à un autre. En ce cas, il y a plutôt *transmission* qu'*extinction*. Toutefois, une analyse rigoureuse de l'opération juridique accomplie préférera l'idée d'extinction à celle de transmission. En effet, le droit, attribut de la personnalité, semble, en soi, intransmissible. Ce qui fait la matière des tractations dont il est l'objet, c'est sa valeur économique. Au cas d'une prétendue transmission de propriété (par exemple, lors d'une vente), il y a une abdication du droit de propriété par le *tradens*, concomitante à la création d'un droit nouveau au profit de l'*accipiens*. On peut même dire avec Kant (*Métaphysique de la doctrine du Droit*, trad. Barni, p. 108), que, pendant un instant de raison, il y a eu sur la chose à la fois deux propriétaires, de même qu'une pierre lancée de manière à décrire une parabole se trouve, à un moment donné, tout à la fois sur la ligne ascendante et sur la ligne descendante de la parabole.

Causes d'extinction absolue. Destruction de la chose. — Les causes d'extinction absolue des droits réels se ramènent à deux :

1° *Destruction matérielle* de la chose objet du droit (V. art. 617, al. 5, pour l'usufruit) ;

2° *Destruction juridique*. La chose est mise hors du commerce ; par exemple, un fonds de terre se trouve recouvert par une rivière navigable et flottable (faisant partie par conséquent du domaine public), qui s'est frayé un nouveau cours. On se souvient que, dans ce cas, l'article 563 attri-

bue une indemnité aux propriétaires riverains, précisément parce que le droit de propriété qu'ils exerçaient sur le sol, servant désormais de lit au cours d'eau, se trouve perdu. Même solution en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique réunissant au domaine public l'immeuble exproprié. Bien entendu, s'il y a seulement *destruction partielle*, le droit subsiste sur la partie conservée. L'article 623 fait application de cette idée à l'usufruit.

L'extinction du droit par la perte de la chose qui en fait l'objet, donne lieu à quatre questions ou observations importantes :

1° *Dans quels cas* peut-on dire qu'il y a *destruction*, autrement dit, *perte* de la chose ? Faut-il que la chose soit entièrement anéantie, ou suffit-il que sa *substance* ait disparu, en ce sens qu'elle aurait perdu la *forme* sous laquelle elle était utilisée et qu'elle ne pourrait plus, dès lors, servir à la même destination ? Nous avons déjà implicitement résolu cette question en traitant de l'*accession*. Nous avons vu que ce qui constitue l'individualité d'un objet c'est sa forme, la *composition* de ses éléments constitutifs : *forma dat esse rei*. La chose cesse donc d'exister quand cette forme, cette composition ont disparu. Autrement, on ne pourrait jamais dire qu'il y ait *perte* de la chose, car, dans la nature, rien ne disparaît ; ce qui meurt ne fait que se transformer.

L'article 624, al. 1, nous fournit une application de cette idée, en matière d'usufruit. Nous y lisons en effet que, « si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux ». Pour ce qui est du sol, cela allait sans dire. Mais pour ce qui est des matériaux, on aurait pu hésiter. Ce qui explique la solution de l'article 624, c'est bien l'idée qu'il y a perte totale de la chose, lorsque sa substance, c'est-à-dire la combinaison caractéristique de ses composants, a disparu.

2° Au cas de destruction d'une chose, celui qui a un droit sur celle ci peut-il prétendre transporter son droit *sur les débris*, sur les *vestiges* qu'elle laisse ? La question ne fait pas de doute pour le propriétaire. Il est certain que le droit de propriété absorbant tous les genres d'utilisation et toutes les formes possibles de la chose, porte aussi sur ses débris. Pour le titulaire d'un démembrement de la propriété, au contraire, par exemple, pour un usufruitier, il en va différemment. C'est ce qui résulte de l'article 624, al. 1, précité : l'usufruitier d'un bâtiment qui vient à être détruit n'a le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. C'est que l'usufruit a une destination qui est de procurer à son bénéficiaire un droit d'usage et un droit de jouissance, lesquels deviennent impossibles à exercer au cas de démolition du bâtiment. Cependant, l'article 624, al. 2, nous dit que « si l'usufruit était établi *sur un domaine* dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol *et des matériaux* », solution peu logique en ce qui concerne les matériaux, mais qui se justifie à la rigueur par le caractère purement accessoire que présentait le bâtiment dans l'hypothèse visée.

3° Nous avons jusqu'à présent parlé des débris matériels de la chose. Que décider *pour les indemnités représentatives de la chose* que des tiers

(assureur, expropriant) auront à verser après sa disparition ? Sont-elles subrogées à la chose même dans le patrimoine de l'ayant droit ? Nous touchons ici à l'importante question de la *subrogation réelle*, que nous retrouverons souvent dans la suite, soit à propos des privilèges et hypothèques, soit au sujet des régimes matrimoniaux, soit en matière de succession ou de fondations. Dans le cas présent, elle consiste à se demander si les tiers qui avaient un droit réel sur la chose détruite (créanciers privilégiés et hypothécaires, usufruitiers) peuvent à l'avenir exercer leur droit sur l'indemnité représentative de cette chose, ou si, au contraire, leur droit s'est éteint avec la chose elle-même ? Ici, les solutions de notre loi sont insuffisantes et sans cohésion.

En ce qui concerne les *indemnités dues par une compagnie d'assurance*, nous trouvons des règles différentes relativement à l'usufruitier et aux créanciers privilégiés et hypothécaires.

Pour ces derniers, la loi du 19 février 1889, article 2, a disposé que les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, leur sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, suivant leur rang.

A l'égard de l'usufruitier au contraire, nul texte n'a statué, à la différence du Code civil allemand dont l'article 1046, obligeant l'usufruitier à entretenir l'assurance, dispose, d'autre part, que l'indemnité doit être employée à la réfection du bâtiment, de manière à restituer au propriétaire, la chose même, et à l'usufruitier, la jouissance de la chose. Chez nous, nous l'avons vu, l'usufruitier n'est pas obligé d'entretenir l'assurance. Il peut s'assurer pour son propre compte, auquel cas, après un sinistre, il touchera un capital représentant la valeur vénale de son usufruit. Que si l'assurance a été entretenue par le nu-propriétaire, l'usufruitier n'aura droit à rien en cas de sinistre.

Au cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique*, les créanciers privilégiés et hypothécaires exercent leur droit de préférence sur l'indemnité (art. 17, L. 3 mai 1841). Dans le cas d'usufruit, le jury fixe une seule indemnité représentant la valeur totale de l'immeuble ; le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur cette indemnité (art. 39, L. 3 mai 1841). Celle-ci est donc remise à l'usufruitier, pour qu'il en opère le placement et touche les revenus. Seulement, pour sauvegarder les droits du propriétaire à la restitution du capital, lors de la cessation de l'usufruit, l'usufruitier est obligé de fournir caution, même dans le cas où il en serait dispensé par le titre constitutif de l'usufruit, ou par la loi, à l'exception toutefois des père et mère investis de la jouissance des biens de leurs enfants mineurs, pour lesquels la dispense légale continue à produire ses effets.

Dans toutes autres hypothèses de perte de la chose, il va de soi que, si l'auteur de la destruction est connu, et si une faute lui est imputable, les divers ayants droit sur la chose pourront lui réclamer, en invoquant sa responsabilité délictuelle (art. 1382, 1383), une indemnité correspondant au préjudice qu'ils auront respectivement encouru. Il ne s'agit donc plus, dans ce cas, de subrogation réelle.

4° Il ne faut pas confondre avec la perte de la chose, l'*impossibilité* où l'on se trouve d'en user. Il y a là *un simple obstacle* à l'exercice du droit réel, qui ne porte pas atteinte à l'existence de ce droit. C'est ce que nous disent, à propos des servitudes, et en termes d'ailleurs inexacts, les articles 703 et 704. D'après l'article 703, « les servitudes cessent » (de s'exercer) « lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user ». Il en sera ainsi, par exemple, au cas d'obturation du puits sur lequel j'exerçais une servitude de puisage, ou de desséchement de la source à propos de laquelle j'avais droit à une servitude *aquam non retinendi.* Mais, dit l'article 704, « elles revivent » (expression inexacte : il faudrait dire que les servitudes recommencent à s'exercer) « si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude... » Dans ce dernier cas, ce qui aura causé l'abolition du droit réel, ce sera, non l'impossibilité d'user, mais la prescription extinctive, ou extinction par le non-usage (art. 707).

Expropriation pour cause d'utilité publique. — Une place à part doit être faite à cette cause d'extinction de la propriété ou des droits réels en général, à raison de sa grande importance pratique. Nous n'en donnerons d'ailleurs qu'une notion très sommaire, la matière de l'expropriation se rattachant plutôt au Droit administratif.

Le Code civil proclame (art. 545) que « nul ne peut être astreint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ». C'est là une conséquence du principe de l'inviolabilité de la propriété, proclamé par la Déclaration des droits de l'homme (Constitution du 3 septembre 1791, art. 17). Toutefois, ce dernier texte admettait la possibilité d'une expropriation pour cause de *nécessité* publique. Moins exigeant, le Code se contente de l'*utilité publique*, extension heureuse sans laquelle les grands travaux du siècle dernier, tels que l'établissement de notre réseau de voies ferrées, auraient été impossibles.

La réglementation actuelle de l'expropriation pour cause d'utilité publique se trouve dans la loi organique du 3 mai 1841. Il y a trois phases à distinguer dans l'opération : 1° la déclaration d'utilité publique ; 2° l'expropriation ; 3° l'indemnité.

1° La *déclaration* d'utilité publique est prononcée par diverses autorités, suivant la nature et l'importance du travail à effectuer. Pour les travaux les plus importants, nécessitant, par conséquent, les expropriations les plus considérables, il faut une loi.

2° L'*expropriation* peut être *amiable* ou *judiciaire*. Elle est amiable, lorsqu'il y a cession volontaire faite à l'administration par le propriétaire. A défaut de cette entente, il faut un *jugement d'expropriation* prononcé par les tribunaux de Droit commun. Cette solution, considérée comme éminemment protectrice de la propriété privée, remonte à la célèbre *note de Schœnbrünn* émise par Napoléon en 1809.

3° En cas de cession amiable, l'*indemnité* est fixée de gré à gré. En cas

de non entente entre l'Administration et l'exproprié, le montant de l'indemnité à verser à celui-ci est fixé par un *jury spécial* composé de propriétaires.

L'article 545 porte que l'indemnité doit être *juste* et *préalable*. *Juste*, elle ne l'est pas toujours en fait, car les propriétaires composant le jury sont ordinairement enclins à allouer des sommes excessives à l'exproprié, propriétaire comme eux. *Préalable*, ce mot conduit à cette solution consacrée par la loi de 1841 (art. 53), que le propriétaire exproprié a le droit de *retenir* son immeuble jusqu'au paiement de la somme à laquelle il a droit.

On verra, en étudiant le Droit administratif, qu'il y a, à côté de l'expropriation ordinaire et générale, certaines variétés particulières d'éviction administrative, régies par des règles toutes spéciales. Il en est ainsi notamment en cas d'*alignement*, de *délimitation du domaine public maritime et fluvial*, d'*occupation temporaire* et d'*extraction de matériaux* en vue d'un travail public, de *réquisitions militaires*, etc... Le développement de la législation protectrice des travailleurs a donné lieu aussi à des variétés spéciales d'expropriation (bureaux de placement loi du 14 mars 1904, ateliers employant la céruse, loi du 20 juillet 1909, art. 2, etc...).

Causes d'extinction relative ou de transmission. — Les causes d'extinction relative, c'est-à-dire de transmission de la propriété et des droits réels en général, nous sont, pour la plupart, déjà connues, car nous les avons étudiées à propos des modes d'acquisition. Il suffira, maintenant que nous nous plaçons au point de vue inverse, d'en reprendre et d'en coordonner la classification.

1° *Transmission par l'effet d'une attribution légale*. — Il nous suffit de rappeler les cas d'*accession*, de *prescription acquisitive* ou *usucapion*, d'*invention*.

Dans la même catégorie rentre la *confiscation* qui, supprimée, dans ses principales applications, par la Charte de 1814, subsiste encore aujourd'hui dans certaines hypothèses spéciales prévues par le Droit pénal (confiscation du corps ou des produits du délit, armes, gibier, engins de pêche).

2° *Transmission par l'effet combiné de la loi et de la volonté* de l'homme usant d'une faculté légale. Nous rangeons sous ce titre les causes suivantes :

Adjudication consécutive à la saisie.

Retraits. — On entend par là la faculté que la loi accorde parfois à certaines personnes de prendre la place d'une autre dans un marché. Cette faculté était fréquente dans notre ancien Droit. Elle est, dans le nôtre, devenue tout à fait exceptionnelle (retrait successoral, art. 841, retrait litigieux, art. 1699).

Acte d'abandon. — Nous en avons vu deux applications dans les articles 656 et 699 ; le premier permettant au copropriétaire d'un mur mitoyen de s'exonérer de sa part d'entretien et des réparations en abandonnant la totalité du mur au voisin, le second donnant la même faculté au propriétaire d'un fonds grevé de servitude, désireux de s'exonérer de l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude, qui lui auraient été imposés par le titre.

3° *Transmission volontaire.* — C'est le mode le plus usuel et le plus pratique, d'où résulte la suppression d'un droit réel dans le patrimoine qui le comprenait. Il nous suffit ici de renvoyer à nos développements sur les modes d'acquisition des droits réels.

4° *Anéantissement d'une acquisition antérieure.* — La propriété ou le droit réel peut enfin être perdu par la *nullité*, la *révocation*, la *résolution* de l'acte d'où résultait pour le titulaire actuel l'acquisition de son droit.

Cet anéantissement des effets de l'acte d'acquisition peut résulter :

A. — D'un acte de volonté du concédant, lorsque celui-ci s'est réservé dans l'acte de transmission, ou lorsque la loi lui a conféré la faculté de revenir, à son gré, sur la transmission à laquelle il avait consenti. Il en est ainsi, par exemple, en cas d'exercice de la *faculté de révocation d'une donation faite entre époux pendant le mariage* (art 1096).

B. — Du jeu d'une *condition résolutoire*, soit expresse, soit tacite, affectant l'acte de transmission (condition résolutoire tacite dans les actes à titre onéreux, art. 1184; dans les donations et les legs, art. 953 à 955, 960, 1046).

C. — De l'effet d'un jugement prononçant la *nullité* ou la *rescision* de l'acte juridique qui avait transmis le droit réel.

Nous avons déjà indiqué que, d'après notre Droit français, ces causes de résolution agissent non pas *ex nunc*, mais *ex tunc*, en d'autres termes, qu'elles produisent un effet rétroactif; le droit qu'elles atteignent étant non seulement perdu pour son titulaire actuel, mais considéré comme n'ayant jamais existé. Il en résulte que l'anéantissement du droit de l'acquéreur entraîne, au moins en matière immobilière, la disparition des droits de ses ayants-cause. *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

§ 2. — Causes d'extinction spéciales à l'usufruit et aux servitudes.

Causes spéciales à l'usufruit. — L'usufruit, à raison de la gêne et du danger qu'il cause aux droits du propriétaire et des inconvénients économiques auxquels il donne lieu, est soumis à des causes d'extinction spéciales qu'il nous suffira de mentionner, car nous les avons déjà rencontrées.

1° D'abord il est essentiellement temporaire; il s'éteint donc, soit par la mort de l'*usufruitier*, soit *par l'arrivée du terme* pour lequel il a été établi, soit par l'expiration du laps de *trente années*, s'il a été constitué au profit d'une personne morale (art. 617, al. 1 et 2, art. 619);

2° Il disparaît aussi en cas d'*abus de jouissance* commis par l'usufruitier (art. 618). Nous avons également étudié déjà cette cause d'extinction;

3° Spécialement, l'usufruit légal des *père et mère* prend fin pour les causes spéciales précédemment indiquées (art. 384, 386). Pareillement, un autre usufruit légal, celui du *conjoint survivant* (art. 767), prend fin pour des causes particulières que nous verrons en traitant des Successions.

Consolidation ou confusion. — Une cause d'extinction commune à tous les *démembrements de propriété*, en particulier à l'usufruit et aux servitudes, c'est la *consolidation*, définie par l'article 617, « la réunion sur la

même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ». L'article 705 porte, de même, que « toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main ». Cette cause d'extinction est évidemment propre aux démembrements de propriété et s'impose par une nécessité rationnelle. *Nenimi res sua servit.* Diverses observations doivent prendre place ici.

1° La réunion du droit réel et de la propriété entre les mêmes mains peut être le résultat de faits très divers. Ce peut être l'achat de la propriété, ou le rachat du démembrement, la succession, enfin la *renonciation* que le bénéficiaire du démembrement aurait faite à son droit. A propos de cette renonciation, il faut noter qu'étant évidemment un acte exceptionnel, elle ne doit pas se présumer facilement, bien qu'elle puisse être soit expresse, soit tacite. Ainsi, pour qu'une servitude fût considérée comme éteinte par suite de la renonciation de son bénéficiaire, il ne suffirait pas que le propriétaire du fonds dominant ait laissé, sans protester, exécuter des travaux contraires à la servitude sur le fonds servant. En effet, le propriétaire du fonds dominant a trente ans pour exiger la démolition de ces travaux. Il ne doit donc pas être présumé renoncer à cette faculté, à moins que sa volonté de le faire ne résulte d'actes manifestant clairement son intention (Civ., 6 novembre 1889, D. P. 89.1.473, S. 92.1.65, note de M. Chavegrin).

2° Nous avons rattaché la renonciation à la consolidation. En effet, les articles 617 et 705 définissent la consolidation d'une manière qui s'applique à toutes les hypothèses, quelles qu'elles soient, où il y a réunion dans la même main de la propriété et de son démembrement. On a cependant contesté que cette assimilation fût toujours possible. Il n'y aurait consolidation, a-t-on dit, en matière d'usufruit, que si c'est l'usufruitier qui acquiert la propriété. Alors en effet on peut dire qu'il *consolide* son droit en ce sens qu'il transforme ce droit jusque-là temporaire, en droit *perpétuel*. Mais, lorsque c'est le nu-propriétaire qui acquiert l'usufruit par l'effet de l'abdication de l'usufruitier, il y a simple suppression de la restriction antérieurement subie par le droit du propriétaire. On ne peut pas dire qu'il y ait consolidation ; on se trouve en présence d'un autre mode d'extinction, la *renonciation*. Et l'intérêt qu'il y aurait à distinguer ainsi, c'est que la loi du 23 mars 1855 soumet à la transcription les *renonciations* à usufruit et à servitude, mais non les *consolidations*. Nous croyons cette opinion erronée. Si la loi de 1855 ne soumet pas à la transcription l'acquisition de la nue-propriété par l'usufruitier, c'est parce que cette hypothèse est comprise dans les dispositions qui visent l'acquisition de la propriété. L'usufruitier qui acquiert la nue-propriété, devra transcrire, comme le nu-propriétaire qui bénéficie d'une renonciation de l'usufruitier, pourvu toutefois que cette consolidation opérée au profit de l'usufruitier l'ait été en vertu d'un acte entre-vifs tel qu'une renonciation.

3° Dans le cas où la réunion des deux titres qui a causé l'extinction du démembrement de propriété viendrait à cesser par la suite, le démembrement revivrait-il ? Il y a lieu, croyons-nous, de faire la distinction suivante : Si la cessation de la confusion a lieu *ex causa antiqua,* par exemple, parce

que l'acte de réunion a été annulé ou frappé de résolution, la servitude ou l'usufruit seront rétablis, en raison de l'effet rétroactif attaché à la nullité ou à la résolution. Mais si c'est *ex causa nova* que les deux droits, un instant réunis, ont été à nouveau séparés, il en sera différemment. Par exemple, une servitude a disparu, parce que le propriétaire du fonds servant avait acquis le fonds dominant. Postérieurement, le propriétaire commun revend séparément l'ancien fonds dominant. La servitude ne revivra pas. Il convient cependant de faire exception pour le cas où il y aurait lieu à *destination du père de famille.*

Non-usage trentenaire. — L'usufruit et les servitudes, états de choses anormaux, dérogatoires au Droit commun, sont soumis, en conséquence, à une cause spéciale d'extinction qui leur est commune, à savoir la prescription extinctive, dénommée ici *non-usage* trentenaire (art. 617, 4e al., 706). Il est évident que, si le bénéficiaire du démembrement de propriété a cessé, pendant trente ans, d'user des prérogatives qui en résultaient pour lui, c'est la preuve que ce démembrement n'était pas utile, ou qu'il a renoncé à s'en prévaloir ; dans les deux cas, il n'y a pas de raison pour maintenir la restriction dont était atteint le droit du propriétaire.

Cette règle de l'extinction par le non-usage est générale ; elle s'applique à toutes les servitudes, à celles du moins que la loi, dans sa terminologie inexacte et que nous avons critiquée, qualifie de servitudes *du fait de l'homme*. Les soi-disant servitudes *naturelles* et *légales* ne s'éteignent point par le non-usage ; c'est qu'en effet elles ne sont pas autre chose, nous l'avons vu, que des attributs, des prolongements légaux du droit de propriété, lequel est perpétuel.

Il en est autrement cependant pour les servitudes légales dont l'établissement donne lieu à indemnité au profit du propriétaire du fonds servant, comme celles de passage en cas d'enclave, d'aqueduc, d'appui pour l'irrigation, ou comme celle de l'article 642, 3e al. Ces servitudes s'éteignent si le titulaire reste pendant trente ans sans les exercer. Cela tient à ce qu'elles sont établies dans un intérêt purement privé, et à ce qu'elles ne sont pas réciproques, comme le sont les autres réglementations, qualifiées de servitudes légales, par exemple, la règle relative aux distances à observer pour l'ouverture des vues sur les fonds contigus.

En revanche, parmi les servitudes du fait de l'homme, il n'y a pas lieu de distinguer. Toutes, qu'elles soient *continues* ou *discontinues*, *apparentes* ou *non apparentes*, cessent d'exister par le fait du non-usage. C'est une différence entre la prescription extinctive et l'usucapion : nous avons vu en effet que celle-ci ne s'applique qu'aux servitudes à la fois continues et apparentes. La prescription extinctive, elle, s'applique indifféremment aux servitudes discontinues et aux continues. Mais il y a une différence entre les unes et les autres, *quant au point de départ du délai de trente ans.* Quand il s'agit de *servitudes discontinues*, le point de départ de la prescription extinctive est fixé au jour où le titulaire a cessé d'en jouir, c'est-à-dire au jour du dernier acte d'exercice. Quant aux *servitudes continues*,

c'est le jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, par exemple, où les fenêtres ont été bouchées, où les tuyaux de conduite des eaux ont été enlevés. Telle est la règle établie par l'article 707. Mais il est évident que, si la servitude continue n'avait jamais été exercée (par exemple, le propriétaire de la maison à laquelle une servitude de vue a été concédée, n'a pas pratiqué d'ouvertures sur le fonds voisin), la prescription commencerait à courir immédiatement.

Que faut-il entendre par non-usage d'une servitude ? — Le non-usage de l'usufruit se définit aisément. Il n'en est pas de même du non-usage d'une servitude. Il y a à cet égard toute une série de questions difficiles, que la loi n'a pas toutes réglées, et qu'elle ne résout pas toujours d'une façon rationnelle quand elle les envisage.

1° Y a-t-il lieu de distinguer *suivant la nature de l'obstacle* qui s'oppose à l'exercice de la servitude ? Si l'on poussait à l'extrême cette idée, que l'extinction par le non-usage repose sur une présomption de renonciation, on arriverait à cette conséquence, que la prolongation du non-usage ne produirait son effet extinctif qu'autant qu'elle aurait pour cause une *abstention volontaire* de la part du propriétaire du fonds servant, et ne le produirait pas lorsqu'il y aurait *cas fortuit ou force majeure*, comme dans l'hypothèse où une source alimentant un puits soumis à une servitude de puisage aurait tari naturellement. L'abstention du propriétaire du fonds dominant ne pouvant — cela est d'évidence — s'expliquer, dans ce cas, par une renonciation présumée, la servitude revivrait le jour où l'eau reviendrait au puits, même après trente ans écoulés. Il y a des décisions en ce sens (V. not., Riom, 4 juillet 1890, D. P. 91.2.165). Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a repoussé cette distinction (Req., 3 mars 1890, D. P. 91.1.37, S. 90.1.245). L'article 704, en effet, décide formellement et sans distinction, on l'a vu, que la servitude est éteinte, lorsque l'obstacle à son exercice n'a disparu qu'après trente ans d'interruption. Vainement objecte t-on que, si l'interruption ne tient pas à un fait du propriétaire du fonds servant, il a été impossible à l'autre d'interrompre la prescription en agissant en justice. Cette affirmation est inexacte, le propriétaire du fonds dominant, menacé dans son droit par le cas fortuit, incendie, crue de rivière, dessèchement du puits, etc... aurait pu interrompre la prescription, en réclamant de son voisin une reconnaissance de la servitude, ce qui permet d'écarter l'adage : *contra non valentem agere non currit præscriptio* (V. cep. Trib. Ussel, 8 janvier 1898, D. P. 99.2.32).

2° Comment fonctionne la prescription *dans le cas où l'immeuble dominant appartient à plusieurs copropriétaires ?* Il suffit, répond la loi, que l'un des copropriétaires exerce la servitude, pour que celle-ci se conserve au profit de tous (art. 709). De même, si l'un des copropriétaires est un mineur, comme la prescription ne peut pas courir à son détriment (art. 2252), elle se trouve également suspendue au profit de tous les autres (art. 710). De ces deux articles, il résulte que, lorsque l'immeuble deviendra plus tard la propriété d'un seul des co-indivisaires, par l'effet d'un partage, la servi-

tude subsistera, bien que le copartageant, attributaire de l'immeuble auquel est attachée la servitude soit personnellement resté trente ans sans l'exercer. Comment expliquer ce résultat ? On dit ordinairement que la servitude est *indivisible*. L'exercice d'une servitude ne peut pas se partager entre les copropriétaires. Tout acte d'exercice, émané d'un seul, suppose nécessairement le maintien du droit tout entier. Plus exactement, on peut dire que la servitude étant un rapport *entre deux fonds*, l'avantage qui appartient, non à telle ou telle personne déterminée parmi ses propriétaires, mais au fonds lui-même, se trouve conservé, du moment qu'il y a eu un acte de jouissance exercé par qui que ce soit des ayants droit (V. cep. Req., 2 décembre 1845, D. P. 46.1.21, S. 46.1.21 ; 29 août 1853, D. P. 53.1. 230, S. 53.1.707).

3° Le *non-usage partiel* peut-il, sans éteindre entièrement la servitude, en restreindre l'étendue ? L'affirmative résulte de l'article 708, aux termes duquel, « le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière ». Ainsi, je possède une servitude de vue que j'exerce aux moyens de trois fenêtres droites donnant sur votre fonds voisin du mien. Vous bouchez deux de ces fenêtres, et cet état de choses se prolonge trente ans. A l'expiration de ce délai, je conserve toujours ma servitude, mais je ne peux plus l'exercer que par une seule fenêtre.

Il y a là une solution qui est en désaccord avec celle de l'article 709, d'où il résulte, en cas de pluralité d'ayants droit, qu'un usage partiel suffit à conserver *toute la servitude*. Elle est non moins en contradiction avec le principe si rationnel de l'article 2232, d'après lequel les actes de *pure faculté* ne peuvent servir de fondement à la prescription. Enfin, cette règle, si critiquable en soi, n'a même pas le mérite d'être traditionnelle. Les Romains, en effet, professaient que l'exercice partiel de la servitude suffit à la préserver tout entière (Paul, 9, § 1. D., *Si serv. vind.* VIII, 5 ; 2, D., *Quemad. serv. amitt.* VIII, 6 ; 8 § 1, D. *h. t.*). Et cette solution avait été consacrée dans notre ancien Droit. Seul, Domat proposa la solution contraire, cela pour des raisons de pure logique et d'une logique superficielle (*Loix Civiles*, liv. I, tit. XII, sect. 6, n° 5). Notre Code a évidemment erré en consacrant son opinion.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que la Jurisprudence n'ait appliqué qu'avec de grandes réserves la règle de l'article 708. En réalité, elle ne l'admet que lorsqu'il s'agit de servitudes *continues*. Nous avons déjà fourni un exemple en matière de servitude de vue. En voici un autre. Le propriétaire du fonds grevé de la servitude *de ne pas bâtir*, y élève une construction mesurant quatre ou cinq mètres de hauteur. Au bout de trente ans, la servitude se trouve transformée en une servitude *non altius tollendi*, diminutif de la première.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de servitudes *discontinues*, les arrêts n'admettent l'application de l'article 708, que si l'interruption partielle de l'usage résulte d'un fait mettant un obstacle matériel, évident, à la jouissance du titulaire, et non si elle résulte d'une simple diminution d'activité de la part de celui-ci, parce qu'alors on se trouve en présence d'un acte de pure

faculté. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'une servitude de *passage* permettant le passage, soit en voiture, soit autrement. Le fait de passer seulement à pied pendant trente ans ne suffira pas pour restreindre l'étendue de la servitude. Il faudrait, pour qu'il y eût restriction, que le non-usage tînt à l'état des lieux, par exemple, à la disparition du chemin par lequel pouvaient passer les voitures (Civ., 29 août 1882, D. P. 83.1.341, S. 84.1.391 ; Civ., 6 juillet 1897, D. P. 97.1.488, S. 98.1.395 ; Req., 12 janvier 1909, D. P. 1909.1.391, S. 1909.1 32).

Combinaison de la prescription extinctive avec l'usucapion. — On s'est demandé si l'on ne pourrait pas arriver à une abréviation du délai de trente ans de non-usage, fixé par les articles 617 et 706, en combinant la disposition de ces textes avec celle de l'article 2265, qui établit une prescription acquisitive par dix ou vingt ans de possession au profit du possesseur de bonne foi muni, de plus, d'un juste titre. Voici la distinction qui a été admise à cet égard.

S'agit-il d'abord de l'extinction de l'*usufruit*, on supposera que le nu-propriétaire de la chose la possède, avec juste titre et bonne foi, pendant dix ou vingt ans, en en percevant les fruits et revenus (par exemple, il a racheté l'usufruit d'une personne qu'il croyait, à tort, usufruitière). Ici, on admet sans difficulté qu'au bout de l'expiration du délai légal, la chose sera purgée, aux mains du propriétaire, de l'usufruit qui la grevait.

Supposons, au contraire, qu'il s'agisse d'une servitude. Par exemple, un tiers acquéreur a acquis le fonds servant, en ignorant l'existence de ladite servitude, et l'a possédé pendant dix ou vingt ans, sans que le propriétaire du fonds dominant ait fait, pendant ce délai, aucun acte révélant l'existence de la servitude. Y aura-t-il extinction de la servitude au bout de dix ou vingt ans par l'*usucapio libertatis* ? Nos anciens auteurs l'eussent admis (Pothier, *Prescription*, n° 139, éd. Bugnet, t. IX, p. 369). Mais cette opinion est aujourd'hui généralement repoussée, et avec raison, croyons-nous. En effet, il ne peut être question ici, comme en matière d'usufruit, d'une prescription acquisitive. Celui qui jouit pendant dix ou vingt ans d'un immeuble dont il est nu-propriétaire, accomplit bien les actes d'exercice de l'usufruit ; il peut donc usucaper ce droit. Au contraire, celui qui possède un fonds servant comme libre pendant dix ans, *n'exerce pas la servitude ;* il ne peut donc l'usucaper. Il ne peut s'agir à son profit que de prescription libératoire ; et le seul délai imparti à celle-ci par la loi est le délai de trente ans.

L'extinction par le non-usage ne s'applique pas à la propriété. — Nous avons fait de la prescription par le non-usage trentenaire une cause d'extinction propre aux démembrements de propriété. Elle ne s'applique pas, en effet, à la propriété elle-même. C'est à ce point de vue qu'on peut dire que la propriété est un droit perpétuel. Et à ce principe se rattache, avons-nous vu, l'imprescriptibilité des prétendues servitudes naturelles et légales.

Il est vrai qu'un résultat analogue à celui qui découlerait de la pres-

cription extinctive pourrait se produire par le jeu de la prescription acquisitive. Supposons que je cesse de posséder pendant trente ans l'immeuble qui m'appartient. On a beau dire que la propriété ne s'éteint point par le non-usage, si, pendant ce temps, un autre individu a possédé, le jour où je voudrai faire à nouveau acte de propriétaire, je trouverai en face de moi un nouveau maître. Je serai dépouillé, non, il est vrai, par la prescription extinctive, mais par l'acquisitive. Le résultat sera le même. Pas entièrement cependant. Supposons que, pendant ces trente ans d'inertie de la part du *verus dominus*, ce ne soit pas le même possesseur qui ait tenu la chose, mais des possesseurs différents qui ne se trouvent pas en mesure de joindre à leur possession celle de leurs prédécesseurs. S'il y avait prescription extinctive, le dernier possesseur pourrait repousser la revendication du *verus dominus*. Au contraire, du moment où il n'y a place que pour l'usucapion, le défendeur à la revendication ne pourra repousser celle-ci qu'autant qu'il aura possédé personnellement pendant trente années, par lui-même, ou par ses auteurs dont il joint la possession à la sienne.

Une opinion contraire aux principes qui viennent d'être exposés s'est fait jour dans un arrêt retentissant de la Cour de cassation (Req., 5 mai 1879. D. P. 80.1.145, note de M. Ch. Beudant, S. 79.1.313). Une congrégation non autorisée, dite de Saint-Viateur, avait reçu un immeuble en donation. Les héritiers le revendiquèrent, en invoquant la nullité certaine de la donation. Cependant, comme plus de trente ans s'étaient écoulés depuis la donation la Cour de cassation estima que l'action des héritiers devait être repoussée non parce qu'elle se heurtait à une prescription acquisitive (une congrégation non autorisée, être inexistant, ne pouvant usucaper), mais parce que l'action en revendication ou, plus exactement, en nullité de la donation, était éteinte. On invoquait cet argument qu'aux termes de l'article 2262, « toutes les actions *tant réelles que personnelles* se prescrivent par trente ans ». L'argument était évidemment mauvais. La formule de l'article 2262, qui s'explique, dans sa généralité, par le souci qu'avaient les rédacteurs du Code de faire entrer dans un cadre unique les institutions dissemblables de la Prescription extinctive et de l'Usucapion, se retrouve chez nos anciens auteurs (V. Merlin, *Répertoire*, V° *Prescription*, sect. II, § 19), alors que, cependant, ils sont unanimes à décider que la propriété ne s'éteint point par le non-usage, et qu'elle ne peut s'effacer qu'en présence d'un possesseur en situation d'invoquer la prescription acquisitive. D'ailleurs, à quels résultats singuliers aboutissait, en l'espèce, l'arrêt de la Cour de cassation ! Etant admis que l'action en revendication était éteinte, en conformité de l'article 2262, comme, d'autre part, il n'y avait pas eu d'usucapion accomplie au profit d'un possesseur, on se trouvait en présence d'un bien sans maître ; ce bien devait être acquis à l'Etat (art. 713). Ainsi, la prescription, instituée pour consolider les situations acquises, aboutissait à leur bouleversement !

QUATRIÈME PARTIE

GARANTIE JUDICIAIRE DES DROITS RÉELS

Nous traitons, sous cette rubrique : 1° des actions qui protègent, c'est-à-dire au moyen desquelles on peut faire valoir en justice le droit de propriété ou les autres droits réels, en d'autres termes, des *actions réelles*, 2° des règles particulières relatives à la manière de prouver en justice le droit de propriété ou les autres droit réels.

CHAPITRE PREMIER

ACTIONS RÉELLES

Distinction des actions mobilières et des actions immobilières possessoires et pétitoires. — Les actions réelles sont *mobilières* ou *immobilières*, suivant qu'elles ont trait à des droits mobiliers (propriété, usufruit des meubles), ou immobiliers (propriété, usufruit des immeubles, servitudes).

Quant aux actions immobilières, elles sont *pétitoires* ou *possessoires*. Les actions pétitoires sont celles qui mettent en question l'*existence même* du droit réel immobilier. L'action pétitoire s'appelle *revendication*, lorsqu'elle porte sur le droit de propriété, et *action confessoire*, lorsqu'elle porte sur l'usufruit ou sur les servitudes.

Les actions possessoires sont celles qui protègent *le fait seul de la possession* d'un immeuble, sans qu'il y ait débat sur l'existence même du droit réel. Elles permettent au possesseur de défendre, au moins provisoirement, contre toute atteinte, émanât-elle du véritable propriétaire, la situation de fait dont il jouit, et de s'y maintenir, en attendant que son adversaire fasse statuer sur le fond du droit.

La distinction de l'action pétitoire et de l'action possessoire présente de nombreux intérêts pratiques. En voici deux :

A. — La loi n'exige ni la même capacité, ni les mêmes pouvoirs pour les exercer. Elle se montre moins difficile pour l'action possessoire que pour l'action pétitoire. Les personnes investies de la simple capacité ou du simple pouvoir d'administrer, pourront agir au possessoire, non au pétitoire. Ainsi, le tuteur peut, au nom du mineur, agir au possessoire, sans

autorisation du conseil de famille ; le mineur émancipé a de même l'exercice des actions possessoires ; il faudrait, pour agir au pétitoire, au premier une autorisation du conseil de famille, au second l'assistance du curateur. De même, la mari, sous le régime de la communauté, a la disposition des actions possessoires relatives aux immeubles de sa femme ; pour les actions pétitoires, c'est la femme qui les exerce avec son autorisation.

B. — L'action pétitoire est de la compétence des juridictions de droit commun, tribunal civil et cour d'appel ; l'action possessoire, au contraire, dont la solution doit être rapide, est de la compétence des juges de paix (art. 3, al. 2 C. proc. civ.).

Utilité et domaine des actions possessoires. — Deux problèmes dominent cette matière et doivent être d'abord élucidés.

1° *Pourquoi la loi attache-t-elle au seul fait de la possession des conséquences juridiques ?* Pourquoi protège-t-elle le possesseur sans se préoccuper de savoir s'il est ou non titulaire du droit qu'il exerce ? Nous avons déjà rencontré cette question. La solution qu'elle a reçue traditionnellement chez tous les peuples tient à diverses raisons. D'abord à ce fait que, très généralement, la possession accompagne le droit ; le titulaire de celui-ci est presque toujours celui qu'on voit accomplir les actes extérieurs par lesquels se traduit son exercice. Or, même au *verus dominus*, l'action possessoire est utile ; car elle le dispense de faire la preuve, peut-être difficile, de son droit de propriété, et lui permet de repousser les empiétements et usurpations au moyen d'une procédure facile et peu coûteuse. A cet égard, il est vrai de dire, avec Ihering, que la possession est le « poste avancé de la propriété ». Que si, d'autre part, on suppose un possesseur sans titre, le fait de sa possession, pour peu qu'elle se soit prolongée pendant quelque temps, suffit à le rendre plus intéressant que le tiers qui viendrait le troubler. La possession en effet contient en germe la propriété, puisqu'elle y conduit par la prescription ; il est juste et raisonnable que le possesseur puisse défendre l'état de fait dont il bénéficie par un moyen juridique, et sans être tenté de recourir à des voies de fait. Et cette dernière considération est si forte, qu'elle justifie même l'exercice de l'action possessoire à l'encontre du *verus dominus* ; car il n'est pas exorbitant de réclamer de celui-ci qu'il fasse la preuve de son droit, étant donné que la situation de fait contre laquelle il proteste actuellement ne se serait pas produite, s'il avait été plus attentif et plus vigilant.

2° C'est un principe essentiel du Droit moderne que les *droits immobiliers seuls peuvent être l'objet d'une action possessoire* (V. art. 3, al. 2, C. proc.). Il en était autrement en Droit romain. Et même, dans le très ancien Droit français, on rencontrait des actions possessoires mobilières sous le nom d'*aveu* et de *contre-aveu*. D'où vient donc la règle actuelle ?

On répond ordinairement que la maxime de l'article 2279 : « En fait de meubles possession vaut titre », rend inutiles les actions possessoires. Mais cette réponse n'est pas suffisante. Il y a des cas, on s'en souvient, où le propriétaire d'un meuble peut le revendiquer entre les mains du tiers

qui le possède (même si ce dernier est de bonne foi). On comprendrait donc qu'il y eût, dans ces cas, des actions possessoires, pour permettre au possesseur de résister à toute tentative d'usurpation des tiers. La véritable raison de la loi, c'est qu'il serait excessif, pour des objets qui ont le plus souvent peu d'importance, d'engager deux débats successifs, l'un au possessoire, l'autre au pétitoire. « Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre et qui, le plus souvent, excéderaient la valeur des objets de la contestation » (Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, Locré, t. XVI, p. 586). Si tel est le motif de la loi, il faut reconnaître qu'il la justifie mal, quand il s'agit de meubles ayant une grande valeur comme les navires. Aucune raison n'explique alors la différence que notre loi établit entre ces meubles et les immeubles.

A quels droits immobiliers s'applique la protection possessoire ? — *Quid*, en particulier, des servitudes ? — En principe, la protection possessoire appartient à tous ceux qui exercent un droit réel sur un immeuble : propriété, usufruit, servitude, emphytéose, et même dans une certaine mesure, nous le verrons, aux simples détenteurs : locataires, fermiers, créanciers antichrésistes, etc...

Mais diverses situations particulières doivent être envisagées à part.

1° En ce qui concerne les biens du *domaine public*, il y a lieu de faire les distinctions suivantes.

Nous avons vu, d'une part, que l'Etat, le Département et la Commune, bien que leur droit sur les immeubles de leur domaine public ne soit pas l'équivalent du droit de propriété, ont la faculté de s'opposer aux empiétements des particuliers, s'ils préfèrent ce procédé à la voie administrative (Req., 9 janvier 1872, D. P. 72.1.41, S. 72.1.225).

D'autre part, le concessionnaire d'une partie du domaine public peut certainement exercer les actions possessoires contre les tiers qui le troublent. En effet, c'est seulement à l'égard de l'Administration que la possession des terrains concédés est précaire. Contre les autres particuliers qui n'ont pas plus de droit que lui, le concessionnaire doit être muni de la même protection qu'un possesseur proprement dit (Req., 25 juillet 1887, D. P. 89.1.67, S. 90.1.399 ; Cass., Belgique, 31 mars 1898, D. P. 1900.2.475).

En revanche, vis-à-vis de l'Administration elle-même, le concessionnaire ne peut exercer en principe l'action possessoire, vu son caractère de détenteur précaire (Req., 26 octobre 1896, D. P. 97.1.245, S. 97.1.447), à moins que le trouble ne consiste en violences ou voies de fait, auquel cas, ainsi que nous allons le voir, l'action *en réintégrande* lui serait accordée (Civ., 27 février 1878. D. P. 78.1.277, S. 78.1.216).

2° En ce qui concerne l'*usufruitier*, il faut envisager successivement deux catégories d'actions.

A. — Actions que l'usufruitier peut exercer *pour entrer en possession*. — Lorsque le nu-propriétaire refuse à l'usufruitier la délivrance des biens, celui-ci peut intenter contre lui l'*action réelle* de caractère pétitoire, correspondant à la revendication, laquelle, lorsque l'usufruit a pour objet des

choses corporelles, meubles ou immeubles, porte le nom traditionnel d'*action confessoire d'usufruit*. En outre, si l'usufruit résulte d'un acte volontaire, contrat ou testament, l usufruitier a une *action personnelle en délivrance* fondée sur le contrat ou le testament.

Quand l'usufruit porte sur une créance ou un autre bien incorporel, l'usufruitier n'a pas d'action réelle correspondant à l'objet même de l'usufruit, mais il peut exiger du nu-propriétaire la remise des titres matériels constatant l'existence de la créance.

B. — Actions qu'il peut exercer *pendant l'usufruit, quand il est troublé dans l'exercice de son droit.* — Si, pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier est troublé, soit par un tiers, soit par le nu-propriétaire lui-même, il a, pour se défendre, les *actions possessoires ;* car, s'il est détenteur précaire tenu de restituer à la fin de l'usufruit, il est possesseur jusque-là *en tant qu'usufruitier* ; et il peut se prévaloir de sa possession à l'égard de tous, y compris le nu-propriétaire.

Rappelons ici que l'article 614 prescrit à l'usufruitier de dénoncer au nu-propriétaire toute tentative d'usurpation commise par un tiers. En effet, le nu-propriétaire qui ne jouit pas de la chose, mais qui doit cependant être considéré comme la possédant, lui aussi, par l'intermédiaire de l'usufruitier, a certainement l'exercice des actions possessoires. Il y a même telle hypothèse où il serait seul en état de les exercer contre les usurpateurs, étant donné que la disposition des actions possessoires exige, comme nous le verrons, une possession annale, dont l'usufruitier ne pourra pas toujours justifier. Mais, pour agir à temps, il faut être prévenu des empiétements commis par les tiers ; c'est pourquoi l'usufruitier doit en instruire le propriétaire, sous peine d'être responsable envers lui de tout le préjudice qu'il pourrait subir, faute d'avoir été averti en temps utile.

Ajoutons, cela va sans dire, que, pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier jouit également de l'*action confessoire* d'usufruit contre tous ceux qui élèvent, au fond, une prétention contraire à son droit.

3° Examinons maintenant les actions en justice auxquelles les *servitudes* peuvent donner lieu.

Quand un différend s'élève entre deux propriétaires au sujet de l'existence d'une servitude, il peut donner lieu le plus souvent à deux procès, l'un au possessoire, l'autre au pétitoire.

Supposons, par exemple, que l'un de mes voisins ouvre une fenêtre dans le mur séparatif de nos deux fonds, ou déverse sur mon fonds l'égout de son toit. Troublé dans la possession de mon droit de propriété, pourrai-je faire cesser ce trouble au moyen de l'action possessoire ? Incontestablement oui. Il s'agit ici de défendre la possession correspondant au droit de propriété. C'est donc en vain que le voisin soutiendrait qu'il est bien titulaire d'une servitude de vue ou d'égout des toits ; il faudra qu'il interrompe ses agissements, quitte à intenter ensuite contre moi l'action pétitoire, action à laquelle on donne le nom traditionnel d'*action confessoire de servitude.*

Supposons maintenant que mon voisin exerce sur mon fonds la servitude de vue ou d'égout, depuis plus d'un an, d'une façon paisible. Le jour où je

voudrais l'obliger à supprimer ses fenêtres ou ses égouts, ou bien le jour où je commencerais des travaux en vue de boucher ses fenêtres ou ses conduites d'eau, ce serait alors lui qui pourrait se défendre contre mes entreprises par l'action possessoire. En effet, celle-ci protège, en principe, la possession correspondant à tous les droits réels immobiliers. Grâce à cette action possessoire, le voisin m'obligera à suspendre mes entreprises. Il ne me restera que la faculté d'intenter contre lui, si je me crois en situation de le faire avec succès, l'action pétitoire dite *action négatoire de servitude*, afin de prouver que la prétendue servitude n'a jamais existé, et que la situation dont le prétendu possesseur se prévaut à mon égard ne correspond qu'à des actes de pure tolérance accomplis sans droit.

Cependant, ce que nous venons de dire ne s'applique pas toujours. Et il faut faire ici une distinction fondamentale. En effet, les actes d'exercice d'une servitude ne prennent le caractère d'une véritable possession protégée par la loi, que s'il s'agit d'une *servitude continue et apparente*, comme celles que nous venons de prendre pour exemple. Quand, au contraire, la servitude exercée est une servitude *non apparente* ou une servitude *discontinue*, les actes d'usage ne constituent pas une véritable possession. Ils sont présumés être des actes de pure tolérance ou de simple faculté. Nous avons déjà rencontré une conséquence de cette idée, à savoir que les servitudes en question ne peuvent s'acquérir par la prescription. En voici une nouvelle : c'est que l'exercice des servitudes *discontinues* ou *non apparentes* n'est pas protégé par les actions possessoires. Dès lors, quand le propriétaire du fonds assujetti s'oppose à la continuation de cet exercice, l'autre partie *doit interrompre ses actes de jouissance*, quitte, si elle le peut, à prouver l'existence du droit qu'elle invoque par l'action confessoire. C'est ce que la Jurisprudence a maintes fois décidé à propos des troubles apportés notamment à l'exercice d'*un droit de passage*. Elle a refusé l'action possessoire au propriétaire troublé dans la jouissance du chemin par lequel il passait depuis des années, par cette raison que la servitude de passage est une servitude discontinue (V. not., Req., 13 juillet 1897, D. P. 98.1.247).

Toutefois cette même jurisprudence apporte à cette solution plusieurs tempéraments qui atténuent ce qu'elle a de trop rigoureux.

Premier tempérament. — Nous le connaissons déjà. Lorsque le demandeur soutient, non pas qu'il exerce une servitude, mais qu'il est propriétaire ou copropriétaire du chemin sur lequel il passe, il peut se faire maintenir en possession, à condition toutefois que les actes qu'il invoque soient de nature à faire présumer, non une servitude, mais un véritable droit de propriété. De même, quoique la servitude de puisage soit discontinue, l'action possessoire peut être exercée pour faire respecter la jouissance d'un puits, si les actes accomplis par le demandeur correspondent, non à la jouissance d'une servitude, mais bien à la propriété réelle du puits litigieux (Req., 7 avril 1894, D. P. 94.1.393, note de M. Poncet, S. 98.1.453).

Second tempérament. — Quand celui qui exerce la servitude *invoque un*

titre à l'appui de sa possession, ce titre enlève aux actes d'exercice leu caractère de tolérance et de précarité, et ceux-ci peuvent, dès lors, servir de base à une action possessoire. Cette solution, admise par de très nombreux arrêts, est traditionnelle. Elle se justifie aisément. Le titre consolide la possession. Il n'est pas nécessaire, du reste, que le titre constitue en lui-même la preuve complète du droit invoqué. Il suffit, dit la Cour de cassation, qu'il *fasse présumer*, par ses énonciations, que la possession n'est pas entachée de précarité, mais s'exerce en vertu d'un droit (Req., 13 juin 1888, D. P. 89.1.196, S. 88.1.408 ; Req., 14 novembre 1910, D. P. 1911.1.63, S. 1911.1.96).

Troisième tempérament. — Enfin, quand la servitude discontinue ou non apparente est établie par la loi elle-même, par exemple, *le droit de passage en cas d'enclave*, le propriétaire peut se faire maintenir en possession de la servitude, à la condition de prouver que les conditions exigées pour l'existence de la servitude légale se trouvent réunies, c'est-à-dire, dans l'exemple choisi, à condition de prouver que son fonds n'a pas d'issue sur la voie publique (Req., 10 décembre 1906, D. P. 1907.1.288, S. 1907.1.135). C'est que ici, comme dans les cas précédents, le possesseur invoque un titre à l'appui de sa possession : ce titre, c'est la loi.

Quelles sont les diverses actions possessoires ? — D'après les textes, il y a trois sortes d'actions possessoires. Le Code civil n'en signalait qu'une dans l'article 2060, 2° aujourd'hui abrogé : la *réintégrande*. Quant au Code de procédure civile qui consacre un titre aux *jugements sur les actions possessoires* (art. 23 à 27), il n'en cite aucune. Mais la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix (art. 6, 1°) a donné la liste des actions possessoires, liste que la loi du 12 juillet 1905 concernant la compétence des juges de paix (art. 7, 2°) a reproduite. Ces textes indiquent trois actions possessoires : la *complainte*, l'*action en réintégrande*, la *dénonciation de nouvel œuvre*, et ils ajoutent « et autres actions possessoires » ; mais disons aussitôt qu'il n'y a pas d'autres actions possessoires que les trois qui viennent d'être énumérées.

Malgré la distinction ainsi faite par le législateur, la doctrine soutient qu'il n'y a en réalité qu'*une seule action possessoire*, à laquelle on donnerait des noms différents, suivant les circonstances de fait dans lesquelles on l'exerce, mais qui exigerait toujours les mêmes conditions. Et, à l'appui de cette opinion, elle invoque la tradition. Les trois actions possessoires, démontre-t-on, s'étaient fondues en une seule au XIVe siècle, si bien que la Coutume de Paris ne mentionnait qu'une seule action possessoire « en cas de saisine et nouvelleté » (art. 96)[1]. Comment les Codes modernes auraient-ils bouleversé ces notions séculaires, alors que rien, dans leurs travaux préparatoires, n'annonce une telle intention ?

Nous croyons cependant qu'il faut maintenir la distinction des diverses actions possessoires, au moins pour deux d'entre elles, la *complainte* et

1. Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc.*, 2e éd., par Cézar-Bru, t. 1er, § 349, p. 584.

la *réintégrande*. En effet, cette distinction présente, d'après la Jurisprudence, des intérêts pratiques importants quant aux conditions exigées pour l'exercice des actions possessoires. Et les différences ainsi introduites par la Jurisprudence entre la *complainte* et la *réintégrande* ont, *en étendant le champ de la protection possessoire*, des résultats trop heureux pour que nous hésitions à les admettre.

Pour ce qui est de la *dénonciation de nouvel œuvre*, nous verrons que ce n'est qu'une variété de la complainte.

Action en complainte. Ses conditions d'exercice. — *La complainte* est, comme on l'a dit justement, l'action possessoire par excellence. C'est l'action donnée au possesseur troublé par un tiers, pour faire cesser ce trouble immédiatement. Il ne s'agit pas ici du *trouble matériel* résultant par exemple d'une agression ou du fait de l'individu qui pénètre sans droit chez moi, coupe mes arbres, arrache mes fruits, brise mes vitres. Contre ce trouble, le possesseur, le détenteur, quel qu'il soit, se défendra en réclamant à son auteur des dommages-intérêts. Il s'agit du *trouble fondé sur une prétention juridique*, c'est-à-dire de la prétention d'un tiers qui se comporte de telle façon, soit en fait, soit en droit, qu'il manifeste son intention de contester mon droit à la possession, parce qu'il se prétend lui-même possesseur. « On entend par trouble, disent Aubry et Rau (5e éd., t. 2, § 187, p. 231), tout fait matériel ou tout acte juridique qui, soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui. » Par exemple, il y aura trouble (trouble de fait), si un voisin exécute des travaux de curage sur la partie du cours d'eau qui m'appartient (Civ., 30 juin 1869, D. P. 69.1.494, S. 69.1.449), ou encore (trouble de droit), si un arrêté administratif classe un sentier, dont je jouis comme propriétaire exclusif, parmi les chemins ruraux appartenant à la commune (Civ., 15 avril 1890, D. P. 90.1.442, S. 91.1.125). Trouble de droit ou trouble de fait, l'un et l'autre donnent lieu à l'exercice de l'action possessoire, pourvu qu'ils impliquent une prétention contraire à la possession d'autrui (Req., 21 janvier 1896, D. P. 96.1.550).

Pour pouvoir intenter la *complainte*, il faut plusieurs conditions :

1° Il faut tout d'abord être en possession, et avoir une possession qui ne soit entachée d'aucun vice (art. 23, C. Proc. civ.), qui réponde en un mot aux conditions de l'article 2229 (possession *continue*, *paisible*, *publique*, *non équivoque* et *non précaire*).

2° Il faut être en possession *depuis un an au moins* (art. 23, C. Proc. civ.). C'est là une règle fort importante. La loi ne donne pas au possesseur la protection contre les tiers, dès le début de sa possession. Elle exige que celle-ci se soit affirmée pendant au moins un an. Il n'en est pas de même, nous nous en souvenons, pour la prescription acquisitive, puisque le possesseur commence à prescrire dès le jour où il entre en possession.

3° Enfin, il faut que le possesseur troublé intente l'action *dans le délai d'un an* à compter du trouble (art. 23, C. Proc. civ. et art. 7, 2°, loi du 12 juil-

let 1905). En effet, si le possesseur a supporté le trouble que lui cause le tiers, pendant un an sans agir, c'est qu'il n'a pas confiance dans son droit ; sa possession ne mérite plus d'être protégée.

En somme, deux catégories importantes de possesseurs sont exclus du bénéfice de la complainte, ceux qui ne possèdent pas depuis un an, et les détenteurs précaires.

Les mêmes règles s'appliquent à la *dénonciation de nouvel œuvre*. Cette action, variété de la complainte, avons-nous dit, a pour objet d'empêcher un *trouble éventuel*, que font craindre des travaux entrepris par le voisin. Sans attendre leur achèvement et, par conséquent, la réalisation du trouble, le possesseur demande la suspension de ces travaux. Par exemple, j'ai une servitude de vue sur le fonds voisin, et le propriétaire de ce fonds commence l'édification d'un mur qui empêchera l'exercice de ma servitude. Je peux le forcer à interrompre ses travaux en cours par l'action en dénonciation de nouvel œuvre (Cf. Req., 31 janvier 1876, D. P. 76.1.112, S. 76.1.148).

La réintégrande. Son champ d'action plus étendu. — Cette action possessoire est celle qui sert de sanction aux troubles résultant d'*actes de violence, portant une atteinte directe à la possession*, et *entraînant la dépossession du possesseur*. On le voit, les actes contre lesquels le possesseur est protégé par cette voie de recours, sont des actes d'une gravité particulière. Aussi est-il rationnel que cette action soit plus largement accordée que la complainte.

C'est précisément en ce sens que s'est exercée l'œuvre utile et intelligente de la Jurisprudence. Contrairement à la Doctrine qui, nous l'avons dit, ne voit dans la réintégrande qu'une variante de la complainte, la Jurisprudence en fait une action bien distincte qu'elle donne plus libéralement, non seulement au possesseur, mais à tout *détenteur même précaire* d'un immeuble, locataire, fermier, etc. (Req., 22 janvier 1878, D. P. 78.1.316, S. 78.1.216 ; Civ., 4 juin 1904, D. P. 1904.1.475, S. 1905.1.93).

De plus, la réintégrande n'exige pas non plus, comme la complainte, une possession annale ni même continue (Req., 14 mars 1876, D. P. 78.1.68, S. 76.1.266). Elle ne requiert qu'une condition, une détention *paisible et publique*. Car ni celui qui vient d'usurper lui-même la chose par la violence, ni celui qui dissimule sa possession aux yeux des intéressés, ne méritent à aucun titre la protection de la loi.

C'est par application de cette idée que le simple concessionnaire du domaine public pourra, comme nous l'avons vu, opposer la réintégrande aux actes par lesquels l'Administration l'aurait dépouillé de vive force. De même, ce serait en vain que l'Administration ou, à plus forte raison, un particulier agissant en vertu d'une autorisation administrative, telle qu'un arrêté municipal d'alignement, invoquerait que la dépossession du détenteur résulte d'un acte d'administration, pour contester la compétence de l'autorité judiciaire. L'individu lésé aura néanmoins le droit d'exercer la réintégrande devant le juge de paix (Req., 24 novembre 1890, D. P. 92.1.16 ; Req., 21 juillet 1897, D. P. 98.1.345, note de M. Guénée).

Pour justifier ces solutions si vivement controversées, la Jurisprudence invoque divers arguments de texte, qui prouveraient que la réintégrande est une action distincte des autres. Mais surtout elle fait valoir un motif d'ordre social qui est déterminant: « Toute possession, même la plus imparfaite, doit être à l'abri des violences, et l'ordre social exige avant tout la répression des voies de fait : *Spoliatus ante omnia restituendus.* » Contre ce système, la Doctrine a, sans peine, élevé des objections théoriques très nombreuses. Certes, elle n'a pas eu de peine à démontrer que la thèse de la Jurisprudence va à l'encontre de notre théorie traditionnelle de la possession. Mais c'est précisément parce que cette théorie traditionnelle, en refusant la protection possessoire aux simples détenteurs du bien d'autrui, dépourvus d'*animus domini*, s'avérait comme injuste et pratiquement insuffisante, que la Jurisprudence a fait œuvre utile en lui apportant ici un correctif important, retouche audacieuse d'un système législatif vieilli, et qui le rapproche, en fait, de celui des Codes étrangers plus récents que le nôtre. Ce sont, il faut le reconnaître, les besoins impérieux de la vie juridique et les exigences de l'équité qui ont conduit la Jurisprudence à élargir ainsi la protection possessoire. Sans doute, la Doctrine est dans le vrai, quand elle fait observer qu'il n'y a pas de motif pour ne pas accorder dans les mêmes conditions la *complainte*. On l'a dit avec raison : « Les arguments allégués pour dispenser le demandeur en réintégrande de la possession annale et de l'*animus domini*, pourraient être invoqués avec une force presque égale en matière de complainte, car le trouble est une atteinte à l'ordre aussi bien que la dépossession » (Garsonnet, *op, cit.*, t. 1er, § 368, p, 663). Mais, si la Jurisprudence n'est pas allée plus loin, c'est qu'elle se heurtait ici au texte formel de l'article 23 du Code de procédure civile, lequel n'accorde les actions possessoires qu'à ceux qui, « *depuis une année au moins* », sont « en possession paisible, par eux ou les leurs, à *titre non* précaire ». Pour échapper aux dispositions si formelles de ce texte, il a fallu que la Jurisprudence fît à la réintégrande une place absolument à part, en décidant qu'elle ne constitue une action possessoire que *latissimo sensu*, étant « donnée bien moins pour la garantie et la conservation de la possession, que pour la réparation du fait illicite et contraire à la paix publique dont s'est rendu coupable l'auteur d'une dépossession consommée par voie de fait ». (Aubry et Rau, t. 2, p. 249). L'action en *réintégrande* apparaît donc comme hors du cadre des actions possessoires proprement dites. Et d'aucuns vont même jusqu'à lui dénier le caractère d'action réelle, pour y voir une action personnelle en réparation du préjudice causé par une voie de fait. Or, il tombe sous le sens que la Jurisprudence ne pouvait faire le même raisonnement pour la *complainte* qui est l'action possessoire par excellence. Et c'est pour ce motif qu'elle est restée à mi-chemin.

CHAPITRE II

DE LA PREUVE DES DROITS RÉELS ET EN PARTICULIER DE LA PROPRIÉTÉ[1]

Position de la question. Idées générales. — Nous supposerons qu'il s'agit de la preuve du droit de propriété à administrer dans un procès en revendication. Mais l'intérêt de la question dépasse cette hypothèse. D'une part, il peut s'agir d'un litige relatif à des droits réels différents. D'autre part, en se restreignant même au droit de propriété, on doit observer que ce n'est pas seulement à l'appui d'une demande en revendication exercée contre un usurpateur, que le propriétaire peut être appelé à faire la preuve de son droit. Il peut avoir besoin de l'établir dans bien d'autres circonstances encore, par exemple, pour démontrer son droit à une indemnité en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou encore pour obtenir des dommages-intérêts, si la chose qu'il prétend lui appartenir a été endommagée par autrui. Les explications que nous allons fournir pour le cas d'une revendication s'appliqueront, *mutatis mutandis*, à toutes les autres hypothèses.

Un premier point à élucider est celui de savoir si les règles générales énoncées par le Code en matière de preuves, sous les articles 1315 et suivants, peuvent trouver application en notre matière. Nous verrons que la Jurisprudence semble souvent les éluder. Ce n'est point, comme on l'a prétendu, que les articles 1315 et suivants du Code soient, d'après la rubrique sous laquelle ils figurent, consacrés à la *preuve des obligations et du paiement* et non à celle des droits réels. En réalité, les règles écrites dans le Code civil ont trait à la preuve des actes et des faits juridiques en général. On pourrait donc à première vue en conclure que la preuve à administrer dépend de la nature de la source juridique dont on prétend faire découler son droit de propriété. L'a-t-on acquis par suite d'un *acte juridique* (vente, échange, partage, donation), il y aurait, en principe, nécessité pour le demandeur de produire un écrit, conformément à la règle essentielle des articles 1341 et suivants. Prétend-on, au contraire, que la propriété résulte d'un *simple fait*, comme celui de la possession prolongée, on pourrait recourir à tous les modes de preuve possibles, y compris les présomptions simples et la preuve testimoniale (art. 1348), comme cela est de règle

1. V. Debrand, *Essai sur la preuve de la propriété immobilière*, Revue Bourguignonne 1893; Emmanuel Lévy, *Preuve par titres du droit de propriété immobilière* thèse Paris, 1896; Beudant, note, D. P. 94.2.329; Percerou, note. D. P. 1902.2. 353; Ripert, note, D. P. 1908.1.413; Appleton, *De la revendication et de la Publicienne en Droit français*, Revue critique, 1889, t. XVIII.

chaque fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale du fait que l'on invoque. La vérité c'est que, même lorsque la propriété se fonde soi-disant sur un acte juridique, il y a lieu d'écarter l'application des règles qui sembleraient s'imposer en vertu des principes généraux. Nous verrons bientôt pourquoi. En réalité, le système admis par la Jurisprudence en matière de preuve de la propriété constitue un système très original et très difficile à rattacher aux dispositions générales de notre Droit.

Il y a cependant à tout le moins — cela est d'évidence — une des règles positives écrites dans le Code à propos des preuves, dont il faut faire ici l'application, à savoir celle de l'article 1315. Le sens de cette disposition c'est que la charge de la preuve incombe toujours à celui qui prétend modifier un état de choses actuellement établi. Il en résulte que le possesseur actuel de la chose revendiquée n'a, en principe, rien à prouver. Il n'a qu'à attendre que son adversaire prouve contre lui. Tous les avantages de la défensive sont pour lui. C'est ce qui souvent donne un si grand intérêt à l'action possessoire, en vertu de laquelle le possesseur, un instant dépouillé de la chose, peut se faire remettre en possession. L'intérêt de cette solution n'est pas tant de procurer à un possesseur, menacé d'éviction, l'avantage d'une prolongation peut-être éphémère de sa jouissance ; c'est de lui conserver le bénéfice consistant à n'avoir rien à prouver et à rejeter sur son adversaire le fardeau d'une preuve difficile.

Preuve de la propriété mobilière. — Ici, aucune difficulté théorique ni pratique ne se rencontre. En vertu de l'article 2279, le possesseur de bonne foi est protégé contre toute revendication, et la bonne foi est présumée jusqu'à preuve du contraire. Celui qui revendique un meuble devra donc commencer par prouver que son adversaire, le possesseur actuel, est de mauvaise foi, ou que sa possession ne réunit pas les conditions requises par la loi. Cela fait, il lui restera à démontrer qu'il avait lui-même *possédé la chose auparavant*. Cela équivaut à prouver sa propriété, puisque la possession (présumée de bonne foi) dont il avait joui précédemment, avait constitué pour lui l'*équivalent d'un titre*.

Rappelons qu'il y a un cas où la première des deux démonstrations ci-dessus sera épargnée à celui qui revendique l'objet mobilier, et où il n'aura à démontrer que sa possession antérieure. C'est le cas où il établira qu'il a été dépossédé de la chose, depuis moins de trois ans, par suite d'une perte ou d'un vol (art. 2279, al. 2).

Preuve de la propriété immobilière. Sa difficulté théorique. — C'est lorsqu'il s'agit de la propriété immobilière que l'on rencontre de grandes difficultés, au moins théoriques. Celui qui veut démontrer sa propriété doit établir le fait d'où résulte son droit. Or, en dehors du cas d'occupation, il y a deux hypothèses à distinguer : ou bien le propriétaire tient son droit de la loi qui le fait résulter de tel ou tel fait, par exemple, de la possession prolongée ; ou bien son droit provient d'un acte volontaire (vente, donation, échange, etc.) qui lui a transféré la propriété.

Si le prétendu propriétaire est en mesure de démontrer qu'il a possédé, par lui même ou par ses auteurs, pendant le temps requis pour la prescription (ce qu'il établira par tous les moyens de preuve possibles, conformément à la règle de l'article 1348), toute difficulté est abolie. Il est dispensé de produire aucun titre ; la démonstration de son droit est faite à l'égard de tous. Et c'est là précisément, on s'en souvient, l'utilité principale de l'institution de la prescription. Seulement, la démonstration à faire n'est pas toujours possible. Celui qui se prétend propriétaire invoque peut-être une acquisition remontant à moins de trente ans. En fût-il autrement, il peut lui être difficile d'établir les faits d'où résulterait une possession continue, par lui ou par ses auteurs, durant ce délai. Supposons cependant qu'il soit à même de le faire. Il arrivera fréquemment que son adversaire sera à son tour en situation d'invoquer à son encontre une cause de suspension de la prescription, dont il aurait bénéficié, ou qui se serait produite au profit d'un de ses auteurs. Il faut alors, l'accomplissement de la prescription n'ayant pas eu lieu ou ne pouvant se démontrer, que le demandeur établisse son droit par la production des titres de transmission qui, prétend-il, l'ont rendu propriétaire. Or ce mode de démonstration va se heurter à deux obstacles, théoriquement presque insurmontables.

1° Supposons que le prétendu propriétaire ait produit l'acte de vente, de donation ou d'échange dont il tiendrait son droit. Cela ne suffit pas ; car le titre n'est valable qu à la condition d'émaner *d'un auteur qui fût lui-même propriétaire*. Il faut donc que l'acquéreur démontre aussi le droit de son auteur, c'est-à-dire produise l'acte de vente ou de donation qui a transféré la chose à celui-ci, puis l'acte qui avait rendu propriétaire l'auteur de son auteur. Et ainsi de suite à l'infini ! *Probatio diabolica*, a-t-on pu dire d'une telle démonstration !

2° Il y a pis encore. Vous produisez, à l'encontre d'un possesseur, Secundus, usurpateur de la chose, dites-vous, l'acte d'où il résulte que vous avez acquis régulièrement l'immeuble de Primus. Si nous nous en tenons aux règles ordinaires en matière d'actes juridiques, il semble bien que Secundus va pouvoir vous répondre : Je ne conteste pas votre acte d'acquisition, mais il ne m'est pas opposable. Passé entre vous et Primus, il est pour moi *res inter alios acta* ; il ne peut me préjudicier. Vous pouvez l'opposer à celui de qui il émane, mais non à moi qui n'y fus point partie. Et telle paraît bien devoir être la conséquence logique d'un système législatif qui, rejetant le procédé d'une *investiture publique*, fait résulter l'acquisition des droits réels, c'est-à dire de droits *absolus*, de tractations privées sur lesquelles pèse le principe essentiel de la *relativité des actes juridiques*.

A la vérité, certains arrêts ne se sont pas embarrassés pour si peu. Ils ont délibérément aboli l'objection, en décidant que les actes de transmission des droits réels devaient avoir effet à l'égard de tous (V. Civ., 22 juin 1864, D. P. 64.1.412 ; Req., 20 février 1900, D. P. 1900.1.250). « Attendu, lisons-nous dans un de ces arrêts, que la propriété, aux termes de l'article 711, s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations, que la propriété étant un droit réel absolu, opposable à tous, l'acte qui constate cette transmission

doit avoir la même force *erga omnes*, etc... » Il n'y a rien là de moins qu'une confusion entre le *droit* transmis et l'*acte* translatif. Certes, le droit de propriété est opposable à tous ; mais encore faut-il qu'il existe. Or, s'il résulte d'un acte non opposable au possesseur actuel, *il n'existe pas à l'égard de ce dernier*. Il faut donc trouver d'autres moyens de résoudre la difficulté.

Antécédents historiques. La Publicienne. — Le problème que nous venons d'indiquer s'était déjà présenté, sous une forme, il est vrai, d'abord très différente, en Droit romain, et il avait été résolu grâce à l'emploi de l'action Publicienne. Il est nécessaire que, sans entrer d'ailleurs dans les controverses d'érudition qu'elle a soulevées, nous donnions un aperçu des applications successives de cette action (V. Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6e éd., p. 357 s.).

Dans le Droit romain ancien, l'acquisition de la propriété quiritaire se faisait par la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. Dans le cas d'une simple vente suivie de tradition, l'acquéreur recevait seulement la chose *in bonis* ; il n'en acquérait pas la propriété, au sens strict du mot. L'acquéreur était à l'avenir, protégé contre une revendication de son vendeur par l'exception *rei venditæ et traditæ* ; contre les tiers, il était armé des interdits possessoires. Mais que pouvait il faire, s'il venait à perdre la possession, sans pouvoir exercer les interdits, et avant d'avoir usucapé ? Contre le tiers usurpateur, il n'avait pas la revendication, réservée au seul *dominus*. Une action prétorienne fut donc créée par le préteur Publicius. Cette action dite Publicienne, ou quelquefois *vindicatio utilis*, est une action *fictice*. Le préteur, en délivrant la formule, *feint* que le demandeur ait déjà accompli l'usucapion. L'action est d'ailleurs subordonnée à la réunion, en la personne du revendiquant, des conditions nécessaires pour permettre l'usucapion, c'est-à-dire la *juste cause* et la *bonne foi ;* une seule des conditions de l'usucapion est écartée ou, du moins, n'existe que *fictivement*, à savoir le temps.

Plus tard, la théorie de la Publicienne devait subir une transformation qui la rattache plus directement à notre problème actuel. La distinction des propriétés quiritaire et bonitaire s'était effacée. La tradition était devenue le mode normal d'acquisition des droits réels ; mais, pour qu'elle pût avoir cet effet, une condition restait requise, c'était que l'auteur de la livraison fût bien le *verus dominus*. Sauf au cas unique d'acquisition d'une chose du Fisc (14, Inst. J., II, 6), l'acquéreur, pour démontrer sa propriété, devait donc prouver le *dominium auctoris* (Ulpien, 20, pr. D. *de acquir. rer. dom.*, XLI, 1), et on se heurtait, dès lors, aux mêmes difficultés que de nos jours. On y remédia par une nouvelle application de la Publicienne, dérivant, soit d'une extension de l'Edit de Publicius, soit d'un édit nouveau et distinct. On feignit que celui qui a reçu la chose d un *tradens*, dont il ne peut démontrer le *dominium*, eût déjà usucapé. Dès lors, il pouvait revendiquer utilement cette chose entre les mains d'un usurpateur. Toutefois, il subsistait deux cas embarrassants.

1° Il se pouvait que le possesseur, défendeur à la revendication, fût juste-

ment le *verus dominus*. En ce cas, la revendication prétorienne se heurtait à l'exception *justi dominii* (Neratius, 17, D., *de public. in rem act.*, VI, 2).

2° Il se pouvait que le défendeur à la revendication fût lui-même *in causa usucapiendi*, c'est-à-dire en situation, lui aussi, d'invoquer, le cas échéant, la fiction Publicienne. Pourquoi alors donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre ? Dans ce cas, on se trouve, en somme, en présence d'un conflit entre *deux possessions*. On le résoudra *en comparant ces possessions*, l'ancienne et l'actuelle. Le demandeur aura la préférence, s'il appert qu'il ait une *possession meilleure*, rendant plus probable son droit, par exemple, s'il peut justifier du *juste titre* et de la *bonne foi*, alors que le défendeur, possesseur actuel, ne réunit pas ces deux conditions, ou encore si, ayant tenu la chose du même auteur, le demandeur justifie d'une possession plus ancienne (Ulpien, 9, § 4, D., *h. t.*). Mais si les deux adversaires tiennent leur possession d'auteurs différents, il semble bien que, le défendeur étant en état, comme le demandeur, de justifier d'un juste titre et de sa bonne foi, il peut opposer l'exception publicienne à la revendication et reste, dès lors, en possession de la chose (Ulpien, 7, § 8, D., *h. t.*).

Il est vraisemblable que, dans le dernier état du Droit romain, cette action Publicienne, dans sa seconde application, si elle ne se confondit pas, comme on l'a prétendu, avec la revendication, la rejeta du moins dans l'ombre, parce que, plus commode, dans la majeure partie des cas, elle dispensait le demandeur de la preuve difficile de la propriété. Elle fut utilisée de même dans notre ancien Droit, qualifiée par nos anciens auteurs d'action *in rem utilis* par opposition à l'action *in rem directa*, dénomination réservée pour le cas où le demandeur était à même de justifier du *dominium auctoris* (Pothier, *De la propriété*, n° 323).

Jurisprudence actuelle. — Les décisions très nombreuses de la Jurisprudence actuelle en cette matière peuvent se ramener aux trois cas suivants :

Premier cas. — Primus est en possession de l'immeuble, sans avoir de titre. Secundus revendique cet immeuble, sans pouvoir, lui non plus, produire de titre justifiant que la propriété lui ait été transférée par un propriétaire antérieur. Il semble que sa demande devrait être repoussée *de plano*, par simple application du principe de l'article 1315, dont on peut voir une conséquence dans l'adage *In pari causa melior est possidentis*. Cependant, la jurisprudence a, de bonne heure, admis que le revendiquant l'emportera, s'il justifie d'une possession *plus ancienne* que celle du défendeur, à condition que sa possession à lui ait été meilleure, *mieux caractérisée* (Req., 22 décembre 1891, D.P. 92.1.512, S. 92.1.24; Civ. 26 décembre 1921, S. 1921. 1.297, note de M. P. Esmein). Qu'est-ce à dire ? Qu'est-ce qui peut rendre la possession antérieure du revendiquant *mieux caractérisée* que celle du possesseur actuel ? Ce peut être d'abord que celui-ci ne remplit pas les conditions de l'article 2229 (possession paisible, continue, à titre de propriétaire, etc...), tandis que la possession ancienne du revendiquant les réunissait. Ce peut être encore, si tous deux répondent aux conditions requises

par l'article 2229 pour qu'une possession puisse conduire à l'usucapion, ce fait que le revendiquant a possédé en vertu d'un titre, ne fût-il pas démontré que ce titre émane du *verus dominus*, tandis que le possesseur actuel ne peut rattacher sa possession à aucun titre. Ce peuvent être enfin les indications du cadastre (Grenoble, 13 février 1891, D. P. 93.2.90, S. 93 2.221 ; Limoges, 29 juillet 1891, D. P. 92.2.402). Que si la possession ancienne du revendiquant ne présente aucune supériorité sur celle du défendeur, aucun indice permettant de la présumer meilleure et mieux caractérisée, la revendication doit être repoussée (Civ., 10 janvier 1860, D. P. 60.1.74, S. 60.1. 340). Et, dans ce premier cas, il saute aux yeux que notre revendication actuelle ressemble singulièrement à la Publicienne.

Second cas. — Primus est en possession. Secundus revendique et ne justifie pas qu'il ait lui-même possédé plus anciennement ; mais il produit un *titre*, c'est-à-dire un écrit attestant que l'immeuble lui a été vendu ou donné, à lui ou à l'un de ses auteurs, *avant* que Primus en ait pris possession. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas, semble-t-il, de comparer les deux possessions successives. Les hésitations ont été plus grandes que pour le cas précédent. Mais, depuis 1864, la Jurisprudence s'est formée en ce sens que le demandeur produisant un titre de ce genre, devra l'emporter (Civ., 22 juin 1864, D. P. 64.1.412, S. 64.1.349 ; Req., 17 juillet 1894, D. P. 95.1.152). Bien entendu, il faut que le titre n'émane pas du demandeur lui-même, que ce ne soit point, par exemple, un plan d'alignement dressé par une commune, et que celle-ci produirait à l'appui de sa propre revendication (Aix, 18 février 1892, D. P. 92.2.483). Mais, du moment que le titre produit par le demandeur émane d'un tiers, et que le défendeur ne peut pas justifier d'une possession plus ancienne, ce dernier devra succomber, sans pouvoir objecter qu'il n'a pas participé à l'acte dont on excipe contre lui (Civ., 9 janvier 1901, D. P. 1901.1.449, S. 1905.1.509 ; Civ., 14 juin 1904, D. P. 1905.1.8, S. 1906.1.391 ; Dijon, 21 avril 1905, D. P. 1907.2.93 ; Req., 2 janvier 1907, D. P. 1907.1.125). Cette solution se fonde sur des arguments divers, de valeur inégale. Nous avons fait déjà justice de celui qui consiste à invoquer le caractère absolu des droits réels. Les arrêts sont plus persuasifs lorsqu'ils se fondent sur la nécessité pratique. « Le droit de propriété », lisons nous dans l'un d'eux, « serait perpétuellement ébranlé, si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y ont été parties ; puisque, de l'impossibilité de faire concourir des tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ». Peut être y aurait-il une argumentation plus juridique à invoquer ici, nous le verrons tout à l'heure. En attendant, signalons qu'il ne serait pas impossible de relier la solution admise dans cette seconde hypothèse à celle de la première. Nous avons vu qu'entre deux possessions successives, c'est la plus ancienne qui doit l'emporter, lorsqu'elle est accompagnée d'un titre. On dit que, dans l'hypothèse présente, le revendiquant a bien un titre plus ancien, mais pas de possession. En est-on bien sûr ? Aux termes de notre article 1138, la conclusion d'un contrat translatif entraîne

un ensaisinement fictif, une prise de possession sous-entendue. Et, dès lors, on pourrait arriver à relier notre présente solution, comme la précédente, à la théorie traditionnelle de la Publicienne.

Troisième hypothèse. — Primus possède ; Secundus qui n'a jamais possédé revendique ; il produit un titre ; mais Primus en produit un aussi. Le conflit s'élève entre deux titres. Ici encore on peut en général ramener les solutions admises aux précédentes. On fera en effet la distinction suivante :

A. — Les deux titres émanent-ils de la même personne ? Sont-ils soumis à la transcription (vente, donation), c'est la priorité de transcription qui décidera. Si les titres invoqués sont deux testaments, c'est le plaideur muni du titre le plus récent qui l'emportera, car le testament le dernier en date annule les précédents. Les solutions admises sont, on le voit, très simples et se rattachent à une théorie *toute moderne*, celle de la transcription ou aux règles des testaments.

B. — Les deux titres émanent-ils au contraire d'auteurs différents ? Certains arrêts professent cette opinion simpliste que le plus ancien doit l'emporter (Orléans, 25 juillet 1895, D. P. 96.2.230 ; Bourges, 15 mars 1898, sous Req., 29 novembre 1899, D. P. 1900.1.229). Mais l'opinion qui prévaut est plus rationnelle. La comparaison à établir entre les deux plaideurs (nous pourrions, en vertu de l'article 1138, dire toujours : entre les deux possesseurs), s'instituera entre leurs auteurs respectifs. Si Secundus, le revendiquant, établit qu'en cas de revendication exercée par son auteur, à lui, contre celui de Primus, le premier l'eût emporté, comme ayant eu une possession plus ancienne et mieux caractérisée, ou comme ayant produit un titre, alors que l'auteur de Primus n'en aurait pas eu, la revendication devra triompher. Il en sera autrement dans le cas contraire, et ce sera Primus qui conservera l'immeuble, si Secundus ne parvient pas à faire la démonstration ci-dessus. C'est là sans doute ce qu'a voulu dire, sous une forme abrégée, la Cour de cassation, en affirmant que, les deux titres contradictoires se neutralisant, il appartient aux juges de se prononcer d'*après les circonstances de la cause* (Civ., 12 novembre 1907, D. P. 1908.1.313, note de M. Ripert, S. 1910.1.388). On le voit, nous sommes encore ramenés à la comparaison à établir entre deux possessions (réelles ou fictives).

Une formule condense toute la jurisprudence qui vient d'être analysée. Elle nous est fournie par Aubry et Rau (5e éd., t. II, § 219). C'est que le revendiquant, pour faire preuve de sa propriété à l'encontre d'un possesseur, n'a pas besoin de remonter, dans sa démonstration, toute la chaîne de ses prédécesseurs successifs, auteurs les uns des autres ; il lui suffit de faire preuve d'*un droit meilleur et plus probable.*

Comment peut-on justifier la Jurisprudence ? Reproduit elle la Publicienne ? — Il nous reste à chercher le fondement théorique d'une jurisprudence qui, nous l'avons vu, bien que satisfaisante dans ses résultats, offre l'inconvénient de ne reposer en général que sur des arguments inexacts ou insuffisants. Une première pensée vient naturellement à l'esprit, c'est que cette jurisprudence n'aurait fait que suivre la tradition his-

torique de notre ancien Droit, et aurait conservé aux demandeurs en revendication le bénéfice de l'antique action Publicienne. De fait, cette idée que le demandeur est dispensé de prouver les transmissions successives de propriété entre ses auteurs, comme les principes l'exigeraient, cette autre que le débat se ramène toujours, en somme, à la comparaison de deux possessions, tout cela forme un système très analogue à celui de la Publicienne. Mais nous ne croyons pas cependant qu'il y ait identité. Car, pour que l'action Publicienne fût considérée comme s'étant perpétuée dans notre revendication actuelle, il faudrait que celle-ci fût soumise aux mêmes conditions. Et c'est ce que nous ne pouvons admettre.

Il y a bien, à la vérité, *une* condition de la Publicienne, dont il faut reconnaître la survivance, c'est celle de la *bonne foi* chez le revendiquant. Pourrions-nous permettre que le revendiquant triomphât, s'il est établi que la possession antérieure qu'il invoque était de mauvaise foi, ou s'il sait très bien que le titre qu'il produit émane d'un *non dominus?* Non évidemment. Nous avons vu qu'en cas de conflit entre deux possessions successives, la plus ancienne ne l'emporte qu'à la condition d'avoir été *mieux caractérisée.* Or, la bonne foi sera certainement un élément essentiel de cette supériorité. Et si le revendiquant produit seulement un titre, sa bonne foi sera également indispensable. Autrement, rien ne serait plus simple que la fraude suivante. Pour enlever un immeuble à une personne qui le possède, et qu'on soupçonne de n'avoir pas de titre, le premier venu n'aurait qu'à se faire consentir un acte de vente par l'ancien propriétaire, n'ayant plus aucun droit sur la chose. Cela est évidemment inadmissible.

Mais si, jusqu'à présent, il y a identité entre notre revendication et la Publicienne, il n'en va pas de même lorsque nous passons à la seconde condition exigée pour l'exercice de cette dernière, à savoir la *justa causa*, le uste titre. Nous avons vu, d'une part, que la Jurisprudence n'exige pas toujours un titre du revendiquant, mais quelquefois une simple possession antérieure. Et, dans le cas où le revendiquant exhibe un titre, celui-ci devra-t-il être, au moins, ce que les Romains, et nous après eux, nous entendons par un juste titre, c'est-à-dire un *acte translatif* ? Non ; car après, il est vrai, de grandes controverses, la Jurisprudence actuelle considère comme constituant des titres invocables à l'appui d'une demande en revendication, les actes simplement *déclaratifs*, tels qu'un *partage* ou un *jugement* (Civ., 27 décembre 1865, D. P. 66.1.5, S. 66.1.205 ; Civ., 3 janvier 1905, D. P. 1908.1.441, S. 1905.1.331). « Le demandeur en revendication, dit ce dernier arrêt, peut faire la preuve de son droit au moyen de tous actes qui en reconnaissent l'existence, *sans distinction entre les actes simplement déclaratifs et ceux translatifs de propriété* ».

En ce qui concerne surtout les jugements, la solution pourrait étonner, si l'on ne savait que le principe de la relativité des jugements (art. 1351) n'est, en somme, qu'un doublet de celui de la relativité des actes juridiques (art. 1165). De ces deux principes, le second ayant été écarté, le premier logiquement devait l'être aussi. D'ailleurs, lorsque nous voyons Secundus invoquer à l'appui de sa revendication contre Primus, un jugement l'ayant

précédemment reconnu propriétaire à l'encontre de Tertius, il n'y a pas positivement échec au principe de la relativité de la chose jugée. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que Primus ne fût pas admis à discuter la décision invoquée contre lui, et que celle-ci fît preuve *de plano* à son encontre du droit de propriété de Secundus. Or, ce n'est pas ainsi que les choses se passent. Le jugement produit par Secundus rend sa prétention préférable à celle de Primus, il est vrai, mais *jusqu'à nouvel ordre* seulement, et sans faire perdre à Primus la faculté d'opposer une *preuve contraire*, de produire notamment un autre titre émanant d'une autre source, auquel cas, nous l'avons vu, il pourra anihiler l'effet produit par celui de son adversaire. Le jugement obtenu par Secundus contre Tertius ne peut donc *abolir* le droit de Primus; il peut seulement lui *préjudicier*, en en rendant la justification plus aléatoire. Ce qui explique, disons-le en passant, la faculté que la Jurisprudence accorde à un possesseur, de former *tierce opposition* à une décision intervenue dans un litige soulevé, entre deux tiers, relativement à la propriété de l'immeuble par lui possédé (Civ., 13 juillet 1870, D. P. 70.1.343, S. 71.1.105; Aix, 18 février 1892, D. P. 92.2.483).

Rattachement de la Jurisprudence aux règles générales de la preuve. — Malgré des analogies incontestables et hautement intéressantes avec le système de la Publicienne, nous ne croyons donc pas que notre jurisprudence actuelle puisse s'expliquer par la survivance traditionnelle de cette action. Mais nous estimons possible de la justifier par une simple référence aux règles fondamentales de notre Droit, en matière de preuves.

Il n'est pas vrai, en effet, de dire que notre Droit présente une lacune, parce qu'il n'a pas statué sur la preuve du droit de propriété. En réalité, notre législation ne réglemente pas la preuve *des droits*; elle organise la preuve *des actes*, ou *des faits* d'où découlent les droits. La preuve des faits, c'est la preuve libre, par tous les moyens possibles, notamment par *présomptions* ou indices simples, en vertu de ce principe général de l'article 1348 qu'il en est ainsi « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier (disons au demandeur) de se procurer une preuve littérale ». La preuve des actes, au contraire, c'est la preuve par titre, c'est-à-dire *par écrit* (art. 1341). Or, la propriété peut résulter soit d'un *fait* (possession prolongée, accession), soit d'un *acte* (vente, donation, échange, etc...). Que si le revendiquant entend rattacher son prétendu droit à un fait, il doit en pouvoir faire la preuve par simple présomption. Si, au contraire, ce qui est le cas le plus fréquent, il invoque un acte de vente, de donation ou d'échange, il semble, au premier abord, qu'il tombe sous le coup de l'article 1341, et qu'il soit obligé de produire des titres, *et des titres valables*, ce qui l'accule à la *probatio diabolica* traditionnellement reconnue impraticable en cette matière. Mais qu'on y réfléchisse, on verra qu'il n'en est rien. La règle de l'article 1341 s'applique dans les rapports de l'acheteur avec le vendeur, du donataire avec le donateur. Mais, dans les rapports de l'acheteur ou du donataire *avec les tiers*, elle doit être écartée, et le revendiquant doit être admis à in-

voquer tous les moyens possibles. En effet, l'article 1348 permet la preuve par présomptions simples, chaque fois que l'intéressé a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Or, c'est le cas ici : l'intéressé, l'acquéreur de la propriété a été *dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite opposable à tous*, puisque la preuve écrite qu'il pouvait se ménager ne consistait qu'en un acte *à effet relatif*.

Cela posé, notre Jurisprudence s'éclaire et se justifie à merveille. Le revendiquant qui critique la situation du possesseur actuel en se fondant sur une possession antérieure, ou qui produit un titre plus ancien (cependant inopposable en soi à ce possesseur), ou qui invoque un partage ou un jugement, encore que ces actes ne soient nullement translatifs, ne produit pas de *preuve*, au sens technique du mot. Il invoque *une simple présomption*, un *indice*, qui peut déterminer la conviction du juge dans une matière où, en vertu des règles générales, celui-ci est autorisé à fonder sa décision sur des indices et des présomptions. La possession actuelle du défendeur était une présomption en sa faveur ; la possession plus ancienne du revendiquant en sera une autre en faveur de celui-ci. Elle l'emportera sur la première, is elle est *mieux caractérisée*, c'est-à-dire *plus forte*, plus persuasive ; un titre écrit sera une présomption plus forte que la simple possession ; et ainsi de suite. D'ailleurs, les juges devant lesquels des présomptions sont produites, sont libres d'en apprécier la valeur. L'article 1353 les abandonne à leurs lumières, avec cette indication qu'ils ne doivent admettre que les présomptions graves, précises, concordantes, ce qui explique le pouvoir souverain d'appréciation qui, en dernière analyse, est reconnu aux magistrats, en cette matière, par la Cour de cassation (V. Civ.; 12 novembre 1907, précité).

En somme, il convient de modifier légèrement la formule classique d'Aubry et Rau ci-dessus mentionnée. On ne triomphe pas dans une revendication en faisant preuve, à l'encontre du possesseur, d'un *droit meilleur et plus probable,* mais en lui opposant des *présomptions*, des *probabilités meilleures* que celles qui découlent du fait de sa possession.

TABLE ALPHABÉTIQUE (1)

A

Abrogation des lois, 58 et s.
Abandon de famille, 377, 378, 474, 645.
Abandon de la mitoyenneté — V. Mitoyenneté.
Abus du droit, 765.
— de jouissance. — V. Déchéance de l'usufruit.
Absence, 430 et s.
— d'un premier conjoint, 180 et s.
— du mari 267
— du père 459 et s.
Accession, 857 et s.
— immobilière, 858, 866.
— mobilière, 870 et s.
— des possessions. — V. Jonction.
— (Droit d'), 726 et s.
— (Droit d'), sur les animaux, 809.
Acquiescement au jugement de divorce, 226.
Act Torrens, 976 et s.
Acte (Sens divers du mot), 61.
Actes à titre gratuit et à titre onéreux, 65.
— authentiques et sous seing privé, 98.
— consensuels et solennels, 66.
— de décès, 401 et s.
— de l'état civil, 382 et s.
— de mariage, 154 et s.
— de naissance, 398 et s.
— de naissance comme mode de preuve de la filiation, 259, 292.
— de naissance (Publicité des), 391.
— juridiques (Théorie générale des), 60 et s.
— unilatéraux et bilatéraux, 64.
— de tolérance et de pure faculté, 886 et s., 992.
Action en complainte, 1001.
— en dénonciation de nouvel œuvre, 1002.
— en réintégrande, 1002 et s.
— Publicienne, 1007 et s.
Actions d'état, 322 et s.
— immobilières, 691.
— de la Banque de France, 692.
— et obligations des Sociétés de commerce et d'industrie, 696.
— réelles, 995 et s.
— pétitoires, 995.
Actions possessoires, 995 et s.
Adjudication (Jugements d'), 953.
Administration légale des biens des enfants mineurs, 463, 531 et s.
Adoption, 315 et s., 337.
— rémunératoire, 315, 316.
Adultère, cause de divorce ou de séparation de corps, 205 et s.
— (complicité d'), 147.
Aéronefs, 404, 915, 944.
Aliénés, 571 et s.
— interdits, 583 et s.
— internés, 596 et s.
— non interdits ni internés, 581 et s.
Aliments, 365 et s.
Alliance. — V. Parenté.
Alluvions, 886 et s.
Alsace-Lorraine, Régime Foncier 977, 978.
Améliorations (de la chose soumise à usufruit), 828.
Ancien Droit, 11 et s.
Annulabilité. — V. Nullités relatives.
Appropriances par bannies, 945.
Appui. — V. Servitudes.
Arbres (Usufruit des), 807 et s.
Assistance publique (Pupilles de l'), 451, 472.
Associations, 653 et s.
Assurance contre l'incendie (des choses soumises à l'usufruit), 818.
Atterrissements. — V. Alluvions.
Autorisation des parents au mariage des enfants, 129, 139 et s., 171 et s.
— de la femme par le mari, 614 et s., 640 et s.
— de la femme par la justice, 643 et s.
Aqueduc. — V. Servitudes.
Assec et évolage, 788.
Aveu, 100.
— en instance de divorce ou de séparation de corps, 224.
Avis du Conseil d'état, 25.
Avulsion, 867.
Ayants cause, 108 et s.

B

Bail à convenant ou domaine congéable, 789.
— à colonat partiaire, 803.

(1) Les chiffres renvoient aux pages.

Baux des immeubles **du mineur**, 509 et s.
— des choses soumises **à usufruit**, 804 et s.
— soumis à la **transcription**, 595.
Biens, 673 et s.
— de famille insaisissable, 634, 637, 775.
— corporels et incorporels, 674 et s.
— domaniaux, 705 et s.
Bigamie, 142.
Bois taillis et de **haute** futaie, 807 et s.
Bonne foi, en matière de possession immobilière, 907, 930.
— en matière de possession mobilière.
— V. En fait de meubles possession vaut titre.
Bornage 760 et s.
Brevets d'invention, 943.

C

Capacité dans les actes juridiques (Théorie générale), 73 et s.
— des femmes mariées, 630 et s.
— des mineurs, 435 et s.
— en matière d'action en divorce, 215 et s.
— en matière de reconnaissance d'enfant naturel, 285.
— des personnes morales, 671 et s.
Canaux d'usine, 727.
Carrières, 726, 809.
Casier civil, 418.
Caution (Fourniture de), au début de l'usufruit, 814.
Cessions de loyers et fermages non échus, 955.
Charges usufructuaires, 821 et s.
Chasse et pêche, 841, 851.
Chemins d'exploitation, 889.
Choses, 673 et s.
— abandonnées ou perdues, 853.
— consomptibles (usufruit des), 796 et s.
— de genre, 938.
— futures, 939.
— perdues ou volées, 924 et s.
— qui se détériorent par l'usage (usufruit des), 799.
Chose jugée (autorité de la), 96 et s.
— dans les questions d'état, 341 et s.
— en matière de rectification des actes de l'état civil, 416 et s.
Clandestinité, vice de la possession, 883.
Clôtures dans les villes et faubourgs, 760.
Code Civil (Description et appréciation du), 17.
— (Historique du), 15.
Communes, 667, 705 et s.
Compétence des officiers de l'état civil, 387 et s.
— en matière de divorce ou de séparation de corps, 216.
— en matière d'état des personnes, 323 et s.
Comptes de tutelle, 519 et s.
Conception (Date de la), 265 et s.
Conciliation (Tentative en matière de divorce), 217).
Condamnation à une peine afflictive et infamante (cause de divorce), 207 et s.
Condition, 84 et s.
Conditions impossibles, immorales, illicites, 86 et s.
Confirmation des actes annulables, 80.
— des actes annulables des femmes mariées, 649.
— du mariage nul, 181 et s.
Confusion, 988.
Conjoint survivant, 366, 381.
Conseil de famille, 491 et s., 503, 527.
Conseil judiciaire, 601 et s.
Conseil de tutelle de la mère tutrice légale, 481.
Consentement, 65 et s.
— des futurs époux au mariage, 126 et s.
— des parents au mariage des mineurs, 129 et s.
Conservateur des hypothèques. — V. Hypothèques.
Consolidation, 988.
Constitut possessoire, 936.
Constructions. — V. Plantations.
Contestation de légitimité (action en), 333.
Contrats (acquisition de la propriété par l'effet des), 935 et s.
Conversion de la séparation de corps en divorce, 249 et s.
Copropriété. — V. Indivision.
Correction paternelle (Droit de), 447 et s., 462.
Correspondance de la femme mariée (Droit du mari sur la), 625.
Cour de Cassation, 39.
Cours d'eau. — V. Rivières.
Coutume (source du Droit), 27.
Coutumes, 10.
— de nantissement, 944.
Créances, 696 et s., 811, 943.
— immobilières, 690.
Crédit Foncier (Société du), 951.
Curateur, 545 et s.
— au ventre, 481.

D

Date des lois, 46.
Déchéance de la puissance paternelle, 464, et s.

Déchéance de l'usufruit, 825 et s.
Décrets-lois, 27.
Défaut de transcription (Sanction du), 958 et s., 970 et s.
— de mention marginale (Sanction du), 969 et s.
Délai de viduité, 142.
Délais de la prescription acquisitive, 890 et s.
Démence. — V. Aliénés.
Département, 667, 705 et s.
Délits et quasi-délits des femmes mariées, 631.
— mineurs, 438.
Désaveu de paternité, 272 et s., 326 et s., 331 et s., 336, 338, 340, 353.
Dessaisine-saisine (Clause de). — V. Tradition feinte.
Destination du père de famille, 978 et s.
Dessus et dessous (Propriété des), 721 et s.
Destitution des tuteurs, 502.
Désuétude, 58 et s.
Détenteurs précaires, 873, 877 et s.
Discontinuité, vice de la possession, 882.
Dispenses de mariage, 126.
— d'inventaire au début de l'usufruit, 814.
— de caution au début de l'usufruit, 816.
Dispositions impératives, 8.
— supplétives ou déclaratives, 8.
Divisions des biens, 674 et s.
— des immeubles, 679 et s.
— des meubles, 693.
Divorce, 181 et s.
— (Aliments entre époux après le), 366 et s.
— (Causes du), 204 et s.
— (Histoire et appréciation du), 191 et s.
— (Procédure du), 213 et s.
— (Ses effets quant à la personne des époux), 235 et s.
— (Ses effets quant aux biens des époux), 237.
— (Ses effets quant aux enfants), 240 et s.
Doctrine ou Science juridique, 29
Dol, vice de consentement, 70.
Domaine congéable, — V. Bail à convenant.
Domaine public et Domaine privé, 705 et s.
— (Actions possessoires sur les biens du), 997.
Domanialité publique (Critérium de la), 708 et s,
Domicile, 420 et s.
— (Changement de), 424.
— de dépendance, 423 et s.
Domicile des personnes morales, 670 et s.
— élu, 427.
Donations immobilières, 945, 954, 970 et s.
Drainage, 248.
Droit. Sens divers du mot, 1.
— canon, 13.
— civil, 7.
— coutumier, 12.
— écrit, 12,
— intermédiaire ou révolutionnaire, 14.
— naturel, 3 et s.
— positif, 3.
— positif (Divisions du), 7.
— privé, 7.
— privé économique, 8.
— public 7.
Droits, Leur classification, 101.
— absolus et droits relatifs. 101.
— civils et droits politiques, 101.
— de créance, 102.
— intellectuels, 106.
— réels, 102 et s.
— réels immobiliers, 690, 952.
— réels mobiliers, 694.
— réels principaux, 714 et s.
— (Acquisition des droits réels), 848 et s., 935 et s.
— (Extinction des droits réels), 983 et s.
— (Preuve des droits réels) 1004 et s.

E

Eaux (Propriété et usage des), 728 et s.
— courantes, 734.
— de pluie, 730.
— de source, 731.
— minérales, 735.
Economies (Droit de la femme sur ses), 633.
Ecoulement des eaux. V. Servitudes.
Effet de la loi (Acquisition par l'), 857 et s.
Effet translatif des contrats. — V. Contrats.
Effet rétroactif. — V. Non-rétroactivité des lois.
Election de domicile. — V. Domicile élu.
Emancipation, 545 et s.
Empêchements au mariage, 141 e s., 159 et s.
— dirimants et prohibitifs, 159.
Emphythéose, 345 et s.
Enclave. — V. Servitudes.
Energie électrique, 742.
En fait de meubles possession vaut titre, 911 et s., 933, 942.
Enfant conçu, 284.

Enfants adoptifs, 348.
— adultérins ou incestueux, 281, 291, 304, 306, 353, 371, 381.
— après le divorce, 240 et s.
— assistés, 466.
— légitimes, 258 et s., 347 et s.
— moralement abandonnés, 466.
— naturels, 281 et s., 348 et s., 538 et s.
— naturels reconnus au cours du mariage, 291, 351, 370.
— (Tribunaux d'), 473.
Enlèvement, 297, 301.
Epaves, 853.
Equivoque, vice de la possession, 884.
Erreur, vice du consentement, 68 et s.
Etablissements publics, 667, 669.
— d'utilité publique, 668.
Etages (Propriété par), 778 et s.
Etangs, 727.
Etat, 667, 705 et s.
Etat civil, 382 et s.
— (Officiers de l'), 153, 173, 386 et s.
Etat des immeubles (au début de l'usufruit), 813 et s.
Etat des personnes, 112 et s.
— (actions en matière d'), 322 et s.
Excès-sévices (cause de divorce), 208.
Exclusion de la tutelle, 480.
Expropriation pour cause d'utilité publique, 807, 985.

F

Faiblesse d'esprit, 601 et s.
Faits juridiques (et actes juridiques), 60 et s.
Femmes mariées, 614 et s.
Féodalité, 837.
Fiançailles, 127 et s.
Filiation, 254 et s.
— adoptive. 315 et s., 348, 369.
— incestueuse ou adultérine, 291, 353.
— légitime, 258 et s., 347 et s.
— naturelle, 281 et s., 334 et s., 349, 369.
Fins de non recevoir contre une demande en divorce, 211 et s,
Fondations. 669.
Fonctionnaires (Domicile des), 424,
Fonds de commerce, 695, 943.
— (Usufruit des), 797, 811.
Force hydraulique 741 et s.
Force probante des actes de l'état civil. 406 et s.
Fruits, 728, 801 et s.
— naturels, industriels, civils, 802.
— (Leur attribution au possesseur de bonne foi), 929 et s.

G

Garde des enfants mineurs (Droit de). 445 et s., 461,
Gestion du tuteur, 504 et s.
Grades militaires (Propriété des), 720.
Groupements. — V. Associations.
— non personnifiés, 666.

H

Habitation (droit d'). — V. Usage.
Habitation de la femme chez le mari, 622 et s.
Habitations à bon marché, 775.
Haute tutelle, 496 et s.
Houille blanche, 741 et s.
Hypothèques (Publicité des), 945 et s.
— Conservateur des), 944 et s., 957.

I

Iles et îlots, 868.
Immeubles, 679 et s.
— par nature, 680 et s.
— par destination, 682 et s.
— par l'objet auquel ils s'appliquent, 690.
— par déclaration du propriétaire, 692.
Impuberté. 173.
Inaliénabilité, (Clauses d'), 767 et s.
Incapables, 434 et s.
Incapacité des aliénés, 580 et s., 590 et s., 599 et s.,
— des femmes mariées, 614 et s,, 626 et s.
— des mineurs, 558 et s.
— des prodigues et des faibles d'esprit, 605 et s.
Incapacités, 73 et s.
— en matière de tutelle, 479.
— de jouissance et incapacités d'exercice, 73.
Inceste, 143, 173.
Incompétence de l'officier de l'état civil, 173.
Indemnités d'assurance, 807, 985 et s.
Indivision, 770 et s., 889.
— perpétuelle, 775 et s.
— forcée, 775,
Inexistence des actes juridiques, 75, 81 et s.
— du mariage, 183 et s.
Injures graves (cause de divorce ou de séparation de corps), 209 et s.
Insinuation, 945.
Inscription des hypothèques, 957.
Interdiction judiciaire, 583 et s.
Interdits. — V. Aliénés.
Internement des aliénés, 573 et s.
Interprétation judiciaire, 37.
Interruption de la prescription, 892 et s.
Intervention du titre chez le possesseur, 880 et s.
Invention, 851.

Inventaire (au début de la tutelle), 502.
— (au début de l'usufruit), 813 et s.
Irrigation, 748.

J

Jonction des possessions, 891 et s., 909 et s.
Jouissance légale (des parents sur les biens de leurs enfants mineurs), 453, 502.
Jugements constatant un décès, 403.
— soumis à la transcription, 953 et s., 956.
Jurisprudence. Son rôle, ses monuments, 34.
Juste titre, 904 et s., 931.

L

Laïcité du mariage, 116 et s.
Lais et relais. — V. Alluvions.
Légitimation, 269, 305 et s.
Lettres missives, 224, 625.
Lésion, vice du consentement, 72 et s.
— des mineurs, 559 et s.
Liberté des conventions, 62.
Lit des rivières, 737.
Livres fonciers, 975 et s.
Lois (Sens du mot), 10.
— et décrets, 24.
— de Droit civil postérieures au Code, 21.
— interprétatives, 56.

M

Mainlevée de l'interdiction, 590.
Majorité, 435 et s.
Mandat domestique (Théorie du), 637.
Mariage, 113 et s.
— (Conditions de formation), 125 et s.
— des enfants naturels, 137 et s.
— des militaires, 138.
— des mineurs, 129 et s.
— Dissolution, 191 et s.
— (Emancipation par le), 547.
— Empêchements, 141 et s., 159.
— Formes extérieures, 148 et s.
— (historique), 115 et s.
— Nullités, 159 et s.
— Oppositions, 159 et s.
— Preuve, 154 et s.
— Putatif, 187 et s.
— (solennités), 120 et s.
Matériaux d'une chose détruite (Droit sur les), 984.
Maternité légitime, 257 et s.
— naturelle, 281, 292 et s.
Mentions marginales dans les registres hypothécaires, 956, 969.
Mère survivante (Tutelle légale de la), 480 et s.
Meubles, 693 et s.
— du mineur, 503, 509.
— et immeubles (Biens), 675.
— incorporels ou par détermination de la loi, 693.
— incorporels (Leur transmission), 943 et s.
Mesures provisoires au cours de l'instance en divorce, 219 et s., 225.
Militaires (Leur mariage), 138.
Mines (Législation et propriété des), 722 et s.
— (Droits de l'usufruitier sur les), 809 et s.
Mineurs, 435 et s.
— commerçants, 556.
— émancipés, 547 et s., 567 et s.
Minières, 726.
Ministère public, 178.
Minor restituitur non tanquam minor, 559 et s.
Mitoyenneté, 780 et s.
— (Abandon de la), 785.
— (Acquisition de la), 786.
Modalités des actes juridiques, 83 et s.
Morale. Comparaison avec le Droit, 2.
Mur mitoyen, 751.
Mutations à cause de mort, 972 et s.
— immobilières, 944 et s.
— mobilières, 941 et s.

N

Navires, 944.
Nom des personnes, 355 et s., 719.
Non-rétroactivité des lois (Principe de la), 47 et s.
Non usage (Extinction de l'usufruit et des servitudes par le), 990 et s.
— (Combinaison du non usage avec l'usucapion), 993.
— de la propriété, 993.
Notifications du projet de mariage, 135 et s.
Nullité du mariage, 165 et s., 354.
— des actes juridiques (Théorie générale), 75 et s.
— des actes des aliénés, 581 et s., 593 et s., 599 et s.
— des actes des femmes mariées non autorisées, 648 et s.
— des actes des mineurs, 561 et s.
Nullités absolues, 75, 77 et s.
— relatives, 75, 79 et s.

O

Obligation alimentaire. — V. Aliments.

Obligations. — V. Actions.
— de voisinage, 761 et s.
Occupation, 850 et s.
Offices ministériels, 694, 720.
Officiers de l'Etat Civil. — V. Etat Civil.
Oppositions au mariage, 159 et s.
Ordonnances royales, 13.
— du président du tribunal dans l'instance en divorce, 218.
Ordre public et bonnes mœurs, 62 et s., 837.
Orphelins de la guerre (V. Pupilles de la nation).

P

Parcours et vaine pâture (**Droits de**), 755 et s.
Parenté et alliance, 143 et s., 236, 255 et s., 347 et s., 369 et s.
Parts d'associés, 703.
Pater is est quem nuptiæ demonstrant, 265 et s.
Paternité légitime, 265 s.
— légitime (conflits possibles), 271 et s.
— naturelle, 281, 297 et s.
Particule nobiliaire, 364.
Passage (Droit de), 755.
Patrimoine (Théorie générale), 106 et s., 674 et s.
Patrimoine collectif. — V. Propriété collective.
Pêche (Droit de), 841.
Pensions civiles et militaires, 248.
Permis d'inhumer, 403.
Personnes, 110 et s.
Personnes morales ou juridiques, 110, 653 et s.
— du Droit public, 667.
— (Patrimoine des), 711 et s.
Perte. — V. Choses perdues ou vol**ées.**
Plantations et constructions (Distance des), 753 et s.
— avec des matériaux d'autrui ou sur le sol d'autrui, 858 et s.
— faites par un usufruitier, 865.
Possession (Théorie générale), 873 et s.
— de bonne foi en matière immobilière, 904 et s., 929 et s.
— de bonne foi en matière mobilière, 911 et s.
— (Vices de la), 877 et s.
Possession d'état en matière de filiation, 259 et s., 294.
Possesseur de bonne foi, 861 et s., 904 et s., 911 et s., 929 et s.
— de mauvaise foi, 860 et s., 942.
Précarité, vice de la possession. — V. Détenteurs précaires.
Prénom, 357, 361.
Prescription acquisitive (Théorie générale), 884 et s.
— de l'action en nullité des actes de la femme mariée non autorisée, 650.
— des actions d'état, 339 et s.
— (Effet rétroactif de la), 900 et s.
— en matière de comptes de tutelle, 523 et s.
— immobilière par dix ou vingt ans, 903 et s.
— (Renonciation à la), 902 et s.
Présomptions de l'homme, 100.
— légales, 95 et s.
— de mitoyenneté, 781 et s.
— de paternité légitime, 265 et s.
— (Théorie générale des), 95 et s.
Preuve des droits réels et particulièrement de la propriété, 1004 et s.
— du mariage, 154 et s.
— libre et preuve préconstituée, 93.
— testimoniale, 99 et s.
— testimoniale en matière de filiation, 262 et s.
Preuves (Théorie générale des), 91 et s.
— de la filiation, 258 et s.
Prodigues, 601 et s.
Produits, 728, 802, 933.
Promesses de mariage. — V. Fiançailles.
Promulgation des lois, 42 et s.
Propriété, 715 et s.
— collective, 662, 770 et s.
— foncière, 717 et s., 721 et s.
— littéraire, artistique, industrielle, 694, 720.
— petite, 775.
— Preuve de la, 1004 et s.
— (Restrictions du droit de), 743 et s.
Prostitution du mineur, 451, 473.
Puberté, 126, 173.
Publication des lois, 43 et s.
Publications de mariage, 148 et s.
Publicité des actes de l'état civil, 390 et s.
— du divorce, 230 et s.
— du mariage, 151, 173 et s.
— hypothécaire ou en matière immobilière, 944 et s.
Puissance maritale, 614 et s.
— paternelle, 441 et s., 538 et s.
Pupilles de l'Assistance — V. Assistance publique.
— de la nation (orphelins de la guerre), 499.

Q

Qualifications nobiliaires, 362 et s.
Quasi usufruit, 796 et s.

R

Recherche de la maternité naturelle, 292 et s., 322, 334 et s., 352.
— de la paternité naturelle, 281, 297 et s., 322, 327, 334 et s., 340, 352.
Réclamation d'état (Actions en), 278, 330, 336.
Récoltes sur pied (Ventes de), 806.
Réconciliation des époux, 212, 249.
Reconnaissance des enfants naturels, 280 et s.
Rectification des actes de l'état civil, 412 et s.
Réduction des actes des mineurs émancipés en cas d'excès, 568 et s.
Registres de l'état-civil, 389 et s.
— (moyens de suppléer aux), 408.
— hypothécaires, 267.
— fonciers allemands. — V. Livres fonciers.
Règlements d'eau, 740.
Renonciation à la prescription, 902 et s.
— à une servitude, 989.
— aux droits réels immobiliers, 953.
Rentes, 697 et s., 810.
Réparations (des choses soumises à usufruit), 819 et s.
Représentation (dans les actes juridiques), 38 et s.
— du mineur par le tuteur, 501 et s.
Rescision pour lésion des actes des mineurs (Action en), 559.
Résidence. — V. Domicile.
Restitutio in integrum, 558.
Restrictions au droit de propriété, 743 et s.
Rétention (Droit de), 952.
Rétroactivité des lois, 47 et s.
Revendication mobilière, 911 et s.
Révocation de l'émancipation, 551.
Rivières, 736.
— navigables et flottables, 736.
— non navigables, ni flottables, 737.
— (petites), 741.

S

Salaires (Droit de la femme mariée sur ses), 634.
Secondes herbes (Droit de), 788.
Séduction, 300 et s.
Séparation de biens, 247, 632.
— de corps, 191 et s., 241 et s.
— de corps, (Conversion en divorce), 249 et s.
— de fait, 365.
Serment, 100.
Servitudes, 833 et s.
— (actions possessoires en matière de), 998 et s.
Servitudes (aggravation des), 835.
— apparentes et non apparentes, 843, 887 et s., 981, 993.
— d'appui, 749.
— *aquam non retinendi*, 887.
— d'aqueduc, 748.
— (Causes d'extinction des), 988 et s.
— continues et discontinues, 843, 887 et s., 981, 992, 998.
— d'écoulement des eaux, 744.
— d'enclave, 755.
— (Destination du père de famille, modes d'acquisition des), 978 et s.
— légales, 743.
— naturelles, 743.
— personnelles et réelles, 794.
— (Prescription acquisitive des), 887 et s.
Sociétés civiles et commerciales, 668 et s., 696, 793 et s.
Sources. — V. Eaux.
— du Droit civil, 10.
Spécification, 871 et s.
Subrogé tuteur, 488 et s., 501, 502.
Successions échues aux mineurs, 513
Superficie et tréfonds (Droits de), 789 et s.
Suppression d'état, 323 et s.
Surnom ou pseudonyme, 357, 361.
Suspension de la prescription, 896 et s.

T

Terme, 83 et s.
Testament des femmes mariées 630.
— des mineurs, 437.
Tiers (au sens de la loi du 23 mars 1855), 959 et s.
Titre nul, 906, 931.
— putatif, 906, 931.
Titres de noblesse, 362 et s
— au porteur perdus ou volés, 926 et s.
Tradition, 936 et s.
— feinte, 937.
Traités entre l'ex-tuteur et l'ex-pupille, 521 et s.
Transcription de l'adoption, 319.
— du jugement de divorce, 231 et s.
— en matière immobilière, 944 et s.
— en matière de donation immobilière (sanction), 970 et s.
— (Critique du système français en matière de), 972.
Transmissions. — V. Mutations.
Trésor, 809, 851 et s.
Tribunal d'enfants. — V. Enfants.
— organe de haute tutelle, 496 et s., 514.
Troupeaux (Usufruit des), 799
Tutelle dative, 487 et s.
— de fait, 483, 513.

Tutelle des interdits, 588 et s.
— des mineurs, 475 et s.
— et protection des enfants naturels, 538 et s.
— légale des ascendants, 486, 529.
— légale des père et mère, 480 et s.
— officieuse, 345, 346.
— testamentaire, 484.
Tuteurs, 478 et s., 487 et s.
— ad hoc, 327, 438.

U

Union libre, 122, 303, 340.
Usage et habitation (Droits d') 801 et s., 829 et s.
Usucapion. — V. Prescription acquisitive.
Usufruit, 791 et s., 833.
— Actions possessoires en matière d', 997.
— Cessation de l', 984, 988 et s.
— (Cession de l'), 806.
— des biens incorporels, 810.
— légal (des père et mère. — V. Jouissance légale).
— (Prescription acquisitive de l'), 873, 874 908.
Usufruitier (Obligations de l') au début de l'usufruit, 813 et s.
— pendant la durée de l'usufruit 817 et s.
— à l'expiration de l'usufruit, 827 ets
Usufruits légaux, 800.

V

Valeurs mobilières des mineurs, 943, 505, 510, 555.
Valeurs à lots, 812.
Vaine pâture. V. Parcours,
Veuvage (V. Conjoint survivant).
Vices de la possession, 877 et s.
Vices de la volonté ou du consentement, 68 et s.
— en matière de mariage, 167 et s.
Viduité (V. Délai de).
Violence, vice du consentement, 71 et s.
— vice de la possession, 882.
Voies de recours contre les décisions rendues en matière de divorce, 226 et s.
Voisinage des fonds (Effets du), 746 et s.
— (Obligations de). — V. Obligations.
Vol. — V. Choses perdues ou volées.
Volonté (Son rôle dans les actes juridiques) 65 et s.
Vues et jours, 750 et s.

TABLE ANALYTIQUE [1]

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER, — Généralités.

§ 1. Définitions et terminologie générale, 1. — § 2. Sources du Droit civil, 10.

I. — *Sources législatives. La loi et la Coutume*, 10 : 1° Les lois écrites. — A. L'ancien Droit, 11. — B. Le Droit intermédiaire, 14. — C. Le Code civil, 15. — D. Le mouvement législatif depuis le Code civil jusqu'à nos jours, 21. — 2° La Coutume, 27. — II. *Monuments d'interprétation des sources législatives*, 29 : 1° La Doctrine, 29. — 2° La Jurisprudence, 34.

CHAPITRE II. — Sphère d'application de la loi.

SECTION I. — *Promulgation et Publication des lois*, 42. — Distinction de la promulgation et de la publication, 42 : 1° Comment se fait la promulgation de la loi ? 43. — 2° Comment se fait la publication ? 44. — De la date des lois, 46.

SECTION II. — *Non-rétroactivité des lois*, 47. — Lois interprétatives, 56.

SECTION III. — *Abrogation des lois*, 58.

CHAPITRE III. — Théorie générale des actes juridiques.

Généralités, 60. — Définitions. Différence entre les actes juridiques et les faits juridiques, 60. — Principe de la liberté des parties. Ses limitations. Ordre public, 62. — Principales classifications des actes juridiques, 64.

SECTION I. — *Conditions d'existence et de validité des actes juridiques*, 65 — § 1. La volonté, 65. — § 2. Capacité nécessaire pour faire un acte juridique, 73.

SECTION II. — *De la nullité des actes juridiques*, 75. — Nullité absolue, 77. — Nullité relative ou annulabilité, 79. — De l'inexistence, 81.

SECTION III. — *Modalités des actes juridiques*, 83. — Terme, 83. — Condition, 84.

SSCTION IV. — *De la représentation dans les actes juridiques*, 88.

SECTION V. — *Notions très sommaires sur les preuves*, 91. — § 1. Objet de la preuve, 92. — § 2. De la charge de la preuve, 94. — § 3. Différents moyens de preuve, 97.

CHAPITRE IV. — Les droits. Leur division.

Classification des droits, 101. — Notion du patrimoine. Des ayants-cause, 106.

(1) Les chiffres renvoient aux pages.

LIVRE PREMIER. — *LES PERSONNES.*

TITRE PREMIER. — ÉTAT DES PERSONNES.

PREMIÈRE PARTIE. — LE MARIAGE.

Généralités, 113. — Définition du mariage et historique, 113. — Conséquences du principe de la laïcité du mariage, 118. — Le mariage, contrat solennel, 120.

CHAPITRE PREMIER. — **Formation du Mariage.**

SECTION I. — *Conditions de fond requises pour la formation du mariage*, 125. — § 1. Conditions générales de validité, 125. — § 2. Empêchements au mariage, 141.

SECTION II. — *Formes extérieures du mariage*, 148. — § 1. Formalités antérieures au mariage, 148. — § 2. Célébration du mariage, 151. — § 3. Preuve du mariage, 154.

SECTION III. — *Sanction des règles relatives à la formation du mariage*, 158. — § 1. Oppositions, 160. — § 2. Nullités de mariage, 165. — I. Nullités relatives, 167. — II. Les quatre nullités absolues, 173. — III. Y a-t-il, en dehors des nullités prévues par la loi, des cas d'inexistence du mariage? 183. — IV. Conséquences de l'annulation du mariage, mariage putatif, 187.

CHAPITRE II. — **Dissolution et relâchement du mariage.**

Divorce et séparation de corps.

SECTION I. — *Histoire et critique de la législation française en matière de divorce*, 191.

SECTION II. — *Divorce*, 204. — § 1. Des causes du divorce, 204. — § 2. Procédure du divorce, 213. — § 3. Conséquences du divorce, 235.

SECTION III. — *Séparation de corps*, 241. — § 1. Causes, 242. — § 2. Procédure, 243. — § 3. Conséquences, 245. — § 4. Cessation de la séparation de corps, conversion de la séparation de corps en divorce, 248.

DEUXIÈME PARTIE. — FILIATION, PARENTÉ, ALLIANCE.

Généralités, 254.

CHAPITRE PREMIER. — **Filiation légitime.**

SECTION I. — *Détermination de la filiation légitime maternelle*, 257.

SECTION II. — *Détermination de la filiation légitime paternelle*, 265. — § 1. Conditions d'application de la règle : « *Pater is est* », 265. — § 2. Exceptions à la règle « *Pater is est* ». Théorie du désaveu de paternité, 272.

CHAPITRE II. — **Filiation naturelle.**

SECTION I. — *Reconnaissance volontaire*, 282.

SECTION II. — *Reconnaissance non volontaire. Recherche de la maternité et de la paternité*, 292. — § 1. Filiation maternelle. Comment elle peut être établie, 292. — § 2. Filiation paternelle de l'enfant naturel. La recherche de la paternité, 297.

SECTION III. — *Légitimation*, 305. — § 1. La légitimation d'après le Code civil, 306. — § 2. Lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915, 310.

CHAPITRE III. — **Filiation adoptive.**

§ 1. Définition. Généralités. Historique, 315. — § 2. Conditions de l'adoption, 316.

CHAPITRE IV. — Des actions en matière de filiation.

SECTION I. — *Conditions extérieures des actions relatives à la filiation et à l'état*, 323. — § 1. Compétence, 323. — § 2. Procédure, 326. — 1° Action en désaveu, 326. — 2° Action en recherche de la paternité naturelle, 327.

SECTION II. — *Conditions de fond des actions relatives à la filiation et à l'état des personnes*, 329. — § 1. Exclusion de certains intéressés, 330. — I. Action en réclamation d'état, 330. — II. Action en désaveu, 331. — III. Action en recherche de filiation naturelle, 334. — § 2. Diversité des caractères et des conditions de l'action suivant la personne qui l'exerce, 336.

SECTION III. — *Portée des jugements rendus en matière de filiation*, 341.

CHAPITRE V. — Des effets de la parenté et de l'alliance.

SECTION I. — *Tableau d'ensemble des effets de la parenté et de l'alliance*, 347. — § 1. Effets de la parenté et de l'alliance légitimes, 347. — § 2. Effets de la parenté adoptive, 348. — § 3. Effets de la parenté naturelle ordinaire, 349. — § 4. Effets de la filiation adultérine ou incestueuse, 353.

SECTION II. — *Le nom*, 355. — § 1. Définition du nom. Éléments qui le composent, 355. — § 2. Nature juridique du droit au nom et des actions qui le protègent, 358. — § 3. Des qualifications nobiliaires, 362.

SECTION III. — *De l'obligation alimentaire*, 365.

TROISIÈME PARTIE. — ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

SECTION I. — *Règles générales sur les actes de l'état civil*, 384. — § 1. Historique, 384. — § 2. Des officiers de l'état civil, 386. — § 3. Des registres de l'état civil et des copies, 389. — § 4. Rédaction des actes de l'état civil, 393.

SECTION II. — *Règles spéciales à certains actes*, 398. — § 1. Actes de naissance, 398. — § 2. Actes de décès, 401.

CHAPITRE II. — Force probante des actes de l'état civil.

Distinction quant aux diverses énonciations de l'acte, 406. — Des moyens de suppléer aux registres de l'état civil, 408.

CHAPITRE III. — **Rectification des actes de l'état civil.**

§ 1. Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification ? 413. — § 2. Qui peut la demander ? 415. — § 3. Procédure et effets de l'instance en rectification, 415. — *Appendice*. — Critique du régime actuel des actes de l'état civil, 417.

TITRE II. — **DU DOMICILE ET DE L'ABSENCE**

CHAPITRE PREMIER. — **Du domicile.**

§ 1. Notions générales, 420. — § 2. Détermination du domicile, 422. — § 3. Election de domicile, 427.

CHAPITRE II. — **L'absence.**

Notions sommaires, 430.

TITRE III. — DES INCAPABLES

PREMIÈRE PARTIE. — LES MINEURS

Généralités, 435.

CHAPITRE PREMIER. — De la puissance paternelle.

SECTION I. — *Histoire de la puissance paternelle*, 442.
SECTION II. — *Contenu de la puissance paternelle*, 445. — § 1. Droits des parents sur la personne de l'enfant, 445. — § 2. Droits des parents sur le patrimoine de l'enfant. Droit de jouissance légale, 452.
SECTION III. — *Attribution et contrôle de la puissance paternelle*, 459. — § 1. Qui, du père ou de la mère, exerce la puissance paternelle, 459. — § 2. Déchéance et transfert de la puissance paternelle, 4[illegible]

CHAPITRE II. — La tutelle.

Généralités, 475.
SECTION I. — *Les organes de la tutelle*, 478. — § 1. Le tuteur, 478. — § 2. Le subrogé tuteur, 488. — § 3. Le conseil de famille, 491. — § 4. Le tribunal, 496.
SECTION II. — *Fonctionnement de la tutelle*, 499. — § 1. Direction de la personne du mineur en tutelle, 499. — § 2. Gestion du patrimoine du pupille, 501.
APPENDICE. — Appréciation critique des règles du Code Civil sur la tutelle, 526.

CHAPITRE III. — Administration légale.

Généralités. Historique. Loi du 6 avril 1910, 531.

CHAPITRE IV. — Tutelle et protection des enfants naturels

Généralités. Historique. Loi du 2 juillet 1907, 538.

CHAPITRE V. — Émancipation et curatelle.

SECTION I. — *Etablissement et organisation de la curatelle*, 547.
SECTION II. — *Effets de l'émancipation*, 551.

CHAPITRE VI. — Sanction judiciaire de l'incapacité des mineurs.

§ 1. Actes des mineurs ordinaires, 559. — § 2. Actes des mineurs émancipés, 567.

DEUXIÈME PARTE. — LES DÉMENTS

CHAPITRE PREMIER. — Aliénation mentale.

SECTION I. — *L'internement des aliénés.* — Loi du 30 juin 1838, 573.
SECTION II. — *Incapacité et protection des aliénés*, 580. — § 1. Aliénés non interdits ni internés, 581. — § 2. Aliénés interdits, 583; — § 3. Aliénés simplement internés, 596.

CHAPITRE II. — Prodigalité et faiblesse d'esprit.

SECTION I. — *Nomination du conseil judiciaire*, 603.
SECTION II. — *Fonctions du conseil judiciaire et incapacité du prodigue et du faible d'esprit*, 605.

TROISIÈME PARTIE. — LES FEMMES MARIÉES

SECTION I. — *Généralités*, 614.
SECTION II. — *Effets de la puissance maritale sur la personne de la femme mariée*, 621.
SECTION III. — *Effets de la puissance maritale sur le patrimoine. Incapacité de la femme mariée*, 626. — § 1. Etendue de l'incapacité, 627. — § 2. Fonctionnement de l'autorisation, 640. — § 3. Sanction judiciaire de l'incapacité de la femme mariée. Nullité des actes non autorisés, 648.

TITRE COMPLÉMENTAIRE — LES PERSONNES JURIDIQUES OU PERSONNES MORALES

§ 1. Notions générales, 653. — § 2. Critique de la notion de personnalité appliquée aux associations et aux établissements, 661. — § 3. Diverses espèces de personnes juridiques, 667. — § 4. Naissance et extinction des personnes juridiques, 669. — § 5. Domicile et capacité des personnes juridiques, 670.

LIVRE II. — *LES CHOSES OU LES BIENS*

TITRE PREMIER. — DES BIENS ET DU PATRIMOINE EN GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER. — Différentes espèces de biens.

Divisions des biens, 674.
SECTION I. — *Des immeubles*, 679. — I. Première catégorie : Immeubles par nature, 680. — II. Seconde catégorie : Immeubles par destination, 682. III. Troisième catégorie : Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, 690. — IV. Quatrième catégorie : Immeubles par déclaration du propriétaire, 692.
SECTION II. — *Des meubles*, 693.

CHAPITRE II. — Des biens domaniaux.

Domaine public et domaine privé, 705.

TITRE II. — LES DROITS RÉELS PRINCIPAUX

PREMIÈRE PARTIE. — LES DROITS RÉELS ENVISAGÉS EN EUX-MÊMES

CHAPITRE PREMIER. — La propriété.

Généralités, 716.
SECTION I. — *Etendue du droit de propriété et en particulier de la propriété immobilière*, 721. — § 1. Propriété du dessus et du dessous, 721. — § 2. Propriété de ce qui s'unit comme accessoire à la chose, 726. — § 3. Propriété des produits et fruits de la chose, 728. — § 4. Propriété et usage des eaux, 728.
SECTION II. — *Restrictions du droit de propriété*, 743. — § 1. Restrictions d'ordre administratif, 745. — § 2. Restrictions légales tenant au voisinage des fonds, 746. — I. Abstentions imposées au propriétaire, 746 : 1° Obligations tenant au régime des eaux, 746. — 2° Obligations relatives aux vues et aux jours, 750. — 3° Obligations relatives à la distance des plan-

tations et constructions, 753. — 4° Obligations résultant du droit de passage des voisins en cas d'enclave, 755. — 5° Restrictions au droit de se clore du propriétaire. Droits de parcours et de vaine pâture, 759. — II. Prestations actives imposées aux propriétaires, 760. — 1° Obligation de contribuer au bornage, 760. — 2° Obligation de contribuer à la clôture dans les villes et faubourgs, 760. — III. Restriction générale aux droits du propriétaire résultant des obligations de voisinage, 761. — § 3. Restrictions conventionnelles, Clauses d'inaliénabilité, 767.

SECTION III. — *Des modalités du droit de propriété*, 770. — § 1. Propriété commune ou indivision, 770. — § 2. Indivisions perpétuelles, 775. — I. Copropriété avec indivision forcée, 775. — II. Propriété par étages, 778. — III. Mitoyenneté, 780. — § 3. Concours de propriétaires ayant droit à des produits différents, 788. — § 4. Droits de superficie et de tréfonds, 789.

CHAPITRE II. — **L'Usufruit.**

Généralités, 791.

SECTION I. — *Différentes sortes d'usufruit*, 795. — § 1. Usufruits divers suivant les biens qui en sont grevés, 795. — § 2. Sources diverses de l'usufruit, 800.

SECTION II. — *Droits de l'usufruitier*, 801.

SECTION III. — *Obligations de l'usufruitier*, 813. — § 1. Obligations au début de l'usufruit, 813. — § 2. Obligations pendant la durée de l'usufruit, 817. — § 3. Obligations à l'expiration de l'usufruit, 827. — *Appendice.* Droits d'usage et d'habitation, 829.

CHAPITRE III. — **Les Servitudes.**

Généralités, 833. — Définition des servitudes réelles. Différences avec l'usufruit, 833. — Utilité économique des servitudes. Leur fixité, 835. — § 1. En quoi peuvent consister les servitudes réelles, 837. — § 2. Classification des servitudes, 842.

CHAPITRE IV. — **L'Emphytéose.**

Définition. Historique. L'emphytéose dans le droit actuel, 845.

DEUXIÈME PARTIE. — **DE L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS**

Généralités, 848.

CHAPITRE PREMIER. — **L'Occupation.**

Définition. Généralités. Variétés actuelles de l'occupation, 850.

CHAPITRE II. — **Acquisition par l'effet de la loi.**

SECTION I. — *Théorie de l'accession*, 857. — § 1. Accession immobilière, 858. — I. Accession industrielle à un immeuble, 858. — II. Accession immobilière naturelle, 866. — § 2. Accession mobilière, 870.

SECTION II. — *Théorie de la possession*, 873. — Généralités, 873. — § 1. Caractères et vices de la possession, 877. — § 2. Prescription acquisitive ou usucapion ordinaire, 884. — § 3. Prescription ou usucapion par dix ou vingt ans, 903. — § 4. De la règle : En fait de meubles possession vaut titre, 911. — § 5. Attribution des fruits au possesseur de bonne foi, 929

CHAPITRE III. — Acquisition par l'effet des contrats.

SECTION I. — *Généralités*, 935.

SECTION II. — *Manifestation extérieure de la transmission des droits réels*, 940. — § 1. Transmissions mobilières, 941. — § 2. Transmissions immobilières, 944. — Loi du 23 mars 1855 sur la transcription, 950. — I. Quels sont les actes soumis aux formalités de publicité, 951. — II. Mécanisme de la publicité, 957. — III. Sanction de la publicité, 958. — 1° Système de la loi de 1855 pour les actes à titre onéreux, 959 ; — 2° Système du Code civil pour les donations, 970. — IV. Appréciation critique de la législation française et comparaison avec les systèmes étrangers, 972.

Appendice. — Destination du père de famille, 978.

TROISIÈME PARTIE. — EXTINCTION DES DROITS RÉELS

§ 1. Théorie générale. Modes d'extinction communs à la propriété et aux autres droits réels, 983. — § 2. Causes d'extinction spéciales à l'usufruit et aux servitudes, 988.

QUATRIÈME PARTIE. — GARANTIE JUDICIAIRE DES DROITS RÉELS

CHAPITRE PREMIER. — Actions réelles.

Distinction des actions mobilières et immobilières, possessoires et pétitoires, 995. — Complainte, 1001. — Action en réintégrande, 1002.

CHAPITRE II. — De la preuve des droits réels et en particulier de la propriété.

Preuve de la propriété mobilière, 1005. — Preuve de la propriété immobilière, 1005.

TABLE DE CONCORDANCE DES TEXTES CITÉS AU COURS DE L'OUVRAGE (1)

CODE CIVIL

Art. 1er	43, 45.
— alin. 2 et 3	44.
Art. 2	47*, 50, 57.
Art. 3	42, 422.
— alin. 3	383.
Art. 4	38.
Art. 5	14, note, 38*.
Art. 6	10, 62*, 86, 626, 837.
Art. 7	101.
Art. 11	74.
Art. 12	622.
Art. 34	394*, 400, note.
Art. 35	394*, 400, note.
Art. 36	284, 393*.
Art. 37	153, 394*, 402.
Art. 38	394.
Art. 39	395.
Art. 40	389,
Art. 41	389.
Art. 42	394.
Art. 43	389.
Art. 45	390 et s*, 398, 406.
Art. 46	155, 264, 408 et s*.
Art. 49	396.
— alin. 1	231.
Art. 50	232,
Art. 52	388.
Art. 53	390.
Art. 55	399.
Art. 56	259, 393, 398*,
— alin. 2	394.
Art. 57	259, 357.
— alin. 1	400.
— alin. 2	391.
Art. 58	356. 400*.
Art. 59 à 61	401.
Art. 60	421, note.
Art. 61	421, note.
Art. 62	395.
Art. 63	148*, 389, note.
Art. 64	148.
Art. 65	149.
Art. 66	161.
Art. 67	161.
Art. 68	158 et s.
Art. 70	126, 142*, 150.
Art. 71	150.
Art. 72	150.
Art. 73	141, 150.
— alin. 1	139.
— alin. 2	139.
Art. 74.	152*, 421, 427.
Art. 75	67, 121, 153*, 393.
— alin. 3	387, note.
Art. 76	67, 142, 154, 395.
— alin. 1	126.
Art. 77	401* 403.
Art. 78	394, 401*.
Art. 79	402.
Art. 80	401, note, 403, 421, n.
Art. 81	403.
Art. 82	401, note, 403, 421, n.
Art. 85	402.
Art. 86	401, note, 403, 421 n.
Art. 87	421, note.
Art. 87 à 92	405.
Art. 93 à 98	387, 403.
Art. 94	401, note.
Art. 97	421, note.
Art. 99	390.
— alin. 1	412, 415*.
— alin. 3	416.
— *in fine*	417.
Art. 100	290, 342, 390, 416*.
Art. 101	390, 395, 416*.
Art. 102	152, 422 et s*, 670.
Art. 103	424.
Art. 104	425.
Art. 105	425.
Art. 106	424.
Art. 107	423 et s.
Art. 108	423.
— alin. 1	495, 500.
— alin. 2	245.
Art. 109	424.
Art. 110	421.
Art. 111	428.
Art. 112 à 114	432.
Art. 115	430.
— et s.	404, 433.

(1) Les numéros en regard des textes renvoient aux pages. L'astérisque indique la page où l'article est commenté.

Art. 120 268.
Art. 128 80.
Art. 129 et s. 433.
Art. 135 430, 432.
Art. 136 432.
Art. 139 180*, 267, 404.
Art. 141 432, 459*,
Art. 144 126.
Art. 145 126.
Art. 146 76, 127*, 183 et s,
Art. 147 142.
Art. 148 (ancien) 132.
Art. 148 (nouv.) 133 et s*, 163, 171, 630.
Art. 149 133*, 630.
Art. 150 500.
— alin. 1 et 2 134*, 171.
Art. 151 (ancien) 132, 136*.
Art. 151 (nouv.) 133, 136*, 150.
Art. 152 (ancien) 132.
(l. 20 juin 1896) 133.
(l. 21 juin 1907) 241.
— alin. 2 134.
Art. 153 133.
Art. 154 136.
Art. 155 140.
Art. 156 158, 160.
Art. 157 158, 160.
Art. 158 133, 137*, 146, 539.
Art. 159 (ancien) 137, 138.
(l. 10 mars 1913) 133, 135*, 286, 492.
Art. 160 (ancien) 135.
— (nouveau) 135, 140*, 160, 500.
— *in fine* 138.
Art. 161 133, 144 et s*, 236, 354.
Art. 162 144 et s*, 236, 354.
Art. 163 144.
Art. 164 145.
Art. 165 152 et s*, 158, 427.
Art. 167 148.
Art. 169 (ancien) 149.
Art. 170 174.
Ar . 171 421, note.
Art. 172 163.
Art. 173 162 et s.
Art. 174 163*, 593.
Art. 175 164.
Art. 176 161*, 428.
Art. 177 161.
Art. 178 161.
Art. 179 161.
Art. 180 167 et s*, 344.
Art. 181 170 et s.
Art. 182 171*, 186.
Art. 183 172*, 182, 650.
Art. 184 173 et s*, 354.
Art. 185 181.
Art. 186 176, 181*.
Art. 187 176 et s.
Art. 188 176.
Art. 189 173.
Art. 190 178*, 181.
Art. 191 173 et s*, 178, 388.
Art. 192 158*, 160.
Art. 193 158*, 160, 174.
Art. 194 154*, 398, 409.
Art. 195 155*, 874.
Art. 196 155, 182*, 874.
Art. 197 154 et s*, 410, 874.
Art. 198 156*, 325.
Art. 199 156.
Art. 200 156.
Art. 201 188 et s.
Art. 202 188 et s.
Art. 203 368*, 377, 457.
Art. 204 373.
Art. 205 347, 366, 368*, 375, 381.
— alin. 2 247.
Art. 206 371.
Art. 207 365*, 369, 381.
Art. 208 374*, 380.
Art. 209 375.
Art. 210 376.
Art. 211 376.
Art. 212 153, 187, 365*.
Art. 213 187, 614, 621*.
Art. 214 187, 424, 623 et s*.
Art. 215 628*, 636, 640.
Art. 216 628.
Art. 217 627*, 640.
Art. 218 643.
Art. 219 643*, 647.
Art. 220 635 et s*, 643, 646.
Art. 221 627, 645*.
Art. 222 627, 644*.
Art. 223 633*, 642.
Art. 224 618, 644*.
Art. 225 618*, 648.
Art. 226 630.
Art. 228 142*, 188,
Art. 229 205.
Art. 230 (ancien) 205.
Art. 230 205.
Art. 231 208 et s.
Art. 232 207 et s*, 213.
Art. 233 195.
Art. 234 216 et s.
— alin. 3 215*, 332.
Art. 235 217.
Art. 236 143, 219*, 222.
Art. 237, alin. 1 218.
Art. 238 214, 216, 218 et s*. 222 et s.
— alin. 5 226.
Art. 239 223 et s.
— alin. 2 242.
Art. 240 222.
Art. 241 212, 219*.
Art. 242 220 et s.
Art. 243 238.
Art. 244 212*, 231 et s.
Art. 245 223.
— alin. 2 243.
Art. 246 245.
— alin. 3 225.
Art. 247 225*, 229, 244,
Art. 248 223.

— alin. 6 228 et s*, 245
Art. 249 227*, 244.
Art. 250 230*, 421, note.
Art. 251 231*, 395.
Art. 252 227 et s*, 237 et s., 393.
— alin. 2 232*, 414.
— alin. 4 231 et s.
— alin. 5 237.
Art. 253 (ancien) 223.
Art. 253 (nouv.) 143.
Art. 261 (ancien) 208.
Art. 264 (ancien) 230.
Art. 266 (ancien) 233.
Art. 295 146, 235*.
Art. 296 142*, 235.
Art. 297 143.
Art. 298 147, 310.
Art. 299 74, 232, 239 et s*, 251.
— alin. 1 238*, 247.
— alin. 2 235*, 358.
Art. 301 236, 240, 366 et s*, 372.
Art. 302 240, 460 et s*.
Art. 303 240, 460 et s*.
Art. 304 240.
Art. 306 242.
Art. 307 215, 242 et s*.
— alin. 2 244*, 332, 591
Art. 308 244.
Art. 310 143, 250*.
— (nouv.) 251.
— alin. 3 367.
Art. 311 (ancien) 245.
— (nouv.) 246 et s*, 633.
— alin. 1 358.
— alin. 4 249.
Art. 312 95, 265 et s*, 272, 303, 322.
— alin. 2 273.
Art. 313 274.
— alin. 2 273, 313.
Art. 314 266, 269, 272, 277*, 333.
Art. 315 266, 270*, 272, 333.
Art. 316 334, 337, 340*.
Art. 317 331, 334, 337, 340*.
Art. 318 326, 340*, 488.
Art. 319 259*, 398.
Art. 320 259 et s*, 294, 874.
Art. 321 259*, 264, 874.
Art. 322 261*, 268, 346.
Art. 323 258 et s* 278, 296.
Art. 324 263*, 296.
Art. 325 278*, 333, 354.
Art. 326 323 et s.
Art. 327 323 et s.
Art. 328 335, 339*.
Art. 329 330 et s*, 335, 338.
Art. 330 330 et s* 335, 338.
Art. 331 179, 269.
— (nouveau) 310 et s*, 331.
— (ancien) 306 et s.
Art. 332 285, 308*.
Art. 334 67, 79, 289*, 384.
Art. 335 291*, 306, 311, 353.
Art. 336 283*, 293.
Art. 337 285, 289, 291, 350 et suiv*, 370.
Art. 339 270, 278, 284 et s*, 333.
Art. 340 (nouv.) 289 ets., 297 et s*, 344.
— alin. 2 129.
— alin. 10 328*, 335, 437.
— alin. 11 340.
— alin. 12 349.
— alin. 13 328.
— alin. 14 341.
— (ancien) 146, 281.
Art. 341 289, 294, 295*, 335.
Art. 342 295*, 304, 306, 353.
Art. 343 317*, 318, 349.
Art. 344 317.
Art. 345 318*
Art. 346 317*
Art. 347 318.
Art. 348 318.
Art. 349 318.
Art. 351 320, 348, 356.
Art. 352 320.
Art. 353 369.
Art. 354 146, 320.
Art. 356 320, 349, 369, 379.
Art. 357 321.
Art. 360 67, 319, 421.
Art. 362 319.
Art. 364 319.
Art. 365 319.
Art. 366 319.
Art. 367 319, 393, 395.
Art. 368 319.
Art. 370 321.
Art. 371 441*, 468.
Art. 372 442, 459*.
Art. 373 442, 459*.
Art. 374 445.
Art. 375 448.
Art. 376 448.
Art. 377 448.
Art. 378 447.
Art. 379 449.
Art. 380 448*, 544.
Art. 381 448*, 544.
Art. 382 448.
Art. 383 355, 539, 541*, 544.
— alin. 3 543*, 548.
Art. 384 540, 795, 988.
— alin. 1 453*, 458, 460.
— alin. 2 543.
Art. 385 455 et s.
Art. 386 241, 248, 251, 455 458*, 462, 482, 988.
Art. 387 455.
Art. 388 435.
Art. 389 (anc.) 530.
Art. 389 (nouv.) 81, 138, 453, 533 et s*.
— alin. 1 241.
— alin. 2 630.
— alin. 3 241, 248, 463*.

— alin. 8 556.
— alin. 9 463.
— alin. 10 455.
— alin. 12 541, 543.
— alin. 13 141, 542.
— alin. 14 478, 480, 541.
Art. 390 476, 480*.
Art. 391 481.
Art. 392 481*, 485.
Art. 393 481.
Art. 394 423, 480*.
Art. 395 480, 482 et s*.
Art. 396 482 et s*, 487.
Art. 397 484.
Art. 398 485.
Art. 399 483*, 485.
Art. 400 485.
Art. 402 484, 486*.
Art. 403 487.
Art. 404 487, note.
Art. 405 479, 486*, 627, 646.
Art. 406 421*, 495.
Art. 407 493*, 495.
Art. 408 493.
Art. 409 493.
Art. 410 493.
Art. 411 496.
Art. 412 528.
Art. 416 493*, 496.
Art. 420 489*, 627.
Art. 421 489.
— alin. 2 502.
Art. 422 489.
Art. 423 489.
Art. 424 489.
Art. 425 489.
Art. 426 489*, 492, 494.
Art. 428 (nouv.) 478, 480.
Art. 442 479*, 493, 540,
Art. 443 480*, 537.
Art. 444 480*, 502, 533, 537.
Art. 445 485.
Art. 446 480*, 490, 492.
Art. 447 79.
Art. 448 497.
Art. 449 497.
Art. 450 89, 537, 591.
— alin. 1 499*, 501.
— alin. 2 504*, 508.
— alin. 3 514*, 516.
Art. 451 537.
— alin. 1 490, 502*.
— alin. 2 502.
Art. 452 490, 503*, 509.
Art. 453 503.
Art. 454 503, 506.
— alin 1 483*, 492, 500.
— alin. 2 479.
Art. 455 492, 503, 506 et s*.
Art. 456 506.
Art. 457 492, 506, 555, 562.
— alin. 1 514.
— alin. 2 et 3 515.
Art. 458 498*, 515.
Art. 459 515.
— alin. 490.
Art. 460 513*, 515.
— alin. 1 517.
Art. 461 492, 513*.
Art. 462 513.
Art. 463 79, 492, 512*, 554.
Art. 464 79, 492, 509, 512, 514*, 554.
Art. 465 492, 513*.
Art. 466 513.
Art. 467 492, 516*, 555.
— alin. 2 537.
Art. 468 449, 492, 500*.
Art. 469 519, 535.
Art. 470 483, 490.
Art. 471 478, 520*, 535.
Art. 472 522*, 525, 533, 535
Art. 473 535.
Art. 474 520*, 533, 535.
Art. 475 523 et s*, 533, 535.
Art. 476 547.
Art. 477 421, 539, 548*.
— alin. 2 67, 548.
Art. 478 492, 500, 548*.
Art. 479 549.
Art. 480 492, 549*, 554.
— alin. 2 550, note, 627.
Art. 481 552*, 568.
Art. 482 214, 332, 553*, 554, 607.
Art. 483 555.
Art. 484 555*, 570, 610.
— alin. 1 555.
— alin. 2 568.
Art. 485 492, 550*, 569.
Art. 486 551.
Art. 487 557.
Art. 488 435.
Art. 489 574, 584*.
Art. 490 585.
Art. 491 585.
Art. 493 586.
Art. 494 492, 586*, 588.
Art. 495 586*, 588.
Art. 496 586.
Art. 497 586*, 605.
Art. 498 587.
Art. 499 215, 587, 601, 606 et s*.
Art. 500 587.
Art. 501 421, note, 587*, 605.
— alin. 2 418.
Art. 502 83, 590*, 592, 593 et s., 605.
Art. 503 594*, 600.
Art. 504 582*, 600.
Art. 505 587 et s.
Art. 506 549, 588*, 604.
Art. 507 589.
Art. 508 590.
Art. 509 588*, 591.
Art. 510 589.
Art. 511 496, 589*, 592.

Art. 512 590.
Art. 513 215, 421, 601, 604, 606 et s*.
Art. 514 492, 605*.
Art. 516 676.
Art. 517 679.
Art. 518 680.
Art. 519 681.
Art. 520 680.
— alin. 2 933.
Art. 521 680.
Art. 522 683, 684*.
Art. 523 681.
Art. 524 682 et s*, 869.
Art. 525 688 et s*.
Art. 526 690*, 908.
Art. 527 693.
Art. 528 693.
Art. 529 693 et s*, 701.
Art. 530 702.
Art. 531 693.
Art. 532 693.
Art. 537 705.
Art. 538 707 et s*, 729, 736, 737.
Art. 539 707.
Art. 540 707*, 709.
Art. 541 707*, 709.
Art. 542 713.
Art. 543 714*, 767, 846.
Art. 544 103, 715 et s*, 834.
Art. 545 745, 757, 986*.
Art. 546 726*, 730.
Art. 547 728*, 929.
Art. 548 803.
Art. 549 848, 929 et s*.
Art. 550 860, 929*, 931.
Art. 551 857.
Art. 552 719, 721 et s*.
Art. 553 858*, 883.
Art. 554 859.
Art. 555 829, 859 et s*.
— alin. 3 860.
Art. 556 866.
— alin. 2 745.
Art. 557 867.
Art. 558 727.
Art. 559 867.
Art. 560 868.
Art. 561 868.
Art. 562 868.
Art. 563 867 et s*, 984.
Art. 564 869.
Art. 565 871*, 872.
Art. 566 871.
Art. 567 871.
Art. 568 871.
Art. 569 871.
Art. 570 872.
Art. 571 872.
Art. 572 872.
Art. 573 871*, 872.
Art. 574 871.
Art. 575 871.
Art. 576 872.
Art. 577 872.
Art. 578 103, 456, 791 et s*, 834.
Art. 579 800*, 849.
Art. 582 801*, 810.
Art. 583 802.
Art. 584 802.
Art. 585, al. 1. 802 et s*, 806, 808.
— *in fine* 804.
Art. 586 802 et s*, 930.
Art. 587 685, 797*, 827.
Art. 588 811.
Art. 589 800*, 828.
Art. 590 456, 807*.
— alin. 1 807.
— alin. 2 809.
Art. 591 456, 807*.
Art. 592 808.
Art. 593 808.
Art. 594 456, 809*.
Art. 595 456, 804 et s*.
Art. 596 801*, 812.
Art. 597 456, 801*.
Art. 598 456, 790, 809*.
Art. 599 865.
— alin. 2 828.
— alin. 3 829.
Art. 600 456, 794, 813*.
Art. 601 455*, 815, 817.
Art. 602 815*, 816.
Art. 603 815.
Art. 604 802, 815*.
Art. 605 456, 819 et s.
Art. 606 819.
Art. 607 820.
Art. 608 457, 822*.
Art. 609 821.
Art. 610 822.
Art. 611 823.
Art. 612 457, 824*.
Art. 613 824.
Art. 614 818*, 998.
Art. 615 827.
Art. 616 799.
— alin. 1 827.
Art. 617 456, 791*, 811, 982, 988 et s., 993.
Art. 618 456, 817, 825*, 988.
Art. 619 792*, 831, 988.
Art. 623 984.
Art. 624 984.
Art. 625 830.
Art. 626 830.
Art. 627 830.
Art. 628 103, 830*.
Art. 629 830.
Art. 630 349, 830*, 831.
Art. 631 832.
Art. 632 830.
Art. 633 830.
Art. 634 832.
Art. 635 830*, 831.
Art. 636 829, 831.

Art. 637 103, 833 et s*.
Art. 638 837 et s.
Art. 639 743*, 843.
Art. 640 746*, 750, 887.
— alin. 2 730.
Art. 641 730, 747, 750.
— alin. 3 732.
— alin. 5 749.
— alin. 6 729.
Art. 642 887.
— alin. 1 731*, 732, 735.
— alin. 2 733.
— alin. 3 733, 990.
Art. 643 731 et s*, 734, 739.
Art. 644 739 et s*, 748.
Art. 645 27, 729*.
Art. 646 743, 760*
Art. 647 759.
Art. 648 759.
Art. 650 746*, 867.
Art. 651 763.
Art. 653 781 et s.
Art. 654 782.
Art. 655 778, 785*.
Art. 656 744, 761*, 785, 786, 987.
Art. 657 784, 786.
Art. 658 784.
Art. 659 784.
Art. 660 781, 786*, 857.
Art. 661 781, 786*, 788, 857.
Art. 662 780, 784*.
Art. 663 27, 743, 761*, 781, 785, 788.
Art. 664 778 et s.
Art. 666 781 et s.
— alin. 1 780*, 783.
— alin. 2 et 3 783.
Art. 667 785.
Art. 668 785*, 787.
Art. 669 784.
Art. 670 784, 785.
Art. 671 (nouv.) 27, 763*.
— alin. 2 784.
Art. 672 753.
Art. 673 753.
— alin. 1 et 2, 721.
Art. 774 27, 754*.
Art. 675 751*, 773, 784.
Art. 676 750.
Art. 677 750.
Art. 678 751*, 776.
Art. 679 751.
Art. 680 752.
Art. 681 747.
Art. 682 756.
Art. 683 757.
Art. 684 758.
Art. 685 757*, 758.
Art. 686 837.
Art. 687 843.
Art. 688 843.
Art. 689 843.
Art. 690 849, 887 et s*, 909.
Art. 691 849, 887 et s*.
Art. 692 979 et s.
Art. 693 980.
Art. 694 980 et s.
Art. 696 835.
Art. 699 744, 842*, 987.
Art. 700 836.
Art. 701
— alin. 1 et 2 835.
— alin. 3. 836.
Art. 702 835.
Art. 703 986.
Art. 704 986, 991.
Art. 705 989.
Art. 706 990, 993.
Art. 707 986, 991.
Art. 708 992.
Art. 709 991.
Art. 710 991.
Art. 711 848*, 934.
Art. 712 848*, 859.
Art. 713 850*, 994.
Art. 714 851.
Art. 715 850, 851*.
Art. 716 790, 809, 851 et s*.
Art. 717 851*, 853.
Art. 723 850.
Art. 730 455.
Art. 735 254.
Art. 736 254.
Art. 737 254.
Art. 738 254.
Art. 754 800, 817.
Art. 755 348.
Art. 757 370.
Art. 762 291, 353*, 369, 381.
Art. 764 374.
Art. 767 33, 190, 237, 247, 800, 824, 988.
Art. 768 850.
Art. 776 627.
Art. 778 66.
Art. 783 71,73.
Art. 784 67.
Art. 785 953.
Art. 791 79.
Art. 792 74.
Art. 793 67.
Art. 815 513,663,770, 774*, 790.
— alin. 2 774.
Art. 838 488, 513, 554.
Art. 840 553.
Art. 841 987.
Art. 883 774, 905, 954.
Art. 887 73
Art. 900 63, 84, 86*.
Art. 901 583, 592.
Art. 902 75.
Art. 903 79.
Art. 904 438.
Art. 905
— alin. 2. 630.

Art. 907 521.
Art. 908 291, 336, 349.
Art. 909
Art. 910 658*, 672.
Art. 911 347, 349.
Art. 913 455.
Art. 921 455.
Art. 931 67,78.
Art. 935 554*, 630.
— alin. 3. 441, 512*.
Art. 937 672.
Art. 938 936, 937.
Art. 939 769, 949, 955.
Art. 941 949, 968, 970 et s.
Art. 953 à 955 988.
Art. 958 976.
Art. 960 331, 360, 988.
Art. 970 67, 98.
Art. 971 67.
Art. 975 347.
Art. 976 67.
Art. 1005 802, 815.
Art. 1014 802, 815, 966.
Art. 1029 648.
Art. 1038 966.
Art. 1046 988.
Art. 1048 602.
Art. 1049 602.
Art. 1069 949.
Art. 1071 969.
Art. 1082 108, 665.
Art. 1093 108.
Art. 1096 86, 239, 631, 898, 988.
Art. 1101 65.
Art. 1109 76, 167.
Art. 1110 70.
— alin. 69.
— alin. 69.
Art. 1112 72*, 168.
Art. 1113 72.
Art. 1114 72*, 168.
Art. 1116 70.
Art. 1117 76.
Art. 1118 73.
Art. 1119 36.
Art. 1121 36, 768.
Art. 1122 108.
Art. 1123 75.
Art. 1124 618.
Art. 1125 76, 80*, 593, 618, 648,
— alin. 2 560.
Art. 1131 76.
Art. 1134 52, 60, 62, 937.
Art. 1138 935 et s*, 939, 940, 948. 959, 1010.
Art. 1140 948.
Art. 1141 912, 914, 941 et s*, 960.
Art. 1143 769.
Art. 1153 47,520.
Art. 1160 27.
Art. 1165 345, 391, 935, 1011.
Art. 1166 109, 170, 337, 649, 903.
Art. 1167 28, 107, 109, 238, 903. 956, 962.
Art. 1168 84.
Art. 1169 85.
Art. 1170 85.
Art. 1171 85.
Art. 1172 63, 84, 86*.
Art. 1174 86.
Art. 1179 87.
Art. 1180 87, 900.
Art. 1183 87.
Art. 1184 826, 988.
Art. 1188 816.
Art. 1220 97, 380.
Art. 1238 627.
Art. 1240 874.
Art. 1241 562, 563*, 627.
Art. 1244 862.
Art. 1247 420, 429.
Art. 1250 al. 2 67.
Art. 1258 421.
Art. 1282 96.
Art. 1302 827
Art. 1304 76, 81*, 170, 525, 570, 582, 593, 618, 650.
Art. 1305 76, 560, 565 et s*.
Art. 1306 560.
Art. 1307 560, 563*, 566, 632.
Art. 1308 560.
Art. 1309 437, 560, 564.
Art. 1310 438*, 560, 562, 592. 610, 631.
Art. 1311 562*, 566.
Art. 1312 562.
Art. 1314 565.
Art. 1315 91, 94*, 880, 1005, 1008,
Art. 1328 98, 963.
Art. 1338 80, 170.
Art. 1339 76.
Art. 1341 et s. 93, 100, 1004, 1012.
Art. 1347 100, 263, 296, 301.
Art. 1348 263, 302, 1004, 1006. 1012.
Art. 1350 96, 641, 885.
Art. 1351 96, 341 et s*, 416, 1011.
Art. 1352 590.
Art. 1353 258, 264, 1013.
Art. 1356 288.
Art. 1358 100.
Art. 1370 763.
Art. 1375 90, 631, 773, 864.
Art. 1378 934.
Art. 1382 102, 129, 300, 360, 367, 374, 388, 725, 764, 969, 974, 985.
Art. 1383 631, 764, 974, 985.
Art. 1387 52, 62.
Art 1388 614, 626, 633.
Art. 1393 52.
Art. 1394 67,79.
Art. 1395 64.
Art. 1398 437, 589.
Art. 1402 901.

Art. 1408 898.
Art. 1415 814.
Art. 1419 646.
Art. 1420 638.
Art. 1422 80.
Art. 1426 648.
Art. 1428 89.632.
Art. 1429 509*, 552, 805.
Art. 1430 509*, 552, 805.
Art. 1435 898.
Art. 1442 74, 458, 491, 502.
Art. 1443 536, note.
Art. 1445 418, 421, note.
Art. 1449 633*, 635.
Art. 1451 249.
Art. 1504 814.
Art. 1518 239, 247.
Art. 1531 89.
Art. 1538 642.
Art. 1549 89, 632.
Art. 1551 685.
Art. 1554 36.
Art. 1555 646.
Art. 1556 646.
Art. 1561 898.
Art. 1576 633.
Art. 1583 936, 937, 948, 950.
Art. 1596 516.
Art. 1599 806, 913, 938, 940, 967.
Art. 1654 956.
Art. 1673
— alin. 1 952.
Art. 1674 73, 956.
Art. 1690 943.
Art. 1699 987.
Art. 1718 509*, 552, 805.
Art. 1719 794.
Art. 1720 794.
Art. 1731 814.
Art. 1736 27.
Art. 1738 66.
Art. 1743 98, 794, 956.
Art. 1748 27.
Art. 1753 27.
Art. 1754 9.
Art. 1778 686.
Art. 1780 27. 86, 842.
Art. 1832 668*, 703.
Art. 1859 771, 773.
Art. 1962 221.
Art. 1974 76.
Art. 1985 alin. 2 66.
Art. 1990 90*, 439.
Art. 1996 518.
Art. 2001 520.
Art. 2041 815.
Art. 2044 516.
Art. 2045
— alin. 2 522.
Art. 2060, 2° 1000.
Art. 2092 107*, 109.
Art. 2093 105.
Art. 2108 949.
Art. 2111 964.
Art. 2118 806, 826, 846.
— alin. 2 456.
Art. 2121 521.
Art. 2125 826.
Art. 2127 67.
Art. 2133 865.
Art. 2137 490.
Art. 2139 631.
Art. 2143 alin. 2 496.
Art. 2148 57, 428.
Art. 2180 949.
Art. 2181 949.
Art. 2182 949.
Art. 2185 954.
Art. 2189 949, 954.
Art. 2199 957.
Art. 2200 958.
Art. 2201 958.
Art. 2203 958.
Art. 2204 alin. 2 456.
Art. 2205 771.
Art. 2208 549, 609.
Art. 2219 884.
Art. 2220 902 et s.
Art. 2221 902.
Art. 2222 902.
Art. 2223 901 et s.
Art. 2224 901.
Art. 2225 903.
Art. 2227 706.
Art. 2228 874 et s.
Art. 2229 877 et s*, 888, 893, 920, 1001, 1008.
Art. 2230 880*, 889.
Art. 2231 880.
Art. 2232 886* et s., 888, 992.
Art. 2233 882.
Art. 2235 891*, 909.
Art. 2236 877.
Art. 2237 882*, 905, 910.
Art. 2238 881*, 883.
Art. 2239 882*, 910.
Art. 2240 881.
Art. 2242 893.
Art. 2243 893.
Art. 2244 893.
Art. 2245 894.
Art. 2246 895.
Art. 2247 895.
Art. 2248 893.
Art. 2251 899.
Art. 2252 524, 566, 595, 897*, 900.
Art. 2253 897.
Art. 2254 898.
Art. 2255 898.
Art. 2256 898.
Art. 2257 900.
Art. 2268 891.
Art. 2261 891.
Art. 2262 78. 80, 171, 679, 757, 855, 884 et s*, 991.

Art. 2265	679, 904 et s*, 907, 931, 968, 993.
Art. 2266	908.
Art. 2267	906*, 931.
Art. 2268	189, 907*, 920, 931.
Art. 2269	907*, 920.
Art. 2277	927.
Art. 2278	897.
Art. 2279	10. 679, 711, note, 770, 797, 859, 870. 884, 911 et s*, 933, 942. 996, 1005.
— alin 2	855, 924*.
Art. 2280	711, note 859, 917.
— alin. 1	914, 924*.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Art. 2	421.
Art. 3, alin. 2	996.
Art. 23	893, 1001, 1003.
Art. 48	217.
Art. 59	216, 326, 421, 427, 679, 959.
Art. 66	347.
Art. 69	670.
Art. 83	38, 326.
Art. 84, 6°	517, 646.
Art. 131	162.
Art. 158	244.
Art. 214 à 251	99, 407.
Art. 268	224, 347.
Art. 283	347.
Art. 397 à 401	895.
Art. 402	895.
Art. 403	895.
Art. 434	227.
Art. 444	490.
Art. 474 et s.	345.
Art. 480, 3°	652.
Art. 481	566.
Art. 495	516.
Art. 527 à 542	520.
Art. 581	767.
Art. 608	772.
Art. 626	680.
Art. 678	953, 964.
Art. 682	681.
Art. 686	953, 964.
Art. 705	82.
Art. 708	954.
Art. 779	955.
Art. 806	216.
Art. 834 (abrogé)	950, 960.
Art. 855 à 858	416.
Art. 856	246.
Art. 861 à 864	643.
Art. 863	644.
Art. 869	221.
Art. 872	421, note.
Art. 875	244.
Art. 875 à 880	243.
Art. 877	218.
Art. 878	313.
Art. 883	135, 497, 498, 589.
Art. 884 à 889	498.
Art. 890 à 897	586.
Art. 894	587.
Art. 911	502.
Art. 953 et s.	515.
Art. 954, 1°	515.
Art. 955	515.
Art. 956 à 958	515.
Art. 962	515.
Art. 963 à 965	515.
Art. 1003	608.
Art. 1004	517.
Art. 1030	82.

CODE DE COMMERCE

Art. 2	548, 551, 557.
Art. 3	551.
Art. 4	626, 642, 646.
Art. 6	557.
Art. 66	230.
Art. 67	421, note.
Art. 69	421, note.
Art. 94	89.
Art. 193	944.
Art. 195	915.
Art. 196	944.
Art. 220	774.
Art. 490	964.
Art. 573	954.

CODE PÉNAL

Art. 4	47
Art. 7	465
Art. 29	465.
Art. 42	480.
Art. 66	465, 471, 473.
Art. 120	577.
Art. 145	155.
Art. 145 à 148	407.
Art. 146	155.
Art. 147	155.
Art. 155	119.
Art. 173	155.
Art. 192	15, 158, 388.
Art. 193	155,8.
Art. 194	158.
Art. 200	119.
Art. 259	358 et s., 364.
Art. 291 (abrogé)	657.

Art. 299 348.
Art. 312 348, 447.
Art. 335
— alin. 2 405 et s.
Art. 337 205.
Art. 339 205.
Art. 340 142, 159.
Art. 345 259.
Art. 356 399, 401.
Art. 349
(l. 19 avr. 1898) 446.
Art. 349 à 353
(l. 19 avr. 1898) 378.
Art. 357
(l. 5 déc. 1901) 461.
Art. 379 856.
Art. 380 348.
Art. 400 348.

CODE FORESTIER

Art. 151 745.
Art. 158 745.

ÉDITS, ORDONNANCES

Edits de 1441 (rentes foncières) 699
— 1553 (rentes foncières) 699
— févr. 1556 (consentement des ascendants au mariage) 131
— d'Henri II, févr. 1556 (filles-mères) 281
— des secondes noces de 1560 372
— de Moulins, févr. 1566 706
— 7 juin 1659 (communautés religieuses) 656
— mars 1673 (publicité des hypothèques) 945
— 28 nov. 1787 (état civil). 117, 385
Ordonnance de Montil-les-Tours de 1453 (rédaction des coutumes) 13
— Villers-Cotterets, août 1539,
Art. 50 et 51 385
Art. 132 945
Art. 134 . 559
— de Moulins 945
— de Blois, mai 1579 117
Art. 40 121, 131, 155
Art. 181 385
— 15 janv. 1629 121
Art. 40 155
— 1667, sur la procédure
tit. XX, art. 1er 155, 385
tit. XX, art. 14 415
— août 1681 (marine) 850, 85 853
— 1731 (donations) 94 947
Art. 20 947
Art. 27 970, 971
— 1816, 27 nov. (publication des lois et ordonnances) 44
Art. 1 43, note
— 1819, 18 août (compulsoire des registres de l'état-civil) 406
— 1820, 29 nov. (mariage des militaires) 138
— 1823, 26 nov. (vérification des registres de l'état civil) 389
Art. 1 390
Art. 3 854
— 1829, 22 févr. (épaves) 507
— 1831, 29 avril (rentes sur l'Etat)
Art. 7 138
— 1832, 20 janv. (mariage des militaires) 737
— 1835, 10 juill. (pêche fluviale) 575
— 1839, 18 déc. (établissements d'aliénés) 767, note
— 1846, 15 nov. (chemins de fer)
Art. 63

LOIS

1790 16-24 août (organisation judiciaire) 447
— 22 nov.-1er déc. (tribunal de cassation) 39 et s.
— 22 nov.-1er déc. (loi domaniale) 706, 736
— 18-29 déc. (emphytéose) 846
1791 13-20 avr. (abolition du droit d'épave) 855
— 6-22 août (épaves terrestres) 854
— 9 août (épaves maritimes) 853
— 15 sept.-16 oct. (emphytéose) 846
— 28 sept.-6 oct. (code rural) 741
1792 20 sept. (divorce) 193 et s.
— 20-25 sept. (état civil) 121, 126, 144
Tit. II, art. 1 389, note
Tit. IV 160, 436
Tit. IV, art. 3 à 9 131
An II 12 brumaire (enfants illégitimes). Art. 10 54, 294, 297
— 17 nivôse (donations et successions) 14
— 6 fructidor (noms) 357, 359
An III 9 messidor (hypothèques)
Art. 5-2° 846
Art. 9 946
An IV 11 germinal (épaves terrestres) 854

An VI 6 brumaire (domaines congréables) 789
An VII 11 brumaire (hypothèques) 14, 946 et s.
Art. 6-2° 846
Art. 7 707
Art. 26 947, 961
— 3 frimaire (contribution foncière) 850
— 22 frimaire (enregistrement)
Art. 27, § 3 701
Art. 69, § 5, 1° 680
An VIII 28 pluviôse (division et administration du territoire). Art. 13 386
An X 18 germinal (cultes).
Art. 54 119
An XI 25 ventôse (notariat) 289
Art. 9 57, 394, note
Art. 23 390
— 11 germinal (noms) 356, 357
An XII 30 ventôse (C. civil) 17 et s., 28
Art. 7 11, 58
1806 24 mars (rentes sur l'Etat) 510, 533
Art. 3 505
1807 16 sept. (interprétation des lois) 28, 40
1808 16 janvier (Banque de France) 692
1810 21 avril (organisation judiciaire). Art. 46 164
— 21 avril (mines, minières et carrières) 723 et s., 810
Art. 8 687
Art. 8, dern. alin. 704
1816 23 avril (finances)
Art. 43, n° 20 959
Art. 54 950, note
Art. 91 695
— 8 mai (abolition du divorce) 196
Art 2 49
1817 13 janvier (militaires disparus). Art. 5. 405
— 25 mars (finances). Art. 145 et s. 706
1828 30 juill. (interprétation des lois) 40
1829 15 avril (pêche fluviale) 851
Art. 3. 737
1830 13 déc. (adoption publique) 315
1831 18 avril (finances). Art. 3 et 4 692
1832 16 avril (modifiant l'art. 164, civ.) 145
1837 1er avril (C, de Cassation) 41
1838 25 mai (justice de paix) 1000
— 30 juin (aliénés).
Art. 31 à 39 575, 596 et s.
Art. 32 492
Art. 33 215
Art. 39 93
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique) 725, 986
Art. 13 et 25 516
Art. 39 807, 985
Art. 53 987
1843 21 juin (actes notariés) 57, 289
1844 3 mai (police de la chasse) 851
— 5 juill. (brev. d'invention) 720
Art. 20 943
1845 29 avril (irrigations) 23, 748 et s.
Art. 1er 723, note
— 15 juill. (chemins de fer)
Art. 5 à 10 745
1847 11 juill. (irrigations) 23, 748, 749
1848 9 sept. (durée de la journée de travail) 27
1849 10 janv. (assistance publique) 466
Art. 33 596
1850 13 avril (abrogée) (logements insalubres) 745
— 10 juill. (contrats de mariage) 153
— 5 août (éducation et patronage des jeunes détenus) 450, 495
— 6 déc. (désaveu en cas de séparation de corps) 276
— 10 déc. (mariage des indigents) 123, 152
1851 22 janv. (assistance judiciaire) 195
1854 10 juin drainage) 23, 748, 749
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire) 23, 950
989
Art. 1er 951, 952
— alin. 2 953
— alin. 3 957
— alin. 4 954
Art. 2 951
— alin. 1 955
— alin. 3 957
— alin. 4 944, 955
— alin. 5 955
Art. 3 959 et s., 968
Art. 4 956, 962
— alin. 2 958
Art. 6, dern. alin. 960
Art. 9 67
Art. 11, alin. 6 951, 955
1856 14 juill. (sources d'eaux minérales) 735
1862 2 juill. (finances) art. 46 692
1865 31 mai (pêche) 851
— 21 juin (associations syndicales) 659, note
Art. 5 à 8 669, note
Art. 19 750
1866 9 mai (mines, minières et carrières) 726
— 13 juin (usages commerciaux) 29

1866 14 juill. (droits d'auteur) 248, 720
1867 22 juill. (contrainte par corps) 59
1871 19 juill. (état civil) 388, 399, note
— 9 août (militaires disparus) 465
1872 6 janv. (état civil) 388
— 12 févr. (état civil) 386, 408, note
— 15 juin (titres au porteur) 677, 927
— 20 déc. (concessions sur le domaine public) 712
1874 7 déc. (professions ambulantes) 466
1880 27 févr. (valeurs mobilières) 24, 478, 505, 532, 535, 678, 679, 812
Art. 1 à 6 510, 511
Art. 2 499, 514
Art. 4 555, 556
Art. 5 492, 507, 556
Art. 6 492, 507
Art. 7 490
Art. 8 597
Art. 10 511
— 27 juill. (mines) 723
1881 9 avril (caisse d'épargne postale)
Art. 6 438, 620, 634
— 29 juill. (liberté de la presse)
Art. 5 712
Art. 47 629
— 20 août (code rural) 753, 755, 780
Art. 33 776, 890
1882 28 mars (enseignement primaire) 373, 377, 446
1883 12 févr. (sources d'eaux minérales) 735
1884 21 mars (syndicats professionnels) 24, 659, note, 669, note
Art. 5, alin. 1er 672, 678
— 5 avril (organisation municipale)
Art. 35 349
Art. 82 à 84 387
Art. 92, 3° 387
Art. 136, n. 4 389
— 27 juill. (divorce) 24, 143, 147, 197, 235
1885 10 juill. (hypothèque maritime) art. 3 772
1886 18 avril (divorce et séparation de corps) 199, 202, 231, 232, 278, 690
— 23 avril (section judiciaire des retraites pour la vieillesse) 438, 620, 634
Art. 132 214, 356
1887 30 mars (monuments historiques) 711, 926
1888 22 déc. (associations syndicales) 659, note, 669, note
1889 13 févr. (hypothèque légale de la femme mariée) 24
1889 19 févr. (privilège du bailleur d'un fonds rural et attribution des indemnités dues par suite d'assurances) 985
— 4 avril (C. rural, tit. VI) 755, 869
— 9 juill. (code rural, tit. II et III) 759, 789
Art. 1 à 5 759
Art. 2, 4, 8, 15 27
— 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) 74
378, note, 446, note, 467 et s.
Art. 2-6° 447
Art. 8 480
Art. 10 478
Art. 12 445
Art. 17 131
1890 22 juin (code rural, tit. II) 27, 759, 789
1891 9 mars (droits du conjoint survivant) 24, 366, 375, 800
1893 6 fév. (séparation de corps) 199, 235, 245, 357, 620, 626, 633
— 16 mars (publicité des jugements d'interdiction) 418, 587
— 8 juin (état civil et testaments faits aux armées) 401, 403, 404, 410
— 15 juill. (assistance médicale gratuite) 420, note
1895 12 janv. (saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements) 56
— 20 juill. (caisses d'épargne)
Art. 16 438, 634
Art. 16, alin. 5 et 6, art. 17 620
1896 25 mars (droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère) 24, 349
— 31 mars (objets abandonnés ou laissés en gage aux hôteliers) 854
— 20 juin (mariage) 123, 132, 133, 136, 139 et s., 161
— 24 déc. (Inscription maritime) art. 51 434
1897 8 février (domaines congéables) 789, 790
— 16 février (propriété foncière en Algérie) 977, note
— 17 août (modifiant certains articles du C. civil) 142, 306, 395 et s.
Art. 4 391, note
— 7 déc. (femmes témoins) 153, 394, note
1898 1er avril (sociétés de secours mutuels) 659, note
669, note
Art. 3, alin. 2 438, 634

Art. 15 et 17 672, 678
— 4 avril (postes) art. 3 854
— 8 avril (régime des eaux) 730, 731, 867 et s.
Art. 3, 34, 36, 40 737 et s.
Art. 5, 6, 8, 11, 13, 14 740 et s.
Art. 46 à 53 746
— 9 avril (accidents du travail) 24, 54, 92, note
Art. 3, alin. 5 248
Art. 30 10, note, 64
Art. 33 46
— 19 avril (répression des attentats commis sur les enfants) 378, 446 et s.
Art. 4 470, 473
Art. 5 470
— 21 juin (code rural) art. 75 27
1899 5 août (casier judiciaire) 359
1900 7 avril (taux de l'intérêt de l'argent) 47, 520
— 11 mai (état civil et testaments faits aux armées) 399, note
— 4 juill. (sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles 669, note, 672
— 17 juill. (modifiant la loi du 5 août 1899) 359
— 27 juill. (droits sur les formalités hypothécaires) 958
1901 1er juill. (contrat d'association) 24, 657, note, 658 et s., 668
Art. 2 74
Art. 5, 13 à 18 669, note
Art. 6 à 11 671
Art. 6, alin. 3 678
— 10 juill. (assistance judiciaire) 195, note
— 5 déc. (garde des enfants) 461
1902 2 janv. (compétence en matière d'assurances) 428, note
— 8 févr. (titres au porteur) 927
— 15 févr. (santé publique) 746
— 25 juin (bail emphytéotique) 847, 952
1903 31 déc. (objets abandonnés chez les ouvriers et industriels) 854
1904 14 mars (placement des employés et ouvriers) 987
— 27 juin (enfants assistés) 378, note, 466, 472, 542
Art. 8 et 9 446, note
Art. 11 à 18 541
Art. 14 et 15 549
— 28 juin (pupilles de l'assistance publique) 451, 462
— 15 déc. (abrogeant l'art. 298 C. civ.) 147, 310
1905 12 juill. (juges de paix)
Art. 5 438
Art. 7 368, 1000, 1001
Art. 16 438, 643
— 9 déc. (séparation des Eglises et de l'Etat) 667
Art. 9, § 3 56
Art. 4 et 5 710
1906 21 févr. (jouissance légale) 241, 459, 482
— 12 avr. (majorité pénale) 465
— 21 avr. (protection des sites et paysages) 745
— 15 juin (distributions d'énergie) 722, 723, note
— 30 nov. (acte de naissance des enfants naturels) 391, 392, note, 393, note
— 18 déc. (enfants assistés) 472
1907 27 mars (conseils de prud'hommes)
Art. 36 644
Art. 37 438
— 21 juin (mariage) 123, 132, 134 136 et s., 148, 151 et s., 158, 163, 235, 241, 427
— 2 juill. (enfants naturels) 138, 171, 328, 355, 454, 479, 538, 540, 541
— 13 juill. (délai de viduité) 143, 235
— 13 juill. (libre salaire de la femme mariée) 51, 371, 620, 629, 634 et s.
Art. 6 644
Art. 7 377 et s.
Art. 7 à 10 366
— 7 nov. (enfants adultérins) 281, 306, 308, 310
1908 11 avril (prostitution des mineurs 451, 462, 473
— 6 juin (séparation de corps) 199, 243, 251 et s., 367
1909 19 mars (vente et nantissement des fonds de commerce) 915, 943
— 12 juill. (bien de famille insaisissable) 634
Art. 3
Art. 11 637
Art. 18 775
— 14 juillet (séparation de) corps) 244
1910 6 avril (administration légale) 241, 248, 461, 463, 531, 533
— 8 avril (finances) 724
1912 29 févr. (concessions sur le domaine public) 712
— 22 juillet (tribunaux pour enfants) 465, 473
— 16 nov. (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle) 51, 129, 145, 281, 295, 299, 300, 328, 335, 340, 395
1913 10 mars (mariage) 133, 135, 137, 138, 140

1913 8 août (recrutement de l'armée) 445
— 31 déc. (monuments historiques) 711
1914 16 avril (organisation municipale) art. 3, 54
— 1er juiil. (mariage entre beaux-frères et belles-sœurs) 144, 236
1915 4 avril (mariage des militaires) 127, note
— 4 avril (valeurs mobilières) 307, note ; 929, note 2
— 2 juillet (actes de décès) 402
— 3 juill. (puissance paternelle) 133, note, 460
— 19 août (mariage des militaires (prisonniers) 127, note, 307, note
— 30 sept. (rectification administrative des actes de décès des militaires) 412
— 3 déc. (actes de décès) 405
— 30 déc. (enfants adultérins) 281, 306, 308, 310, 312 et s.
1916 16 mars (actes de notoriété) 155, note, 406, note
— 1er juin (reconstitution des registres de l'état-civil) 386 410, note
— 23 juill. (mariage) 140, note
— 5 août (modifiant l'art. 20 de la loi du 24 juillet 1889) 469, 472
1917 16 fév. (rentes sur l'Etat au porteur) 929, note 1
— 20 mars (femmes tutrices) 478, 479, 482 et s., 486, 493, 550 note, 627
— 7 avril (légimitation) 306, note
— 5 juillet (navigation intérieure) art. 16, 944
— 27 juill. (pupilles de la nation) 316, 320, note, 499, note, 527, note.
— 19 déc. établissements dangereux, incommodes ou insalubres) 745
1918 21 janvier (marchés à livrer) 55
— 18 avril (actes de l'état-civil) 412, 413, 416, note
1919 14 mars (extension et aménagement des villes) 745
— 18 mars (registre du commerce) 230, note 1
— 19 mars (donations aux œuvres d'Assistance publique) 635, note 1
— 5 avril (modifiant l'art. 295 C. c.) 211, 213, 236
— 25 juin (Disparition pendant la guerre) 433
1919 26 juin (modifiant les art. 244 et 252 C. c.) 230, 231, 232, 235, 237, 238
— 9 août (modifiant les art, 45, 63, 64, 69, 73, 75, 76, 151, 154, 168, 173, 206, 228 et 296 C. c.) 123, 136, 139, 143, 148, 149, 151, 153, 154, 163, 234, 372, 391 et note 1, 394, 413.
— 9 septembre (mines) 704, 723, 724, note 1
— 26 octobre (énergie hydraulique) 742, 743
— 27 octobre (abrogeant l'al. 2 de l'art. 37 C. c.) 394
— 20 novembre (actes et jugements d'état-civil) 399. 402, 415, 416
1920 12 mars (syndicats professionnels (437, 637, 669, note 1, 672
1921 12 février (art. 673 C. c.) 754
— 22 février (tribunaux d'enfants) 473
— 24 juillet (loi 23 mars 1855) 957, 958
— 15 nov. (complétant la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle) 474
— 15 décembre (art. 465 C. c.) 513
1922 28 février (art. 73 C. c.) 139
— 28 février, art. 4 (actes de l'état civil) 389
art. 1 et 2 394, note 1, 403
— 28 avril (art. 76 et 151 C. c. âge de la majorité matrimoniale) 132, 136
— 1er juill. (art. 333 C. c.) 150
— 28 juill. (art. 57 C. c.) 400
— 28 oct. (art. 34 et s. C. c.) 394, 400
— 7 novembre (art. 1384 c. c.) 57, note 1
— 5 décembre (habitations à bon marché et petite propriété) 775
— 9 déc. (art. 228 et 296 C. c.) 142, 143
— 9 déc. (art. 247 C. c.) 244
— 16 déc. (mines) 723
— 18 déc. (état civil) 391
— 28 déc. (pensions) art. 26 634
1923 1er avril (recrutement de l'armée)
Art. 58 139, 446, 500
— 8 juin (modifiant la loi du 13 juillet 1907) 635, 637
— 19 juin (adoption) 316 et s.
— 2 juil. (nom patronymique) 356, note 1
1923 15 déc. (reconstitution des actes de l'état civil) 410
1924 7 janvier (mariage) 140

1924 7 févr. (témoins état-civil) 394, 401, 402
— 7 févr. (art. 71, 149, 150, 151, 154, 155, 158, 160, C. c.) 136, 140
— 7 févr. (abandon de famille) 378, 474, 645
— 26 mars (art. 295, C. c.) 147
— 14 avril (pensions civiles et militaires, art. 26 et 48) 237, 248
— 25 avril (art. 331, C. c.) 314
— 31 mai (aéronefs) 404, 915, 944
— 1er juin (introduction du droit civil en Alsace et Lorraine) 977 et s
— 11 déc. (actes de décès) 403
1925 23 juil. (adoption) 316
1927 8 avril (opposit. à mariage) 162
— — (public. de mariage) 149
1927 17 juillet (consentement à mariage) 133, 134, 136, 137, 138
1927 10 août (nationalité) 622
1928 31 janvier (légitimation des enfants adultérins) 281, 306, 308, 310
— 4 févr. (délai de viduité) 143, 149
— 31 mars (recrutement de l'armée) 139, 446, 500, 551
— 1er avril (preuve testimoniale) 68, 100
— 3 avril (abandon de famille) 378, 474
— 19 déc. (publication des jugements de divorce et de séparation de corps) 230
1929 31 mars (mariage des indigents) 123
— 11 juillet (pièces à fournir en vue du mariage) 150

DÉCRETS

1790 15-28 mars (droits féodaux) Tit., II 701, 838
— 19-23 juin (abolition des titres de noblesse). 362
— 16-24 août (organisation judiciaire) tit. X, art. 15 et 16 444
— 18-29 déc. (rachat des
— rentes foncières) 701
Art. 1er 719
1791 6 août (domaine congéable) 789
1792 28 août (puissance paternelle) 444
— 20-25 sept. (état civil) 118, 386
Tit. II, art. 2 384
Tit. IV, sect. 1, art. 3 444
An III 15 thermidor (divorce) 194
An VIII 5 nivôse (Conseil d'Etat) Art. 11 26
1806 4 juill. (enfants morts-nés) 401
1808 7 mai (mariage du grand oncle et de la petite-nièce) 144
— 16 juin (mariage des militaires) 138
1810 13 août (épaves) 854
1811 19 janv. (enfants trouvés) 466
18 juin (bestiaux égarés) 854
1813 3 janv. (exploitation des mines) art. 18 et 19 404
— 25 sept. (Banque de France) 505, 533
1848 2 mars (durée de la journée de travail et abolition du marchandage) 37, 53
1852 9 janv. (pêche côtière) 851
— 28 févr. (sociétés de crédit foncier) 13, 26
— 27 mars (Code Napoléon) 17, 59
1859 8 janv. (Conseil du sceau des titres) 364, 414
1864 18 juin (rentes 3 p. 100) 507
1870 5 nov. (promulgation des lois et décrets) 45
Art. 1 43, note
Art. 2 et 3 45
1872 18 janv. (titres nobiliaires) 364, 414, note
1876 6 avril promulgation des lois) 44
1886 3 mai (établissements dangereux, incommodes ou insalubres) 745
1897 5 sept. (pêche fluviale) 851
1910 1er mars (tables décennales des actes de l'état civil) 390
1913 27 févr. (registres de l'état civil) 390
1914 18 novembre (mariage des militaires) 139, note
1915 15 avril (inhumations et exhumations) 403, note
1919 7 mars (mariage des militaires) 139, note

Vannes. — Imprimerie Lafolye et J. de Lamarzelle, 1929.

*LIBRAIRIE DALLOZ, 11, rue Soufflot, PARIS-V^e^*

DE

La Cause des Obligations

(CONTRATS, ENGAGEMENTS UNILATERAUX, LEGS)

PAR

Henri CAPITANT

Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Paris

Un volume in-8°, 3^e^ édition 1927, broché . . . . . 40 fr.

(Frais d'envoi en sus)

INTRODUCTION

A

l'Étude du Droit civil

NOTIONS GÉNERALES

PAR

Henri CAPITANT

Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Paris

Un volume in-8°, 5^e^ édition, 1929, broché . . . . . 40 fr.

(Frais d'envoi en sus)

Précis de Législation Industrielle

PAR

Henri CAPITANT

Professeur de Droit civil
à la Faculté de Droit de Paris

Paul CUCHE

Professeur à la Faculté de Droit
de Grenoble
Chargé du Cours de Législation industrielle.

Un volume in-16, 1927, broché . . . . . 25 fr.

(Frais d'envoi en sus)

Comment il faut faire sa Thèse de Doctorat en Droit

PAR

Henri CAPITANT

Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Paris

Un volume in-8°, 2^e^ édition, 1928, broché . . . . . 7 fr. 50

(Frais d'envoi en sus)

Vannes. — Imp. Lafolye et J. de Lamarselle.

TABLE ALPHABETIQUE (1)

A

Abrogation des lois,
Abandon de famille,
Abandon de la mitoyenneté-V. Mitoyenneté.
Abus du droit,
Abus de jouissance. - V. Déchéance de l'usufruit.
Absence,
Absence, d'un premier conjoint,
Absence, du mari
Absence, du père
Accession,
Accession, immobilière,
Accession, mobilière,
Accession, des possessions. - V. Jonction.
Accession, (Droit d'),
Accession, (Droit d'), sur les animaux,
Acquiescement au jugement de divorce,
Act Torrens,
Acte (Sens divers du mot),
Actes à titre gratuit et à titre onéreux,
Actes authentiques et sous seing privé,
Actes consensuels et solennels,
Actes de décès,
Actes de l'état civil,
Actes de mariage,
Actes de naissance,
Actes de naissance comme mode de preuve de la filiation,
Actes de naissance (Publicité des),
Actes juridiques (Théorie générale des),
Actes unilatéraux et bilatéraux,
Actes de tolérance et de pure faculté,
Action en complainte,
Action en dénonciation de nouvel oeuvre,
Action en réintégrande,
Action Publicienne,
Actions d'état,
Actions immobilières,
Actions de la Banque de France,
Actions et obligations des Sociétés de commerce et d'industrie,
Actions réelles,
Actions pétitoires,
Actions possessoires,
Adjudication (Jugements d'),
Administration légale des biens des enfants mineurs,
Adoption,
Adoption, rémunératoire,
Adultère, cause de divorce ou de séparation de corps,
Adultère, (complicité d'),
Aéronefs,
Aliénés,
Aliénés, interdits,
Aliénés, internés,
Aliénés, non interdits ni internés,
Aliments,
Alliance. - V. Parenté.
Alluvions,
Alsace-Lorraine, Régime Foncier
Améliorations (de la chose soumise à usufruit),
Ancien Droit,
Annulabilité. - V. Nullités relatives.
Appropriances par bannies,
Appui. - V. Servitudes.
Arbres (Usufruit des),
Assistance publique (Pupilles de l'),
Associations,
Assurance contre l'incendie (des choses soumises à l'usufruit),
Atterrissements. - V. Alluvions.
Autorisation des parents au mariage des enfants,
Autorisation de la femme par le mari,
Autorisation de la femme par la justice,
Aqueduc. - V. Servitudes.
Assec et évolage,
Aveu,
Aveu, en instance de divorce ou de séparation de corps,
Avis du Conseil d'état,
Avulsion,
Ayants cause,

B

Bail à convenant ou domaine congéable,
Bail à colonat partiaire,
(1) Les chiffres renvoient aux pages.
Baux des immeubles du mineur,
Baux des choses soumises à usufruit,
Baux soumis à la transcription,
Biens,
Biens, de famille insaisissable,
Biens, corporels et incorporels,
Biens, domaniaux,
Bigamie,
Bois taillis et de haute futaie,
Bonne foi, en matière de possession immobilière,
Bonne foi, en matière de possession mobilière.
Bonne foi, V. En fait de meubles possession vaut titre.
Bornage
Brevets d'invention,

C

Capacité dans les actes juridiques (Théorie générale),
Capacité des femmes mariées,
Capacité des mineurs,
Capacité en matière d'action en divorce,
Capacité en matière de reconnaissance d'enfant naturel,
Capacité des personnes morales,
Canaux d'usine,
Carrières,
Casier civil,
Caution (Fourniture de), au début de l'usufruit,

Cessions de loyers et fermages non échus
Charges usufructuaires,
Chasse et pêche,
Chemins d'exploitation,
Choses,
Choses, abandonnées ou perdues,
Choses, consomptibles (usufruit des),
Choses, de genre,
Choses, futures,
Choses, perdues ou volées,
Choses, qui se détériorent par l'usage (usufruit des),
Chose jugée (autorité de la),
Chose jugée dans les questions d'état,
Chose jugée en matière de rectification des actes de l'état civil,
Clandestinité, vice de la possession,
Clôtures dans les villes et faubourgs,
Code Civil (Description et appréciation du),
Code Civil (Historique du),
Communes,
Compétence des officiers de l'état civil,
Compétence en matière de divorce ou de séparation de corps,
Compétence en matière d'état des personnes,
Comptes de tutelle,
Conception (Date de la),
Conciliation (Tentative en matière de divorce),
Condamnation à une peine afflictive et infamante (cause de divorce),
Condition,
Conditions impossibles, immorales, illicites,
Confirmation des actes annulables,
Confirmation des actes annulables des femmes mariées,
Confirmation du mariage nul,
Confusion,
Conjoint survivant,
Conseil de famille,
Conseil judiciaire,
Conseil de tutelle de la mère tutrice légale,
Consentement,
Consentement, des futurs époux au mariage,
Consentement, des parents au mariage des mineurs,
Conservateur des hypothèques. - V. Hypothèques.
Consolidation,
Constitut possessoire,
Constructions. - V. Plantations.0
Contestation de légitimité (action en),
Contrats (acquisition de la propriété par l'effet des),
Conversion de la séparation de corps en divorce,
Copropriété. - V. Indivision.
Correction paternelle (Droit de),
Correspondance de la femme mariée (Droit du mari sur la),
Cour de Cassation,
Cours d'eau. - V. Rivières.
Coutume (source du Droit),
Coutumes,
Coutumes, de nantissement,
Créances,
Créances, immobilières,
Crédit Foncier (Société du),
Curateur,
Curateur, au ventre,

D

Date des lois,
Déchéance de la puissance paternelle,
Déchéance de l'usufruit,
Décrets-lois,
Défaut de transcription (Sanction du),
Défaut de mention marginale (Sanction du),
Délai de viduité,
Délais de la prescription acquisitive,
Démence. - V. Aliénés.
Département,
Délits et quasi-délits des femmes mariées,
Délits et quasi-délits mineurs,
Désaveu de paternité,
Dessaisine-saisine (Clause de). - V. Tradition feinte.
Destination du père de famille,
Dessus et dessous (Propriété des),
Destitution des tuteurs,
Désuétude,
Détenteurs précaires,
Discontinuité, vice de la possession,
Dispenses de mariage,
Dispenses d'inventaire au début de l'usufruit,
Dispenses de caution au début de l'usufruit,
Dispositions impératives,
Dispositions supplétives ou déclaratives,
Divisions des biens,
Divisions des immeubles,
Divisions des meubles,
Divorce,
Divorce, (Aliments entre époux après le),
Divorce, (Causes du),
Divorce, (Histoire et appréciation du),
Divorce, (Procédure du),
Divorce, (Ses effets quant à la personne des époux),
Divorce, (Ses effets quant aux biens des époux),
Divorce, (Ses effets quant aux enfants),
Doctrine ou Science juridique,
Dol, vice de consentement,
Domaine congéable, - V. Bail à convenant.
Domaine public et Domaine privé,
Domaine (Actions possessoires sur les biens du),
Domanialité publique (Critérium de la),
Domicile,
Domicile, (Changement de),
Domicile, de dépendance,
Domicile des personnes morales,
Domicile élu,

Donations immobilières,
Drainage,
Droit. Sens divers du mot,
Droit. canon,
Droit. civil,
Droit. coutumier,
Droit. écrit,
Droit. intermédiaire ou révolutionnaire,
Droit. naturel,
Droit. positif,
Droit. positif (Divisions du),
Droit. privé,
Droit. privé économique,
Droit. public
Droits, Leur classification,
Droits, absolus et droits relatifs.
Droits, civils et droits politiques,
Droits, de créance,
Droits, intellectuels,
Droits, réels,
Droits, réels immobiliers,
Droits, réels mobiliers,
Droits, réels principaux,
Droits, (Acquisition des droits réels),
Droits, (Extinction des droits réels),
Droits, (Preuve des droits réels)

E

Eaux (Propriété et usage des),
Droits, courantes,
Droits, de pluie,
Droits, de source,
Droits, minérales,
Economies (Droit de la femme sur ses),
Ecoulement des eaux. V. Servitudes.
Effet de la loi (Acquisition par l'),
Effet translatif des contrats. - V Contrats.
Effet rétroactif. - V. Non-rétroactivité des lois.
Election de domicile. - V. Domicile élu.
Emancipation,
Empêchements au mariage,
Empêchements dirimants et prohibitifs,
Emphythéose,
Enclave. - V. Servitudes.
Energie électrique,
En fait de meubles possession vaut titre,
Enfant conçu,
Enfants adoptifs,
Enfants adultérins ou incestueux,
Enfants après le divorce,
Enfants assistés,
Enfants légitimes,
Enfants moralement abandonnés,
Enfants naturels,
Enfants naturels reconnus au cours du mariage,
Enfants (Tribunaux d'),
Enlèvement,
Epaves,
Equivoque, vice de la possession,
Erreur, vice du consentement,
Etablissements publics,
Etablissements d'utilité publique,
Etages (Propriété par),
Etangs,
Etat,
Etat civil,
Etat civil, (Officiers de l'),
Etat des immeubles (au début de l'usufruit),
Etat des personnes,
Etat des personnes, (actions en matière d'),
Excès-sévices (cause de divorce),
Exclusion de la tutelle,
Expropriation pour cause d'utilité publique,

F

Faiblesse d'esprit,
Faits juridiques (et actes juridiques).
Femmes mariées,
Féodalité,
Fiançailles,
Filiation,
Filiation, adoptive.
Filiation, incestueuse ou adultérine,
Filiation, légitime,
Filiation, naturelle,
Fins de non recevoir contre une demande en divorce,
Fondations.
Fonctionnaires (Domicile des),
Fonds de commerce,
Fonds de commerce, (Usufruit des),
Force hydraulique
Force probante des actes de l'état civil.
Fruits,
Fruits, naturels, industriels, civils,
Fruits, (Leur attribution au possesseur de bonne foi),

G

Garde des enfants mineurs (Droit de).
Gestion du tuteur,
Grades militaires (Propriété des),
Groupements. - V. Associations. - non personnifiés,

H

Habitation (droit d'). - V. Usage.
Habitation de la femme chez le mari,
Habitations à bon marché,
Haute tutelle,
Houille blanche,
Hypothèques (Publicité des),
Hypothèques Conservateur des),

I

Iles et îlots,
Immeubles,
Immeubles, par nature,
Immeubles, par destination,
Immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent,
Immeubles, par déclaration du propriétaire,
Impuberté.
Inaliénabilité, (Clauses d'),
Incapables,
Incapacité des aliénés,
Incapacité des femmes mariées,
Incapacité des mineurs,
Incapacité des prodigues et des faibles d'esprit,
Incapacités,
Incapacités, en matière de tutelle,
Incapacités, de jouissance et incapacités d'exercice,
Inceste,
Incompétence de l'officier de l'état civil,
Indemnités d'assurance,
Indivision,
Indivision, perpétuelle,
Indivision, forcée,
Inexistence des actes juridiques,
Inexistence du mariage,
Injures graves (cause de divorce ou de séparation de corps),
Insinuation,
Inscription des hypothèques,
Interdiction judiciaire,
Interdits. - V. Aliénés.
Internement des aliénés,
Interprétation judiciaire,
Interruption de la prescription,
Intervention du titre chez le possesseur,
Invention,
Inventaire (au début de la tutelle),
Inventaire (au début de l'usufruit),
Irrigation,

J

Jonction des possessions,
Jouissance légale (des parents sur les biens de leurs enfants mineurs),
Jugements constatant un décès,
Jugements soumis à la transcription,
Jurisprudence. Son rôle, ses monuments,
Juste titre,

L

Laïcité du mariage,
Lais et relais. - V. Alluvions.
Légitimation,
Lettres missives,
Lésion, vice du consentement,
Lésion, des mineurs,
Liberté des conventions,
Lit des rivières,
Livres fonciers,
Lois (Sens du mot),
Lois et décrets,
Lois de Droit civil postérieures au Code,
Lois interprétatives,

M

Mainlevée de l'interdiction,
Majorité,
Mandat domestique (Théorie du),
Mariage,
Mariage, (Conditions de formation),
Mariage, des enfants naturels,
Mariage, des militaires,
Mariage, des mineurs,
Mariage, Dissolution,
Mariage, (Emancipation par le),
Mariage, Empêchements,
Mariage, Formes extérieures,
Mariage, (historique),
Mariage, Nullités,
Mariage, Oppositions,
Mariage, Preuve,
Mariage, Putatif,
Mariage, (solennités),
Matériaux d'une chose détruite (Droit sur les),
Maternité légitime,
Maternité naturelle,
Mentions marginales dans les registres hypothécaires,
Mère survivante (Tutelle légale de la),
Meubles,
Meubles, du mineur,
Meubles, et immeubles (Biens),
Meubles, incorporels ou par détermination de la loi,
Meubles, incorporels (Leur transmission),
Mesures provisoires au cours de l'instance en divorce,
Militaires (Leur mariage),
Mines (Législation et propriété des),
Mines (Droits de l'usufruitier sur les),
Mineurs,
Mineurs, commerçants,
Mineurs, émancipés,
Minières,
Ministère public,
Minor restituitur non tanquam minor,
Mitoyenneté,
Mitoyenneté, (Abandon de la),
Mitoyenneté, (Acquisition de la),
Modalités des actes juridiques,
Morale. Comparaison avec le Droit,
Mur mitoyen,
Mutations à cause de mort,
Mutations immobilières,
Mutations mobilières,

N

Navires,
Nom des personnes,
Non-rétroactivité des lois (Principe de la),
Non usage (Extinction de l'usufruit et des servitudes par le),
Non usage (Combinaison du non usage avec l'usucapion),
Non usage de la propriété,
Notifications du projet de mariage,
Nullité du mariage,
Nullité du mariage, des actes juridiques (Théorie générale),
Nullité du mariage, des actes des aliénés,
Nullité du mariage, des actes des femmes mariées non autorisées,
Nullité du mariage, des actes des mineurs,
Nullités absolues,
Nullités relatives,

O

Obligation alimentaire. - V. Aliments.
Obligations. - V. Actions.
Obligations. de voisinage,
Occupation,
Offices ministériels,
Officiers de l'Etat Civil. - V. Etat Civil.
Oppositions au mariage,
Ordonnances royales,
Ordonnances du président du tribunal dans l'instance en divorce,
Ordre public et bonnes moeurs,
Orphelins de la guerre (V. Pupilles de la nation).

P

Parcours et vaine pâture (Droits de)
Parenté et alliance,
Parts d'associés,
Pater is est quem nuptiae demonstrant,
Paternité légitime,
Paternité légitime, légitime (conflits possibles),
Paternité légitime, naturelle,
Particule nobiliaire,
Passage (Droit de),
Patrimoine (Théorie générale),
Patrimoine collectif. - V. Propriété collective.
Pêche (Droit de),
Pensions civiles et militaires,
Permis d'inhumer,
Personnes,
Personnes morales ou juridiques,
Personnes du Droit public,
Personnes (Patrimoine des),
Perce. - V. Choses perdues ou vo ées.
Plantations et constructions (Distance des),
Plantations avec des matériaux d'autrui ou sur le sol d'autrui
Plantations faites par un usufruitier,
Possession (Théorie générale),
Possession de bonne foi en matière immobilière,
Possession de bonne foi en matière mobilière,
Possession (Vices de la),
Possession d'état en matière de filiation,
Possesseur de bonne foi,
Possesseur de mauvaise foi,
Précarité, vice de la possession. - V. Détenteurs précaires.
Prénom,
Prescription acquisitive (Théorie générale),
Prescription acquisitive de l'action en nullité des actes de la femme mariée non autorisée,
Prescription acquisitive des actions d'état,
Prescription acquisitive (Effet rétroactif de la),
Prescription acquisitive en matière de comptes de tutelle,
Prescription acquisitive immobilière par dix ou vingt ans,
Prescription acquisitive (Renonciation à la),
Présomptions de l'homme,
Présomptions de l'homme, légales,
Présomptions de l'homme, de mitoyenneté,
Présomptions de l'homme, de paternité légitime,
Présomptions de l'homme, (Théorie générale des),
Preuve des droits réels et particulièrement de la propriété,
Preuve du mariage,
Preuve libre et preuve préconstituée,
Preuve testimoniale,
Preuve testimoniale en matière de filiation,
Preuves (Théorie générale des),
Preuves de la filiation,
Prodigues,
Produits,
Promesses de mariage. - V. Fiançailles.
Promulgation des lois,
Propriété,
Propriété, collective,
Propriété, foncière,
Propriété, littéraire, artistique, industrielle,
Propriété, petite,
Propriété, Preuve de la,
Propriété, (Restrictions du droit de),
Prostitution du mineur,
Puberté,
Publication des lois,
Publications de mariage,
Publicité des actes de l'état civil,
Publicité du divorce,
Publicité du mariage,
Publicité hypothécaire ou en matière immobilière,
Puissance maritale,
Puissance paternelle,
Pupilles de l'Assistance - V. Assistance publique.
Pupilles de la nation (orphelins de la guerre),

Q

Qualifications nobiliaires,
Quasi usufruit,

R

Recherche de la maternité naturelle,
Recherche de la paternité naturelle,
Réclamation d'état (Actions en),

Récoltes sur pied (Ventes de),
Réconciliation des époux,
Reconnaissance des enfants naturels,
Rectification des actes de l'état civil,
Réduction des actes des mineurs émancipés en cas d'excès,
Registres de l'état-civil,
Registres (moyens de suppléer aux),
Registres hypothécaires,
Registres fonciers allemands. - V. Livres fonciers.
Règlements d'eau,
Renonciation à la prescription,
Renonciation à une servitude,
Renonciation aux droits réels immobiliers,
Rentes,
Réparations (des choses soumises à usufruit),
Représentation (dans les actes juridiques),
Représentation du mineur par le tuteur,
Rescision pour lésion des actes des mineurs (Action en),
Résidence. - V. Domicile.
Restitutio in integrum,
Restrictions au droit de propriété,
Rétention (Droit de),
Rétroactivité des lois,
Revendication mobilière,
Révocation de l'émancipation,
Rivières,
Rivières, navigables et flottables,
Rivières, non navigables, ni flottables,
Rivières, (petites),

S

Salaires (Droit de la femme mariée sur ses),
Secondes herbes (Droit de),
Séduction,
Séparation de biens,
Séparation de corps,
Séparation de corps, (Conversion en divorce),
Séparation de fait,
Serment,
Servitudes,
Servitudes, (actions possessoires en matière de),
Servitudes (aggravation des),
Servitudes, apparentes et non apparentes,
Servitudes, d'appui,
Servitudes, aquam non retinendi,
Servitudes, d'aqueduc,
Servitudes, (Causes d'extinction des),
Servitudes, continues et discontinues,
Servitudes, d'écoulement des eaux,
Servitudes, d'enclave,
Servitudes, (Destination du père de famille, modes d'acquisition des),
Servitudes, légales,
Servitudes, naturelles,
Servitudes, personnelles et réelles,
Servitudes, (Prescription acquisitive des),
Sociétés civiles et commerciales,
Sources. - V. Eaux.
Sources. du Droit civil,
Spécification,
Subrogé tuteur,
Successions échues aux mineurs,
Superficie et tréfonds (Droits de),
Suppression d'état,
Surnom ou pseudonyme,
Suspension de la prescription,

T

Terme,
Testament des femmes mariées
Testament des mineurs,
Tiers (au sens de la loi du 23 mars 1855),
Titre nul,
Titre nul, putatif,
Titres de noblesse,
Titres au porteur perdus ou volés,
Tradition,
Tradition, feinte,
Traités entre l'ex-tuteur et l'ex-pupille,
Transcription de l'adoption,
Transcription du jugement de divorce,
Transcription en matière immobilière,
Transcription en matière de donation immobilière (sanction),
Transcription (Critique du système français en matière de),
Transmissions. - V. Mutations.
Trésor,
Tribunal d'enfants. - V. Enfants. - organe de haute tutelle,
Troupeaux (Usufruit des),
Tutelle dative,
Tutelle de fait,
Tutelle des interdits,
Tutelle des mineurs,
Tutelle et protection des enfants naturels,
Tutelle légale des ascendants,
Tutelle légale des père et mère,
Tutelle officieuse,
Tutelle testamentaire,
Tuteurs,
Tuteurs, ad hoc,

U

Union libre,
Usage et habitation (Droits d')
Usucapion. - V. Prescription acquisitive.
Usufruit,
Usufruit, Actions possessoires en matière d',
Usufruit, Cessation de l',
Usufruit, (Cession de l'),
Usufruit, des biens incorporels,
Usufruit, légal (des père et mère. - V. Jouissance légale).
Usufruit, (Prescription acquisitive de l'),

Usufruitier (Obligations de l') au début de l'usufruit,
Usufruitier pendant la durée de l'usufruit
Usufruitier à l'expiration de l'usufruit,
Usufruits légaux,

V

Valeurs mobilières des mineurs, 05,
Valeurs à lots,
Vaine pâture. V. Parcours,
Veuvage (V. Conjoint survivant).
Vices de la possession,
Vices de la volonté ou du consentement,
Vices en matière de mariage,
Viduité (V. Délai de).
Violence, vice du consentement,
Violence, vice de la possession,
Voies de recours contre les décisions rendues en matière de divorce,
Voisinage des fonds (Effets du),
Voisinage (Obligations de). - V. Obligations.
Vol. - V. Choses perdues ou volées.
Volonté (Son rôle dans les actes juridiques)
Vues et jours,

TABLE ANALYTIQUE 1)

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER, - Généralités.

§ 1. Définitions et terminologie générale,
- § 2. Sources du Droit civil,
I. - *Sources législatives. La loi et la Coutume,*
1° Les lois écrites. - A. L'ancien Droit,
- B. Le Droit intermédiaire,
- C. Le Code civil,
- D. Le mouvement législatif depuis le Code civil jusqu'à nos jours,
- 2° La Coutume,
- II. *Monuments d'interprétation des sources législatives,*
1° La Doctrine,
- 2° La Jurisprudence,

CHAPITRE II. - Sphère d'application de la loi.

SECTION I. - *Promulgation et Publication des lois,*
- Distinction de la promulgation et de la publication,
1° Comment se fait la promulgation de la loi?
- 2° Comment se fait la publication?
- De la date des lois,
SECTION II. - *Non-rétroactivité des lois,*
- Lois interprétatives,
SECTION III. - *Abrogation des lois,*

CHAPITRE III. - Théorie générale des actes juridiques.

Généralités,
- Définitions. Différence entre les actes juridiques et les faits juridiques,
- Principe de la liberté des parties. Ses limitations. Ordre public,
- Principales classifications des actes juridiques,
SECTION I. - *Conditions d'existence et de validité des actes juridiques,*
- § 1. La volonté,
- § 2. Capacité nécessaire pour faire un acte juridique,
SECTION II. - *De la nullité des actes juridiques,*
- Nullité absolue,
- Nullité relative ou annulabilité,
- De l'inexistence,
SECTION III. - *Modalités des actes juridiques,*
- Terme,
- Condition,
SSCTION IV. - *De la représentation dans les actes juridiques,*
SECTION V. - *Notions très sommaires sur les preuves,*
- § 1. Objet de la preuve,
- § 2. De la charge de la preuve,
- § 3. Différents moyens de preuve,

CHAPITRE IV. - Les droits. Leur division.

Classification des droits,
- Notion du patrimoine. Des ayants-cause,
(1) Les chiffres renvoient aux pages.

LIVRE PREMIER. - LES PERSONNES.

TITRE PREMIER. - ETAT DES PERSONNES.

PREMIERE PARTIE. - LE MARIAGE.

Généralités,
- Définition du mariage et historique,
- Conséquences du principe de la laïcité du mariage,
- Le mariage, contrat solennel,
CHAPITRE PREMIER. - Formation du Mariage.
SECTION I. - *Conditions de fond requises pour la formation du mariage,*
- § 1. Conditions générales de validité,
- § 2. Empêchements au mariage,
SECTION II. - *Formes extérieures du mariage,*
- § 1. Formalités antérieures au mariage,
- § 2. Célébration du mariage,
- § 3. Preuve du mariage,
SECTION III. - *Sanction des règles relatives à la formation du mariage,*
- § 1. Oppositions,
- § 2. Nullités de mariage,
- I. Nullités relatives,
- II. Les quatre nullités absolues,
- III. Y a-t-il, en dehors des nullités prévues par la loi, des cas d'inexistence du mariage?
- IV. Conséquences de l'annulation du mariage, mariage putatif,
CHAPITRE II. - Dissolution et relâchement du mariage. Divorce et séparation de corps.
SECTION I. - *Histoire et critique de la législation française en matière de divorce,*
SECTION II. - *Divorce,*
- § 1. Des causes du divorce,
- § 2. Procédure du divorce,
- § 3. Conséquences du divorce,
SECTION III. - *Séparation de corps,*
- § 1. Causes,
- § 2. Procédure,
- § 3. Conséquences,
- § 4. Cessation de la séparation de corps, conversion de la séparation de corps en divorce,

DEUXIEME PARTIE. - FILIATION, PARENTE, ALLIANCE.

Généralités,
CHAPITRE PREMIER. - Filiation légitime.
SECTION I. - *Détermination de la filiation légitime maternelle,*
SECTION II. - *Détermination de la filiation légitime paternelle,*
- § 1. Conditions d'application de la règle: *"Pater is est",*

- § 2. Exceptions à la règle *"Pater is est".* Théorie du désaveu de paternité,
CHAPITRE II. - Filiation naturelle.
SECTION I. - *Reconnaissance volontaire,*
SECTION II. - *Reconnaissance non volontaire. Recherche de la maternité et de la paternité,*
- § 1. Filiation maternelle. Comment elle peut être établie,
- § 2. Filiation paternelle de l'enfant naturel. La recherche de la paternité,
SECTION III. - *Légitimation,*
- § 1. La légitimation d'après le Code civil,
- § 2. Lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915,
CHAPITRE III. - Filiation adoptive.
§ 1. Définition. Généralités. Historique,
- § 2. Conditions de l'adoption,
CHAPITRE IV. - Des actions en matière de filiation.
SECTION I. - *Conditions extérieures des actions relatives à la filiation et à l'état,*
- § 1. Compétence,
- § 2. Procédure,
- 1° Action en désaveu,
- 2° Action en recherche de la paternité naturelle,
SECTION II. - *Conditions de fond des actions relatives à la filiation et à l'état des personnes,*
- § 1. Exclusion de certains intéressés,
- I. Action en réclamation d'état,
- II. Action en désaveu,
- III. Action en recherche de filiation naturelle,
- § 2. Diversité des caractères et des conditions de l'action suivant la personne qui l'exerce,
SECTION III. - *Portée des jugements rendus en matière de filiation,*
CHAPITRE V. - Des effets de la parenté et de l'alliance.
SECTION I. - *Tableau d'ensemble des effets de la parenté et de l'alliance,*
- § 1. Effets de la parenté et de l'alliance légitimes,
- § 2. Effets de la parenté adoptive,
- § 3. Effets de la parenté naturelle ordinaire,
- § 4. Effets de la filiation adultérine ou incestueuse,
SECTION II. - *Le nom,*
- § 1. Définition du nom. Eléments qui le composent,
- § 2. Nature juridique du droit au nom et des actions qui le protègent,
- § 3. Des qualifications nobiliaires,
SECTION III. - *De l'obligation alimentaire,*
TROISIEME PARTIE. - ACTES DE L'ETAT CIVIL
SECTION I. - *Règles générales sur les actes de l'état civil,*
- § 1. Historique,
- § 2. Des officiers de l'état civil,
- § 3. Des registres de l'état civil et des copies,
- § 4. Rédaction des actes de l'état civil,
SECTION II. - *Règles spéciales à certains actes,*
- § 1. Actes de naissance,
- § 2. Actes de décès,
CHAPITRE II. - Force probante des actes de l'état civil.
Distinction quant aux diverses énonciations de l'acte,
- Des moyens de suppléer aux registres de l'état civil,
CHAPITRE III. - Rectification des actes de l'état civil.
§ 1. Dans quels cas y a-t-il lieu à rectification?
- § 2. Qui peut la demander?
- § 3. Procédure et effets de l'instance en rectification,
- *Appendice.* - Critique du régime actuel des actes de l'état civil,
TITRE II. - DU DOMICILE ET DE L'ABSENCE
CHAPITRE PREMIER. - Du domicile.
§ 1. Notions générales,
- § 2. Détermination du domicile,
- § 3. Election de domicile.
CHAPITRE II. - L'absence.
Notions sommaires,
TITRE III. - DES INCAPABLES
PREMIERE PARTIE. - LES MINEURS
Généralités,
CHAPITRE PREMIER. - De la puissance paternelle.
SECTION I. - *Histoire de la puissance paternelle,*
SECTION II. - *Contenu de la puissance paternelle,*
- § 1. Droits des parents sur la personne de l'enfant,
- § 2. Droits des parents sur le patrimoine de l'enfant. Droit de jouissance légale,
SECTION III. - *Attribution et contrôle de la puissance paternelle,*
- § 1. Qui, du père ou de la mère, exerce la puissance paternelle,
- § 2. Déchéance et transfert de la puissance paternelle,4
CHAPITRE II. - La tutelle.
Généralités,
SECTION I. - *Les organes de la tutelle,*
- § 1. Le tuteur,
- § 2. Le subrogé tuteur,
- § 3. Le conseil de famille,
- § 4. Le tribunal,
SECTION II. - *Fonctionnement de la tutelle,*
- § 1. Direction de la personne du mineur en tutelle,
- § 2. Gestion du patrimoine du pupille,
APPENDICE. - Appréciation critique des règles du Code Civil sur la tutelle,
CHAPITRE III. - Administration légale.
Généralités. Historique. Loi du 6 avril 1910,
CHAPITRE IV. - Tutelle et protection des enfants naturels
Généralites. Historique. Loi du 2 juillet 1907,
CHAPITRE V. - Emancipation et curatelle.
SECTION I. - *Etablissement et organisation de la curatelle,*
SECTION II. - *Effets de l'émancipation,*
CHAPITRE VI. - Sanction judiciaire de l'incapacité des mineurs.
§ 1. Actes des mineurs ordinaires,
- § 2. Actes des mineurs émancipés,
DEUXIEME PARTE. - LES DEMENTS
CHAPITRE PREMIER. - Aliénation mentale.
SECTION I. - *L'internement des aliénés.* - Loi du 30 juin 1838,
SECTION II. - *Incapacité et protection des aliénés,*
- § 1. Aliénés non interdits ni internés,
- § 2. Aliénés interdits,
- § 3. Aliénés simplement internés.
CHAPITRE II. - Prodigalité et faiblesse d'esprit.
SECTION I. - *Nomination du conseil judiciaire,*
SECTION II. - *Fonctions du conseil judiciaire et incapacité du prodigue et du faible d'esprit,*
TROISIEME PARTIE. - LES FEMMES MARIEES
SECTION I. - *Généralités,*
SECTION II. - *Effets de la puissance maritale sur la personne de la femme mariée,*
SECTION III. - *Effets de la puissance maritale sur le patrimoine. Incapacité de la femme mariée,*
- § 1. Etendue de l'incapacité,

- § 2. Fonctionnement de l'autorisation,
- § 3. Sanction judiciare de l'incapacité de la femme mariée. Nullité des actes non autorisés,
TITRE COMPLEMENTAIRE - LES PERSONNES JURIDIQUES OU PERSONNES MORALES
§ 1. Notions générales,
- § 2. Critique de la notion de personnalité appliquée aux associations et aux établissements,
- § 3. Diverses espèces de personnes juridiques,
- § 4. Naissance et extinction des personnes juridiques,
- § 5. Domicile et capacité des personnes juridiques,
LIVRE II. - LES CHOSES OU LES BIENS
TITRE PREMIER. - DES BIENS ET DU PATRIMOINE EN GENERAL
CHAPITRE PREMIER. - Différentes espèces de biens.
Divisions des biens,
SECTION I. - *Des immeubles,*
- I. Première catégorie: Immeubles par nature,
- II. Seconde catégorie: Immeubles par destination,
III. Troisième catégorie: Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent,
- IV. Quatrième catégorie: Immeubles par déclaration du propriétaire,
SECTION II. - *Des meubles,*
CHAPITRE II. - Des biens domaniaux.
Domaine public et domaine privé,
TITRE II. - LES DROITS REELS PRINCIPAUX
PREMIERE PARTIE. - LES DROITS REELS ENVISAGES EN EUX-MEMES
CHAPITRE PREMIER. - La propriété.
Généralités,
SECTION I. - *Etendue du droit de propriété et en particulier de la propriété immobilière,*
- § 1. Propriété du dessus et du dessous,
- § 2. Propriété de ce qui s'unit comme accessoire à la chose,
- § 3. Propriété des produits et fruits de la chose,
- § 4. Propriété et usage des eaux,
SECTION II. - *Restrictions du droit de propriété,*
- § 1. Restrictions d'ordre administratif,
- § 2. Restrictions légales tenant au voisinage des fonds,
- I. Abstentions imposées au propriétaire,
:1° Obligations tenant au régime des eaux,
- 2° Obligations relatives aux vues et aux jours,
- 3° Obligations relatives à la distance des plantations et constructions,
- 4° Obligations résultant du droit de passage des voisins en cas d'enclave,
- 5° Restrictions au droit de se clore du propriétaire. Droits de parcours et de vaine pâture,
- II. Prestations actives imposées aux propriétaires,
- 1° Obligation de contribuer au bornage,
- 2° Obligation de contribuer à la clôture dans les villes et faubourgs,
- III. Restriction générale aux droits du propriétaire résultant des obligations de voisinage,
- § 3. Restrictions conventionnelles, Clauses d'inaliénabilité,
SECTION III. - *Des modalités du droit de propriété,*
- § 1. Propriété commune ou indivision,
- § 2. Indivisions perpétuelles,
- I. Copropriété avec indivision forcée,
- II, Propriété par étages,
- III. Mitoyenneté,
- § 3. Concours de propriétaires ayant droit à des produits différents,
- § 4. Droits de superficie et de tréfonds,
CHAPITRE II. - L'Usufruit.
Généralités,
SECTION I. - *Différences sortes d'usufruit,*
- § 1. Usufruits divers suivant les biens qui en sont grevés,
- § 2. Sources diverses de l'usufruit,
SECTION II. - *Droits de l'usufruitier,*
SECTION III. - *Obligations de l'usufruitier,*
- § 1. Obligations au début de l'usufruit,
- § 2. Obligations pendant la durée de l'usufruit,
- § 3. Obligations à l'expiration de l'usufruit,
- *Appendice.* Droits d'usage et d'habitation,
CHAPITRE III. - Les Servitudes.
Généralités,
- Définition des servitudes réelles. Différences avec l'usufruit,
- Utilité économique des servitudes. Leur fixité,
- § 1. En quoi peuvent consister les servitudes réelles,
- § 2. Classification des servitudes,
CHAPITRE IV. - L'Emphytéose.
Définition. Historique. L'emphytéose dans le droit actuel,
DEUXIEME PARTIE. - DE L'ACQUISITION DES DROITS REELS
Généralités,
CHAPITRE PREMIER. - L'Occupation.
Définition. Généralités. Variétés actuelles de l'occupation.
CHAPITRE II. - Acquisition par l'effet de la loi.
SECTION I. - *Théorie de l'accession,*
- § 1. Accession immobilière,
- I. Accession industrielle à un immeuble,
- II. Accession immobilière naturelle,
- § 2. Accession mobilière,
SECTION II. - *Théorie de la possession,*
- Généralités,
- § 1. Caractères et vices de la possession,
- § 2. Prescription acquisitive ou usucapion ordinaire,
- § 3. Prescription ou usucapion par dix ou vingt ans,
- § 4. De la règle. En fait de meubles possession vaut titre,
- § 5. Attribution des fruits au possesseur de bonne foi,
CHAPITRE III. - Acquisition par l'effet des contrats.
SECTION I. - *Généralités,*
SECTION II. - *Manifestation extérieure de la transmission des droits réels,*
- § 1. Transmissions mobilières,
- § 2. Transmissions immobilières,
- Loi du 23 mars 1855 sur la transcription,
- I. Quels sont les actes soumis aux formalités de publicité,
- II. Mécanisme de la publicité,
- III. Sanction de la publicité,
- 1° Système de la loi de 1855 pour les actes à titre onéreux,
- 2° Système du Code civil pour les donations,
- IV. Appréciation critique de la législation française et comparaison avec les systèmes étrangers,
Appendice. - Destination du père de famille,
TROISIEME PARTIE. - EXTINCTION DES DROITS REELS
§ 1. Théorie générale. Modes d'extinction communs à la propriété et aux autres droits réels,
- § 2. Causes d'extinction spéciales à l'usufruit et aux servitudes,
QUATRIEME PARTIE. - GARANTIE JUDICIAIRE DES DROITS REELS
CHAPITRE PREMIER. - Actions réelles.
Distinction des actions mobilières et immobilières, possessoires et pétitoires,
- Complainte,

- Action en réintégrande,
CHAPITRE II. - De la preuve des droits réels et en particulier de la propriété.
Preuve de la propriété mobilière,
- Preuve de la propriété immobilière,

TABLE DE CONCORDANCE DES TEXTES CITES AU COURS DE L'OUVRAGE (1)

CODE CIVIL

Art. 1er
Art. alin. 2 et 3
Art. 2
Art. 3
Art. alin. 3
Art. 4
Art. 5
Art. 6
Art. 7
Art. 11
Art. 12
Art. 34
Art. 35
Art. 36
Art. 37
Art. 38
Art. 39
Art. 40
Art. 41
Art. 42
Art. 43
Art. 45
Art. 46
Art. 49
Art. alin. 1
Art. 50
Art. 52
Art. 53
Art. 55
Art. 56
Art. alin. 2
Art. 57
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 58
Art. 59 à 61
Art. 60
Art. 61
Art. 62
Art. 63
Art. 64
Art. 65
Art. 66
Art. 67
Art. 68
Art. 70
Art. 71
Art. 72
Art. 73
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 74.
Art. 75
Art. alin. 3
Art. 76
Art. alin. 1
Art. 77
Art. 78
Art. 79
Art. 80
Art. 81
Art. 82
Art. 85
Art. 86
Art. 87
Art. 87 à 92
Art. 93 à 98
Art. 94
Art. 97
Art. 99
Art. alin. 1
Art. alin. 3
Art. *in fine*
Art. 100
Art. 101
Art. 102
Art. 103
Art. 104
Art. 105
Art. 106
Art. 107
Art. 108
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 109
Art. 110
Art. 111
Art. 112 à 114
Art. 115
Art. et s.

(1) Les numéros en regard des textes renvoient aux pages. L'astérisque indique la page où l'article est commenté.

Art. 120
Art. 128
Art. 129 et s.
Art. 135
Art. 136
Art. 139
Art. 141
Art. 144
Art. 145
Art. 146

Art. 147
Art. 148 (ancien)
Art. 148 (nouv.)
Art. 149
Art. 150
Art. alin. 1 et 2
Art. 151 (ancien)
Art. 151 (nouv.)
Art. 152 (ancien)
(l. 20 juin 1896)
(l. 21 juin 1907)
Art. alin. 2
Art. 153
Art. 154
Art. 155
Art. 156
Art. 157
Art. 158
Art. 159 (ancien)
(l. 10 mars 1913)
Art. 160 (ancien)
Art. (nouveau)
Art. *in fine*
Art. 161
Art. 162
Art. 163
Art. 164
Art. 165
Art. 167
Art. 169 (ancien)
Art. 170
Ar. 171
Art. 172
Art. 173
Art. 174
Art. 175
Art. 176
Art. 177
Art. 178
Art. 179
Art. 180
Art. 181
Art. 182
Art. 183
Art. 184
Art. 185
Art. 186
Art. 187
Art. 188
Art. 189
Art. 190
Art. 191
Art. 192
Art. 193
Art. 194
Art. 195
Art. 196
Art. 197
Art. 198
Art. 199
Art. 200
Art. 201
Art. 202
Art. 203
Art. 204
Art. 205
Art. alin. 2
Art. 206
Art. 207
Art. 208
Art. 209
Art. 210
Art. 211
Art. 212
Art. 213
Art. 214
Art. 215
Art. 216
Art. 217
Art. 218
Art. 219
Art. 220
Art. 221
Art. 222
Art. 223
Art. 224
Art. 225
Art. 226
Art. 228
Art. 229
Art. 230 (ancien)
Art. 230
Art. 231
Art. 232
Art. 233
Art. 234
Art. alin. 3
Art. 235
Art. 236
Art. 237, alin. 1
Art. 238
Art. alin. 5
Art. 239
Art. alin. 2
Art. 240
Art. 241
Art. 242

Art. 243
Art. 244
Art. 245
Art. alin. 2
Art. 246
Art. alin. 3
Art. 247
Art. 248
Art. alin. 6
Art. 249
Art. 250
Art. 251
Art. 252
Art. alin. 2
Art. alin. 4
Art. alin. 5
Art. 253 (ancien)
Art. 253 (nouv.)
Art. 261 (ancien)
Art. 264 (ancien)
Art. 266 (ancien)
Art. 295
Art. 296
Art. 297
Art. 298
Art. 299
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 301
Art. 302
Art. 303
Art. 304
Art. 306
Art. 307
Art. alin. 2
Art. 308
Art. 310
Art. (nouv.)
Art. alin. 3
Art. 311 (ancien)
Art. (nouv.)
Art. alin. 1
Art. alin. 4
Art. 312
Art. alin. 2
Art. 313
Art. alin. 2
Art. 314
Art. 315
Art. 316
Art. 317
Art. 318
Art. 319
Art. 320
Art. 321
Art. 322
Art. 323
Art. 324
Art. 325
Art. 326
Art. 327
Art. 328
Art. 329
Art. 330
Art. 331
Art. (nouveau)
Art. (ancien)
Art. 332
Art. 334
Art. 335
Art. 336
Art. 337
Art. 339
Art. 340 (nouv.)
Art. alin. 2
Art. alin. 10
Art. alin. 11
Art. alin. 12
Art. alin. 13
Art. alin. 14
Art. (ancien)
Art. 341
Art. 342
Art. 343
Art. 344
Art. 345
Art. 346
Art. 347
Art. 348
Art. 349
Art. 351
Art. 352
Art. 353
Art. 354
Art. 356
Art. 357
Art. 360
Art. 362
Art. 364
Art. 365
Art. 366
Art. 367
Art. 368
Art. 370
Art. 371
Art. 372
Art. 373

Art. 374
Art. 375
Art. 376
Art. 377
Art. 378
Art. 379
Art. 380
Art. 381
Art. 382
Art. 383
Art. alin. 3
Art. 384
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 385
Art. 386
Art. 387
Art. 388
Art. 389 (anc.)
Art. 389 (nouv.)
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. alin. 3
Art. alin. 8
Art. alin. 9
Art. alin. 10
Art. alin. 12
Art. alin. 13
Art. alin. 14
Art. 390
Art. 391
Art. 392
Art. 393
Art. 394
Art. 395
Art. 396
Art. 397
Art. 398
Art. 399
Art. 400
Art. 402
Art. 403
Art. 404
Art. 405
Art. 406
Art. 407
Art. 408
Art. 409
Art. 410
Art. 411
Art. 412
Art. 416
Art. 420
Art. 421
Art. alin. 2
Art. 422
Art. 423
Art. 424
Art. 425
Art. 426
Art. 428 (nouv.)
Art. 442
Art. 443
Art. 444
Art. 445
Art. 446
Art. 447
Art. 448
Art. 449
Art. 450
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. alin. 3
Art. 451
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 452
Art. 453
Art. 454
Art. alin 1
Art. alin. 2
Art. 455
Art. 456
Art. 457
Art. alin. 1
Art. alin. 2 et 3
Art. 458
Art. 459
Art. alin.
Art. 460
Art. alin. 1
Art. 461
Art. 462
Art. 463
Art. 464
Art. 465
Art. 466
Art. 467
Art. alin. 2
Art. 468
Art. 469
Art. 470
Art. 471
Art. 472
Art. 473
Art. 474
Art. 475

Art. 476
Art. 477
Art. alin. 2
Art. 478
Art. 479
Art. 480
Art. alin. 2
Art. 481
Art. 482
Art. 483
Art. 484
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 485
Art. 486
Art. 487
Art. 488
Art. 489
Art. 490
Art. 491
Art. 493
Art. 494
Art. 495
Art. 496
Art. 497
Art. 498
Art. 499
Art. 500
Art. 501
Art. alin. 2
Art. 502
Art. 503
Art. 504
Art. 505
Art. 506
Art. 507
Art. 508
Art. 509
Art. 510
Art. 511
DROIT - Tome I
Art. 512
Art. 513
Art. 514
Art. 516
Art. 517
Art. 518
Art. 519
Art. 520
Art. alin. 2
Art. 521
Art. 522
Art. 523
Art. 524
Art. 525
Art. 526
Art. 527
Art. 528
Art. 529
Art. 530
Art. 531
Art. 532
Art. 537
Art. 538
Art. 539
Art. 540
Art. 541
Art. 542
Art. 543
Art. 544
Art. 545
Art. 546
Art. 547
Art. 548
Art. 549
Art. 550
Art. 551
Art. 552
Art. 553
Art. 554
Art. 555
Art. alin. 3
Art. 556
Art. alin. 2
Art. 557
Art. 558
Art. 559
Art. 560
Art. 561
Art. 562
Art. 563
Art. 564
Art. 565
Art. 566
Art. 567
Art. 568
Art. 569
Art. 570
Art. 571
Art. 572
Art. 573
Art. 574
Art. 575
Art. 576
Art. 577
Art. 578
Art. 579

Art. 582
Art. 583
Art. 584
Art. 585, al. 1.
Art. in fine
Art. 586
Art. 587
Art. 588
Art. 589
Art. 590
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. 591
Art. 592
Art. 593
Art. 594
Art. 595
Art. 596
Art. 597
Art. 598
Art. 599
Art. alin. 2
Art. alin. 3
Art. 600
Art. 601
Art. 602
Art. 603
Art. 604
Art. 605
Art. 606
Art. 607
Art. 608
Art. 609
Art. 610
Art. 611
Art. 612
Art. 613
Art. 614
Art. 615
Art. 616
Art. alin. 1
Art. 617
Art. 618
Art. 619
Art. 623
Art. 624
Art. 625
Art. 626
Art. 627
Art. 628
Art. 629
Art. 630
Art. 631
Art. 632
Art. 633
Art. 634
Art. 635
Art. 636
Art. 637
Art. 638
Art. 639
Art. 640
Art. alin. 2
Art. 641
Art. alin. 3
Art. alin. 5
Art. alin. 6
Art. 642
Art. alin. 1
Art. alin. 2
Art. alin. 3
Art. 643
Art. 644
Art. 645
Art. 646
Art. 647
Art. 648
Art. 650
Art. 651
Art. 653
Art. 654
Art. 655
Art. 656
Art. 657
Art. 658
Art. 659
Art. 660
Art. 661
Art. 662
Art. 663
Art. 664
Art. 666
Art. alin. 1
Art. alin. 2 et 3
Art. 667
Art. 668
Art. 669
Art. 670
Art. 671 (nouv.)
Art. alin. 2
Art. 672
Art. 673
Art. alin. 1 et 2.
Art. 774
Art. 675
Art. 676
Art. 677

Art. 678
Art. 679
Art. 680
Art. 681
Art. 682
Art. 683
Art. 684
Art. 685
Art. 686
Art. 687
Art. 688
Art. 689
Art. 690
Art. 691
Art. 692
Art. 693
Art. 694
Art. 696
Art. 699
Art. 700
Art. 701
Art. alin. 1 et 2
Art. alin. 3.
Art. 702
Art. 703
Art. 704
Art. 705
Art. 706
Art. 707
Art. 708
Art. 709
Art. 710
Art. 711
Art. 712
Art. 713
Art. 714
Art. 715
Art. 716
Art. 717
Art. 723
Art. 730
Art. 735
Art. 736
Art. 737
Art. 738
Art. 754
Art. 755
Art. 757
Art. 762
Art. 764
Art. 767
Art. 768
Art. 776
Art. 778
Art. 783
Art. 784
Art. 785
Art. 791
Art. 792
Art. 793
Art. 815
Art. alin. 2
Art. 838
Art. 840
Art. 841
Art. 883
Art. 887
Art. 900
Art. 901
Art. 902
Art. 903
Art. 904
Art. 905
Art. alin. 2.
Art. 907
Art. 908
Art. 909
Art. 910
Art. 911
Art. 913
Art. 921
Art. 931
Art. 935
Art. alin. 3.
Art. 937
Art. 938
Art. 939
Art. 941
Art. 953 à 955
Art. 958
Art. 960
Art. 970
Art. 971
Art. 975
Art. 976
Art. 1005
Art. 1014
Art. 1029
Art. 1038
Art. 1046
Art. 1048
Art. 1049
Art. 1069
Art. 1071
Art. 1082
Art. 1093
Art. 106

Art. 1101
Art. 1109
Art. 1110
Art. alin.
Art. alin.
Art. 1112
Art. 1113
Art. 1114
Art. 1116
Art. 1117
Art. 1118
Art. 1119
Art. 1121
Art. 1122
Art. 1123
Art. 1124
Art. 1125
Art. alin. 2
Art. 1131
Art. 1134
Art. 1138
Art. 1140
Art. 1141
Art. 1143
Art. 1153
Art. 1160
Art. 1165
Art. 1166
Art. 1167
Art. 1168
Art. 1169
Art. 1170
Art. 1171
Art. 1172
Art. 1174
Art. 1179
Art. 1180
Art. 1183
Art. 1184
Art. 1188
Art. 1220
Art. 1238
Art. 1240
Art. 1241
Art. 1244
Art. 1247
Art. 1250 al. 2
Art. 1258
Art. 1282
Art. 1302
Art. 1304
Art. 1305
Art. 1306
Art. 1307
Art. 1308
Art. 1309
Art. 1310
Art. 1311
Art. 1312
Art. 1314
Art. 1315
Art. 1328
Art. 1338
Art. 1339
Art. 1341 et s.
Art. 1347
Art. 1348
Art. 1350
Art. 1351
Art. 1352
Art. 1353
Art. 1356
Art. 1358
Art. 1370
Art. 1375
Art. 1378
Art. 1382
Art. 1383
Art. 1387
Art. 1388
Art. 1393
Art. 1394
Art. 1395
Art. 1398
Art. 1402
Art. 1408
Art. 1415
Art. 1419
Art. 1420
Art. 1422
Art. 1426
Art. 1428
Art. 1429
Art. 1430
Art. 1435
Art. 1442
Art. 1443
Art. 1445
Art. 1449
Art. 1451
Art. 1504
Art. 1518
Art. 1531
Art. 1538
Art. 1549
Art. 1551
Art. 1554

Art. 1555
Art. 1556
Art. 1561
Art. 1576
Art. 1583
Art. 1596
Art. 1599
Art. 1654
Art. 1673
Art. alin. 1
Art. 1674
Art. 1690
Art. 1699
Art. 1718
Art. 1719
Art. 1720
Art. 1731
Art. 1736
Art. 1738
Art. 1743
Art. 1748
Art. 1753
Art. 1754
Art. 1778
Art. 1780
Art. 1832
Art. 1859
Art. 1962
Art. 1974
Art. 1985 alin. 2
Art. 1990
Art. 1996
Art. 2001
Art. 2041
Art. 2044
Art. 2045
Art. alin. 2
Art. 2060, 2°
Art. 2092
Art. 2093
Art. 2108
Art. 2111
Art. 2118
Art. alin. 2
Art. 2121
Art. 2125
Art. 2127
Art. 2133
Art. 2137
Art. 2139
Art. 2143 alin. 2
Art. 2148
Art. 2180
Art. 2181
Art. 2182
Art. 2185
Art. 2189
Art. 2199
Art. 2200
Art. 2201
Art. 2203
Art. 2204 alin. 2
Art. 2205
Art. 2208
Art. 2219
Art. 2220
Art. 2221
Art. 2222
Art. 2223
Art. 2224
Art. 2225
Art. 2227
Art. 2228
Art. 2229
Art. 2230
Art. 2231
Art. 2232
Art. 2233
Art. 2235
Art. 2236
Art. 2237
Art. 2238
Art. 2239
Art. 2240
Art. 2242
Art. 2243
Art. 2244
Art. 2245
Art. 2246
Art. 2247
Art. 2248
Art. 2251
Art. 2252
Art. 2253
Art. 2254
Art. 2255
Art. 2256
Art. 2257
Art. 2268
Art. 2261
Art. 2262 .
Art. 2265
Art. 2266
Art. 2267
Art. 2268
Art. 2269
Art. 2277

- Art. 2278
- Art. 2279
- Art. alin 2
- Art. 2280
- Art. alin. 1

CODE DE PROCEDURE CIVILE

- Art. 2
- Art. 3, alin. 2
- Art. 23
- Art. 48
- Art. 59
- Art. 66
- Art. 69
- Art. 83
- Art. 84, 6°
- Art. 131
- Art. 158
- Art. 214 à 251
- Art. 268
- Art. 283
- Art. 397 à 401
- Art. 402
- Art. 403
- Art. 434
- Art. 444
- Art. 474 et s.
- Art. 480, 2°
- Art. 481
- Art. 495
- Art. 527 à 542
- Art. 581
- Art. 608
- Art. 626
- Art. 678
- Art. 682
- Art. 686
- Art. 705
- Art. 708
- Art. 779
- Art. 806
- Art. 834 (abrogé)
- Art. 855 à 858
- Art. 856
- Art. 861 à 864
- Art. 863
- Art. 869
- Art. 872
- Art. 875
- Art. 875 à 880
- Art. 877
- Art. 878
- Art. 883
- Art. 884 à 889
- Art. 890 à 897
- Art. 894
- Art. 911
- Art. 953 et s.
- Art. 954, 1°
- Art. 955
- Art. 956 à 958
- Art. 962
- Art. 963 à 965
- Art. 1003
- Art. 1004
- Art. 1030

CODE DE COMMERCE

- Art. 2
- Art. 3
- Art. 4
- Art. 6
- Art. 66
- Art. 67
- Art. 69
- Art. 94
- Art. 193
- Art. 195
- Art. 196
- Art. 220
- Art. 490
- Art. 573

CODE PENAL

- Art. 4
- Art. 7
- Art. 29
- Art. 42
- Art. 66
- Art. 120
- Art. 145
- Art. 145 à 148
- Art. 146
- Art. 147
- Art. 155
- Art. 173
- Art. 192
- Art. 193
- Art. 194
- Art. 200
- Art. 259
- Art. 291 (abrogé)
- Art. 299
- Art. 312
- Art. 335
- Art. alin. 2
- Art. 337
- Art. 339
- Art. 340
- Art. 345

Art. 356
Art. 349 (l. 19 avr. 1898)
Art. 349 à 353 (l. 19 avr. 1898)
Art. 357 (l. 5 déc. 1901)
Art. 379
Art. 380
Art. 400
CODE FORESTIER
Art. 151
Art. 158
EDITS, ORDONNANCES
Edits de 1441 (rentes foncières)
Edits de 1553 (rentes foncières)
Edits févr. 1556 (consentement des ascendants au mariage)
Edits d'Henri II, févr. 1556 (filles-mères)
Edits des secondes noces de 1560
Edits de Moulins, févr. 1566
Edits 7 juin 1659 (communautés religieuses)
Edits mars 1673 (publicité des hypothèques)
Edits 28 nov. 1787 (état civil).
Ordonnance de Montil-les-Tours de 1453 (rédaction des coutumes)
Ordonnance de Villers-Cotterets, août 1539, Art. 50 et 51
Ordonnance de Villers-Cotterets, août 1539, Art. 132
Ordonnance de Villers-Cotterets, août 1539, Art. 134
Ordonnance de Moulins
Ordonnance de Blois, mai 1579
Ordonnance de Blois, mai 1579 Art. 40
Ordonnance de Blois, mai 1579 Art. 181
Ordonnance 15 janv. 1629
Ordonnance 15 janv. 1629 Art. 40
Ordonnance 1667, sur la procédure tit. XX, art. 1er
Ordonnance 1667, sur la procédure tit. XX, art. 14
Ordonnance août 1681 (marine)
Ordonnance 1731 (donations)
Ordonnance 1731 (donations) Art. 20
Ordonnance 1731 (donations) Art. 27
Ordonnance 1816, 27 nov. (publication des lois et ordonnances)
Ordonnance 1816, 27 nov. (publication des lois et ordonnances) Art. 1
Ordonnance 1819, 18 août (compulsoire des registres de l'état-civil)
Ordonnance 1820, 29 nov. (mariage des militaires)
Ordonnance 1823, 26 nov. (vérification des registres de l'état civil)Art. 1
Ordonnance 1823, 26 nov. (vérification des registres de l'état civil) Art. 3
Ordonnance 1829, 22 févr. (épaves)
Ordonnance 1831, 29 avril (rentes sur l'Etat)Art. 7
Ordonnance 1832, 20 janv. (mariage des militaires)
Ordonnance 1835, 10 juill. (pêche fluviale)
Ordonnance 1839, 18 déc. (établissements d'aliénés)
Ordonnance 1846, 15 nov. (chemins de fer)Art. 63
LOIS
1790 16-24 août (organisation judiciaire)
1790 22 nov.-1er déc. (tribunal de cassation)
1790 22 nov.-1er déc. (loi domaniale)
1790 18-29 déc. (emphytéose)
1791 13-20 avr. (abolition du droit d'épave)
1791 6-22 août (épaves terrestres)
1791 9 août (épaves maritimes)
1791 15 sept.-16 oct. (emphytéose)
1791 28 sept.-6 oct. (code rural)
1792 20 sept. (divorce)
1792 20-25 sept. (état civil)
1792 20-25 sept. (état civil) Tit. II, art. 1
1792 20-25 sept. (état civil) Tit. IV
1792 20-25 sept. (état civil) Tit. IV, art. 3 à 9
An II 12 brumaire (enfants illégitimes). Art. 10
An II 17 nivôse (donations et successions)
An II 6 fructidor (noms)
An III messidor (hypothèques) Art. 5-2°
An III messidor (hypothèques) Art. 9
An IV II germinal (épaves terrestres)
An VI 6 brumaire (domaines congréables)
An VII 11 brumaire (hypothèques)
An VII 11 brumaire (hypothèques) Art. 6-2°
An VII 11 brumaire (hypothèques) Art. 7
An VII 11 brumaire (hypothèques) Art. 26
An VII 3 frimaire (contribution foncière)
An VII 22 frimaire (enregistrement)Art. 27, § 3
An VII 22 frimaire (enregistrement) Art. 69, § 5, 1°
An VIII 28 pluviôse (division et administration du territoire). Art. 13
An X 18 germinal (cultes).
An X 18 germinal (cultes). Art. 54
An XI 25 ventôse (notariat)
An XI 25 ventôse (notariat) Art. 9
An XI 25 ventôse (notariat) Art. 23
An XI 11 germinal (noms)
An XII 30 ventôse (C. civil)
An XII 30 ventôse (C. civil) Art. 7
1806 24 mars (rentes sur l'Etat)
1806 24 mars (rentes sur l'Etat) Art. 3
1807 16 sept. (interprétation des lois)
1808 16 janvier (Banque de France)
1810 2 [...] avril (organisation judiciaire). Art. 46
1810 21 avril (mines, minières et carrières)
1810 21 avril (mines, minières et carrières) Art. 8
1810 21 avril (mines, minières et carrières Art. 8, dern. alin.
1816 28 avril (finances)Art. 43, n° 20
1816 28 avril (finances) Art. 54
1816 28 avril (finances) Art. 91
1816 8 mai (abolition du divorce)
1816 8 mai (abolition du divorce) Art 2
1817 13 janvier (militaires disparus). Art. 5.
1817 25 mars (finances). Art. 145 et s.
1828 30 juill. (interprétation des lois)
1829 15 avril (pêche fluviale)
1829 15 avril (pêche fluviale) Art. 3.
1830 13 déc. (adoption publique)
1831 18 avril (finances). Art. 3 et 4
1832 16 avril (modifiant l'art. 164, civ.)

1837 1er avril (C, de Cassation)
1838 25 mai (justice de paix)
1838 30 juin (aliénés).
1838 30 juin (aliénés). Art. 31 à 39
1838 30 juin (aliénés). Art. 32
1838 30 juin (aliénés). Art. 33
1838 30 juin (aliénés). Art. 39
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique)
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique) Art. 13 et 25
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique) Art. 39
1841 3 mai (expropriation pour utilité publique) Art. 53
1843 21 juin (actes notariés)
1844 3 mai (police de la chasse)
1844 5 juill. (brev. d'invention)
1844 5 juill. (brev. d'invention) Art. 20
1845 29 avril (irrigations)
1845 29 avril (irrigations) Art. 1er
1845 15 juill. (chemins de fer) Art. 5 à 10
1847 11 juill. (irrigations)
1848 9 sept. (durée de la journée de travail)
1849 10 janv. (assistance publique)
1849 10 janv. (assistance publique) Art. 33
1850 13 avril (abrogée) (logements insalubres)
1850 10 juill. (contrats de mariage)
1850 5 août (éducation et patronage des jeunes détenus)
1850 6 déc. (désaveu en cas de séparation de corps)
1850 10 déc. (mariage des indigents)
1851 22 janv. (assistance judiciaire)
1854 10 juin drainage)
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire) Art. 1er
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire Art. 1er alin. 2
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 1er alin. 3
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 1er alin. 4
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 2
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art 2. alin. 1
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 2 alin. 3
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 2 alin. 4
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 2 alin. 5
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 3
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 4
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 4 alin. 2
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 6, dern. alin.
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 9
1855 23 mars (transcription en matières hypothécaire)Art. 11, alin. 6
1856 14 juill. (sources d'eaux minérales)
1862 2 juill. (finances) art. 46
1865 31 mai (pêche)
1865 21 juin (associations syndicales)
1865 21 juin (associations syndicales) Art. 5 à 8
1865 21 juin (associations syndicales) Art. 19
1866 9 mai (mines, minières et carrières)
1866 13 juin (usages commerciaux)
1866 14 juill. (droits d'auteur)
1867 22 juill. (contrainte par corps)
1871 19 juill. (état civil)
1871 9 août (militaires disparus)
1872 6 janv. (état civil)
1872 12 févr. (état civil)
1872 15 juin (titres au porteur)
1872 20 déc. (concessions sur le domaine public)
1874 7 déc. (professions ambulantes)
1880 27 févr. (valeurs mobilières)
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 1 à 6
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 2
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 4
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 5
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 6
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 7
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 8
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 10
1880 27 févr. (valeurs mobilières) Art. 27 juill. (mines)
1881 9 avril (caisse d'épargne postale) Art. 6
1881 29 juill. (liberté de la presse) Art. 5
1881 29 juill. (liberté de la presse) Art. 47
1881 20 août (code rural)
1881 20 août (code rural) Art. 33
1882 28 mars (enseignement primaire)
1883 12 févr. (sources d'eaux minérales)
1884 21 mars (syndicats professionnels)
1884 21 mars (syndicats professionnels) Art. 5, alin. 1er
1884 5 avril (organisation municipale)
1884 5 avril (organisation municipale) Art. 35
1884 5 avril (organisation municipale) Art. 82 à 84
1884 5 avril (organisation municipale) Art. 92, 3°
1884 5 avril (organisation municipale) Art. 136, n. 4
1884 5 avril (organisation municipale) Art. 27 juill. (divorce)
1885 10 juill. (hypothèque maritime) art. 3
1886 18 avril (divorce et séparation de corps)
1886 23 avril (section judiciaire des retraites pour la vieillesse)
1886 23 avril (section judiciaire des retraites pour la vieillesse) Art. 132
1887 30 mars (monuments historiques)
1888 22 déc. (associations syndicales)
1889 13 févr. (hypothèque légale de la femme mariée)
1889 19 févr. (privilège du bailleur d'un fonds rural et attribution des indemnités dues par suite d'assurances)
1889 4 avril (C. rural, tit. VI)
1889 9 juill. (code rural, tit. II et III)
1889 9 juill. (code rural, tit. II et III) Art. 1 à 5
1889 9 juill. (code rural, tit. II et III) Art. 2, 4, 8, 15
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés)
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) Art. 2-6°
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) Art. 8
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) Art. 10
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) Art. 12
1889 24 juill. (protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés) Art. 17
1890 22 juin (code rural, tit. II)
1891 9 mars (droits du conjoint survivant)

1893 6 fév. (séparation de corps)
1893 16 mars (publicité des jugements d'interdiction)
1893 8 juin (état civil et testaments faits aux armée)
1893 15 juill. (assistance médicale gratuite)
1895 12 janv. (saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements)
1895 20 juill. (caisses d'épargne) Art. 16
1895 20 juill. (caisses d'épargne) Art. 16, alin. 5 et 6, art.
1896 25 mars (droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère)
1896 31 mars (objets abandonnés ou laissés en gage aux hôteliers)
1896 20 juin (mariage)
1896 24 déc. (Inscription maritime) art. 51
1897 8 février (domaines congéables)
1897 16 février (propriété foncière en Algérie)
1897 17 août (modifiant certains articles du C. civil)
1897 17 août (modifiant certains articles du C. civil) Art. 4
1897 7 déc. (femmes témoins)
1898 1er avril (sociétés de secours mutuels)
1898 1er avril (sociétés de secours mutuels) Art. 3, alin. 2
1898 1er avril (sociétés de secours mutuels) Art. 15 et 17
1898 4 avril (postes) art. 3
1898 8 avril (régime des eaux)
1898 8 avril (régime des eaux) Art. 3, 34, 36, 40
1898 8 avril (régime des eaux) Art. 5, 6, 8, 11, 13, 14
1898 8 avril (régime des eaux) Art. 46 à 53
1898 9 avril (accidents du travail)
1898 9 avril (accidents du travail) Art. 3, alin. 5
1898 9 avril (accidents du travail Art. 30
1898 9 avril (accidents du travail Art. 33
1898 19 avril (répression des attentats commis sur les enfants)
1898 19 avril (répression des attentats commis sur les enfants) Art. 4
1898 19 avril (répression des attentats commis sur les enfants)Art. 5
1898 21 juin (code rural) art. 75
1899 5 août (casier judiciaire)
1900 7 avril (taux de l'intérêt de l'argent)
1900 17 mai (état civil et testaments faits aux armées)
1900 4 juill. (sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles
1900 17 juill. (modifiant la loi du 5 août 1899)
1900 27 juill. (droits sur les formalités hypothécaires)
1901 1er juill. (contrat d'association)
1901 1er juill. (contrat d'association) Art. 2
1901 1er juill. (contrat d'association) Art. 5, 13 à 18
1901 1er juill. (contrat d'association) Art. 6 à 11
1901 1er juill. (contrat d'association) Art. 6, alin. 3
1901 10 juill. (assistance judiciaire)
1901 5 déc. (garde des enfants)
1902 2 janv. (compétence en matière d'assurances)
1902 8 févr. (titres au porteur)
1902 15 févr. (santé publique)
1902 25 juin (bail emphytéotique)
1903 31 déc. (objets abandonnés chez les ouvriers et industriels)
1904 14 mars (placement des employés et ouvriers)
1904 27 juin (enfants assistés)
1904 27 juin (enfants assistés) Art. 8 et 9
1904 27 juin (enfants assistés) Art. 11 à 18
1904 27 juin (enfants assistés) Art. 14 et 15
1904 28 juin (pupilles de l'assistance publique)
1904 15 déc. (abrogeant l'art. 298 C. civ.)
1905 12 juill. (juges de paix) Art. 5
1905 12 juill. (juges de paix) Art. 7
1905 12 juill. (juges de paix) Art. 16
1905 9 déc. (séparation des Eglises et de l'Etat)
1905 9 déc. (séparation des Eglises et de l'Etat) Art. 9, § 3
1905 9 déc. (séparation des Eglises et de l'Etat) Art. 4 et 5
1906 21 févr. (jouissance légale)
1906 12 avr. (majorité pénale)
1906 21 avr. (protection des sites et paysages)
1906 15 juin (distributions d'énergie)
1906 30 nov. (acte de naissance des enfants naturels)
1906 18 déc. (enfants assistés)
1907 27 mars (conseils de prud'hommes)
1907 27 mars (conseils de prud'hommes) Art. 36
1907 27 mars (conseils de prud'hommes) Art. 37
1907 21 juin (mariage)
1907 2 juill. (enfants naturels)
1907 13 juill. (délai de viduité)
1907 13 juill. (libre salaire de la femme mariée)
1907 13 juill. (libre salaire de femme mariée) Art. 6
1907 13 juill. (libre salaire de femme mariée) Art. 7
1907 13 juill. (libre salaire de femmes mariée) Art. 7 à 10
1907 7 nov. (enfants adultérins)
1908 11 avril (prostitution des mineurs
1908 6 juin (séparation de corps)
1909 19 mars (vente et nantissement des fonds de commerce)
1909 12 juill. (bien de famille insaisissable)
1909 12 juill. (bien de famille insaisissable) Art. 3
1909 12 juill. (bien de famille insaisissable) Art. 11
1909 12 juill. (bien de famille insaisissable) Art. 18
1909 14 juillet (séparation de) corps)
1910 6 avril (administration légale)
1910 8 avril (finances)
1912 29 févr. (concessions sur le domaine public)
1912 22 juillet (tribunaux pour enfants)
1912 16 nov. (reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle)
1913 10 mars (mariage)
1913 8 août (recrutement de l'armée)
1913 31 déc. (monuments historiques)
1914 16 avril (organisation municipale) art.
1914 1er juill. (mariage entre beaux-frères et belles-soeurs)
1915 4 avril (mariage des militaires)
1915 4 avril (valeurs mobilières)
1915 2 juillet (actes de décès)
1915 3 juill. (puissance paternelle)
1915 19 août (mariage des militaires (prisonniers)
1915 30 sept. (rectification administrative des actes de décès des militaires)
1915 3 déc. (actes de décès)
1915 30 déc. (enfants adultérins)
1916 16 mars (actes de notoriété)

1916 1er juin (reconstitution des registres de l'état-civil)
1916 23 juill. (mariage)
1916 5 août (modifiant l'art.
de la loi du 24 juillet 1889)
1917 16 fév. (rentes sur l'Etat au porteur)
1917 20 mars (femmes tutrices)
1917 7 avril (légimitation)
1917 5 juillet (navigation intérieure) art.
1917 27 juill. (pupilles de la nation)
1917 19 déc. établissements dangereux, incommodes ou insalubres)
1918 21 janvier (marchés à livrer)
1918 18 avril (actes de l'état-civil)
1919 14 mars (extension et aménagement des villes)
1919 18 mars (registre du commerce)
1919 19 mars (donations aux oeuvres d'Assistance publique)
1919 5 avril (modifiant l'art. 295 C. c.)
1919 25 juin (Disparition pendant la guerre)
1919 26 juin (modifiant les art. 244 et 252 C. c.)
1919 9 août (modifiant les art, 45, 63, 64, 69, 73, 75, 76, 151, 154, 168, 173, 206, 228 et 296 C. c.)
1919 9 septembre (mines)
1919 26 octobre (énergie hydraulique)
1919 27 octobre (abrogeant l'al. 2 de l'art. 37 C. c.)
1919 20 novembre (actes et jugements d'état-civil)
1920 12 mars (syndicats professionnels (
1921 12 février (art. 673 C. c.)
1921 22 février (tribunaux d'enfants)
1921 24 juillet (loi 23 mars 1855)
1921 15 nov. (complétant la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle)
1921 15 décembre (art. 465 C. c.)
1922 28 février (art. 73 C. c.)
1922 28 février, art. 4 (actes de l'état civil)
1922 28 février, art. 4 (actes de l'état civil) art. 1 et 2
1922 28 avril (art. 76 et 151 C. c. âge de la majorité matrimoniale)
1922 1er juill. (art. 333 C. c.)
1922 28 juill. (art. 57 C. c.)
1922 28 oct. (art. 34 et s. C. c.)
1922 7 novembre (art. 1384 c. c.)
1922 5 décembre (habitations à bon marché et petite propriété)
1922 9 déc. (art. 228 et 296 C. c.)
1922 9 déc. (art. 247 C. c.)
1922 16 déc. (mines)
1922 18 déc. (état civil)
1922 28 déc. (pensions) art. 26
1923 1er avril (recrutement de l'armée) Art. 58
1923 8 juin (modifiant la loi du 13 juillet 1907)
1923 19 juin (adoption)
1923 2 juil. (nom patronymique)
1923 15 déc. (reconstitution des actes de l'état civil)
1924 7 janvier (mariage)
1924 7 févr. (témoins état-civil)
1924 7 févr. (art. 71, 149, 150, 151, 154, 155, 158, 160, C. c.)
1924 7 févr. (abandon de famille)
1924 26 mars (art. 295, C. c.)
1924 14 avril (pensions civiles et militaires, art. 26 et 48)
1924 25 avril (art. 331, C c.)
1924 31 mai (aéronefs)
1924 1er juin (introduction du droit civil en Alsace et Lorraine)
1924 11 déc. (actes de décès)
1925 23 juil. (adoption)
1927 8 avril (opposit. à mariage)
1927 8 avril (public. de mariage)
1927 17 juillet (consentement à mariage)
1927 10 août (nationalité)
1928 31 janvier (légitimation des enfants adultérins)
1928 4 févr. (délai de viduité)
1928 31 mars (recrutement de l'armée)
1928 1er avril (preuve testimoniale)
1928 3 avril (abandon de famille)
1928 19 déc. (publication des jugements de divorce et de séparation de corps)
1929 31 mars (mariage des indigents)
1929 11 juillet (pièces à fournir en vue du mariage)

DECRETS

1790 15-28 mars (droits féodaux)Tit., II
1790 19-23 juin (abolition des titres de noblesse).
1790 16-24 août (organisation judiciaire) tit. X, art. 15 et 16
1790 18-29 déc. (rachat des rentes foncières)
1790 18-29 déc. (rachat des rentes foncières) Art. 1er
1791 6 août (domaine congéable)
1792 28 août (puissance paternelle)
1792 20-25 sept. (état civil)
1792 20-25 sept. (état civil) Tit. II, art. 2
1792 20-25 sept. (état civil) Tit. IV, sect. 1, art. 3
An III 15 thermidor (divorce)
An VIII 5 nivôse (Conseil d'Etat)Art. 11
1806 4 juill. (enfants morts-nés)
1808 7 mai (mariage du grand oncle et de la petite-nièce)
1808 16 juin (mariage des militaires)
1810 13 août (épaves)
1811 19 janv. (enfants trouvés)
18 juin (bestiaux égarés)
1813 3 janv. (exploitation des mines) art. 18 et 19
1813 25 sept. (Banque de France)
1848 2 mars (durée de la journée de travail et abolition du marchandage)
1852 9 janv. (pêche côtière)
1852 28 févr. (sociétés de crédit foncier)
1852 27 mars (Code Napoléon)
1859 8 janv. (Conseil du sceau des titres)
1864 18 juin (rentes 3 p. 100)
1870 5 nov. (promulgation des lois et décrets)
1870 5 nov. (promulgation des lois et décrets) Art. 1
1870 5 nov. (promulgation des lois et décrets) Art. 2 et 3
1872 18 janv. (titres nobiliaires)
1876 6 avril promulgation des lois)
1886 3 mai (établissements dangereux, incommodes ou insalubres)
1897 5 sept. (pêche fluviale)
1910 1er mars (tables décennales des actes de l'état civil)
1913 27 févr. (registres de l'état civil)

1914 18 novembre (mariage des militaires)
1915 15 avril (inhumations et exhumations)
1919 7 mars (mariage des militaires)